

COLEÇÃO TEMAS

---

07

▼

# RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

JURISDIÇÃO PENAL  
E PROCESSUAL  
PENAL

▼

JUNHO  
2021

---

▲

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

[www.cej.pt](http://www.cej.pt)

## **DIRETOR DO CEJ**

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

## **DIRETORES ADJUNTOS**

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

## **COORDENADOR DO DEPARTAMENTO DA FORMAÇÃO**

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

## **COORDENADORA DO DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

Helena Leitão, Procuradora da República

## **GRAFISMO**

Ana Caçapo - CEJ



O CEJ tem vindo ao longo dos anos a dedicar especial atenção ao tema do Confisco e Recuperação de Vantagens do Crime.

A actualização, o aprofundamento e a especialização dos conhecimentos técnico-jurídicos relevantes em matéria de recuperação de activos têm sido empreendidos pelo Centro de Estudos Judiciários essencialmente através de Acções de Formação Contínua, sendo que entre 2014 e 2020 foram realizadas as seguintes Acções de Formação:

1. [Recuperação dos Produtos do Crime](#) (20 de Junho de 2013)
2. [Recuperação dos Produtos do Crime](#) (4 de Julho de 2014)<sup>1</sup>
3. [Criminalidade económico-financeira e recuperação dos produtos do crime](#) (17 e 24 de Abril de 2015)
4. [Perda ampliada de bens e recuperação de ativos](#) (7 de Abril de 2017)
5. [Perda ampliada e recuperação de ativos](#) (27 de Abril de 2018)

Tal temática foi igualmente abordada em acções de formação de cariz mais abrangente, designadamente em Acções de Formação Tipo C, a saber:

- a) [Curso Intensivo de Direito Penal e Processual Penal](#) (Novembro e Dezembro de 2015)
  - Intervenção: Perda de bens a favor do Estado - no Código Penal e na Lei n.º 5/2002, João Conde Correia
- b) [Temas de Direito Penal e Processual Penal](#) (Fevereiro de 2016)
  - Intervenção: A Recuperação de Ativos do Crime, Hélio Rigor Rodrigues
- c) [Temas de Direito Penal e Processual Penal](#) (Fevereiro e Março de 2018)
  - Intervenção: Recentes alterações ao Regime de Recuperação de Ativos: os direitos de terceiros, João Cura Mariano

---

<sup>1</sup> Esta acção de Formação teve como objectivo, entre outros, a apresentação do curso em formato e-Learning: Produtos do crime – recuperação de ativos.



A par destas, em 2014 iniciou-se o **CURSO ONLINE DE RECUPERAÇÃO DE ACTIVOS** o qual visava dar seguimento, através de formação certificada pelo CEJ, aos objetivos prosseguidos através do Projecto FENIX, de promoção do reforço do sistema de recuperação de bens e de produtos do crime, nos planos interno e de cooperação internacional. Este Curso teve várias edições<sup>2</sup> e em 2021 foi profundamente reestruturado, com reorganização de conteúdos e introdução de novos módulos.

A Revista do CEJ tem estado igualmente envolvida neste esforço de reflexão e divulgação desta temática publicando textos que surgiram na sequência de algumas das acções de formação a que acima se alude.

Este e-book visa a compilação, num único documento, de todos os textos publicados na Revista do CEJ dedicados ao tema da Recuperação de Activos e ainda um texto inédito que surgiu na sequência da Acção de Formação Contínua de 7 de Abril de 2017 – [Perda ampliada de bens e recuperação de ativos](#).

É exactamente com este texto que se inicia o E-book: um texto de DUARTE RODRIGUES NUNES com o título "A incongruência do património no confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes", texto que se ocupa da questão da incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes, empreendendo uma análise do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

No texto "O Regulamento relativo ao Reconhecimento Mútuo das Decisões de Apreensão e Perda: Inovações e Continuidades" RITA SIMÕES faz uma introdução ao Regulamento (EU) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Novembro de 2018, procurando identificar as suas principais inovações, como é o caso do reconhecimento dos direitos das vítimas, e algumas aparentes novidades, que na verdade serão soluções de continuidade, com relação ao princípio do reconhecimento mútuo, e à harmonização legislativa que tem vindo a ser preconizada pela UE na área da recuperação de activos.

A participação de JOÃO CONDE CORREIA na acção de formação, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, no dia 4 de julho de 2014 e denominada «Recuperação dos Produtos do Crime», originou o texto "Reflexos da Directiva 2014/42/EU (do Parlamento e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia)

---

<sup>2</sup> [Curso Online de Recuperação de Activos \(2014\)](#) – 1ª edição; [Produto do Crime: Recuperação de Activos \(2017\)](#); [Produto do Crime: Recuperação de Activos \(2018\)](#); [Recuperação de Activos \(2019\)](#) e [Recuperação de Activos \(2020\)](#).



no Direito Português Vigente" empreendendo-se uma primeira análise das soluções preconizadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, verificando, nomeadamente a sua compatibilidade com o direito interno vigente à data e, ainda, com a nossa Lei fundamental, reflectindo-se sobre as alterações legislativas que necessariamente teriam de ocorrer e que vieram a suceder com a Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio que transpôs 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 na União Europeia e que, entre outros diplomas, alterou o Código Penal e a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Por fim, termina-se com dois textos dedicados ao Gabinete de Recuperação de Activos: um de HÉLIO RIGOR RODRIGUES com o título "Gabinete de Recuperação de Activos – o que é, para que serve e como actua" e outro de EUCLIDES DÂMASO SIMÕES – "A Proposta de Lei Sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um Passo no Caminho Certo)", que se pronuncia sobre a Proposta de Lei n.º 55/XI/2.ª, iniciativa que embora tenha caducado, constituiu um passo no caminho do nascimento do Gabinete de Recuperação de Activos e do Gabinete de Administração de Bens que ocorreu com a Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

(PNA)

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Ficha Técnica

**Nome:**

Recuperação de Ativos

**Jurisdição Penal e Processual Penal**

Rui Cardoso – Procurador da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários e Coordenador de Jurisdição

Helena Susano – Juíza de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Alexandre Oliveira – Juiz de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

José Quaresma – Juiz de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Susana Figueiredo – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

**Coleção:**

Temas

**Conceção e organização:**

Patrícia Naré Agostinho / Edgar Taborda Lopes

**Intervenientes:**

Euclides Dâmaso Simões, Procurador-Geral Adjunto

João Conde Correia, Procurador da República

Duarte Rodrigues Nunes, Juiz de Direito

Hélio Rigor Rodrigues, Procurador-adjunto

Rita Simões, Procuradora-adjunta

**Revisão final:**

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

## **Notas:**

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

## **Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):**

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.  
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

### **Exemplo:**

**Direito Bancário** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf).

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

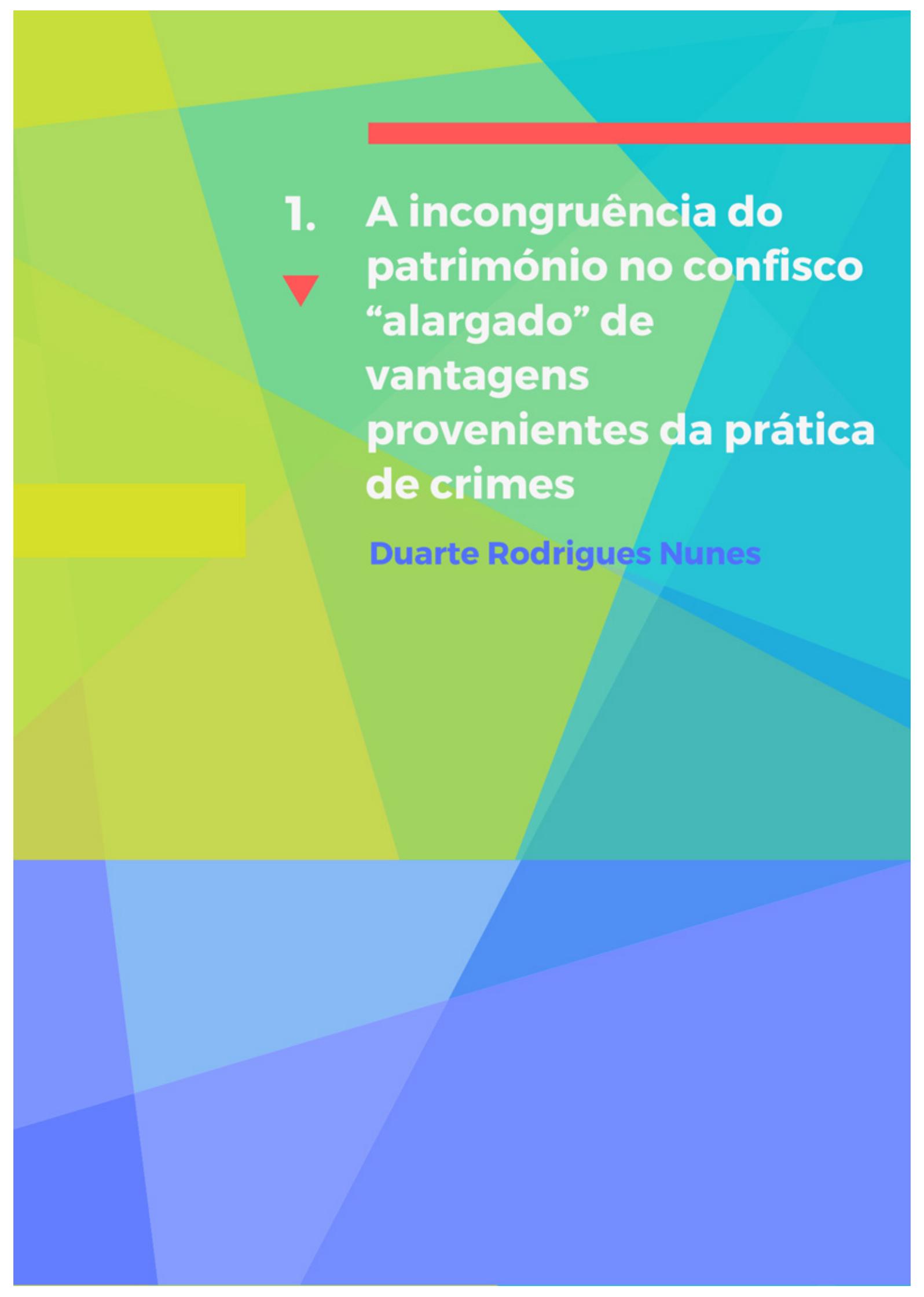
Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 01/06/2021	

# Recuperação de Ativos

## Índice

<b>1. A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes</b>	11
Duarte Rodrigues Nunes	
1. Introdução	13
2. O confisco “alargado”	16
3. A determinação da incongruência do património do arguido	30
4. Consequências da incongruência do património do arguido	33
Bibliografia	34
Jurisprudência	36
<b>2. O Regulamento relativo ao Reconhecimento Mútuo das decisões de apreensão e perda: inovações e continuidades</b>	39
Rita Simões	
1. Introdução	42
2. O regulamento à luz do princípio do reconhecimento mútuo	46
2.1. Do princípio do reconhecimento mútuo	46
2.1.1. Da transmissão directa e da tradução	47
2.1.2. Da dupla incriminação:	48
2.1.3. Dos motivos de recusa:	49
2.1.4. Dos prazos de execução	51
3. Do âmbito objectivo e subjectivo de aplicação do regulamento	52
3.1. Do âmbito objectivo	52
3.1.1. As decisões de apreensão e perda emitidas em processo penal	52
3.1.2. Bens susceptíveis de perda	53
3.2. Do âmbito subjectivo de aplicação do Regulamento	54
3.2.1. Os terceiros	54
3.2.2. As pessoas colectivas	55
3.2.3. As vítimas	56
4. Da afectação dos bens	58
5. Conclusão	58
Bibliografia	60
<b>3. Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (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</b>	63
João Conde Correia	
1. Introdução	65
2. Ponto de partida: a reabilitação do confisco e a harmonização das suas normas	67
2.1. Diagnóstico da situação portuguesa atual	68
2.1.1. Dispersão e desarticulação legal	69
3. Definições	70
3.1. Produto do crime	71
3.2. Congelamento	73

4. O Confisco dos instrumentos e dos produtos do crime	74
4.1. Confisco baseado numa condenação	75
4.2. Confisco alargado	76
4.2.1. A inexistência de um catálogo legal	78
4.3. Confisco não baseado numa condenação	78
4.3.1. Doença do suspeito ou do arguido	81
4.3.2. Fuga do suspeito ou do arguido	82
4.3.3. Outras hipóteses de <i>non conviction based confiscation</i>	83
4.3.4. Relações entre a <i>non conviction based confiscation</i> e a continuação posterior do processo penal	84
4.4. O confisco de bens de terceiro	85
5. Garantias processuais	86
5.1. Garantias processuais penais do confisco (congelamento)	86
5.2. Garantias processuais penais do confiscado	87
6. Investigação financeira e patrimonial	88
7. Gestão dos bens congelados e confiscados	88
8. Conclusões	89
<b>4. Gabinete de Recuperação de Activos – o que é, para que serve e como actua</b>	<b>91</b>
	Hélio Rigor Rodrigues
1. Introdução	93
1.1. Algumas noções essenciais	94
2. Dos elementos identificativos do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)	97
3. Missões confiadas ao GRA	98
4. Instrumentos de que o GRA dispõe no âmbito da investigação patrimonial	99
4.1. Requisitos de intervenção do GRA no âmbito da investigação patrimonial	101
4.1.1. Verificação da alínea a)	102
4.1.2. Verificação da alínea b)	102
4.1.3. Cláusula de salvaguarda	103
4.2. Actuação do GRA no âmbito da investigação criminal	103
4.3. Instrumentos concedidos ao GRA na tarefa de identificar e localizar activos	104
4.4. Modo como o GRA pode actuar sobre os bens	106
4.5. Garantias concedidas ao titular dos bens apreendidos	108
4.5.1. Revogação e Modificação da apreensão	110
5. Quando se realiza a investigação patrimonial	111
6. Intervenção do GRA nos mecanismos de cooperação judiciária em matéria de recuperação de activos	112
<b>5. A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)</b>	<b>115</b>
	Euclides Dâmaso Simões



---

**1. A incongruência do  
património no confisco  
“alargado” de  
vantagens  
provenientes da prática  
de crimes**

**Duarte Rodrigues Nunes**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. A INCONGRUÊNCIA DO PATRIMÓNIO NO CONFISCO “ALARGADO” DE VANTAGENS PROVENIENTES DA PRÁTICA DE CRIMES\*

Duarte Rodrigues Nunes\*\*

- 1. Introdução
  - 2. O confisco “alargado”
  - 3. A determinação da incongruência do património do arguido
  - 4. Consequências da incongruência do património do arguido
- Bibliografia  
Jurisprudência

### 1. Introdução

A criminalidade organizada, o terrorismo e a criminalidade económico-financeira constituem, atualmente, três das principais ameaças ao Estado de Direito, possuindo um grau de sofisticação que aumenta a sua eficácia criminosa e a sua danosidade/perigosidade (e, conseqüentemente, a premência de uma resposta eficaz) e, concomitantemente, essa sofisticação cria especiais dificuldades investigatórias, que, em primeira linha, tornaram obsoletos os meios “abertos” de investigação criminal, que passaram a ser meios complementares de outros – os “ocultos” – que permitam infiltrar a organização, iludindo os expedientes que tais criminosos adotam para se proteger da atividade investigatória<sup>1</sup>.

Para além disso, houve necessidade de criar uma série de outros mecanismos como a antecipação da intervenção penal através da criação dos chamados crimes *de* organização<sup>2</sup> e de outros crimes de perigo abstrato, a criminalização de novas condutas normalmente levadas a cabo no âmbito destas formas de criminalidade, criação de regimes “simplificados” de quebra de sigilo profissional, criação de novas formas de confisco dos instrumentos, do produto e das vantagens obtidas através da prática de um crime ou, pelo menos, de um ilícito-típico, etc.

Ciente desta realidade, o legislador português previu, na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, uma série de mecanismos especiais para responder à criminalidade organizada, ao terrorismo e à

\* O presente artigo corresponde a uma atualização do texto que serviu de base à conferência que proferimos no Centro de Estudos Judiciários no dia 7 de abril de 2017, no âmbito de uma ação de formação relativa à perda ampliada de bens e à recuperação de ativos.

\*\* Juiz de Direito, Professor Convidado da Universidade Europeia (Direito penal), Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa, Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço.

<sup>1</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 17 e seguintes, com maiores desenvolvimentos.

<sup>2</sup> Ao nível da criminalidade organizada, há que distinguir entre crimes *de* organização e crimes *da* organização. Os crimes *de* organização são os tipos de crime relativos à fundação, pertença ou cooperação com organizações criminosas (v.g., os crimes de associação criminosa e de organização terrorista e, nas ordens jurídicas que contenham essa incriminação, de organização criminosa).

Por seu turno, os crimes *da* organização são os crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas para prosseguir a finalidade da organização ou proteger a organização, os seus membros e o seu património face à atuação das autoridades (v.g., tráfico de droga, armas ou seres humanos, homicídio, terrorismo, extorsão, roubo, burla, falsificação, crimes informáticos, corrupção, branqueamento de capitais, etc.).

criminalidade económica<sup>3</sup>, sendo o confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes um desses mecanismos.

Preferimos a designação “confisco” à de “perda de bens” utilizada pelo legislador, pois, em primeiro lugar, os bens “expropriados” pelo Estado não se “perdem” em qualquer dos sentidos mais comuns do termo nem estamos perante uma situação em que o Estado “acha” o património confiscado, como se da ocupação de uma *res nullius* se tratasse<sup>4</sup>.

Em segundo lugar, a perda de bens é, na realidade, a execução da medida, caso ela não seja voluntariamente cumprida pelo arguido; com efeito, estando arrestados bens, só serão declarados perdidos a favor do Estado se o arguido não entregar voluntariamente o valor correspondente à parte do seu património, que, por ser de origem ilícita, foi confiscada<sup>5</sup>.

E, em terceiro lugar, a medida consiste na “expropriação” de uma parte ou de todo o património do arguido, a qual não incide sobre bens em concreto, mas sim sobre um determinado valor<sup>6</sup>.

Assim, de acordo com o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, se o arguido for condenado pela prática de um crime previsto no artigo 1.º, n.º 1, dessa Lei, presume-se que a desproporção entre o valor do património do arguido e aquele que não seja congruente com os seus rendimentos lícitos constitui vantagem de atividade criminosa.

A criminalidade organizada (*stricto sensu*<sup>7</sup>) visa a consecução de um objetivo, que pode ser lícito ou ilícito<sup>8</sup>, discutindo-se se esse objetivo só pode ser a obtenção de lucro ou poderá ser de outra natureza.

<sup>3</sup> Apesar de o diploma referir que “Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira”, acaba por ser também aplicável ao terrorismo, quer direta quer indiretamente. Diretamente porque os crimes de terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo constam do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 (cfr. artigo 1.º, n.º 1, al. b)). E indiretamente porque se tem verificado um esbatimento das fronteiras entre a criminalidade organizada “tradicional” e o terrorismo, existindo frequentes situações de cooperação mútua e de negócios entre grupos terroristas e organizações criminosas “tradicionais”, utilização, pelos terroristas, de mecanismos próprios da criminalidade organizada “tradicional” (para obter financiamento) e, pelas organizações criminosas “tradicionais”, de mecanismos próprios do terrorismo (para neutralizarem a atuação das autoridades e/ou organizações criminosas rivais) (cfr., a este respeito, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 41-42, com referências bibliográficas).

<sup>4</sup> Neste sentido, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1356 (nota 126), e DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 9.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, p. 139, e DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 9.

<sup>6</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 9.

<sup>7</sup> Por oposição à criminalidade organizada *lato sensu*, que inclui também o terrorismo (quando seja levado a cabo por organizações criminosas “tradicionais” e por organizações terroristas) e a criminalidade económica organizada (*vide*, a este respeito, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 152 e seguintes e 182 e seguintes).

Consideramos que, embora, na maioria das situações, o escopo “final” seja a obtenção de lucro, não existe qualquer razão para descartar outras finalidades [v.g., obtenção de poder (*maxime* poder político), destruição de uma organização terrorista<sup>9</sup>, disseminação de ódio racial ou religioso<sup>10</sup>]<sup>11</sup>, sendo que as organizações criminosas que prosseguem finalidades diversas da obtenção de lucro carecem de obter financiamento para prosseguirem o seu escopo “final”, o que fazem levando a cabo atividades criminosas lucrativas e intervindo na economia lícita, acabando por, nessa vertente, não se distinguir das organizações criminosas cujo escopo “final” é a obtenção de lucro<sup>12</sup>.

E, independentemente da natureza do escopo “final” da organização criminosa em concreto, a obtenção de lucro é igualmente essencial para a sua proteção e dos seus membros face à atuação das autoridades, como, por exemplo, para pagar aos colaboradores externos os serviços prestados em operações de branqueamento de capitais, pagar os subornos devidos pela prática de atos de corrupção, pagar os honorários dos advogados e sustentar as famílias de membros presos como forma de “comprar” a fidelidade e o silêncio desses membros e dos seus familiares (evitando que cooperem com as autoridades) ou investir na economia lícita.

O que acabámos de referir é, obviamente, aplicável *in totum* ao terrorismo, que, apesar de não visar a obtenção de lucro, carece de meios financeiros para prosseguir o seu escopo final (prejudicar a integridade e a independência de um Estado, intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições de um Estado de Direito ou organização internacional ou forçá-lo(a) a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique)<sup>13</sup> e também para a proteção da organização terrorista e dos seus membros face à atuação das autoridades.

<sup>8</sup> Cfr. MARIA LUISA CESONI, “L’Italie, un pays précurseur”, in *Criminalité Organisée, des représentations sociales aux définitions juridiques*, p. 546, e DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 122.

Finalidades como a obtenção de lucro ou a conquista do poder político são finalidades lícitas, coincidindo com os objetivos de qualquer empresa ou partido/movimento político lícitos; nesses casos, a ilicitude decorre dos métodos utilizados para as atingir, incluindo quando a organização atua na economia lícita (*vide* a este respeito, MARIA LUISA CESONI, *Idem*, pp. 509 e seguintes e 546, e LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, pp. 143-144). Diversamente, finalidades relacionadas com a disseminação de ódio racial ou a expulsão de minorias étnicas são fins ilícitos, sendo que, embora as organizações que prosseguem estas finalidades sejam frequentemente consideradas organizações terroristas, como bem refere KRAUß, “§ 129”, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12.ª Edição, 5.º Volume, p. 314, os grupos criminosos de cariz político que não preenchem todos os requisitos da organização terrorista poderão ser considerados associações criminosas para efeitos do crime p. e p. pelo §129 do *Strafgesetzbuch* (StGB).

<sup>9</sup> Como sucedeu com os GAL (*Grupos Antiterroristas de Liberación*) em Espanha (um grupo paramilitar secretamente financiado pelo Estado espanhol, cuja finalidade era combater a ETA, utilizando táticas terroristas ou de “guerra suja”), que foram considerados uma associação criminosa pelo *Tribunal Supremo* na sua Sentença n.º 2123/1992, in <http://www.poderjudicial.es> (consultada em 22/07/2020).

<sup>10</sup> Cfr. LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, p. 76.

<sup>11</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 124.

<sup>12</sup> Assim, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 124-125.

<sup>13</sup> Cfr. artigo 4.º, n.º 1, conjugado com o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto.

Por fim, no caso da criminalidade económico-financeira, a obtenção de lucro é a finalidade desta forma de criminalidade<sup>14</sup>, sendo os recursos financeiros utilizados também para a proteção dos agentes contra a atuação das autoridades.

Deste modo, dúvidas não restam de que a privação das organizações criminosas e/ou terroristas, dos terroristas “não organizados” e/ou dos criminosos de colarinho branco do lucro obtido (onde se incluem, *ad latus* da obtenção efetiva de vantagens económicas, a evitação do dispêndio/perda de bens patrimoniais e as contrapartidas prometidas), direta ou indiretamente, através da prática de crimes ou de factos ilícitos-típicos é absolutamente essencial para responder eficazmente ao crime organizado, ao terrorismo e ao crime económico.

No presente artigo, ocupar-nos-emos da questão específica da incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes.

## 2. O confisco “alargado”

Ao nível do combate ao lucro ilícito, têm sido propostas e consagradas medidas de vária índole, que vão desde a criminalização de determinadas condutas relacionadas com o lucro ilícito (*maxime* o branqueamento de capitais e o enriquecimento ilícito) até à tributação do património ilícito, passando por soluções ao nível das consequências jurídicas do ilícito, quer no que tange a medidas sancionatórias (*v.g.*, a antiga *Vermögensstrafe* do Direito alemão<sup>15</sup> ou a multa “indexada” ao montante do lucro ilícito<sup>16</sup>) quer no que tange a medidas não

<sup>14</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 143.

<sup>15</sup> A *Vermögensstrafe* (pena patrimonial) estava prevista no §43a StGB, tendo sido introduzida em 1992 pela Lei de combate ao tráfico ilícito de estupefacientes e a outras manifestações da criminalidade organizada (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* ou, abreviadamente, OrgKG), de 15 de julho de 1992. Tal norma foi julgada inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* na sua Sentença de 20 de março de 2002 (2 BvR 794/95), *in* <https://lexetius.com/2002,273>, por violação do artigo 103 II *Grundgesetz* (GG), ou seja, por violar o princípio da legalidade das penas, na sua vertente da determinabilidade, em virtude de o §43a StGB não regular, com a clareza constitucionalmente imposta, os pressupostos da determinação da medida concreta da pena patrimonial.

A pena patrimonial *podia* (a sua aplicação no caso concreto e a respetiva medida concreta dependiam do prudente arbítrio do Juiz) ser aplicada quando o agente fosse condenado pela prática de um crime para o qual estivesse prevista a possibilidade de aplicação da pena patrimonial e desde que a pena (principal) aplicada fosse igual ou superior a 2 anos de prisão ou prisão perpétua, correspondendo o *quantum* máximo da pena patrimonial à totalidade do património do agente, não se considerando o valor que fosse alvo de confisco de vantagens do crime (*Verfall*); caso o agente não pagasse o valor correspondente à pena patrimonial, a mesma seria substituída por uma pena de prisão entre 1 mês e 2 anos.

<sup>16</sup> Como sucede no artigo 52 do Código penal espanhol, cujo n.º 1 prevê que, nos casos em que a lei o preveja, a *quantum* da multa será determinado tendo em conta o prejuízo causado ou o valor do objeto ou do benefício resultante do crime. Tal solução, como bem refere AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *in* 2.º Congresso de Investigação Criminal, pp. 36-37, é dificilmente compatibilizável com os princípios da legalidade (por constituir uma pena absolutamente indeterminada em virtude da impossibilidade de perceber quais são os seus limites mínimo e máximo) e da culpa (pois “escaparia” à determinação do número de dias-multa, que é fixado com base na culpa do agente e nas necessidades da punição, jamais podendo a pena exceder a medida da culpa do agente).

sancionatórias, designadamente os procedimentos cíveis *in personam*<sup>17</sup> e o confisco de vantagens provenientes da prática de crimes.

O confisco de vantagens provenientes da prática de crimes pode consistir no confisco de vantagens<sup>18</sup> “clássico” (previsto nos artigos 110.º e seguintes do CP<sup>19</sup>), no confisco “alargado” (previsto nos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002) ou no confisco civil *in rem*<sup>20</sup> através de uma ação cível *in rem* (que não está previsto no Direito português)<sup>21</sup>.

Apesar de visarem a mesma finalidade (*i.e.*, o restabelecimento da ordem jurídica violada, retirando as vantagens patrimoniais que, por serem obtidas ilicitamente, não deveriam ter sido obtidas, promovendo-se uma ordenação dos bens adequada ao Direito<sup>22</sup>) e de se

<sup>17</sup> Nos termos do artigo 53.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cada Estado Parte deverá, em conformidade com o seu direito interno:

a) Adotar as medidas que se revelem necessárias para permitir a um outro Estado Parte instaurar nos seus tribunais uma ação civil para o reconhecimento da titularidade ou do direito de propriedade sobre bens adquiridos através da prática de uma infração estabelecida em conformidade com a presente Convenção;

b) Adotar as medidas que se revelem necessárias para permitir aos seus tribunais determinar que os autores de infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção indemnizem o Estado Parte lesado pelo prejuízo sofrido em consequência da prática dessas infrações; e

c) Adotar as medidas que se revelem necessárias para permitir aos seus tribunais ou autoridades competentes, quando tenham de decidir da perda, reconhecer o direito de propriedade legítimo reivindicado por um outro Estado Parte sobre bens adquiridos através da prática de uma infração estabelecida em conformidade com a presente Convenção.

Os procedimentos civis *in personam* consistem em propor ações cíveis para obter o reconhecimento do direito de propriedade do Estado sobre bens adquiridos mediante a prática crimes e a condenação do seu detentor a entregá-los ao Estado.

<sup>18</sup> O confisco de vantagens não se confunde com o confisco dos instrumentos (previsto nos artigos 109.º e 111.º a 112.º A do CP) nem com o confisco dos produtos (previsto nos artigos 110.º e seguintes do CP), pois o seu objeto é diverso. Assim, no confisco dos instrumentos está em causa a perda dos instrumentos (as substâncias ou objetos cuja utilização na execução do facto ilícito típico não importe a sua imediata destruição, como a droga, a pistola com que se matou a vítima ou a impressora utilizada na contrafação da moeda) e, no confisco dos produtos, está em causa a perda das coisas ou direitos adquiridos diretamente com a prática do facto ilícito típico, mediante sucessiva especificação ou confusão, conseguidas mediante alienação ou criadas com o facto ilícito típico (como a moeda contrafeita ou o documento falsificado).

A referência ao ilícito típico significa que, mesmo quando o agente atua sem culpa por inimizabilidade (mas não quando atue com falta de consciência da ilicitude desculpável ou ao abrigo de uma causa de desculpa fundada na inexigibilidade), o confisco é decretado [no mesmo sentido, DAMIÃO DA CUNHA, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, p. 60 (nota 83)].

<sup>19</sup> E também nos artigos 36.º a 38.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, relativamente às infrações previstas nesse diploma.

<sup>20</sup> Ao contrário das demais formas de confisco, que são *in personam*, no confisco civil *in rem*, o fundamento do confisco não assenta na culpa do proprietário dos bens (sendo a sua eventual culpa absolutamente irrelevante), mas numa *fictio juris* de que a culpa recai sobre os bens.

<sup>21</sup> Embora nos pareça que a nossa lei deveria prever esta forma de confisco, pelas razões que aduzimos em DUARTE RODRIGUES NUNES, “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, in Anatomia do Crime, n.º 6, pp. 187 e seguintes.

<sup>22</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, p. 638, e DUARTE RODRIGUES NUNES, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, in Estudos em Memória do Professor Doutor Augusto Silva Dias (em publicação) (quanto ao confisco “clássico”) e DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in Julgar Online, p. 11, e também em O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 404-405, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1351, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015 e 476/2015, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e da RL de 27/03/2014 e da RC de 25/01/2006 e 15/03/2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (quanto ao confisco “alargado”).

complementarem um ao outro (visando o confisco “alargado” suprir as lacunas do confisco “clássico”), ambas as formas de vantagens são diversas entre si.

Assim, o confisco de vantagens “clássico” incide sobre as vantagens económicas *efetiva* e direta/indiretamente<sup>23</sup> provenientes da prática de um facto ilícito típico e as recompensas<sup>24</sup> prometidas ou dadas aos agentes de um facto ilícito típico (já cometido ou a cometer) para eles ou para outrem, ainda que tenham sido alvo de transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo o confisco quaisquer ganhos quantificáveis que tenham resultado dessa transformação ou reinvestimento<sup>25</sup> e requerendo a prova de que as vantagens económicas (e os ganhos resultantes da transformação ou reinvestimento) obtidas ou prometidas resultam *efetivamente* de um facto ilícito típico, inexistindo qualquer presunção legal nesse sentido<sup>26</sup>.

Se a vantagem não puder ser apropriada em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, estando esse pagamento sujeito ao prazo de prescrição previsto para a pena ou para a medida de segurança concretamente aplicada (cfr. artigos 122.º e 124.º do CP, respetivamente) e, nos casos em que não tenha sido aplicada qualquer pena ou medida de segurança, aplicam-se os prazos de prescrição previstos para o procedimento criminal (cfr. artigo 118.º do CP), estando o prazo prescricional, em qualquer dos casos, sujeito às regras da determinação do seu início e às causas de interrupção e de suspensão<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> V.g., se o agente reinvestir o dinheiro que recebeu ou evitou pagar/gastar por via da prática do facto ilícito típico em produtos financeiros e voltar a reinvestir o dinheiro com o produto ganho na primeira transação, pode ser confiscado o montante ganho nas ulteriores transações que tenham lugar. Diversamente de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português*, p. 636, e HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, p. 185, não nos parece que o confisco “em cadeia”, por si só, ponha em causa os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da proporcionalidade; o que terá de ser considerado é o reinvestimento sucessivo das vantagens e a percentagem que as vantagens representam nas transações subsequentes. E muito menos podemos concordar com DAMIÃO DA CUNHA, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, p. 25, quando afirma que o artigo 111.º do CP (atual artigo 110.º) apenas permite o confisco da vantagem “direta” ou dos bens adquiridos na primeira transação com os bens “tocados pelo pecado original”: além de, na nossa ótica, não ser essa a solução que resulta da lei, um tal entendimento reduz excessivamente o âmbito do confisco, comprometendo de sobremaneira a prossecução das finalidades que se pretendem atingir através do confisco de vantagens.

<sup>24</sup> Embora as recompensas (pelo menos as dadas) constituam, também elas, uma subespécie da vantagem económica *lato sensu* [cfr. PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com os outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)], *in* RPCC, 2011, pp. 272-273, e Acórdão da RC de 08/11/2017, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)], umas e outras distinguem-se entre si pelo facto de a recompensa se destinar a recompensar ou premiar a prática do facto ilícito típico (v.g., o suborno pago como contrapartida de um ato de corrupção), ao passo que a vantagem consiste naquilo que é adquirido através da prática do facto (v.g., o dinheiro auferido através do tráfico de droga) (cfr. CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, p. 136) e de a recompensa “surgir” no âmbito de uma relação intersubjetiva entre o agente e quem dá ou promete essa recompensa (cfr. PEDRO CAEIRO, *Op. Cit.*, p. 272).

<sup>25</sup> Cfr. artigo 110.º, n.ºs 1, al. b), 2 e 3, do CP. No que tange à transformação e ao reinvestimento, estão em causa as situações em que, por exemplo, o agente do crime adquire um automóvel ou um imóvel com o dinheiro que auferiu no tráfico de estupefacientes ou que recebeu como contrapartida da prática de um ato de corrupção ou em que transforma as peças de ouro roubadas ou furtadas em barras de ouro.

<sup>26</sup> O que não significa que o confisco não possa ser decretado com base em prova indiciária, atento o disposto no artigo 127.º do CPP [cfr. CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, p. 142, e DUARTE RODRIGUES NUNES, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, *in* *Estudos em Memória do Professor Doutor Augusto Silva Dias* (em publicação)].

<sup>27</sup> Cfr. artigos 110.º, n.º 4, 111.º, n.º 3, e 112.º A, do CP.

O confisco de vantagens “clássico” será decretado mesmo que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz<sup>28</sup>, mas, em princípio, não tem lugar se vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários ou não lhes pertencerem no momento em que o confisco foi decretado<sup>29</sup>.

Deste modo, os pressupostos do confisco “clássico” são:

- (1) A prática do facto ilícito típico e
- (2) A existência de proventos *efetivamente* obtidos através da prática desse concreto ilícito típico (já cometido ou a cometer) ou prometidos como contrapartida da sua prática.

Passando ao confisco “alargado”, trata-se de um instituto jurídico cuja finalidade é o restabelecimento da ordem jurídica violada, retirando as vantagens patrimoniais que, por terem sido obtidas ilicitamente, não deveriam tê-lo sido, promovendo uma ordenação dos bens adequada ao Direito<sup>30</sup> e privando as organizações criminosas e terroristas, os terroristas e os criminosos de colarinho branco de recursos que podem ser usados para continuar e/ou dissimular a atividade criminosa<sup>31</sup>.

Só que, por se tratar de formas de criminalidade de reduzida visibilidade exterior e que utilizam todos os meios à sua disposição para dissimular o património obtido através da sua atividade criminosa (o que dificulta o estabelecimento da ligação entre os proventos económicos e os crimes de que provêm em concreto<sup>32</sup>), a inversão do ónus da prova mostra-se absolutamente necessária<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. artigo 110.º, n.º 5, do CP. São igualmente subsumíveis ao artigo 110.º, n.º 5, as situações em que o facto esteja prescrito ou tenha ocorrido uma amnistia, indulto ou perdão. No fundo, o que aqui está em causa são, essencialmente, situações de extinção da responsabilidade penal nos termos dos artigos 118.º e seguintes do CP, a que acresce a declaração de contumácia nos termos do artigo 335.º do CPP, mas não os casos de inimizabilidade – como considera CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 134 (nota 292) –, que são “salvaguardados” pela exigência da prática de um ilícito típico e não de um crime. O artigo 110.º, n.º 5, do CP configura um caso de confisco não dependente de condenação penal, mas não constitui uma *actio in rem*.

<sup>29</sup> Cfr. artigo 111.º, n.º 1, do CP.

<sup>30</sup> Cfr. JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1351, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, pp. 63-64, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 404-405, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e da RL de 27/03/2014 e da RC de 25/01/2006 e 15/03/2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>31</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 405, e também em “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgare Online*, p. 12.

<sup>32</sup> No mesmo sentido, FRANCISCO BORGES, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I, p. 218.

<sup>33</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgare Online*, p. 12, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Todavia, o confisco “alargado” também visa, embora de uma forma *meramente reflexa*, finalidades de prevenção geral e especial<sup>34</sup>, pois, como referimos, os proventos obtidos através da prática de crimes no âmbito das formas de criminalidade visadas pelo confisco “alargado” são utilizados na continuação da atividade criminosa e na sua dissimulação<sup>35</sup> e o confisco ou a possibilidade de confisco dessas vantagens fará os criminosos ponderarem os custos e os benefícios de prosseguirem aquela atividade criminosa<sup>36</sup>, bem como poderá impedi-los de a prosseguirem ou de prosseguirem a atividade criminosa que os lucros obtidos visavam financiar.

Quanto à natureza jurídica, consideramos que o confisco “alargado” é uma medida de cariz não penal (e não sancionatório) similar a uma medida de segurança que visa, em primeira linha, o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito e apenas *de forma meramente reflexa* a prevenção da prática de futuros crimes<sup>37</sup>, por várias razões.

<sup>34</sup> Cfr. JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1351, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, pp. 63-64, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e do STJ de 12/11/2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); contra, considerando que a prevenção da criminalidade é a finalidade primordial do confisco de vantagens, AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, p. 39, DAMIÃO DA CUNHA, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, pp. 27-28, e FRANCISCO BORGES, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I, pp. 222 e 229.

<sup>35</sup> No fundo, está em causa a neutralização das organizações criminosas através da privação do seu património, que, no mínimo, reduzirá a eficácia da prossecução ou da dissimulação da atividade criminosa, tornando tais organizações mais “vulneráveis” à ação das autoridades. Daí que, como afirma CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 64, o princípio do Estado de Direito, além de proibir que o confisco de património se faça através de mecanismos incompatíveis com os ditames do Estado de Direito, constitui ele próprio o fundamento do confisco de património obtido através da prática de crimes.

<sup>36</sup> Cfr. HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, p. 173, DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgare Online*, p. 13, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Ainda que o confisco “alargado” não tenha esse objetivo, afigura-se-nos que, em determinados casos, poderá ser mais eficaz do que a pena aplicada ao criminoso (no mesmo sentido, HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, *Op. Cit.*, p. 170).

<sup>37</sup> Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 134 (apenas quanto ao cariz não penal), JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1349, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 406-407, HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, pp. 188 e 191 e seguintes, FRANCISCO BORGES, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I, pp. 222 e seguintes (salvo quanto à finalidade primordial, que, para o autor, é a prevenção geral), e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e do STJ de 14/03/2018 e da RP de 28/03/2012, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); contra, AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, pp. 39-40 (nota 32), DAMIÃO DA CUNHA, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, pp. 19 e seguintes (alterando a sua opinião inicial quanto à natureza penal), e também em “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 123 (quanto ao cariz sancionatório) e apenas quanto ao cariz sancionatório, Acórdão do STJ de 11/09/2019.

Em primeiro lugar, não é levada em conta a gravidade do facto nem a culpa nem a perigosidade pessoal do agente<sup>38</sup>.

Em segundo lugar, ainda que o confisco “alargado” permita prosseguir, de forma meramente reflexa, finalidades de prevenção criminal, a sua finalidade primordial é o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito<sup>39</sup>.

Em terceiro lugar, apesar de o confisco “alargado” atingir o património do arguido, faltam-lhe as finalidades próprias da pena e não está em causa a inflicção de um mal ao arguido (que não fica “pio” do que estava antes da prática dos crimes de que lhe adveio aquele património), mas sim a sua privação de uma vantagem ilegítimamente obtida que, como tal, não deveria ter sido obtida e não goza de qualquer tutela jurídica<sup>40</sup>.

Em quarto lugar, a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo funciona apenas como fundamento da presunção (ilidível) de que o património do condenado foi obtido através da prática de crimes<sup>41</sup>.

E, por fim, ainda que o procedimento relativo ao confisco seja enxertado no processo penal, não se trata de apurar qualquer responsabilidade penal do arguido (que já foi apurada na “vertente processual penal” do processo), mas de verificar a existência de património obtido através de uma atividade criminosa<sup>42</sup>.

E, para além de não ter natureza penal nem sancionatória, o confisco “alargado” constitui uma medida administrativa *sui generis*<sup>43</sup>, resultando a sua natureza administrativa da utilização da

<sup>38</sup> Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 150, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, p. 315, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 406, HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, p. 188, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1351, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015 e 476/2015, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e da RC de 03/10/2012, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>39</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, pp. 12-13 e 14, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015 e 476/2015, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>40</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 408, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e do STJ de 14/03/2018, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>41</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 15.

<sup>42</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 15, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e do STJ de 14/03/2018, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>43</sup> Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 134, PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, in RPCC, 2011, p. 311, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 114, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 407, e Acórdão do STJ de 14/03/2018, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); contra, AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, pp. 39-40 (nota 32), e DAMIÃO DA CUNHA, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, pp. 19 e seguintes (alterando a

expressão liquidação (que é comum ao ato administrativo de liquidação do imposto), da semelhança entre o processo relativo ao confisco “alargado” e a impugnação contenciosa do ato de liquidação em processo tributário (com a diferença de que aqui não depende do impulso processual do interessado) e de a liquidação do Ministério Público constituir um verdadeiro ato definitivo «*dependente da maior ou menor capacidade de resistência do condenado*»<sup>44</sup>.

Quanto aos pressupostos, o confisco “alargado” exige, em primeiro lugar, que o arguido tenha sido condenado, por sentença transitada em julgado<sup>45</sup>, pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, independentemente da concreta forma de participação criminosa e da pena concretamente aplicada<sup>46</sup>.

O catálogo de crimes foi delimitado com base em critérios de potencialidade de obtenção de vantagens e de prioridades de política criminal<sup>47</sup>. Todavia, tratando-se de um diploma específico para responder à criminalidade organizada, ao terrorismo e à criminalidade económica, não se percebe a opção de não incluir diversos crimes que, de acordo com o saber adquirido, são frequentemente cometidos no âmbito dessas formas de criminalidade<sup>48</sup>.

---

sua opinião inicial). Por seu turno, LOURENÇO MARTINS, “Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico”, in RMP, n.º 111, pp. 50-51, e HÉLIO RODRIGUES/CARLOS RODRIGUES, Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, p. 229, parecem considerar que o confisco “alargado” tem natureza civil.

O carácter *sui generis* resulta do facto de o confisco depender de uma prévia condenação por um crime do catálogo e de o respetivo processo, em vez de correr termos, em 1.ª instância, na Administração, correr termos no Ministério Público (até à liquidação) e depois no Tribunal criminal.

<sup>44</sup> Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 150.

<sup>45</sup> Cfr. JORGE DIAS DUARTE, “Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, in RMP, n.º 89, p. 152, AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, p. 46, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 104, HÉLIO RODRIGUES, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, in RMP, n.º 134, *passim*, e JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1342.

<sup>46</sup> Cfr. CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 104, PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, in RPCC, 2011, p. 311 (nota 85), DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, pp. 18 e seguintes, e também em O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 409-410 (incluindo a nota 1564), e, na medida em que apenas exigem a condenação pela prática de um crime do catálogo sem referir a pena concretamente aplicada, Acórdãos do STJ de 16/01/2008, 12/11/2008 e 20/11/2008, da RP de 28/03/2012 e da RL de 03/03/2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); contra, AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, p. 45, e DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 125 (nota 1).

<sup>47</sup> No mesmo sentido, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1339, DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, p. 125, HÉLIO RODRIGUES, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, in RMP, n.º 134, p. 225, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e da RP de 11/06/2014 e 16/03/2016, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Por seu turno, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 103, refere que as escolhas do legislador, por insuficientes, polémicas e pouco inteligíveis, dificilmente serão reconduzíveis a um denominador comum que explicite a política e a *mens legislatoris*.

<sup>48</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 409 (nota 1562), e também em “Admissibilidade da

Como sabemos, o legislador acabou por, através de várias alterações legislativas<sup>49</sup>, alargar o catálogo dos crimes passíveis de despoletar o decretamento do confisco “alargado”, sendo que, na última dessas alterações (a operada por via da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs para a ordem jurídica nacional 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 na União Europeia), o legislador desperdiçou, na nossa ótica, uma excelente oportunidade para melhor adequar o catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 à fenomenologia da criminalidade organizada, do terrorismo e da criminalidade económico-financeira<sup>50</sup> ao transpor a Diretiva (que apenas fixava regras mínimas<sup>51</sup>) do modo minimalista como o fez em termos de catálogo de crimes<sup>52</sup>.

Ainda no que aos crimes do catálogo tange, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, os crimes previstos nas alíneas p) a r) do n.º 1 (lenocínio, contrabando e tráfico e viciação de veículos furtados) terão de ser praticados *de forma organizada*, o que constitui uma referência à criminalidade organizada<sup>53</sup>.

---

inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, *in* *Julgare Online*, pp. 20 (nota 38) e 32-33.

<sup>49</sup> Cfr. Leis n.ºs 19/2008, de 21 de abril (crimes de tráfico de influência, corrupção ativa e participação económica em negócio), 60/2013, de 23 de agosto (crime de tráfico de pessoas, embora, no caso dos menores, o tráfico de pessoas já constasse do catálogo legal), 55/2015, de 23 de junho (crime de financiamento de terrorismo) e 30/2017, de 30 de maio (crimes de recebimento indevido de vantagem, pornografia infantil, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática e acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º 2 desse mesmo artigo 6.º, mais esclarecendo a Lei que a corrupção ativa e passiva inclui a corrupção praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva, o que, anteriormente, já resultava do disposto na Lei, que não limitava a corrupção à corrupção praticada no setor público nem excluía a corrupção praticada no setor privado, no comércio internacional nem na atividade desportiva, sendo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Na sua versão inicial, o artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 incluía apenas os crimes de tráfico de estupefacientes (não em todas as modalidades de conduta típica, mas apenas nas modalidades p. e p. pelos artigos 21.º a 23.º e 28.º do DL n.º 15/93), terrorismo, organização terrorista, tráfico de armas, corrupção passiva, peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio, lenocínio e tráfico de menores e contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

<sup>50</sup> Incluindo nesse catálogo todos os crimes que, de acordo com o saber adquirido, são frequentemente cometidos no âmbito dessas formas de criminalidade.

<sup>51</sup> Cfr. RUI, “Introduction”, *in* *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, p. 9, MAUGERI, “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*, 2014, p. 22, e DUARTE RODRIGUES NUNES, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, *in* *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, p. 126.

<sup>52</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, *in* *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, p. 134. Acerca das possibilidades de transposição da Diretiva que se colocavam ao legislador, *vide* DUARTE RODRIGUES NUNES, *Op. Cit.*, pp. 126 e seguintes

<sup>53</sup> Como refere JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, *in* *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1341. Por seu turno, o TC, no Acórdão n.º 498/2019, *in* [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), refere que a exigência da prática “de forma organizada” de crimes em que a suscetibilidade de gerar vantagens económicas e financeiras e/ou cujos agentes são mais tipicamente movidos por esses objetivos (*in casu*, os crimes de lenocínio e contrabando e o tráfico e viciação de veículos furtados) visa afastar a aplicação do confisco “alargado” à pequena criminalidade.

De todo o modo, não deixa de ter razão FIGUEIREDO DIAS<sup>54</sup> quando afirma que a falta de explicitação, pelo legislador, do que deverá entender-se por prática “de forma organizada” levanta sérios problemas de indeterminabilidade.

De todo o modo, esta *prática de forma organizada* parece ser mais do que o mínimo de estrutura organizatória com que se basta a existência de uma associação criminosa, sendo que este crime integra o elenco dos crimes que não têm de ser praticados “de forma organizada” e a associação criminosa é uma forma de criminalidade organizada, mas, por outro lado, se o legislador pretendesse que “de forma organizada” significasse “cometimento no âmbito de uma associação criminosa”, tê-lo-ia dito em vez de recorrer a mais um conceito indeterminado.

Assim, *de jure condito*, parece-nos que o conceito de “*prática de forma organizada*” poderá ser preenchido, quer ao nível da CRP quer ao nível de lei ordinária, através do recurso à definição de “grupo criminoso organizado” constante do artigo 2.º, als. a) a c), da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional (CNUCOT), que, tendo sido ratificada, faz parte integrante da nossa ordem jurídica (cfr. artigo 8.º, n.º 2, da CRP)<sup>55</sup>.

Porém, sempre poderemos analisar o porquê de tal distinção entre os crimes referidos nas als. a) e o) e os crimes referidos nas als. p) a r) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 e se a mesma faz sentido.

Relativamente à primeira questão, tem-se entendido que, estando em causa um instrumento de combate contra a criminalidade organizada e económico-financeira e o terrorismo, deverá interpretar-se tal preceito como contendo uma presunção *juris et jure* de cometimento de forma organizada relativamente aos crimes elencados nas alíneas a) a o) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 e, quanto às demais alíneas, inexistindo tal presunção, terá de se provar que os crimes foram cometidos *de forma organizada*<sup>56</sup>.

Pela nossa parte, não podemos concordar com tal afirmação, uma vez que, não é apenas a criminalidade organizada (sendo-o também o terrorismo “não organizado” e a criminalidade económico-financeira “não organizada”) que é visada pelo regime consagrado na mencionada Lei, pelo que o critério de distinção deverá/terá de ser outro. Assim, a nosso ver, o critério de distinção assenta na ofensividade (conjugada com a suscetibilidade de gerar vantagens)<sup>57</sup> e na

<sup>54</sup> FIGUEIREDO DIAS “O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, p. 810.

<sup>55</sup> Cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, pp. 29-30.

<sup>56</sup> Assim, JORGE REIS BRAVO, *Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade*, in *Polícia e Justiça*, n.º 8, pp. 90.

<sup>57</sup> Os crimes previstos nas alíneas a) a o) são, de acordo com as regras da experiência comum, suscetíveis de, ou gerar grandes lucros (*v.g.*, os crimes de tráfico de droga ou de armas ou branqueamento de capitais) ou envolverem a prática de atividades criminosas passíveis de gerar grandes lucros (*v.g.*, o crime de associação criminosa) ou serem precedidos ou acompanhados da prática de atividades criminosas passíveis de gerar grandes lucros (*v.g.*, os crimes de organização terrorista ou de terrorismo), ao passo que, na ótica do legislador, os previstos nas alíneas p) a r) só o serão quando cometidos no âmbito da criminalidade organizada. Em DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgare Online*, p. 32 (nota 62), defendemos que deveria deixar de ser exigida a “prática de forma organizada”, quanto aos

consideração de que parte dessas vantagens é, normalmente, investida na continuação da atividade criminosa e que é extremamente difícil (ou quase impossível) provar, não só a prática dos crimes como também que o património dos arguidos provém da prática desses crimes; contudo, estes fatores são, por sua vez, devidamente conjugados com os ditames do princípio da proporcionalidade (que levarão a que, no caso de crimes de menor grau de ofensividade “intrínseca”, se exija a “prática de forma organizada”, pois o grau de ofensividade que, em termos de proporcionalidade, justifica a aplicação do regime da Lei n.º 5/2002 só se verificará quando os crimes previstos nas alíneas p) a r) forem praticados no âmbito de organizações criminosas).

Passando à segunda questão, em que está em causa a eventual extensão da exigência da “prática de forma organizada” aos demais crimes do catálogo, entendemos que tal possibilidade é de rejeitar, uma vez que o grau de ofensividade “intrínseca” dos crimes previstos nas alíneas a) a o) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 justifica plenamente a não exigência da “prática de forma organizada”.

É que, por exemplo, mesmo um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artigo 21.º do DL n.º 15/93 ou de armas levado a cabo por “pequenos” criminosos já contém em si mesmo um grau de ofensividade mais do que suficiente para justificar uma presunção *juris et jure* do cometimento do crime de *forma organizada*; e o mesmo se diga dos crimes de corrupção, recebimento indevido de vantagem ou peculato, na medida em que “minam” o Estado/privam o Estado de recursos para fazer face às necessidades coletivas.

Relativamente à pena aplicada, como referimos, consideramos que não é de exigir a condenação em pena de prisão efetiva, pois nem a lei formula uma tal exigência nem vemos em que medida o princípio da proporcionalidade impõe essa restrição.

Ademais, os bens confiscados não foram obtidos por via do crime pelo qual o arguido foi condenado, pelo que não se pode fazer depender o confisco da condenação numa determinada pena.

Para além disso, a *ratio* da inversão do ónus da prova prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 é a extrema dificuldade em demonstrar a origem criminosa do património incongruente do arguido, pelo que a exigência da condenação em pena de prisão efetiva poria em causa essa *ratio legis*, que não colide com quaisquer garantias constitucionais<sup>58</sup>.

E, se o confisco “alargado” visa apenas restabelecer a situação patrimonial que existiria se o crime não tivesse sido praticado, a pena concretamente aplicada ao condenado não poderá deixar de ser irrelevante.

Em segundo lugar, o arguido terá de possuir um património, *i.e.* um conjunto de ativos de qualquer tipo (corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis) e os

---

crimes de tráfico de pessoas e de lenocínio de menores, o que o legislador acabou por fazer através da Lei n.º 30/2017.

<sup>58</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, pp. 51 e seguintes, e Acórdãos do TC n.ºs 101/2015, 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos que estejam:

- (1) Na titularidade do arguido ou em relação aos quais tenha o domínio e o benefício à data da constituição como arguido ou posteriormente,
- (2) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à constituição como arguido e
- (3) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino<sup>59</sup>.

Em terceiro lugar, pela sua “subsidiariedade” face ao confisco “clássico” de vantagens, o confisco “alargado” pressupõe que não se tenha provado que aquele património (ou parte dele) foi obtido por via do cometimento de crimes pelos quais o arguido tenha sido condenado (independentemente de serem do catálogo ou não), pois, nesse caso, os bens serão perdidos à luz do confisco “clássico”<sup>60</sup>, não sendo admissível que um bem seja objeto de perdimento com base no confisco “clássico” de vantagens e, subseqüentemente, o seu valor seja considerado para efeitos de confisco “alargado”<sup>61</sup>.

E, em quarto lugar, o valor do património do arguido (correspondente ao somatório do valor dos bens que o integram nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002) terá de ser incongruente, desproporcionado, não condizente com os rendimentos lícitos do arguido concatenados com as suas despesas<sup>62</sup>, sendo da determinação da incongruência que nos ocupamos no presente artigo.

De todo o modo, confrontando o regime dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002 com o regime do artigo 5.º da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014 (que não foi cabalmente transposto para a nossa ordem jurídica), verificamos que existe, no nosso Direito, uma lacuna em matéria de confisco “alargado” quanto ao património do arguido que, embora sendo congruente com os seus rendimentos lícitos, é provavelmente proveniente de (outros) crimes eventualmente cometidos pelo arguido<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, conjugado (quanto ao conceito de bens) com o artigo 2.º, al. d), da CNUCOT, que, tendo sido ratificada, integra a nossa ordem jurídica (cfr. artigo 8.º, n.º 2, da CRP).

<sup>60</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, pp. 37-38, e Acórdão do STJ de 05/07/2012, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>61</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 37.

<sup>62</sup> Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª Ed., p. 351, e Acórdão da RL de 04/12/2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>63</sup> Cfr. CONDE CORREIA, “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”, in *RCEJ*, 2.º Semestre de 2014, p. 98 (que propõe uma cumulação entre o regime dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002 e o novo regime decorrente da transposição do artigo 5.º da Diretiva, que passariam a complementar-se entre si), e DUARTE RODRIGUES NUNES, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, p. 135.

De referir que não falta quem<sup>64</sup>, invocando o princípio da proporcionalidade, entenda que, sob pena de se estar a fazer recair sobre o arguido um ónus excessivo, deveria exigir-se um quinto pressuposto: o Ministério Público demonstrar a ocorrência de indícios ou elementos que tornem plausível ou muito provável a existência de uma anterior atividade criminosa (que se refira a crimes do catálogo e tenha ligação com o tipo de crimes por cuja prática o arguido foi condenado).

Tal pressuposto funcionaria como *conditio sine qua non* para que o cálculo das vantagens patrimoniais possa retroagir a um momento anterior ao da constituição como arguido.

Pela nossa parte, entendemos que a exigência de um tal pressuposto não tem razão de ser.

Em primeiro lugar, a exigência deste pressuposto não tem qualquer apoio na lei<sup>65</sup> e equivaleria a “revogar interpretativamente o novo regime legal”, “represtinando-se” a prova da relação entre o crime pressuposto e o património do arguido, que se pretendeu afastar com o regime legal do confisco “alargado” existente<sup>66</sup>.

Em segundo lugar, as regras da experiência comum apontam no sentido de não ser de exigir um tal pressuposto, pois, partindo do exemplo do crime de tráfico de estupefacientes, mesmo recorrendo aos métodos de investigação mais “expeditos”, dificilmente se consegue determinar em julgamento qual o número real de pessoas a quem o arguido cedeu substâncias estupefacientes, por si ou por interposta pessoa<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Casos de DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, pp. 126 e seguintes, JORGE REIS BRAVO, “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, in Polícia e Justiça, n.º 8, p. 128, PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, in RPCC, 2011, pp. 313 e seguintes, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES/JOSÉ LUÍS TRINDADE, “A recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, in Julgar online, 2009, p. 32, e, na Doutrina estrangeira, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 855, MAUGERI, Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo, pp. 319 e seguintes e 676, e TERESA AGUADO CORREA, El comiso, p. 76. Por seu turno, o STJ, no seu Acórdão de 11/09/2019, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), refere que «*Tratando-se de uma manifestação sancionatória (sanção) que tem a sua origem, ou nasce, da presunção de uma actividade ilícita – extraída e estendida da acusação por um concreto e específico tipo de ilícito, qualificado, ou tipificado, na lei (penal) como crime – haverá de concluir-se que, como se disse, a justificação (legal) do pedido de liquidação da quantia adveniente dessa actividade – que, naturalmente, não é por si mesma líquida – tem de radicar, ou basear-se, na indicação de uma factualidade – bens móveis e imóveis existentes na titularidade/património do arguido e familiares directos, dinheiro existente em contas bancárias, aplicações financeiras e outros valores que se presume não poder ter sido adquiridos a não por meio de proventos advenientes de uma actividade ilícita (artigo 7º, nº 1 e respectivas alíneas da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro) – que para além do facto ilícito imputado no processo, demonstre que o arguido obteve um património que não é condizente, paragonado, ou isonómico com a actividade (lícita) que lhe é conhecida e/ou com as declarações obrigatórias que tem de apresentar perante as autoridades competentes.*».

<sup>65</sup> Cfr. JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 1342-1343, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, Comentário do Código de Processo Penal, p. 351, CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 110, e DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 412 (nota 1572).

<sup>66</sup> Cfr. CONDE CORREIA, Da proibição do confisco à perda alargada, p. 110, e Acórdão da RE de 06/12/2016, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>67</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 412 (nota 1572).

Em terceiro lugar, a exigência deste pressuposto transformaria o ónus da prova a cargo do Ministério Público numa *diabolica probatio*, sendo quase impossível demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes (para mais, crimes do catálogo e com ligação aos crimes pelos quais o arguido foi condenado) de que nem se logrou obter uma *notitia criminis*; e o mesmo sucederia nas situações em que, tendo sido instaurado um processo penal quanto a esses crimes, não se recolheram indícios suficientes para submeter o arguido a julgamento ou o arguido foi absolvido por subsistirem dúvidas fundadas quanto à sua responsabilidade, caso em que se suscitaria um problema adicional: de acordo com a Jurisprudência do TEDH<sup>68</sup>, se, após a absolvição do arguido, for decretado o confisco de bens obtidos através da prática de crimes com base nos factos pelos quais o arguido foi absolvido no processo penal, ocorrerá uma violação da presunção de inocência.

Por isso, a exigência deste pressuposto criaria obstáculos praticamente intransponíveis à aplicação do confisco “alargado” (pondo gravemente em causa a resposta à criminalidade organizada e económico-financeira e ao terrorismo), pois, além de gerar situações de *diabolica probatio*, seria quase impossível aplicar o confisco “alargado” nos casos em que tivesse sido instaurado um processo penal que não tivesse terminado com a condenação do arguido (o que, nestas formas de criminalidade, é frequente) sem, de acordo com a referida Jurisprudência<sup>69</sup>, violar a presunção de inocência<sup>70</sup>.

Em quarto lugar, o que fundamenta o alargamento previsto no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 face às formas “clássicas” de confisco é a inexplicada desconformidade entre o património e os rendimentos lícitos do arguido associada à condenação por um crime do catálogo e não a probabilidade de existência de uma anterior atividade criminosa<sup>71</sup>.

Em quinto lugar, o argumento de que se a presunção se baseasse apenas na condenação e na incongruência patrimonial (dispensando a prova da atividade criminosa anterior), o legislador não a teria mencionado explicitamente na norma que designa os pressupostos da medida e que, por isso, o confisco assenta numa presunção de que os bens provêm de uma atividade especificamente criminosa (e não apenas porque têm uma origem desconhecida ou “meramente” ilícita) e, como tal, depende da prova da existência de uma anterior atividade criminosa<sup>72</sup> não convence.

<sup>68</sup> Cfr. Acórdãos Geerings c. Países Baixos, Paraponiaris c. Grécia, Sud Fondi SRL e Outros c. Itália, Varvara c. Itália e G.I.E.M. S.R.L. e Outros c. Itália, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>69</sup> Entendimento que não subscrevemos, pois, pela diferença ao nível do *standard probatório*, pode não ser possível provar a prática do crime para além da dúvida razoável para efeitos de condenação penal, mas ser possível prová-la com base num juízo de preponderância de probabilidades para efeitos de confisco. Todavia, esse entendimento é um fator a considerar, pelas repercussões que a declaração de uma violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos terá na decisão que decretou o confisco “alargado” do património do arguido.

<sup>70</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, in O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs, p. 125.

<sup>71</sup> Cfr. HÉLIO RODRIGUES/ CARLOS RODRIGUES, Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, p. 225, e DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 412 (nota 1572).

<sup>72</sup> Esgrimido por PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, in RPCC, 2011, p. 315.

Com efeito, a presunção de origem criminosa resulta da condenação pela prática de um crime do catálogo, sendo que, como resulta dos conhecimentos de *intelligence* em matéria de criminalidade organizada, terrorismo e criminalidade económica, os crimes do catálogo são crimes suscetíveis de gerar lucro e, pela extrema dificuldade probatória que caracteriza os processos relativos às formas de criminalidade visadas pela Lei n.º 5/2002, é altamente provável que os factos submetidos a julgamento constituam apenas uma parte de todos os crimes que o arguido cometeu e que apenas seja possível demonstrar a origem *efetivamente* criminosa de uma parte, porventura pouco substancial, do património do condenado<sup>73</sup>.

Em sexto lugar, o argumento de que se o confisco “alargado” é desencadeado pela condenação por um crime de certa espécie para atingir bens que não foram adquiridos através dele, será 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), pois só assim se pode compatibilizar a presunção da proveniência criminosa do património incongruente com o princípio da proporcionalidade<sup>74</sup> também não convence.

Na verdade, mais gravoso do que aquilo que referimos no argumento anterior é o facto de se exigir a demonstração da elevada probabilidade de o condenado ter levado a cabo uma outra anterior atividade criminosa diversa daquela por que foi condenado, mas do mesmo género (*i.e.*, um crime do catálogo), pois, pela enorme dificuldade probatória que as formas de criminalidade visadas pela Lei n.º 5/2002 encerram, não faltariam casos de *diabolica probatio*<sup>75</sup>.

E, por último, a não exigência desse pressuposto não faz recair sobre o arguido um ónus excessivo, pois ninguém melhor do que o arguido conseguirá justificar a proveniência (lícita) do seu património, se este tiver sido obtido de forma lícita<sup>76</sup>.

Deste modo, condenado o arguido por um dos crimes do catálogo, atenta a potencialidade lucrativa desses crimes e detendo o arguido um património cuja obtenção lícita não logrou, no todo ou em parte, provar (quando ninguém melhor do que ele poderia demonstrar essa proveniência lícita, se assim tivesse sucedido efetivamente), irá considerar-se que a parte cuja obtenção lícita não conseguiu provar foi obtida por via da prática de crimes.

<sup>73</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgare Online*, pp. 39 e seguintes

<sup>74</sup> Aduzido por PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, in *RPCC*, 2011, p. 316.

<sup>75</sup> Cfr. CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, p. 110, DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgare Online*, p. 41, e Acórdão da RE de 06/12/2016, in *www.dgsi.pt*.

<sup>76</sup> Cfr. CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, cit., p. 110, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, p. 412 (nota 1572), e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015 e 476/2015, in *www.tribunalconstitucional.pt*, e da RE de 06/12/2016, in *www.dgsi.pt*; contra, manifestando reservas, GERMANO MARQUES DA SILVA, “Métodos expeditos de obtenção de prova: Os valores democráticos em risco?”, in *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti – I*, p. 280.

### 3. A determinação da incongruência do património do arguido

Como referimos, um dos pressupostos do confisco “alargado” é, precisamente, a incongruência, desproporção, falta de explicação do património de alguém que foi condenado pela prática de crimes de grande potencial lucrativo que não consegue provar que adquiriu, por meios lícitos, o património que possui.

Na verdade, a incongruência não será mais do que a conclusão que o Tribunal retirará da confrontação entre o património que se tiver provado ser pertença do arguido e os rendimentos lícitos e as despesas deste, sendo que, concluindo haver incongruência, decidirá em desfavor do arguido e decretará o confisco.

Para determinar o valor dessa incongruência, haverá que partir dos bens que, produzida a prova quanto ao procedimento de confisco, se provou constituírem o património do arguido tal como definido no artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002:

- a) Bens que estejam na titularidade do arguido;
- b) Bens que estejam na titularidade de um terceiro, mas em relação aos quais o arguido tenha o domínio e o benefício à data da constituição como arguido ou posteriormente;
- c) Bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; e
- d) Bens recebidos, pelo arguido, nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

A prova de que os bens constantes da liquidação (efetuada no despacho de acusação ou, não sendo tal possível, até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira (ou única) sessão da audiência de julgamento, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2002) recai sobre o Ministério Público.

Relativamente ao valor do património (que será o somatório do valor dos bens que o compõem) a considerar, entendemos que deverá ser o valor total da aquisição do bem (independentemente das modificações do valor do bem entretanto ocorridas, pois foi aquele o valor despendido pelo arguido), incluindo, no caso de aquisições a crédito, o valor dos juros e outros acréscimos pagos pelo arguido, sendo que a contração de créditos desnecessários costuma ser um dos expedientes utilizados para fins de branqueamento de capitais, adquirindo o agente dinheiro ou outros bens “limpos” e pagando as mensalidades do empréstimo com dinheiro “sujo”.

E deverão adicionar-se ao “capital” (v.g., o dinheiro mutuado ou o bem cuja aquisição foi financiada pelo banco) os juros e outras despesas pagos, pois o valor despendido pelo arguido para essa aquisição é o montante total pago ao banco pelo crédito e esse montante total pago ao banco, na falta de demonstração da proveniência lícita desse dinheiro, foi pago com dinheiro adquirido através da prática de crimes. E, se, no momento em que ocorre o confisco, o arguido ainda não pagou a totalidade do crédito, haverá que contabilizar o valor de aquisição

do bem ou o montante mutuado e adicionar o valor dos juros e demais despesas que tenham sido pagos até esse momento e os juros e despesas que ainda iriam ser pagos no futuro.

Seguidamente, haverá que considerar os rendimentos lícitos do arguido.

Os rendimentos lícitos não terão de ser apenas os auferidos pessoalmente pelo arguido, podendo incluir-se os de outros membros do agregado familiar e os auxílios que o arguido e/ou outros membros do agregado familiar recebam de terceiros (*v.g.*, donativos de pais ou sogros do arguido)<sup>77</sup>.

Os rendimentos lícitos poderão ser, por exemplo, rendimentos de trabalho ou de outras atividades económicas lícitas (indústria, prestação de serviços ou comércio legítimos), heranças, prémios obtidos no âmbito de jogo lícito como o Euromilhões ou em casinos legais.

Não nos parece que o facto de os rendimentos constarem de declarações fiscais deva levar a concluir que são de proveniência lícita<sup>78</sup>.

No fundo, os rendimentos lícitos poderão constar de declarações fiscais ou não (por inexigibilidade legal ou por fuga ao Fisco), sendo que, visando o confisco “alargado” impedir os criminosos de auferirem os lucros obtidos através da prática de crimes e de os utilizarem para continuação da atividade criminosa ou para proteção contra as autoridades e não a cobrança de impostos, não há que relacionar a licitude ou ilicitude dos rendimentos com a circunstância de terem sido, ou não, declarados ao Fisco.

Por isso, se o facto de não terem sido declarados ao Fisco não significa que esses rendimentos sejam de origem criminosa, também não deverá concluir-se que os rendimentos declarados sejam de origem lícita, sob pena de, vingando um tal entendimento, os criminosos passarem a declarar ao Fisco parte dos seus rendimentos ilícitos como se de rendimentos lícitos se tratassem, passando a apresentação de uma declaração fiscal a funcionar como mecanismo de branqueamento de capitais ou até de financiamento do terrorismo<sup>79</sup>.

E, pior ainda, até porque a falta de declaração ao Fisco não implica que os rendimentos sejam de origem criminosa, um tal entendimento poderia ainda permitir que, *ad latus* dos rendimentos ilícitos declarados ao Fisco, o arguido pudesse “legalizar” outros rendimentos ilícitos alegadamente provenientes da atividade de fachada de onde provieram os rendimentos ilícitos declarados, sobretudo quando se sabe que as organizações criminosas

<sup>77</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, *in* *Julgar Online*, p. 36.

<sup>78</sup> No mesmo sentido, DUARTE RODRIGUES NUNES, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, *in* *Estudos em Memória do Professor Doutor Augusto Silva Dias* (em publicação), FRANCISCO BORGES, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, *in* *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I, p. 231; contra, HÉLIO RODRIGUES, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *in* *RMP*, n.º 134, p. 240, CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, p. 108, e JORGE REIS BRAVO, “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, *in* *Polícia e Justiça*, n.º 8, p. 128.

<sup>79</sup> Cfr. DUARTE RODRIGUES NUNES, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, *in* *Estudos em Memória do Professor Doutor Augusto Silva Dias* (em publicação).

também intervêm na economia lícita para fins de branqueamento de capitais, de obtenção de lucro (reinvestindo património ilícito) e/ou de criação de fachadas lícitas para as suas atividades ilícitas.

Diversamente do que sucede com o património do arguido, o ónus da prova dos rendimentos lícitos do arguido e/ou do seu agregado familiar e os auxílios prestados por terceiros recaem sobre o arguido, como resulta dos artigos 7.º, n.º 1, e 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002.

E, demonstrando o arguido a existência de rendimentos lícitos, o Ministério Público poderá (contra)demonstrar que o arguido possui despesas (pessoais ou com o seu agregado familiar ou até relativamente a terceiros, como os seus pais ou sogros), que, sendo deduzidas aos rendimentos lícitos, apenas restará um montante insignificante ou nem restará nada (pois os rendimentos lícitos poderão mesmo ser inferiores às despesas) e, desse modo, rendimentos que permitiriam concluir pela congruência, ainda que parcial, do património, deixarão de o permitir por via da consideração das despesas, impedindo-se que o confisco incida sobre um montante menor do que deveria suceder ou não seja decretado quando deveria sê-lo<sup>80</sup>.

E aqui o ónus da prova voltará a ser do Ministério Público.

De todo o modo, mesmo na ausência dessa (contra)demonstração, o Tribunal poderá sempre, com base nas regras da experiência comum, considerar um valor das despesas de subsistência do arguido e do seu agregado familiar.

Assim, do cotejo do artigo 9.º com o artigo 7.º, ambos da Lei n.º 5/2002, sendo condenado pela prática de um crime do catálogo e demonstrado que possui um património, caberá ao arguido demonstrar que auferiu rendimentos lícitos que, concatenados com as suas despesas, “justificam” a posse daquele património (ou de uma dada parte dele).

Deste modo, o legislador português estabeleceu uma presunção (ilidível) de que o património do arguido que seja incongruente com os seus rendimentos lícitos (concatenados com as suas despesas) tem origem criminosa, existindo uma inversão do ónus da prova quanto à proveniência (lícita) do património<sup>81</sup>, que pode ser ilidida pelo condenado (que poderá lançar mão de todos os meios de prova admitidos em processo penal), demonstrando que os bens têm uma proveniência lícita, estavam na sua posse há mais de cinco anos no

<sup>80</sup> Assim, DUARTE RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, p. 36.

<sup>81</sup> Como se extrai dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 5/2002, em que, no debate parlamentar relativo à Proposta de Lei n.º 94/VIII, o então Ministro da Justiça, António Costa, questionado sobre se se tratava de uma verdadeira inversão do ónus da prova, reconheceu que era esse o caso (cfr. DAR, I Série, de 20/09/2001, p. 28); e tem sido esse o entendimento da Doutrina e da Jurisprudência (cfr. DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de Bens a favor do Estado”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, p. 123, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 1316 e seguintes, JORGE REIS BRAVO, “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, in *Polícia e Justiça*, n.º 8, pp. 128 e seguintes, JORGE DIAS DUARTE, “Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, in *RMP*, n.º 89, pp. 151 e seguintes, DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 411 e seguintes, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), do STJ de 24/10/2006 e 16/01/2008, da RL de 23/10/2007 e da RP de 11/06/2014 e 17/09/2014, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

momento da constituição como arguido, foram adquiridos com rendimentos obtidos nesse período ou a transferência para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória ocorreu há mais de 5 anos contados da data da sua constituição como arguido<sup>82</sup>.

#### 4. Consequências da incongruência do património do arguido

Realizadas as referidas operações aritméticas, se resultar que a totalidade ou apenas uma parte do património do arguido é incongruente, considerar-se-á que o património, na parte em que é incongruente com os rendimentos lícitos do arguido, foi obtido através da prática de crimes. E tal justifica-se plenamente porque:

- a) Nos processos relativos à criminalidade organizada e económico-financeira e ao terrorismo, pela grande dificuldade investigatória e probatória, apenas se adquire notícia de uma parte dos crimes efetivamente cometidos e, mesmo quanto a essa parte, é frequente que apenas se logre provar a prática de alguns dos crimes e não de todos os crimes que constam da acusação;
- b) O visado pelo confisco é alguém que foi condenado pela prática de um crime de elevada potencialidade lucrativa e que possui um património cuja proveniência lícita não consegue demonstrar, quando é quem está em melhor situação para o fazer, caso esse património tenha sido obtido de forma lícita.

Incidindo o confisco “alargado” sobre uma parte ou mesmo sobre a totalidade do património do arguido (correspondente ao somatório de todos os bens que se provou pertencerem ao arguido) e não sobre bens concretos, a incongruência nada tem a ver com a posse de bens individualmente muito valiosos (*v.g.*, automóveis ou mansões de luxo, aviões particulares, iates, joias), podendo existir incongruência também em casos em que o arguido, embora não possuindo bens individualmente muito valiosos, possua bens individualmente não muito valiosos numa quantidade tal que, somado o seu valor, se conclua que possui um património cujo valor não é “explicado” pelos seus rendimentos lícitos.

De notar que, produzida a prova e decretado o confisco, já não fará sentido falar-se em “bens de origem presumivelmente criminosa”, pois a presunção é apenas um aspeto relativo à repartição do ónus da prova, como sucede com qualquer presunção de culpa prevista na nossa Lei civil, sendo que, não logrando o arguido ilidir a presunção de obtenção do património incongruente através da prática de crimes, esses bens consideram-se obtidos por essa via, como sucederá num caso em que, na responsabilidade civil, o lesante ou a parte que incumpriu o contrato não ilidiram a presunção de culpa, em que se considerará que agiram com culpa e não que “agiram presumivelmente com culpa”.

<sup>82</sup> Relativamente ao âmbito desta presunção e à sua constitucionalidade, *vide* DUARTE RODRIGUES NUNES, O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, pp. 413 e seguintes e 416 e seguintes, e Acórdãos do TC n.ºs 392/2015, 476/2015 e 498/2019, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

## Bibliografia

**Aguado Correa, Teresa** – El Comiso, EDERSA, Madrid, 2000.

**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, Lisboa, 2008.

**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, 4.ª Edição, Lisboa, 2011.

**Borges, Francisco** – “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, *in* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I, Direito Penal, pp. 215 e ss., Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

**Bravo, Jorge dos Reis** – “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, *in* Polícia e Justiça, n.º 8, pp. 73 e seguintes, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

**Caeiro, Pedro** – “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pp. 267 e seguintes, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

**Cesoni, Maria Luisa** – “L’Italie, un pays précurseur”, *in* Criminalité Organisée, Des représentations sociales aux définitions juridiques, pp. 503 e seguintes, LGDJ/Georg/Bruylant, Paris, Genebra e Bruxelas, 2004.

**Correia, João Conde** – Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, INCM, Lisboa, 2012.

**Correia, João Conde** – “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito português vigente”, *in* Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2.º Semestre de 2014, pp. 83 e seguintes, Almedina, Coimbra, 2014.

**Cunha, José Manuel Damião da** – “Perda de Bens a favor do Estado”, *in* Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, pp. 121 e seguintes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

**Cunha, José Manuel 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 – Porto, Porto, 2017.

**Dias, Augusto Silva** – “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *in* 2.º Congresso de Investigação Criminal, pp. 23 e seguintes, Almedina, Coimbra, 2010.

**Dias, Jorge de Figueiredo** – Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, Editorial Notícias, Lisboa, 1993.

**Dias, Jorge de Figueiredo** – “O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas”, *in* Que Futuro para o Direito Processual Penal, pp. 805 e seguintes, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

**Duarte, Jorge Dias** – “Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, *in* Revista do Ministério Público, n.º 89, pp. 141 e seguintes, Lisboa, 2002.

**Godinho, Jorge** – “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, *in* Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 1315 e seguintes, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

**Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas** – Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição (traduzido da 5.ª edição alemã por Miguel Olmedo Cardenete), Comares Editorial, Granada, 2002.

**Krauβ, Matthias** – “§ 129”, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12.ª Edição, 5.º Volume, pp. 306 e seguintes, Walter de Gruyter, Berlim e Nova York, 2010.

**Martins, A. G. Lourenço** – “Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 111, pp. 37 e seguintes, Lisboa, 2007.

**Maugeri, Anna Maria** – *Le Moderne Sanzioni Patrimoniali Tra Funzionalità e Garantismo*, Giuffrè, Milão, 2001.

**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*, 2015, in [https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/maugeri\\_1\\_15.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/maugeri_1_15.pdf) (consultado em 15/07/2020).

**Nunes, Duarte Rodrigues** – “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *Julgar Online*, in <http://julgar.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/> (consultado em 18/09/2020).

**Nunes, Duarte Rodrigues** – “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, in *Anatomia do Crime*, n.º 6, pp. 177 e seguintes, Almedina, Coimbra, 2017.

**Nunes, Duarte Rodrigues** – “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, in *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, pp. 119 e seguintes, INCM, Lisboa, 2018.

**Nunes, Duarte Rodrigues** – O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada, *Gestlegal*, Coimbra, 2019.

**Nunes, Duarte Rodrigues** – “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Augusto Silva Dias* (em publicação).

**Rodrigues, Hélio Rigor** – “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 134, pp. 189 e seguintes, Lisboa, 2013.

**Rodrigues, Hélio Rigor/Rodrigues, Carlos A. Reis** – *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, 2013.

**Rui, Jon Petter** – “Introduction”, in *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, pp. 1 e ss., Duncker & Humblot, Berlim, 2015.

**Silva, Germano Marques da** – “Métodos expeditos de obtenção de prova: Os valores democráticos em risco?”, in *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti – I*, pp. 273 e seguintes, Almedina, Lisboa, 2019.

**Simões, Euclides Dâmaso/Trindade, José Luís F.** – “A recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, in *Julgar online*, 2009, pp. 1 e seguintes, in <https://sites.google.com/site/julgaronline/ajulgar-online/autores/descriptores/criminalidade-organizada> (consultado em 27/06/2013).

**Zuñiga Rodríguez, Laura** – Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal, Editorial Comares, Granada, 2009.

### Jurisprudência

#### **Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**

**Acórdão Geerings c. Países Baixos (de 1 de março de 2007)**, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

**Acórdão Paraponiaris c. Grécia (de 25 de setembro de 2008)**, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

**Acórdão Sud Fondi SRL e Outros c. Itália (de 20 de janeiro de 2009)**, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

**Acórdão Varvara c. Itália (de 29 de outubro de 2013)**, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

**Acórdão G.I.E.M. S.R.L. e Outros c. Itália (de 28 de junho de 2018)**, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

#### **Tribunal Constitucional**

**Acórdão n.º 101/2015**, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

**Acórdão n.º 392/2015**, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

**Acórdão n.º 476/2015**, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

**Acórdão n.º 498/2019**, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

#### **Supremo Tribunal de Justiça**

**Acórdão de 24 de outubro de 2006 (Processo 06P3163)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 16 de janeiro de 2008 (Processo 07P4638)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 12 de novembro de 2008 (Processo 08P3180)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 20 de novembro de 2008 (Processo 08P3269)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 5 de julho de 2012 (Processo 171/10.8JALRA-A.C1)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 14 de março de 2018 (Processo 22/08.3JALRA.E1.S1)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 11 de setembro de 2019 (Processo 159/17.8JAPDL.L1.S1)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

#### **Relação de Coimbra**

**Acórdão de 25 de janeiro de 2006 (Processo 3980/05)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 15 de março de 2006 (Processo 2421/05)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

**Acórdão de 8 de novembro de 2017 (Processo 326/16.1JACBR.C1)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

#### **Relação de Évora**

**Acórdão de 6 de dezembro de 2016 (Processo 1388/14.1T9SNT-A.E1)**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### Relação de Lisboa

Acórdão de 23 de outubro de 2007 (Processo 7123/2007-5), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 4 de dezembro de 2008 (Processo 7874/2008-9), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 3 de março de 2011 (Processo 31/06.7ZCLSB-A.L1-9), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 27 de março de 2014 (Processo 463/07.3TAALM-A.L2-9), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### Relação do Porto

Acórdão de 28 de março de 2012 (Processo 86/08.0GBOVR.P1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 11 de junho de 2014 (Processo 1653/12.2JAPRT-A.P1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 17 de setembro de 2014 (Processo 1653/12.2JAPRT.P1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 16 de março de 2016 (Processo 2376/14.3TDPRT-D.P1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 31 de maio de 2017 (Processo 259/15.9IDPRT.P1), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### Alemanha

#### *Bundesverfassungsgericht*

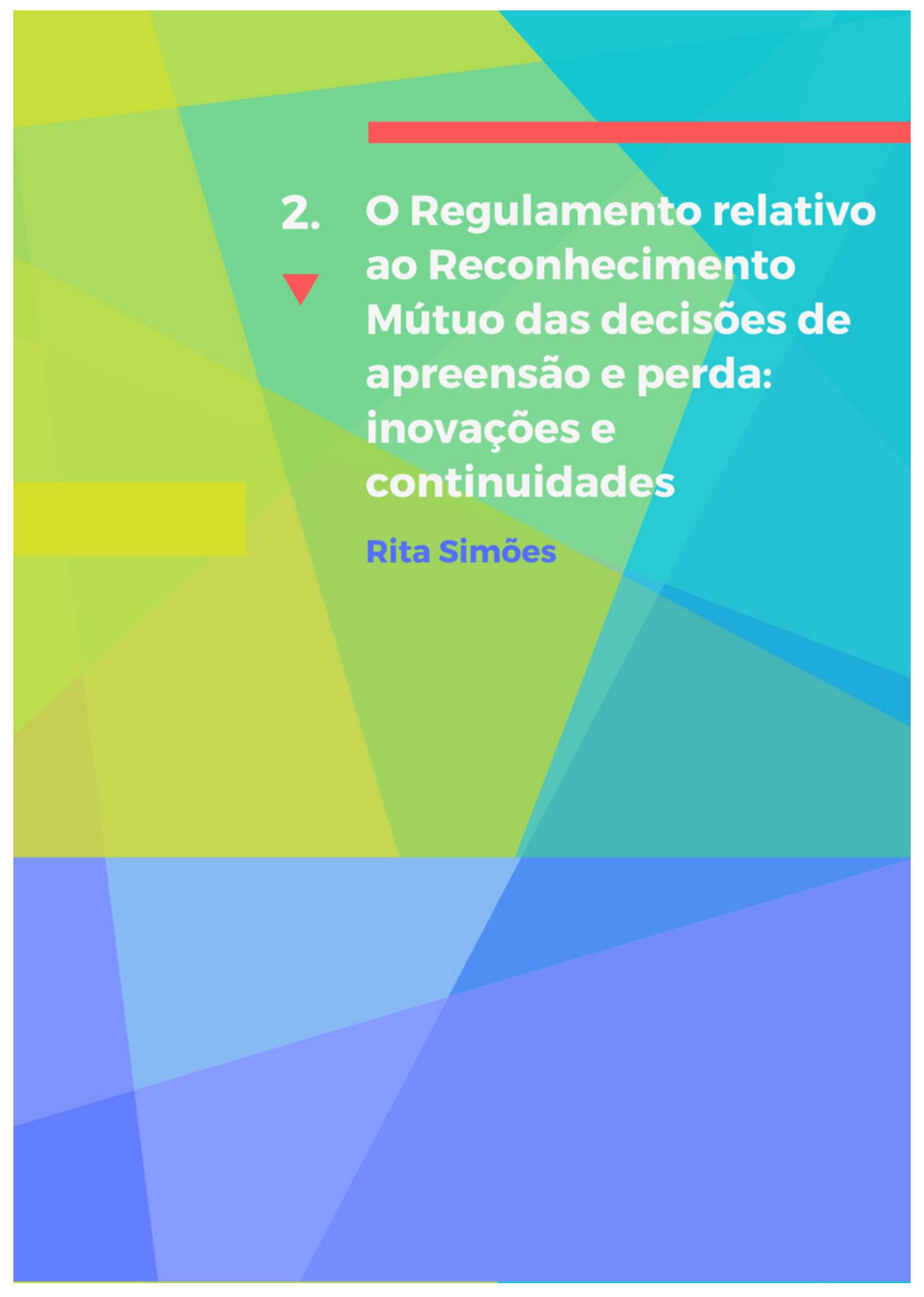
Sentença de 20 de março de 2002 (2 BvR 794/95), in <https://lexetius.com/2002,273>  
(consultada em 22/07/2020).

### Espanha

#### *Tribunal Supremo*

Sentença n.º 2123/1992, in <http://www.poderjudicial.es> (consultada em 22/07/2020).

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



---

**2. O Regulamento relativo  
ao Reconhecimento  
Mútuo das decisões de  
apreensão e perda:  
inovações e  
continuidades**

**Rita Simões**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. O REGULAMENTO RELATIVO AO RECONHECIMENTO MÚTUO DAS DECISÕES DE APREENSÃO E PERDA: INOVAÇÕES E CONTINUIDADES<sup>1</sup>

Rita Simões\*

1. Introdução
2. O regulamento à luz do princípio do reconhecimento mútuo
  - 2.1. Do princípio do reconhecimento mútuo
    - 2.1.1. Da transmissão directa e da tradução
    - 2.1.2. Da dupla incriminação
    - 2.1.3. Dos motivos de recusa
    - 2.1.4. Dos prazos de execução
  3. Do âmbito objectivo e subjectivo de aplicação do regulamento
    - 3.1. Do âmbito objectivo
      - 3.1.1. As decisões de apreensão e perda emitidas em processo penal
      - 3.1.2. Bens susceptíveis de perda
    - 3.2. Do âmbito subjectivo de aplicação do Regulamento
      - 3.2.1. Os terceiros
      - 3.2.2. As pessoas colectivas
      - 3.2.3. As vítimas
  4. Da afectação dos bens
  5. Conclusão

Bibliografia

**RESUMO:** O Regulamento (EU) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, veio unificar sob um único regime a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de apreensão (para efeitos de confisco) e perda.

O instrumento em causa visa ultrapassar as dificuldades e incertezas criadas pelo regime actualmente, alinhando o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Directiva 2014/42/EU, de 03 de Abril de 2014, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens.

O objectivo deste trabalho é fazer uma introdução, seguramente perfunctória e não exhaustiva, ao Regulamento, procurando identificar as suas principais inovações, como é o caso do reconhecimento dos direitos das vítimas, e algumas aparentes novidades, que na verdade serão soluções de continuidade, com relação ao princípio do reconhecimento mútuo e à harmonização legislativa que tem vindo a ser preconizada pela UE na área da recuperação de activos.

**Palavras-chave:** Apreensão, confisco, cooperação internacional, perda de bens, reconhecimento mútuo, recuperação de activos, regulamento, União Europeia.

<sup>1</sup> A autora escreve de acordo com a ortografia anterior ao AO de 1990.

\* Procurador-Geral-Adjunto.

## 1. Introdução

O Regulamento (EU) 2018/1805, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda<sup>2</sup>, doravante referido como Regulamento, veio estabelecer um novo quadro jurídico quanto a esta matéria.

Com efeito, o Regulamento unifica sob um único regime a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo à apreensão com vista à perda e a emissão e execução de decisões de perda, substituindo as disposições das Decisões-Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de Julho, doravante referida como Decisão-Quadro 2003/577/JAI, relativamente à apreensão, e a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de Outubro, doravante referida como Decisão-Quadro 2006/783/JAI, relativamente ao confisco, entre os Estados por eles vinculados, de que se excluíram a Dinamarca e a Irlanda<sup>3</sup>, a partir de 19 de Dezembro de 2020, nos termos do artigo 39.º do Regulamento.

O Regulamento foi a primeira proposta efectuada pela Comissão no domínio do princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, com fundamento no artigo 82.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, vinculando os Estados por força do seu efeito directo.

Desde o Conselho Europeu de Tampere, reunido em Outubro de 1999, que o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais foi reconhecido como pedra angular da cooperação judiciária em matéria penal.

Por outro lado, tem vindo a ser reconhecida a crescente importância da apreensão<sup>4</sup> e perda<sup>5</sup> de produtos e instrumentos do crime como um dos meios mais eficazes de luta contra a criminalidade, frequentemente de natureza transfronteiriça e transnacional<sup>6</sup>, nas perspectivas de retirar os proventos do crime da esfera dos seus autores e evitar que se disseminem na economia lícita, reparar o dano causado aos ofendidos e, num desenvolvimento mais recente, combater o financiamento ao terrorismo<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 28 de Novembro de 2018 (L 3036/1).

<sup>3</sup> Conforme o disposto nos artigos 1.º e 2.º, 4.º A n.º 1 do Protocolo n.º 21, anexo ao TUE, no que tange à Irlanda, e dos artigos 1.º, 2.º do Protocolo n.º 22 anexo ao TUE, no que respeita à Dinamarca.

<sup>4</sup> No artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento apreensão é definida como uma "decisão emitida ou validada por uma autoridade de emissão para impedir a destruição, transformação reiterada, transferência ou afectação de bens, tendo em vista a perda", traduzindo-se, em linha com o que tem vindo a ser reconhecido noutros instrumentos internacionais, numa proibição temporária de destruição, conversão, movimento, transferência ou disposição de bens.

<sup>5</sup> O Regulamento define "decisão de perda" como "Uma sanção ou medida de carácter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma infração penal que conduza à privação definitiva de bens de uma pessoa singular ou colectiva."

<sup>6</sup> O que se pode ler no Considerando 3 do Regulamento.

<sup>7</sup> A Agenda Europeia para a Segurança, apresentada em 28 de abril de 2015 [COM (2015)], (consultado em 03/05/2019), disponível em [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/basic-documents/docs/eu\\_agenda\\_on\\_security\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_en.pdf), sublinhou a necessidade da adopção de medidas de combate ao financiamento do terrorismo, tendo atribuído importância estratégica à necessidade de melhorar o reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e perda.

A recuperação de activos<sup>8</sup> visa colocar o agente de factos ilícitos na posição anterior à da obtenção dos ganhos ilícitos e tem vindo a ser assumida, ao menos ao longo das três últimas décadas, como um dos principais instrumentos de luta contra as vantagens do crime.

Para esse efeito, a União Europeia tem procurado criar mecanismos para tornar o confisco mais eficaz através:

- i. Da harmonização legislativa; e
- ii. Do estímulo à cooperação policial e judiciária na área da recuperação de activos.

No contexto da harmonização legislativa, o quadro jurídico da UE reconduz-se à Decisão-Quadro do Conselho 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro, doravante referida como Decisão-Quadro do Conselho 2005/212/JAI, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, e a Directiva 2014/42/EU, de 3 de Abril de 2014, doravante referida como Directiva 2014/42/EU, sobre o congelamento e perda dos instrumentos e produtos do crime, implementada na ordem jurídica nacional pela Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio.

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI e a Directiva 2014/42/EU visavam um maior nível de integração e harmonização das ordens jurídicas dos Estados-Membros, com o escopo de facilitar em última instância a cooperação internacional. Na verdade, a não implementação destes instrumentos ou a sua transposição deficiente, aliada às diferentes tradições jurídicas nesta matéria nos Estados-Membros, não logrou alcançar de forma satisfatória tais objectivos.

Por outro lado, no que tange à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo à apreensão e ao confisco está ainda em vigor a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, relativa à execução na UE das decisões de congelamento de bens e de provas, implementada no ordenamento jurídico nacional pela Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, e a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, relativa à aplicação do reconhecimento mútuo das decisões de perda, implementado pela Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto<sup>9</sup>.

A adopção do Regulamento não é alheia ao reconhecimento, por parte da UE, da insuficiência das Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI para alcançar um regime jurídico de reconhecimento mútuo de apreensão e perda eficaz, pois que não foram transpostas e aplicadas de forma uniforme nos Estados-Membros<sup>10</sup>, o que levou a uma cooperação fundada no reconhecimento mútuo aquém do desejável<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Para a história e caracterização do confisco v. Conde Correia *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, INCM, Lisboa, 2012.

<sup>9</sup> Para análise mais aprofundada sobre a forma como os Estados implementaram tais instrumentos na UE consultar: «Comparative Law Study Of The Implementation Of Mutual Recognition Of Orders To Freeze And Confiscate Criminal Assets In The European Union -Just/2011/Jpen/Pr/0 153/A4 Final Findings Report» (consultado em 13/06/2019). Consultado em 01/06/2019. Disponível em [http://knjiznka.sabor.hr/pdf/E\\_pub\\_likacije/Comparative\\_law\\_study\\_of\\_the\\_implementation\\_of\\_mutual\\_recognition.pdf](http://knjiznka.sabor.hr/pdf/E_pub_likacije/Comparative_law_study_of_the_implementation_of_mutual_recognition.pdf)

<sup>10</sup> Ver Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Produto da criminalidade organizada: garantir que «O crime não compensa», Bruxelas, 20 de novembro de 2008, COM(2008) 766 final, disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdodrep/1/2008/EN/1-2008-766-EN-FI-I.Pdf>.

<sup>11</sup> O que se pode ler no Considerando 6 do Regulamento.

O Regulamento vai ainda ao encontro da necessidade de alinhar o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Directiva 2014/42/UE, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens<sup>12</sup>, que o instrumento em causa visa abranger.

A utilização de um instrumento juridicamente vinculativo e directamente aplicável foi justificada pela necessidade de prever normas processuais uniformes, sem necessidade de dar margem aos Estados-Membros para as transpor, com vista a garantir maior clareza e previsibilidade legal<sup>13</sup>.

Destarte, a União Europeia avança na implementação do objectivo de promover uma crescente integração entre ordenamentos jurídicos, que inicialmente teve lugar através de normas intergovernamentais do terceiro pilar (decisões-quadro) e, mais recentemente, na sequência do Tratado de Lisboa, que suprimiu a diferença entre fontes intergovernamentais e comunitárias do direito<sup>14</sup>, através das directivas e dos regulamentos<sup>15</sup>.

No entanto, e pese embora a aplicabilidade directa do instrumento em causa, os Estados-Membros terão de complementar as suas disposições nos pontos que este não cobre, como é o caso das autoridades de emissão e execução competentes<sup>16</sup> ou fazer declarações relativamente aos concretos pontos definidos no Regulamento, à semelhança do que já se tem vindo a realizar no âmbito de outros instrumentos relativos à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo<sup>17</sup>.

O Regulamento estabelece a aplicação do reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e perda emitidas num processo penal<sup>18</sup>, abrangidas pela Directiva 2014/42/UE<sup>19</sup>, e para além

<sup>12</sup> Como se refere nos Considerandos 7 e 14 do Regulamento.

<sup>13</sup> Como se pode ler no documento elaborado pela Comissão Europeia COM(2016) 819, Bruxelas, 21/12/2016.

<sup>14</sup> Neste sentido Luis Mesas, *Reconocimiento de las Resoluciones Penales en la Unión Europea*, Valência: Tirant lo Blanch, 2016, p. 23.

<sup>15</sup> O Tratado da União Europeia consagrou, no artigo 29.º, actualmente artigo 67.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, o objectivo de fazer da União Europeia um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, elegendo a cooperação judiciária como a forma privilegiada de realizar essa finalidade. O Parlamento Europeu passou a ter competência para legislar na área da cooperação judiciária, esperando-se que assim se empreste maior legitimidade democrática aos instrumentos legais produzidos em matérias que nos Estados estão reservadas aos parlamentos nacionais.

<sup>16</sup> O artigo 24.º do Regulamento dispõe que os Estados-membros terão que informar a Comissão sobre as autoridades de emissão e de execução competentes. Esta matéria está regulada nos artigos 4.º e 11.º da Lei n.º 25/2009 de 05 de Junho e 7.º n.º 1 e 11 da Lei n.º 88/2009 de 31 de Agosto. Visto que estes diplomas serão de aplicação residual, e porque consideramos desejável que a matéria da competência para emissão e execução de decisões de apreensão e perda continuem a ter previsão legal, consideramos, salvo melhor opinião, que não bastará uma comunicação à Comissão para este efeito. Na mesma linha, é desejável, por razões óbvias, que se verifique uma coincidência de autoridades competentes, para efeitos de aplicação das Leis n.º 25/2009 e 88/2009 e do Regulamento.

<sup>17</sup> São exemplo disso os artigos 3.º n.º 2, quanto à sujeição à dupla incriminação, relativamente aos crimes que não integram o catálogo do n.º 1, os artigos 4.º n.º 2 e 14.º n.º 2, quanto à transmissão, em conjunto com a certidão, do original ou de cópia certificado da decisão, e os artigos 6.º, n.º 3 e 17.º, quanto às línguas aceites, para efeitos de tradução da certidão.

<sup>18</sup> Isto é, "todos os tipos de decisões de apreensão e decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infracção penal" - Considerando 13 do Regulamento.

<sup>19</sup> Sobre a Directiva 2014/42/EU, ver Conde Correia, «Reflexos da Directiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime da União Europeia) no direito português vigente», *Revista do CEJ*, n.º 2, 2014, pp. 83-112.

desta, excluindo tão só, de forma explícita, as decisões de apreensão e perda emitidas no âmbito de processo em matéria civil ou administrativa<sup>20</sup>.

Daqui decorre que se pretende que a aplicação directa do Regulamento tenha lugar para além do quadro normativo cuja harmonização a UE pretendeu alcançar, através da Decisão-Quadro do Conselho 2005/212/JHA e da Directiva 2014/42/UE.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto, que implementou a Directiva 2014/41/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, relativa à Decisão Europeia de Investigação, a Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho passou a aplicar-se exclusivamente à apreensão de bens<sup>21</sup> com vista ao confisco<sup>22</sup>, distinguindo-se claramente a apreensão para efeitos de prova daquela com vista à perda.

Destarte, e no contexto da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, a emissão de uma ordem de apreensão pressupõe a obtenção de prova com vista à sua identificação, através da Decisão Europeia de Investigação<sup>23</sup>.

Assim, e pese embora o carácter inovador da utilização de um instrumento normativo directamente aplicável, que unifica um regime até à data bipartido, o Regulamento não vem, no essencial, alterar o enquadramento normativo já previsto para a identificação, apreensão e perda de bens na União Europeia.

Este breve excurso introdutório visa tão só estabelecer o contexto em que foi adaptado o Regulamento, e o quadro normativo em que se insere, de modo a enquadrar o que se vai expender de seguida.

O objectivo deste trabalho é fazer uma introdução, seguramente perfunctória e não exaustiva, ao Regulamento, procurando identificar as suas principais inovações e algumas aparentes novidades, que na verdade serão soluções de continuidade, com relação ao princípio do reconhecimento mútuo, e à harmonização legislativa que tem vindo a ser preconizada pela UE na área da recuperação de activos.

<sup>20</sup> Como decorre do Considerando 13 do Regulamento.

<sup>21</sup> É comum os instrumentos internacionais aplicáveis, o mesmo sucedendo com a versão em língua inglesa do Regulamento, designarem as medidas em apreço como *congelamento*, tendo-se vindo a entender que este permite não só apreender fisicamente, mas implementar medidas de protecção. Assim, teremos de entender que a apreensão referida no Regulamento e noutros instrumentos legais aplicáveis, como é o caso da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, corresponde não só à figura prevista nos artigos 178.º do CPP e seguintes, mas também o arresto, previsto no artigo 228.º do mesmo diploma e no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (neste sentido Conde Correia «Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 25, 2015, pág. 525).

<sup>22</sup> Nos termos do artigo 49.º da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto.

<sup>23</sup> Daqui decorre também que, no contexto do espaço da UE, e de uma maneira geral, com a entrada em vigor da Directiva DEI passa a ser distinto o fundamento jurídico que se utiliza para levar a cabo a apreensão para efeitos de prova, para o qual se deverá deitar mão deste instrumento, ou para efeito de confisco, para a qual se deverá utilizar uma ordem de apreensão.

## 2. O regulamento à luz do princípio do reconhecimento mútuo

### 2.1. Do princípio do reconhecimento mútuo

O princípio do reconhecimento mútuo permite que uma decisão (sentença ou proferida numa fase processual anterior a esta) tomada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro seja reconhecida e, se necessário, aplicada, produzindo efeitos noutro Estado-Membro<sup>24</sup>.

Introduz-se assim uma forma de cooperação em que as autoridades de um país passam a estar ao serviço das autoridades do outro, o que se traduz num poder da parte de quem pede e num dever da parte de quem cumpre.

No Conselho Europeu de Tampere (pontos 33 a 37 das Conclusões), o princípio do reconhecimento mútuo foi designado pedra angular da cooperação judiciária, no sentido de assegurar não só que as decisões tenham efeito, em todo o território da UE, mas que tal ocorra de forma a garantir direitos individuais.

Nesta sequência, o Conselho Europeu delineou um programa de medidas para implementar o princípio do reconhecimento mútuo de decisões em matéria criminal, considerado como gerador de segurança jurídica na UE, garantindo que as decisões proferidas num Estado-Membro não serão questionadas noutro.

Assim, subjacente a este princípio está a ideia de reconhecimento automático das decisões, mediante o qual as autoridades de um Estado devem aceitar uma decisão de outro como equivalente à dos seus próprios órgãos<sup>25 26</sup>.

Isto pressupõe a confiança mútua entre os Estados, que se deve basear num conjunto comum de princípios de liberdade e respeito pelos direitos humanos, que será facilitada pela aproximação de legislações.

Mais do que isso, a confiança deve pressupor que a decisão a ser reconhecida e aplicada foi tomada em obediência aos princípios da legalidade, subsidiariedade e proporcionalidade<sup>27</sup>, não só quanto às normas que aplica, como também quanto ao seu mérito<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Esta definição consta do Livro Verde da Comissão sobre aproximação, reconhecimento mútuo e aplicação de sanções penais na União Europeia, apresentado em Bruxelas em 30 de abril de 2004. Consultado em 11/05/2019. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0334>.

<sup>25</sup> Neste sentido Montserrat de Hoyos Sancho, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en la Unión Europea, asimilación automática o correponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 22, 2005, p. 813.

<sup>26</sup> Os tribunais nacionais já se pronunciaram, sobretudo a propósito do MDE, sobre o que entendem por reconhecimento mútuo: a possibilidade de uma decisão tomada num Estado membro ser executada directamente noutro Estado: Ac. S1J 06P4352, relator Maia Costa, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/af7a8fc2be9273d1802572d500486144?OpenDocument>.

<sup>27</sup> O que se pode ler no considerando n.º 4 da Decisão-Quadro do Conselho 2003/577/JAI, de 22 de Julho de 2003 sobre execução na União Europeia de ordens de apreensão de bens ou meios de prova.

<sup>28</sup> A consagração dos meios de reacção às decisões reconhecidas e executadas é ilustrativa da forma concreta como se estrutura o princípio do reconhecimento mútuo na actuação das autoridades de emissão e de execução. Com efeito, em regra será junto do Estado de emissão que se deverá reagir quanto aos fundamentos subjacentes à

O Mandado de Detenção Europeu, primeiro instrumento de cooperação internacional adoptado ao abrigo do reconhecimento mútuo, fez surgir dificuldades que tornaram evidente que a aproximação de legislações, em áreas como o reforço da presunção de inocência, garantias mínimas do procedimento criminal e outras, devem tornar-se o principal pilar de reforço da confiança mútua entre os Estados.

Em face do que fica referido, o Estado de execução passa a estar obrigado a executar o pedido, salvo a existência de motivos de recusa<sup>29</sup>.

Como refere Pedro Caeiro, o reconhecimento mútuo traduz-se num modelo de cooperação judiciária que «se tem caracterizado, até ao momento, pela prevalência dos interesses da parte ativa e conseqüente limitação da parte passiva de recusar a cooperação»<sup>30</sup>.

Aliás, este princípio está bem patente no artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento, que dispõe de forma expressa que no Estado de Execução não podem ser aplicadas medidas alternativas às previstas na decisão de apreensão ou perda, sem a autorização do Estado de emissão, para além daquelas previstas no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3<sup>31</sup>, daí decorrendo que se faz prevalecer o interesse da autoridade de emissão na execução da sua decisão.

Nos instrumentos baseados no reconhecimento mútuo aplicáveis à recuperação de activos, estão previstas as consultas entre autoridades de emissão e execução, mas é inovadora a forma expressa como a execução de medidas alternativas tem de ser autorizada pela autoridade de emissão. Daqui resulta, salvo melhor opinião, num reforço da posição do Estado de emissão, que deverá esperar que as decisões de apreensão e perda emitidas sejam executadas no Estado de execução.

### 2.1.1. Da transmissão directa e da tradução

O Regulamento não altera o figurino normativo do princípio do reconhecimento mútuo, prevendo a transmissão directa, entre autoridades de emissão e de execução competentes, de decisões de apreensão ou perda, para serem reconhecidas e executadas noutro Estado-membro<sup>32</sup>.

---

emissão da ordem, como resulta do artigo 15.º, n.º 6, da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, e artigo 17.º, n.º 4, da Lei n.º 88/2009, de 31 de agosto. No que tange às restantes questões, nomeadamente aquelas relacionadas com a execução, os recursos podem ser interpostos no Estado de execução, como resulta do artigo 15.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, e artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 88/2009, de 31 de agosto. O Regulamento não altera no essencial este regime, como decorre do art.º 33.º.

<sup>29</sup> Ainda que, como dispõe o art.º 23.º n.º 1 do Regulamento, a execução das decisões de apreensão e perda seja regida pela legislação do Estado de Execução, e tenham as suas autoridades competência exclusiva para decidir das modalidades de execução e determinar todas as medidas com elas relacionadas.

<sup>30</sup> Pedro Caeiro, in «O confisco numa perspectiva de política criminal europeia», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/142/EU e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, p. 24.

<sup>31</sup> Esta norma versa sobre a possibilidade de executar uma decisão de perda de um bem específico sobre o valor equivalente, mediante acordo entre autoridades de emissão e execução, ou, o inverso, ou seja, para o caso da decisão de perda incidir sobre um montante em dinheiro, e não sendo possível obter tal pagamento, a mesma incidir sobre um bem específico, neste caso aparentemente sem necessidade do acordo da autoridade de emissão.

<sup>32</sup> Artigos 1.º, n.º 1, 4.º, n.º 1 e 14.º, n.º 1, do Regulamento.

Mantém-se, pois, a necessidade de transmitir a decisão de perda ou apreensão em conjunto com um formulário, ou certidão, que incorpora a decisão a executar, cabendo aos Estados-Membros declarar se aceitam que acompanhe a certidão o original da decisão ou uma cópia autenticada da mesma<sup>33</sup>.

Neste ponto, há que salientar que os artigos 5.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2009, de 5 de Junho e 8.º n.º 1, da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto seguem de perto a redacção das Decisões-Quadro que implementaram, pois que no caso da norma referida em primeiro lugar não é feita qualquer distinção entre o original ou a cópia da decisão, ao passo que no segundo caso se permite em alternativa a remessa de qualquer uma delas.

No que tange ao que carece de tradução, o Regulamento veio dispor expressamente que apenas a certidão deve ser traduzida para língua aceite pelo Estado de execução – artigos 4.º, n.º 2 e 14.º, n.º 2, do Regulamento.

A mesma solução já decorria, salvo melhor opinião, dos artigos 5.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2009, de 5 de Junho e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto.

### 2.1.2. Da dupla incriminação:

À semelhança do que tem vindo a suceder no âmbito de outros instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo, mantém-se a eliminação em termos genéricos do princípio da dupla incriminação, ainda que com imposição de moldura penal mínima, que é, no caso dos instrumentos adoptados nesta matéria, de 3 anos<sup>34</sup>.

O Regulamento veio simplificar as causas de recusa com fundamento na dupla incriminação, parecendo dar ao Estado de execução, enquanto Estado-Membro ao qual é transmitida uma decisão de apreensão ou perda<sup>35</sup>, a possibilidade de, no que respeita às infracções fora do catálogo previsto no artigo 3.º, n.º 1, sujeitar o reconhecimento e execução de uma decisão de apreensão ou perda à condição dos factos que deram origem a essa decisão constituírem uma infracção penal nos termos da sua legislação interna.

A simplificação a que aludimos assenta na circunstância de se aceitar que um Estado-Membro condicione a execução de uma decisão de apreensão ou perda à incriminação de uma determinada conduta, não subsumível ao catálogo que dispensa o controlo da dupla incriminação, na sua lei interna.

Com efeito, se atentarmos nos artigos 3.º, n.º 4, segundo parágrafo da Decisão-Quadro 2003/577/JAI e 6.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI<sup>36</sup>, decorre que se deu aos Estados-

<sup>33</sup> Artigos 4.º, n.º 2 e 14.º n.º 2, do Regulamento.

<sup>34</sup> V. a este propósito os artigos 3.º, números 1 e 2, e 8.º, n.º 4, da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, e 3.º, n.º 1, e 13.º, n.º 2, alínea a), e 4, da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto.

<sup>35</sup> Ver artigo 2.º, n.º 7, do Regulamento.

<sup>36</sup> Que foram transpostos de forma fiel nos artigos 3.º, n.º 3, da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho e 3.º, n.º 2, da Lei n.º 88/2009 de 31 de Agosto.

Membros a possibilidade de fazer depender a execução de decisões de apreensão e perda à circunstância de estarem em causa infracções que, nos termos da sua lei interna, permitissem a aplicação da medida em causa.

A diferença de redacção entre as disposições citadas das Decisões-Quadro e do Regulamento é subtil, mas significativa, já que, no caso das primeiras se faz depender o reconhecimento e execução da apreensão ou perda, da circunstância da medida que se procura executar estar prevista no ordenamento jurídico nacional para uma determinada infracção<sup>37</sup>.

Neste caso, o que se denomina controlo da dupla incriminação reporta-se aos pressupostos de aplicação de uma medida de apreensão ou perda de acordo com o direito nacional, com relação a um determinado ilícito.

Por sua vez, e no que tange ao que agora se prevê no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento, o que está em causa é fazer depender o reconhecimento e execução de uma decisão de apreensão ou perda tão só à circunstância da conduta se encontrar incriminada no ordenamento jurídico do Estado de execução, independentemente de a medida poder ser aplicada, à luz da lei nacional, a uma determinada infracção<sup>38</sup>, tratando-se pois de um controlo de dupla incriminação *strictu sensu*.

Como referiremos infra, o Regulamento estabeleceu um âmbito objectivo vasto, com o fito expresso de permitir a execução de decisões de perda ou apreensão que não se encontrem previstas no Estado de execução, pelo que manter a previsão das Decisões-Quadro colocaria em causa tal objectivo, razão por que, quanto a nós, se consagrou esta solução de dupla incriminação.

### 2.1.3. Dos motivos de recusa:

O princípio do reconhecimento mútuo caracteriza-se também pela consagração de um catálogo reduzido de motivos de recusa, comum a vários instrumentos baseados no reconhecimento mútuo, como falhas no certificado, existência de imunidades ou privilégios no Estado de execução, violação do princípio *ne bis in idem* e, por fim, falta de incriminação, à excepção da dispensa de dupla incriminação<sup>39</sup>.

Se atentarmos nos artigos 8.º e 19.º do Regulamento, relativos às causas de recusa de reconhecimento e execução das decisões de apreensão e perda, respectivamente, constatamos que se mantém as causas de recusa supra enumeradas, bem como, de uma

<sup>37</sup> Seria o caso, por exemplo, da aplicação de uma medida de arresto com vista à perda alargada, prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, a uma infracção não elencada no artigo 1.º deste diploma.

<sup>38</sup> No entanto, há que ter em atenção que, mantendo-se em vigor as Leis n.º 5/2009, de 5 de Junho e 88/2009, de 31 de Agosto, no que tange à Dinamarca e à Irlanda, o controlo da dupla incriminação terá de se fazer de forma diversa. O legislador nacional deverá ponderar se é de manter a redacção dos artigos 3.º, n.º 3 e 3.º n.º 2, respectivamente, dos diplomas anteriormente referidos, pois que, pese embora esteja em linha com o que se dispõe nas Decisões-quadro que transpõem, há que atentar na harmonização preconizada pela Directiva 2014/41/UE, e também no próprio efeito directo do Regulamento.

<sup>39</sup> Sobre causas de recusa e o papel do Tribunal de Justiça v. Lorena Bachmaier, «Mutual recognition instruments and the role of the CJEU: the grounds for non-execution», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, n.º 4, 2015

maneira geral, aquelas previstas nas Decisões-Quadro, especificamente relativas à apreensão e perda.

À semelhança do que se havia consagrado quanto à Decisão Europeia de Investigação<sup>40</sup>, passa a prever-se como causa de recusa do reconhecimento e execução de decisões de apreensão e perda, a circunstância da execução implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante, tal como estabelecido na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial o direito a um recurso efectivo, a um julgamento equitativo ou o direito de defesa<sup>41</sup>.

Esta causa de recusa poderá ser aplicada em situações excepcionais, e perante elementos de prova objectivos e específicos, de que decorra a previsibilidade de tal violação.

Com efeito, a salvaguarda de direitos processuais como o direito à tradução e interpretação em processo penal, o direito à informação, de acesso a um advogado, ao reforço da presunção de inocência ou ao apoio judiciário<sup>42</sup>, bem como as salvaguardas constantes da Carta de Direitos Fundamentais passam a ser explicitamente aplicáveis aos processos a que seja aplicável o Regulamento<sup>43</sup>.

Por outro lado, o Regulamento consagra que o respeito pelos princípios da necessidade e proporcionalidade devem ser assegurados pela autoridade de emissão<sup>44</sup>, não constituindo, no entanto, a violação destes princípios causa de recusa da execução de decisão de apreensão ou perda, a não ser que resulte na violação de um direito consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Na realidade, a abrangência do respeito pelos princípios da proporcionalidade e da necessidade, que no âmbito da Decisão Europeia de Investigação<sup>45</sup> se deve avaliar em função dos direitos do suspeito ou do arguido, neste caso deve ser aferida em função do destinatário das decisões de perda ou apreensão, tendo em conta que se podem também tratar de terceiros, como prevê o artigo 6.º da Directiva 2014/42/UE e o artigo 2.º, n.º 10, do Regulamento.

Em face do quadro delineado, fica por dilucidar de que maneira, no momento do reconhecimento da decisão de apreensão e perda, que se traduz num mecanismo simplificado

<sup>40</sup> Ver artigo 22.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 88/2017 de 21 de Agosto.

<sup>41</sup> Ver artigos 8.º, n.º 1, alínea f) e 19.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento.

<sup>42</sup> A Directiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/10/2010, relativa ao direito de interpretação e tradução em processo penal, Directiva 2012/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22/05/2012, relativa ao direito à informação em processo penal, Directiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22/10/2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal, Directiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09/03/2016, relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência, Directiva 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/05/2016, relativa às garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal, e 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/10/2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal, conforme decorre dos Considerandos 16 a 18 do Regulamento.

<sup>43</sup> Ver artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento

<sup>44</sup> A que está subjacente o princípio de que as decisões de apreensão ou perda apenas podem ser emitidas quando o poderiam ser num processo nacional similar, conforme consta do Considerando 21 do Regulamento.

<sup>45</sup> Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto.

tendencialmente automático, de dar exequibilidade à decisão emitida por outro Estado-Membro<sup>46</sup>, se procederá a este controlo.

Na realidade, referindo-se os artigos 8.º, n.º 1, al. f) e 19.º, n.º 1, al. h), do Regulamento à existência de provas que levem a supor que a execução da decisão resultará na manifesta violação de direitos, não se vislumbra de que maneira se poderá fazer esse controlo no reconhecimento.

É que a autoridade de emissão só transmite a decisão a executar e uma certidão da mesma, e não as provas em que aquela se fundamentou, como aliás decorre da matriz de confiança mútua em que se fundamenta o princípio do reconhecimento mútuo.

Por outro lado, se é certo que o Regulamento prevê a vários trechos a comunicação directa entre autoridades para troca de informação, não se prevê produção de prova, pelo menos previamente ao momento do reconhecimento e execução da decisão.

Além do mais, está implícito no Regulamento que por regra a fase inicial de reconhecimento da decisão não está sujeita a contraditório, por razões evidentes de prevenção da dissipação dos bens a apreender ou declarar perdidos<sup>47</sup>, pelo que nesse momento não poderão as partes afectadas vir invocar factos ou aduzir provas que permitam consubstanciar a manifesta violação de direitos fundamentais.

Deste modo, parece-nos de duvidosa exequibilidade o controlo efectivo da causa de recusa em causa, pois que, ou a manifesta violação de direitos fundamentais resultará da decisão e certidão enviadas pela autoridade de emissão, ou apenas poderá ser controlada em momento posterior à execução, mormente através da utilização das vias de recurso.

No entanto, os tribunais nacionais terão seguramente um relevante papel a desempenhar na aplicação da causa de recusa em causa, no quadro dos princípios da sua ordem jurídica e do quadro legal específico aplicável à apreensão e perda.

#### 2.1.4. Dos prazos de execução

A execução de decisões com fundamento no reconhecimento mútuo, atentos os mecanismos de reconhecimento e execução previstos, torna tendencialmente mais expedita a sua execução, o que no âmbito da recuperação de activos de mostra tanto mais premente, atenta a facilidade com que os agentes dos factos podem dissipar e dissimular as vantagens do crime.

O Regulamento visa imprimir celeridade à execução de ordens de apreensão e de perda, tendo estabelecido o princípio de que as decisões de apreensão e perda devem ser executadas com a

<sup>46</sup> Vejam-se a título de exemplo os artigos 5.º e 8.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, 12.º e 13.º da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto e 3.º, n.º 1, do Regulamento.

<sup>47</sup> O que resulta patente no artigo 11.º do Regulamento, que permite que se mantenha confidencialidade da decisão de apreensão, incluindo o adiamento da notificação dos visados pela medida, e mais ainda no artigo 32.º deste instrumento, que prevê que os afectados pela apreensão são informados da mesma após a sua execução, e, no caso de decisão de perda, após decisão de reconhecimento e execução.

mesma rapidez e prioridade que em processos nacionais similares<sup>48</sup>, como se se tratasse de uma decisão nacional<sup>49</sup>, sem prejuízo de ser atribuída urgência à respectiva execução.

Com efeito, caso a autoridade de emissão indique que se deve apreender imediatamente os bens, a autoridade de execução deve proceder ao seu reconhecimento 48 horas após ter recebido a decisão de apreensão, e deve tomar medidas concretas para garantir a execução 48 horas após ter determinado o seu reconhecimento<sup>50</sup>.

No caso das decisões de perda, o artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento prevê pela primeira vez um prazo único de 45 dias para a decisão de reconhecimento e perda.

O Regulamento equipara a execução de decisões de apreensão e perda àquelas tomadas em processos nacionais, fazendo-as sujeitar tendencialmente aos mesmos prazos, aumentando o potencial de eficácia da sua execução

### 3. Do âmbito objectivo e subjectivo de aplicação do regulamento

#### 3.1. Do âmbito objectivo

##### 3.1.1. As decisões de apreensão e perda emitidas em processo penal

Como já foi referido, o Regulamento apenas abrange decisões de apreensão e perda proferidas no âmbito de processos penais, não se aplicando, pois, àquelas proferidas em processos de natureza civil e administrativa, excluindo não só os procedimentos *in rem*, processos de natureza contraordenacional, pelo que o instrumento sob análise não vem alterar o quadro jurídico em vigor.

Se a diferença de regimes constitucionais e penais dos Estados-Membros, no que respeita aos procedimentos *in rem*, que aliás nunca foram alvo de processos de harmonização por parte da EU, poderá justificar a sua exclusão do âmbito de aplicação do diploma em causa, a sua não aplicabilidade à apreensão e perda no âmbito de processo de contra-ordenação, quando o reconhecimento mútuo é aplicável à apreensão para efeitos probatórios em sede de processos desta natureza<sup>51</sup> é já menos compreensível.

Como bem refere João Conde Correia<sup>52</sup>, o actual movimento de enfraquecimento das fronteiras entre o direito penal e o direito penal administrativo, que actualmente disciplina

<sup>48</sup> Conforme resulta do artigo 9.º, n.º 1, do Regulamento, quanto à apreensão.

<sup>49</sup> Como decorre do artigo 18.º, n.º 1, do Regulamento, no que tange à perda.

<sup>50</sup> O artigo 16.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, atribui natureza urgente de execução das ordens de apreensão, pois que os actos respectivos se praticam fora dos dias úteis e das horas de expediente. Quando for aplicável o Regulamento, passarão a estar em vigor dois regimes distintos, o que, salvo melhor opinião, não se justifica, pelo que se deverá ponderar aproximar o regime da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho ao do Regulamento.

<sup>51</sup> Como decorre dos artigos 3.º, alínea c), ii e 5.º, alínea c), da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto.

<sup>52</sup> Conde Correia «Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia?», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, p. 354 e 355.

sectores como a banca, a bolsa ou a economia em geral, e cujas infracções causam prejuízo à sociedade e são portadoras de avultados lucros, justificariam a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo à execução de decisões proferidas nesta matéria.

### 3.1.2. Bens susceptíveis de perda

O objectivo do legislador da União Europeia foi fazer abranger pelo escopo do Regulamento “*todos os tipos de decisões de perda apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infracção penal, não se limitando a incluir as decisões abrangidas pela Directiva 2014/42/EU*”<sup>53</sup>, mesmo que essas decisões não estejam previstas no ordenamento jurídico de um Estado-Membro, que ainda assim deverá poder reconhecer e executar as mesmas.

Deste modo, o Regulamento consagra, no artigo 2.º, n.º 3, como susceptíveis de serem abrangidos pelas decisões de apreensão ou confisco os bens suscetíveis de perda previstos pela Directiva 2014/42/UE, nomeadamente os produtos ou instrumentos de uma infracção penal ou o seu valor (artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2014/42/UE e artigo 2.º, n.º 3, alíneas a) e b), do Regulamento), os que são passíveis de perda por força dos poderes de perda alargada previstos no artigo 5.º da Directiva 2014/42/UE (artigo 2.º, n.º 3, alínea c), do Regulamento), e aqueles passíveis de perda por força de outros poderes de perda, incluindo a perda sem condenação definitiva, conforme prevista no Estado de emissão, a que se reporta o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva, nomeadamente em caso de fuga ou doença do suspeito ou arguido.

Para além disso, inclui-se também no âmbito de aplicação do Regulamento outros casos de perda sem condenação definitiva que não estejam expressamente previstos na Directiva (artigo 3.º, al. d), do Regulamento).

A Directiva 2014/42/UE estabeleceu uma obrigação de harmonização, pelo menos no que tange aos ilícitos elencados no seu artigo 3.º<sup>54</sup>, quanto à admissibilidade da perda das vantagens directas e indirectas e os bens alvo de conversão ou investimento (artigo 2.º, n.º 1), ao respetivo valor (artigo 4.º, n.º 1), aos bens alvos de perda ao abrigo de poderes de perda alargada (artigo 5.º, n.º 1) e bens de terceira<sup>55</sup> (artigo 6.º).

Em face do que vem sendo referido, da aplicação directa do Regulamento decorre para os Estados-Membros a obrigação de reconhecer e executar todas as decisões de apreensão ou perda proferidas no âmbito de processo penal, independentemente de terem implementado de forma completa e cabal a Directiva 2014/42/UE, ou de preverem no seu ordenamento

<sup>53</sup> Como resulta do Considerando 13 do Regulamento.

<sup>54</sup> A Directiva 2014/42/UE aplica-se, nos termos do artigo 3.º, aos ilícitos que integram o catálogo dos crimes que dispensam o controlo da dupla incriminação nos instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo, designadamente corrupção, terrorismo, branqueamento, tráfico de estupefacientes, contrafacção de moeda, fraude contra os interesses financeiros da U.E, tráfico de seres humanos, pornografia infantil.

<sup>55</sup> Sobre a questão da apreensão e confisco e bens de terceiros v. Hélio Rigor Rodrigues e outro *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, p. 112.

jurídico os poderes de perda não contemplados pela Directiva, ao abrigo dos quais foi proferida a decisão no Estado de emissão<sup>56</sup>.

Esta conclusão é reforçada pela eliminação da causa de recusa prevista no artigo 8.º, n.º 2, alínea g), da Decisão-Quadro 2006/783/JAI, que dispunha que a autoridade de execução podia recusar o reconhecimento e execução caso a decisão de perda fosse proferida no âmbito de disposições relacionadas com poderes alargados de perda previstas no Estado de emissão, além dos especificados nos números 1 e 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

Neste contexto, ficará apenas ressalvada a possibilidade de cada Estado-Membro recusar a execução de decisões de apreensão ou perda que digam respeito a condutas que não estejam criminalizadas no seu ordenamento jurídico<sup>57</sup>.

A entrada em vigor do Regulamento e a sua aplicação prática irá colocar a nu as dificuldades criadas nos Estados-Membros com a execução de decisões proferidas ao abrigo de poderes não previstos no seu ordenamento jurídico, sendo de prever que a causa de recusa relativa à violação de direitos fundamentais, a que já se aludiu, venha a ser invocada perante a contradições importantes das medidas a aplicar com os princípios das ordens jurídicas dos Estados de execução.

### 3.2. Do âmbito subjectivo de aplicação do Regulamento

#### 3.2.1. Os terceiros

O Regulamento passa a admitir expressamente a execução de decisões de apreensão e perda relativamente a bens de terceiro, ao prever, no artigo 2.º o círculo de afectados por estas decisões, como as pessoas singulares ou colectivas contra as quais é emitida uma decisão de perda, ou as pessoas que são proprietárias dos bens abrangidos pela decisão e quaisquer terceiros cujos direitos relacionados com estes bens sejam directamente prejudicados por estas decisões, com referência à lei do Estado de execução.

No entanto, esta previsão não é uma inovação em face do regime em vigor, no que tange às decisões de apreensão e às de perda.

Com efeito, e no que concerne às decisões de apreensão, se é certo que a Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho não faz alusão específica aos terceiros, nomeadamente quanto à sua legitimidade

<sup>56</sup> Neste sentido Conde Correia, «Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia?», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Directiva 2014/142/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, página 354.

<sup>57</sup> É no entanto curioso atentar no Considerando 41 do Regulamento, que se refere à impossibilidade de execução de uma decisão de apreensão ou perda, por força do direito do Estado de execução, em conjunto com o disposto nos artigos 13.º e 22.º do Regulamento, que ao elencarem as situações de impossibilidade de execução apenas se referem à existência ou localização do bem, além da possibilidade de já ter sido declarado perdido. A aplicação deste instrumento dirá se na prática a não previsão de uma determinada medida no Estado de execução ditará a sua não execução e eventual substituição por uma medida alternativa, com o consentimento da autoridade de emissão.

para reagir às mesmas, e perante a constatação de que a Directiva 2014/42/UE consagrou de forma explícita a admissibilidade da perda de bens de terceiros<sup>58</sup> (artigo 6.º), não podemos deixar de interpretar as disposições deste diploma<sup>59</sup>, no sentido de permitirem a apreensão dos bens que se enquadrem na previsão da Directiva.

Outra interpretação seria contrária à Directiva 2014/42/UE e deixaria sem tutela as medidas provisórias com vista à perda alargada ou outras permitidas ao abrigo da Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio.

A perda de bens de terceiro já está explicitamente prevista na Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto, pois que se faz expressa referência aos direitos dos terceiros de boa-fé, como causa de recusa da execução, e à legitimidade para reagir contra uma decisão de confisco<sup>60</sup>.

No entanto, em face da informalidade do processo de reconhecimento da decisão, que não dá azo a outras diligências, parece-nos que o controlo da verificação desta causa de recusa resulta duvidosa.

Assim, a não ser que do próprio certificado resulte que o atingido pela ordem é um terceiro de boa-fé, não vemos como se pode implementar de forma efectiva o controlo da sua existência.

De resto, e de forma coerente, o Regulamento alarga as vias de recurso às decisões de apreensão e perda às pessoas afectadas por estas medidas<sup>61</sup>, conforme estão definidas no artigo 2.º, n.º 10.

### 3.2.2. As pessoas colectivas

O Regulamento passa a admitir expressamente a execução de decisões de apreensão e perda que visem pessoas colectivas, ainda que o Estado de execução não reconheça o princípio da responsabilidade penal das pessoas colectivas, como resulta dos artigos 2.º, n.º 10 e 23.º, n.º 2.

O regime jurídico em vigor, através das Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI e respectivas leis de transposição, já admitia, se bem que de forma implícita, que os visados por decisões de apreensão e perda fossem pessoas colectivas, por não excluir estas entidades do seu âmbito de aplicação, nomeadamente por não diferenciar os titulares de bens susceptíveis de apreensão ou perda, num quadro jurídico em que é admissível a apreensão e perda de bens de pessoas colectivas.

<sup>58</sup> Sobre os meios de impugnação das garantias processuais penais do confisco v. Sofia dos Reis Rodrigues, «Dos meios de impugnação das garantias processuais penais do confisco», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Directiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018.

<sup>59</sup> Artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho.

<sup>60</sup> Artigos 13.º, n.º 1, alínea e), e 17.º da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto.

<sup>61</sup> Conforme o artigo 33.º do Regulamento.

A inovação do Regulamento reside em o não reconhecimento do princípio da responsabilidade penal das pessoas colectivas no Estado de execução não poder obstar à execução de decisões de apreensão ou perda, e não haver margem para os Estados-Membros de conformação desta norma através da transposição para a sua ordem jurídica, por força do seu efeito directo.

### 3.2.3. As vítimas

Uma das mais relevantes inovações do Regulamento reside em reconhecer-se os direitos das vítimas à restituição dos bens ou à indemnização, ao mesmo tempo que elege os seus interesses como critério norteador de decisão, no caso em que há que executar decisões múltiplas<sup>62</sup>.

No contexto da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, não existia fundamento para emitir uma ordem de apreensão se o propósito fosse a devolução do bem à vítima e não a sua perda.

Os artigos 8.º da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Europeia e 12.º do Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, que encontram eco no disposto no artigo 159.º, n.º 2, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, prevêem que objectos e valores provenientes de uma infracção sejam devolvidos aos seus proprietários, pelo que, mesmo após a entrada em vigor da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto, a restituição de bens às vítimas teria que ter lugar através dos mecanismos de cooperação judiciária clássicos.

Como decorre do disposto no artigo 29.º do Regulamento, passa a estar expressamente previsto que a apreensão pode ter o intuito de garantir a posterior devolução do bem à vítima.

A autoridade de emissão pode tomar uma decisão de restituição, fazendo menção da mesma no certificado da ordem de apreensão, ao preencher a secção K do formulário, ou em momento posterior, desde que o direito da vítima aos bens não seja objecto de impugnação, os bens não constituam elemento de prova em processo penal do Estado de execução e os direitos das pessoas afectadas não sejam prejudicados.

No âmbito do reconhecimento mútuo de decisões em matéria de perda, o regime em vigor não previa que se afectassem os bens confiscados a outro destino que não fosse a divisão entre Estado de emissão e execução, conforme previsto no artigo 18.º da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto.

O Regulamento passou a admitir, no artigo 30.º, o reconhecimento mútuo de decisões, proferidas de acordo com o direito nacional do Estado de emissão, de restituição de bens declarados perdidos ou de indemnização à vítima, que devem ser incluídas na certidão da decisão de perda, com prioridade sobre qualquer outra afectação dos bens declarados perdidos.

<sup>62</sup> Conforme está previsto no artigo 26.º, n.º 2, do Regulamento.

O artigo 8.º, n.º 10, da Directiva 2014/42/UE instituiu a obrigação dos Estados-Membros introduzirem nas leis nacionais disposições das quais resulte que as decisões de perda não prejudicam os direitos da vítimas.

Na transposição da Directiva 2014/42/UE, através da Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio, o legislador nacional manteve no artigo 110.º, n.º 6, do Código Penal, o princípio de que a perda de vantagens não pode prejudicar os direitos dos ofendidos.

Com maior relevo para a matéria de que tratamos, o artigo 130.º do mesmo diploma passou a dispor que *"o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os instrumentos, produtos ou vantagens declarados perdidos a favor do Estado ao abrigo dos artigos 109.º a 111.º, incluindo o valor a estes correspondente ou a receita gerada pela venda dos mesmos"*, decisão essa que poderá ser reconhecida e executada, no espaço da EU, nos termos do artigo 30.º do Regulamento.

Em face do que vem sendo expedido, o Regulamento acompanha a tendência verificada nos tratados internacionais de salvaguardar a indemnização das vítimas e a devolução dos bens às mesmas.

Com efeito, o reconhecimento internacional da importância de indemnizar as vítimas e devolver os bens aos lesados fez com que se abrisse a possibilidade de os Estados requerente e requerido decidirem o destino dos objectos declarados perdidos, nomeadamente para indemnizar as vítimas ou restituí-los aos legítimos proprietários, nos termos dos artigos 16.º, n.º 3, al. b), da Convenção de auxílio Judiciário Mútuo entre Estados-Membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa e 14.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada, doravante referida como Convenção de Palermo.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, doravante denominada Convenção de Mérida, partindo do pressuposto que as vantagens do crime de corrupção são bens dos povos, espoliados por funcionários corruptos, adoptou uma solução inovadora e abrangente de repatriamento de activos, nos artigos 51.º a 59.º<sup>63</sup>, que prevê a devolução dos bens ao Estado que dos mesmos foi privado<sup>64</sup>, bem como a compensação das vítimas.

Em face do que vem sendo referido, verifica-se que, na matéria que abordamos, há uma convergência entre as disposições previstas nas convenções internacionais aplicáveis e aquelas adoptadas no contexto da EU, obrigando os Estados a dar cada vez mais atenção à afectação dos bens alvo de perda, pois que, sem que se dê este passo, não se poderá afirmar que se completou o processo de recuperação de activos.

<sup>63</sup> Como refere Euclides Simões, «A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n.º 3, 2006, p. 448.

<sup>64</sup> Nos termos do artigo 57.º da Convenção de Mérida.

#### 4. Da afectação dos bens

O artigo 18.º da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto, dispôs de forma clara de que maneira são afectados os bens declarados perdidos, prevendo que montantes inferiores a 10 000,00 devem permanecer no Estado de execução, e os que forem superiores devem ser divididos em partes iguais. Bens além de dinheiro podem ser vendidos e os proventos distribuídos da forma referida, e ser transferidos para o Estado de emissão, com o consentimento do Estado de execução<sup>65</sup>, princípio que se manteve no artigo 30.º, n.º 7, do Regulamento.

A inovação do Regulamento, como já foi referido, prende-se com a prioridade que passa a ser dada à restituição dos bens às vítimas ou à sua indemnização, pelo que o artigo 30.º, n.º 7, do Regulamento passará a ser aplicado apenas quando a decisão de perda nada preveja em relação a estas questões.

Ademais, fica também previsto que os Estados-Membros envolvidos podem acordar, caso não haja direitos de vítimas a acautelar, outra forma de afectar os bens declarados perdidos, admitindo a celebração de acordos bilaterais de partilha, à semelhança do que se tem vindo a prever noutros instrumentos de génese interestadual, como é o caso do artigo 25.º, n.º 1, da Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de Maio de 2005, ou artigo 14.º, n.º 3, alínea b), da Convenção de Palermo.

Parece resultar também que neste campo se abandona o figurino de cooperação directa entre autoridades de emissão e execução, passando a intervir os Estados de emissão e execução.

Quiçá pudesse o Regulamento ter ido um pouco mais longe, incorporando disposições análogas às que constam dos artigos 51.º a 59.º da Convenção de Mérida, onde se prevê a devolução dos bens declarados perdidos aos Estados, sobretudo no caso de ilícitos como a corrupção, em que não há concretas vítimas a identificar.

Se é certo que esta possibilidade não fica explicitamente afastada pelo artigo 30.º do Regulamento, que prevê a transferência dos bens para o Estado de emissão, podia-se ter avançado mais na convergência de instrumentos de reconhecimento mútuo e de génese interestadual.

#### 5. Conclusão

A harmonização como factor exponenciador da cooperação internacional tem sido uma linha preponderante nos instrumentos da UE a que se aludiu, a que não é alheia a tendência de verter disposições, primeiro previstas em instrumentos de génese interestadual, em instrumentos baseados no reconhecimento mútuo.

<sup>65</sup> Veja-se o artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, que prevê que as normas da Lei n.º 88/2009 de 31 de Agosto, sobre o destino dos bens declarados perdidos constitui norma especial em relação ao critério estabelecido no artigo 17.º, n.º 5, para o caso dos bens declarados perdidos nos processos nacionais. Com a aplicação do Regulamento, o legislador nacional terá, salvo melhor opinião, de harmonizar também a norma referida em primeiro lugar.

Se é certo que as convenções têm tendencialmente um escopo mais vasto, tomando admissíveis figuras como os procedimentos *in rem*, o que ainda não sucede no âmbito dos instrumentos baseados no reconhecimento mútuo, a tendência que se vai verificando é a de haver uma convergência nas soluções consagradas nuns e noutros instrumentos.

No espaço da UE, o fortalecimento do reconhecimento mútuo das decisões de congelamento ou confisco passa pela rigorosa implementação e aplicação nos Estado-Membros da Directiva 2014/42/UE, nomeadamente no que tange à perda de bens de terceiro, da perda alargada e da perda não baseada na condenação. Sob este pressuposto, as autoridades competentes dos Estados-Membros da UE deverão poder esperar que decisões de congelamento ou confisco por si emitidas com vista à perda cujo desenho se contém no que está previsto na Directiva serão reconhecidas e executadas noutros Estados.

As ordens de apreensão ou perda com vista à perda fundamentadas em poderes que extrapolam aqueles fixados pelo âmbito da Directiva 2014/42/UE, devem ainda assim ser reconhecidas e executadas, independentemente de o concreto ordenamento normativo vigente no Estado de execução as prever, ao contrário do que está previsto no regime em vigor.

Parece-nos, pois, evidente que a UE, ao estabelecer que o Regulamento se aplica a poderes de perda além dos previstos na Directiva 2014/42/UE, procura ir na aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, além do que logrou alcançar através dos esforços de harmonização.

A forma como na prática se aplicará o Regulamento muito dependerá também do quanto se aprofundou a confiança entre os Estados, baseada num nível elevado de garantia de respeito pelos direitos dos sujeitos afetados.

Ainda assim, o instrumento em causa tem elevado potencial para melhorar a cooperação judiciária em sede de recuperação de activos no âmbito da União Europeia, pelo menos no que tange aos poderes de perda para que remete o quadro normativo harmonizado pela UE.

O enfoque dado à afectação dos bens, com especial relevo ao interesse das vítimas, poderá estimular e reforçar, ao nível da UE e dos Estados-Membros, uma cultura judiciária centrada não apenas em privar os agentes das vantagens do crime, mas também em reparar e compensar aqueles que foram prejudicados pela sua prática, o que levará mais longe o efeito de prevenção, geral e especial, visado pelo instituto da perda de bens.

Ademais, a aplicação do Regulamento coloca aos Estados o desafio de antecipar em que medida, atento o primado do direito comunitário, terão de ser harmonizadas outras disposições vigentes nas suas ordens jurídicas, mormente no que tange aos normativos de transposição das Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI.

A complexidade do quadro normativo da União Europeia e dos Estados-Membros em matéria de recuperação de activos, aliada à inovadora aplicação directa do Regulamento, faz-nos crer

que é prematuro antecipar todas as questões que a utilização do instrumento em causa irá suscitar.

Como se conjugará a aplicação directa do instrumento em causa com os diferentes regimes jurídicos vigentes nos Estados-Membros, também no que tange aos direitos processuais das pessoas afectadas por decisões de apreensão e perda, é uma incógnita, sendo no entanto certo afirmar que se inaugura, com a aplicação do Regulamento, uma nova interacção entre o direito penal europeu e os direitos nacionais, e um novo capítulo na história da recuperação de activos na União Europeia.

## Bibliografia

- ALBERT, Jean, e MERLIN, Jean-Baptiste, «Is the EU Ready for Automatic Mutual Recognition ... in the Fight Against Crime», *Eucrim. The European Criminal Law Associations' Forum*, n.º 2, 2015, pp. 60-64.
- BACHMEIER, Lorena, «Mutual recognition instruments and the role of the CJEU: the grounds for non-execution», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, n.º 4, 2015, pp. 505-526.
- CAEIRO, Pedro, «O confisco numa perspetiva de política criminal europeia», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, pp. 21-38.
- CALVANESE, Ersilia «L'esecuzione delle decisioni di confisca», em Roberto Kostoris (ed.), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè Editore, Milão, 2014, pp. 381-389.
- CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, INCM, Lisboa, 2012.
- CORREIA, João Conde, «Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime da União Europeia) no direito português vigente», *Revista do CEJ*, n.º 2, 2014, pp. 83-112.
- CORREIA, João Conde «Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 25, 2015, pp. 505-543.
- CORREIA, João Conde «Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos», *Anatomia do Crime, revista de ciências jurídico-criminais*, n.º 7, Janeiro-Junho de 2018, pp. 227-250.
- CORREIA, João Conde, «Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia?», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, pp. 333-357.
- COSTA, Jorge «Os instrumentos da União Europeia em matéria de reconhecimento de decisões *pre e post sententiaes*», em Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes (eds.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 365-405.
- DIAS, Maria do Carmo Silva, «'Perda alargada' prevista na Diretiva 2014/42/UE e 'perda do valor da vantagem da atividade criminosa' na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º a

- 12.º)», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/142/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, pp. 85-117.
- FONSECA-HERRERO, Marta, «El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los estados miembros», *Revista de Derecho de La Unión Europea*, n.º 10, 2006, pp. 155-178.
  - HELENIUS, Dan, «Mutual recognition in criminal matters and the principle of proportionality: effective proportionality of proportionate effectiveness?», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 5, n.º 3, 2014, pp. 349-369.
  - LELIEUR, Juliette, «Freezing and confiscating criminal assets in the European Union», *European Criminal Law Review EuCLR*, vol. 5, n.º 3, 2015, pp. 279-303.
  - LIGETI, Katalin, e SIMONATO, Michele, «Asset recovery in the E.U: towards a comprehensive enforcement model beyond confiscation? An introduction», em Katalin Ligeti e Michele Simonato, *Chasing criminal money-challenges and perspectives on asset recovery in the E.U.*, Hart Publishing, 2017, pp. 1-21.
  - MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro relacionados com o crime», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, pp. 137-184.
  - MESAS, Luis, *Reconocimiento de las Resoluciones Penales en la Unión Europea*, Valência:Tirant lo Blanch, 2016.
  - MESSINI, Stella, «La reconnaissance mutuelle en matière pénale entre 'efficacité' et 'responsabilité'», *Archives de Politique Criminelle*, 38, 2016, pp. 229-248.
  - NUNES, Duarte, «Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco 'alargado' de vantagens provenientes da prática de crimes», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/142/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, pp. 119-135.
  - RODRIGUES, Hélio Rigor, e FERREIRA, Carlos, *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 2013.
  - RODRIGUES, Sofia, «Dos meios de impugnação das garantias processuais penais do confisco», em Maria Raquel Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (eds.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/142/UE e da Lei que a Transpôs*, INCM, Lisboa, 2018, pp. 265-292.
  - SANCHO, Montserrat de Hoyos, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en la Unión Europea: asimilación automática o correponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 22, 2005, pp. 807-842.
  - SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, C.H. Beck/Hart, Nomo, 2012.
  - SCHUNKE, Malin Thunberg, *Extended confiscation in criminal Law*, Intersentia, 2017;
  - SIMÕES, Euclides Dâmaso, «Cooperação na recuperação de activos: da política à repatriação integral», *Revista do Ministério Público*, n.º 105, 2006, pp. 117-126.
  - SIMÕES, Euclides Dâmaso, «A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n.º 3, 2006, pp. 423-474.

- SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José, «Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem*», *Julgar Online*. Consultada em 12.06.2019. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>, 2009.
- SIMÕES, Rita, A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional, in *Estudos Projeto ETHOS: corrupção e criminalidade económico-financeira* / [compilação] Procuradoria-Geral da República. - 1.ª ed., Lisboa, 2018, pp. 369-408.
- SUOMINEN, Annika, «Different implementations of mutual recognition framework decisions/Annika Suominen», *Eucrim. The European Criminal Law Association's Forum*, Freiburg, n.º 1, 2011, pp. 24-27.
- TRTIJNFANTE, Luís de Lemos, *A Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Penal: o Espaço Ibérico em Particular*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- WYSS, Rudolf, «Proactive cooperation within the mutual legal assistance procedure», em Gretta Fenner Zinkernagel, Charles Monteith e Pedro Gomes Pereira (eds.), *Emerging trends in asset recovery*, Peter Lang, Berna, 2013, pp. 105-113.

---

**3. Reflexos da Diretiva  
▼ 2014/42/EU (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**

**João Conde Correia**

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. REFLEXOS DA DIRETIVA 2014/42/EU (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\*

João Conde Correia\*\*

1. Introdução
2. Ponto de partida: a reabilitação do confisco e a harmonização das suas normas
  - 2.1. Diagnóstico da situação portuguesa atual
    - 2.1.1. Dispersão e desarticulação legal
3. Definições
  - 3.1. Produto do crime
  - 3.2. Congelamento
4. O Confisco dos instrumentos e dos produtos do crime
  - 4.1. Confisco baseado numa condenação
  - 4.2. Confisco alargado
    - 4.2.1. A inexistência de um catálogo legal
  - 4.3. Confisco não baseado numa condenação
    - 4.3.1. Doença do suspeito ou do arguido
    - 4.3.2. Fuga do suspeito ou do arguido
    - 4.3.3. Outras hipóteses de *non conviction based confiscation*
    - 4.3.4. Relações entre a *non conviction based confiscation* e a continuação posterior do processo penal
  - 4.4. O confisco de bens de terceiro
5. Garantias processuais
  - 5.1. Garantias processuais penais do confisco (congelamento)
  - 5.2. Garantias processuais penais do confiscado
6. Investigação financeira e patrimonial
7. Gestão dos bens congelados e confiscados
8. Conclusões

**Palavras-chave:** Diretiva 2014/42/EU; Congelamento; Confisco dos instrumentos e produtos do crime; Garantias processuais; Investigação financeira e patrimonial; Gestão dos bens congelados e confiscados.

#### 1. Introdução

A criminalidade organizada tem como principal objetivo o lucro e já não conhece fronteiras: o crime converteu-se num grande «negócio» internacional, «que compensa, muito bem, mesmo para além da imaginação»<sup>1</sup> e que ameaça pôr em causa o próprio Estado de direito. Neste contexto difícil, preocupados com o congelamento e o confisco dos bens provenientes das

\* O texto que se segue tem na sua base a nossa participação numa ação de formação, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, no dia 4 de julho de 2014 e denominada «Recuperação dos Produtos do Crime».

\*\* Procurador da República.

<sup>1</sup> LEVY, Leonard W. *A License to steal the forfeiture of property*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (1996), p. 62. Segundo estimativas das Nações Unidas, em 2009, o montante total dos produtos das atividades criminosas a nível mundial terá ascendido a 2.1 biliões de USD ou seja 3,6% do produto interno bruto mundial. Já na União Europeia estima-se que os proventos da corrupção equivalham a 1% do seu PIB anual (para estes e outros números cfr., por exemplo, a exposição de motivos da proposta que esteve na origem da Diretiva 2014/42/EU, 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).

3. Reflexos da diretiva 2014/42/eu (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

crescentes atividades criminosas (que, até aqui, malgrado as iniciativas já adotadas<sup>2</sup>, não têm alcançado resultados satisfatórios), o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram e publicaram, agora, uma nova Diretiva<sup>3</sup>, com vista à desejável inversão da situação.

No espaço de liberdade, justiça e segurança europeu, o crime jamais deverá compensar, devendo as autoridades dispor dos meios necessários para detetar, congelar, administrar e confiscar os seus produtos.

De acordo com esta nova Diretiva, os Estados-Membros devem, assim, adotar normas mínimas em matéria de congelamento e confisco de bens de origem criminosa, de forma a lograr a harmonização dos respetivos regimes, a promover a confiança mútua e uma cooperação transnacional mais célere e mais eficaz.

O desejável espaço de liberdade, justiça e segurança não poderá consolidar-se e produzir os seus frutos sem mais este pequeno passo fundamental.

À liberdade de movimentar os ativos deve corresponder a integral circulação das medidas tendentes ao seu congelamento provisório e, depois, o seu confisco definitivo.

A justiça não pode ser a única entidade com fronteiras.

Seja pela importância do tema, seja pelo carácter pretensamente inovador de algumas das soluções agora apresentadas, importa, portanto, proceder a uma primeira análise das soluções preconizadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, verificando, nomeadamente a sua compatibilidade com o atual direito interno e, ainda, com a nossa Lei fundamental.

Quais são afinal as consequências jurídicas desta Diretiva no ordenamento jurídico português? Que alterações internas deve ela provocar?

---

<sup>2</sup> A nova Diretiva não partiu do zero, sendo fruto de um longo processo de amadurecimento e de evolução, que não é alheio ao novo contexto internacional e aos estímulos que aí vão surgindo nos mais diversos areópagos. Tudo isto a propiciar um bastíssimo acervo, que cresce quotidianamente. Entre o espólio, também já vasto, de instrumentos europeus dedicados à problemática contam-se: a Decisão-Quadro do Conselho 2001/500/JAI, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime; a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas; a 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; a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda; e a Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro de 2007, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da deteção e identificação de produtos e outros bens relacionados com o crime. Para além destes instrumentos normativos, também diversos documentos políticos acentuaram a importância do confisco. É o caso da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008, denominada Produto da Criminalidade Organizada Garantir que o «crime não compensa» [COM (2008) 766 final], do programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos e das conclusões do Conselho «justiça e assuntos internos» sobre a perda e a recuperação de ativos, adotadas em junho de 2010.

<sup>3</sup> Diretiva 2014/42/EU, 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.

## 2. Ponto de partida: a reabilitação do confisco e a harmonização das suas normas

Nos séculos XVIII e XIX, na sequência do pensamento moderno-iluminista, ocorreu por toda a Europa uma proibição constitucional generalizada do confisco (v.g. as Constituições francesa, espanhola e portuguesa).

Para além de violar o direito de propriedade (essencial para a burguesia, então, emergente), ele violava, também, o princípio da intransmissibilidade das penas, sendo inadmissível enquanto sanção criminal<sup>4</sup>.

No fundo, era uma pena incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Mesmo assim, apesar da bondade destas críticas, a proibição do confisco geral de bens nunca impediu a proliferação de normas tendentes à perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, justificadas pelas mais diversas ideologias e, muitas vezes, disfarçadas sob um nome diferente.

Nas últimas décadas, superando este consistente legado iluminista, diversos documentos e fóruns internacionais têm acentuado a importância do confisco no combate ao crime, provocando uma rápida difusão global do mecanismo<sup>5</sup>.

Reduzir os proventos do crime é, agora, uma preocupação fundamental em quase todos os sistemas e geografias.

Nenhuma comunidade compreenderá ou aceitará que o crime possa ser uma fonte de enriquecimento pessoal e que, expiada a pena, o condenado possa livremente usufruir de tudo aquilo que obteve através daquele.

Punir o crime e, ao mesmo tempo, permitir a arrecadação, a conservação e a fruição das suas vantagens será, no mínimo, uma lamentável incongruência jurídica<sup>6</sup>.

Fruto desta longa evolução histórica, da controvérsia que convocam e, ainda, da indefinição doutrinal e jurisprudencial generalizada, aqueles mecanismos assumem hoje contornos muito diversificados, variando consoante as particularidades e as idiosincrasias de cada Estado-Membro.

Era, por isso, imprescindível encontrar aqui algum consenso mínimo, capaz de promover a confiança entre os diversos Estados-Membros e de fomentar o reconhecimento mútuo das respetivas decisões.

Sem ele seria impossível cooperar, tornando a perseguição criminal, *maxime* a recuperação de ativos, num verdadeiro pesadelo.

A nova Diretiva procura, justamente, dar uma resposta eficaz a estas duas questões: a necessidade imperiosa de reabilitar e de harmonizar o confisco na União Europeia.

<sup>4</sup> CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, INCM (2012), p. 33 e seguintes.

<sup>5</sup> Neste sentido, cfr. GUILHERMO, Jorge, *El decomiso del producto del delito*, AA.VV. Recuperación de Activos de la Corrupción, Buenos Aires, Del Puerto (2008), p. 70/1.

<sup>6</sup> Na fórmula de Peter Alldridge [*Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing (2003), p. 45] «it is not coherent, on the one hand, to try to prevent a particular form of behaviour, but on the other, to permit someone who does it to benefit».

«Para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada haverá que neutralizar os produtos do crime»<sup>7</sup>.

## 2.1. Diagnóstico da situação portuguesa atual

Em termos nacionais (importa desde já antecipar), paradoxalmente, não serão necessárias grandes alterações legais: quem lê a nossa *law in books* com alguma atenção percebe, com relativa facilidade, que não será necessária uma grande revolução para reabilitar o confisco e para o harmonizar com o novo direito europeu<sup>8</sup>.

Pequenas afinações complementares são, em geral, suficientes.

A lei portuguesa já contempla a perda dos instrumentos, produtos (artigo 109.º do CP) e vantagens (artigo 111.º do CP) do crime (incluindo aqueles que se encontram na posse de um terceiro), mesmo sem condenação, e consagra também um robusto mecanismo de perda alargada (artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

O legislador português, sobretudo por força das suas obrigações internacionais, foi, paulatinamente, introduzindo as alterações necessárias à desejável eficácia do sistema.

Do ponto de vista legal, não nos faltam, portanto, instrumentos materiais e processuais, alguns dos quais bem generosos, para demonstrar que o crime não compensa.

Nesta perspetiva, a culpa não é do nosso legislador.

Como iremos ver, ele só peca por excesso.

Em alguns domínios é demasiado prolixo.

Apesar desta invulgar generosidade e acerto legislativo, a *praxis* jurídica quotidiana é, todavia, claramente insuficiente, devendo mesmo envergonhar-nos a todos sem exceção.

A *law in action* continua a esquecer aqueles mecanismos, permitindo que o crime compense.

Os estudos empíricos realizados no âmbito do Projecto Fénix revelaram uma realidade confrangedora<sup>9</sup>. Também entre nós «os montantes dos produtos do crime recuperados afiguram-se insuficientes quando comparados com o valor estimado desses produtos»<sup>10</sup>.

Centramo-nos demasiado na questão penal e esquecemos, por completo, a questão patrimonial.

As penas de prisão são, muitas vezes, pesadas, mas o condenado consegue, quase sempre, conservar incólume aquilo que logrou com o crime: «não há verdadeira investigação financeira ou patrimonial, com carácter sistemático e exaustivo; a acusação, infringindo as obrigações decorrentes de um processo penal de estrutura acusatória, muitas vezes não descreve os bens a confiscar e o respetivo regime legal; a decisão final também omite estes aspectos»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Considerando 1.º da Diretiva.

<sup>8</sup> Sobre a harmonização do direito penal europeu, cfr. por todos PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa*, Coimbra, Coimbra Editora (2013).

<sup>9</sup> AA.VV. Projecto Fénix, informação,

[www.http.fenix.pgr.pt](http://www.http.fenix.pgr.pt)

([https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos\\_final.pdf](https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf)).

<sup>10</sup> O mesmo acontece em toda a União Europeia, como refere o considerando n.º 4 da nova Diretiva.

<sup>11</sup> CORREIA, João Conde, *Balanço do projecto e perspectivas de futuro*, AA.VV. *Recuperação de Activos*, Lisboa, Procuradoria-Geral da República (2012), p. 401.

Mais do que uma nova alteração legal será, por isso, necessário empreender uma verdadeira rutura cultural, substituindo o paradigma iluminista da proibição geral do confisco de bens pela sua maximização no quadro de um Estado de direito.

«É preciso compreender que os autores iluministas falavam contra os abusos, os arbítrios, as prepotências do poder absoluto e que esses pressupostos já não se verificam.

O confisco num Estado absoluto, que não conhece quaisquer limites, é muito diferente do confisco num Estado de direito democrático, onde os diferentes poderes se controlam mutuamente. Já não está em causa a mera vontade do imperador, do suserano, do rei, do tirano. De instrumento muito perigoso, o confisco passou a ser hoje ... um mecanismo essencial à defesa do próprio Estado de Direito. É, portanto, imprescindível compreender que afinal já não corremos os mesmos riscos de Montesquieu, Beccaria ou Bentham e que o problema não está tanto nos mecanismos que utilizamos (isto é, no confisco), mas no uso que, em cada momento histórico, lhe damos»<sup>12</sup>.

A recente criação de um Gabinete de Recuperação de Ativos e de um Gabinete de Administração de Bens (cumprindo, igualmente, as imposições europeias)<sup>13</sup> será, sem dúvida, um momento decisivo para superar este atavismo tradicional e, assim, demonstrar que, também entre nós, o crime não compensa.

Do ponto de vista organizativo, estão, agora, reunidas todas as condições materiais e humanas indispensáveis para o efeito.

O apoio especializado que estes gabinetes propiciam é essencial, evitando que se invoque a costumada falta de meios.

Aos poucos será, pois, possível mudar o secular menosprezo da questão patrimonial e elevá-la a elemento fundamental da condenação ou, pelo menos, a fator de uma ordem jurídica patrimonial justa.

A constante recuperação de ativos deverá ser mais uma rotina.

### 2.1.1. Dispersão e desarticulação legal

Malgrado, em geral, seja (como já vimos) relativamente generoso, o legislador nacional não está isento de críticas, contribuindo também para a situação atual através de uma deplorável e desnecessária dispersão e desarticulação legal.

Quase não há um diploma extravagante que não contenha normas específicas relativas à perda de bens<sup>14</sup>, muitas vezes, difíceis de compatibilizar e articular com o regime geral.

<sup>12</sup> CORREIA, João Conde, *Balanço do projecto ...*, p. 403.

<sup>13</sup> Estes gabinetes foram, finalmente, criados pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro de 2007, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da deteção e identificação de produtos e outros bens relacionados com o crime.

<sup>14</sup> É o caso, por exemplo, dos artigos 8.º, al.ª a) e 9.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (infrações contra a economia e a saúde pública), do artigo 201.º da Lei n.º 63/85, de 14 de março (Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos), do artigo 117.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro (Lei do Jogo), dos artigos 35.º a 38.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (tráfico e consumo de estupefacientes), do artigo 380.º A do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro (Código dos Valores Mobiliários), dos artigos 18.º, 19.º e 20.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias), do artigo 330.º do Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março (Código da Propriedade Industrial) ou do artigo 10.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do cibercrime). Embora nalguns casos esteja em causa a mera remessa para o regime geral, consagrado no Código Penal, noutros

Fora do nosso Código Penal reina a confusão e a desordem generalizada.

Em vez de uma desejável unidade e coerência normativa, reina uma nefasta pluralidade de soluções técnicas e de escolhas políticas.

Embora porventura justificadas pelo louvável propósito de reafirmar constantemente aquele princípio geral (o crime não deve compensar), estas normas dificilmente se reconduzem a um modelo único, adotando soluções distintas e até contraditórias<sup>15</sup>.

A matéria está, aqui, envolvida num pernicioso caos legislativo.

Urge, por isso – sem prejuízo das particularidades que aqui e ali (de facto) se justifiquem – harmonizar o próprio direito nacional, aproximando-o daqueles diplomas das boas soluções já consagradas no Código Penal.

A transposição da nova Diretiva deverá ter reflexos quer no Código Penal, quer na imensa legislação avulsa que seja abrangida pelo seu âmbito de aplicação (artigo 3.º), reduzindo as suas indesejáveis antinomias.

Mudar o Código Penal não será suficiente.

A coexistência de técnicas legislativas e de políticas criminais distintas só pode ser prejudicial, induzindo insegurança jurídica.

À harmonização externa deverá corresponder um forte movimento de harmonização interna.

### 3. Definições

Como não poderia deixar de ser num diploma uniformizador, a nova Diretiva começa por enunciar uma longa série de definições, suscetíveis de estabelecer um patamar de entendimento mínimo entre os diversos Estados-Membros.

Numa babel de línguas, usos e costumes, não poderia ser de outra forma.

O consenso linguístico é, também ele, imprescindível à implementação do espaço de liberdade, justiça e segurança.

Sem esse passo prévio, dificilmente poderá haver alguma harmonização e alguma confiança entre os diversos Estados-Membros.

De entre essas definições legais destacam-se os conceitos de produtos do crime e de congelamento.

O primeiro, embora seja corrente na toponímia internacional<sup>16</sup>, não coincide com a terminologia nacional.

---

casos o legislador qualifica a própria natureza da medida, denominando-a, por exemplo, como uma pena acessória, como acontece no artigo 8.º, al.ª a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro e no artigo 16.º, al.ª i), da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho.

<sup>15</sup> Por exemplo, o artigo 330.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial utiliza o vocábulo «crime», em vez do lexema «facto ilícito típico», constante do Código Penal (artigo 109.º e seguintes) colocando a questão de saber se nos casos de desistência de queixa também é admissível a perda, com base naquele diploma. Na jurisprudência, sobre esta questão, cfr, v.g. os Acs. da Relação do Porto de 23 de maio de 2012 (processo n.º 488/07.9EAPRT.P1) e de 15 de janeiro de 2014 (processo n.º 138/09.0EAPRT-A.P1 ambos acessíveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que chegaram a soluções diametralmente opostas.

<sup>16</sup> Para alguns exemplos, cfr. RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa, SMMP (2013), p. 182.

O segundo, apesar de também ser aí muito frequente, ainda não tem uma verdadeira correspondência interna, podendo gerar problemas interpretativos graves e de difícil resolução.

É um anglicanismo decorrente da importação literal da expressão inglesa *freeze*, que podia ter sido traduzida de outra forma, mediante a utilização de um conceito técnico (desejavelmente, processual penal), em vez daquele vocábulo comum, até há pouco desconhecido no nosso léxico jurídico quotidiano.

### 3.1. Produto do crime

A Diretiva classifica como «“produto”, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis» (artigo 2.º, n.º 1).

Desta forma, o Parlamento Europeu e o Conselho (como confessam logo na motivação inicial) adotaram um conceito amplo que inclui tudo o que resulta do crime e que, em termos nacionais, integra os *producta sceleris* (artigo 109.º do CP), as recompensas (artigo 111.º, n.º 1, do CP) e as vantagens do crime (artigo 111.º, n.º 2, do CP)<sup>17</sup>.

Para efeitos de congelamento ou de confisco, produtos do crime são assim, tanto as coisas por ele geradas (que surgem *ex novo*, por força da ação ou omissão típica empreendida), como os benefícios direta ou indiretamente (bens transformados, reinvestidos) dele decorrentes (de fora ficam apenas os instrumentos do crime [artigo 109.º do CP], autonomizados e incluídos no n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva).

Alargamento que corresponde às orientações internacionais<sup>18</sup> e não constitui afinal grande novidade, atenta a atual *law in books* nacional (o atual artigo 111.º, n.º 2, do CP e, sobretudo, o artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro correspondem já, a traços grossos, a esta visão das coisas, permitindo o confisco das vantagens indiretas).

<sup>17</sup> Para estas definições no contexto nacional, por todos, CORREIA, João Conde, *Da Proibição ...*, p. 67 e seguintes. Apesar da clareza da fórmula legal (nos termos do artigo 109.º, n.º 1: objetos que «tiverem sido produzidos» por um facto ilícito típico), sobretudo por influência perversa do conceito internacional de *proceeds* e desconsideração da noção nacional de vantagens do crime (artigo 111.º) continua a existir, entre nós, um estranho alargamento deste conceito. Ainda recentemente M. Míguez Garcia e J. M. Castela Rio [*Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, Coimbra, Almedina (2014), p. 442] escreveram que «os produtos são os objetos alcançados ou produzidos pela atividade criminosa, a moeda contrafeita, as jóias e o dinheiro que resultam do saque de uma casa, os alimentos retirados de um supermercado», revelando uma confusão inadmissível entre dois mecanismos complementares, mas distintos. Na terminologia nacional, produtos do crime são apenas as coisas que, não existindo antes, são «produzidas» pela prática do crime, podendo ser confiscados nos termos do artigo 109.º do Código Penal. Já as coisas adquiridas com a prática do crime (no exemplo daqueles autores «as jóias e o dinheiro que resultam do saque de uma casa, os alimentos retirados de um supermercado») são vantagens decorrentes da prática do crime e estão sujeitas ao regime do artigo 111.º do Código Penal, sem prejuízo, é claro, dos direitos do próprio ofendido. Se não for assim – se também qualificarmos estas vantagens como produtos do crime – chegaremos ao absurdo jurídico de subordinar a sua perda à comprovação de um perigo para a segurança das pessoas, à moral ou à ordem públicas ou à demonstração de um risco sério de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos (artigo 109.º, n.º 1, do CP), eventualmente privando o ofendido do inalienável direito à sua restituição.

<sup>18</sup> Cfr. artigo 1.º, al.ª a), da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e do Financiamento do Terrorismo; artigos 2.º, al.ª e) e 31.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; e artigos 2.º, al.ª e), e 12.º da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada. Sobre este conceito amplo de vantagens decorrentes da prática do crime, cfr. por todos, GUILHERMO, Jorge, *El decomiso...*, p. 103 e seguintes.

De todo o modo, apesar de não constituir propriamente uma grande novidade, esta nova definição legal deverá implicar alterações subtis ao direito português vigente, restringindo o atual mecanismo da perda dos instrumentos e produtos do crime (artigo 109.º do CP) e clarificando a inclusão das vantagens indiretas (artigo 111.º, n.º 2, do CP): os produtos do crime passaram a compreender tudo aquilo que resulta da sua prática (exista ou não, previamente), de forma direta (v.g. a coisa subtraída) ou indireta (v.g. os lucros dela resultantes), assim, dando completo adimplemento legal à expressão *o crime não compensa*. Se o assaltante investir o produto do crime e ganhar a lotaria, também esse prémio, indiretamente resultante daquele produto inicial, deverá ser declarado perdido a favor do Estado<sup>19</sup>.

No fundo, importa restituir o arguido ao *status patrimonial* anterior à prática do crime, assim zelando pela manutenção de uma ordem patrimonial lícita.

Mais do que um instrumento sancionatório, o confisco deverá ser visto como uma forma de impedir a consolidação dos efeitos de uma pretérita violação do ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

A conjugação da definição de produtos do crime com a definição de bens permitirá, também, esclarecer que a perda tanto inclui as coisas corpóreas como as coisas incorpóreas.

Nos termos da Diretiva, o conceito abrange todos «os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados»<sup>21</sup>.

A doutrina portuguesa maioritária – que à revelia do claro elemento gramatical preconizava a restrição da perda às coisas corpóreas – será assim definitivamente superada<sup>22</sup>.

Os bens incorpóreos, de importância crescente num mundo, cada vez mais, desmaterializado, também devem ser considerados.

O ficheiro informático que contém pornografia infantil ou o direito de usufruto de uma determinada vantagem, deverão ser, igualmente, declarados perdidos<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> O considerando 11.º da Diretiva é muito claro, prescrevendo que o conceito de produto do crime inclui «não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os seus ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos. Assim, o produto pode incluir quaisquer bens, inclusive os que tenham sido transformados ou convertidos, no todo ou em parte, noutros bens, e os que tenham sido misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura. Pode igualmente incluir o rendimento ou outros ganhos derivados do produto do crime, ou dos bens em que esse produto tenha sido transformado, convertido ou misturado».

<sup>20</sup> Na fórmula de Isidoro BLANCO CORDERO [*Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*], AA.VV. *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus (2012), pp. 340/401] «*el comiso no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desaprobado ni castigar um comportamiento antijurídico, sino impedir que persista em el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado*».

<sup>21</sup> Artigo 2.º, n.º 2.

<sup>22</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias (1993), p. 617; SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português*, Lisboa, Verbo (1999), III, p. 182 ou GARCIA, M. Miguez/RIO, J. M. Castela, *Código Penal...*, p. 442.

<sup>23</sup> Para a inclusão das coisas incorpóreas, no direito alemão, cfr. KEUSCH, Sven, *Probleme des Verfalls Verfalls im Strafrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang (2005), p. 7 ou TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, Verlag C. H. Beck (2001), p. 643. A lei deverá, aliás, ser o mais ampla possível, de modo a incluir as novas formas de valor [neste sentido, cf. GREENBERG, Theodore S./SAMUEL, Linda M./GRANT, Wingate/GRAY, Larissa,

### 3.2. Congelamento

Ainda para efeitos da nova Diretiva, o Parlamento Europeu e o Conselho qualificam como congelamento «a proibição temporária de transferir, destruir, converter, alienar ou movimentar um bem ou de exercer temporariamente a guarda ou o controlo do mesmo» (artigo 2.º, n.º 5), assim se estabelecendo um vínculo de indisponibilidade ou de apropriação provisória sobre ele.

Embora não seja inédito na legislação internacional<sup>24</sup>, o termo agora utilizado (proveniente da linguagem comum) é equívoco, devendo em termos técnicos internos corresponder, com o conceito amplo [constante no artigo 2.º, al.º c), da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, que estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, em cumprimento da Decisão Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho de 2003] nos termos do qual denomina-se apreensão: «qualquer medida ... para impedir provisoriamente operações de destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de bens que podem ser objecto de perda ou que podem constituir elementos de prova»<sup>25</sup>.

Este conceito vago, fluido, de contornos pouco definidos, parece corresponder quer à figura processual penal da apreensão (artigos 178.º e seguintes do CPP), quer à figura processual penal do arresto de bens (artigos 228.º do CPP e 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), quer, ainda, a figura preventiva da suspensão da execução de operações suspeitas de branqueamento de capitais (artigo 17.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho).

Em todos os casos, apesar das suas particularidades decantadas com o lento passar do tempo, o que está em causa é, justamente, a privação antecipada e temporária do direito de disponibilidade ou, mesmo, de custódia sobre uma determinada coisa, com vista à sua privação definitiva<sup>26</sup>.

A noção de congelamento parece, assim, em termos práticos, coincidir sobretudo com a figura tradicional da apreensão processual penal que, entre nós, sem atentar nas suas necessidades específicas, ainda tem uma verdadeira natureza híbrida<sup>27</sup>.

---

*Stolen Asset Recovery: A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*, Washington, The World Bank (2009) p. 43], que todos os dias vão surgindo.

<sup>24</sup> É o caso, v.g. do artigo 1.º, al.º I), da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 1988 ou do artigo 1.º, al.º g), da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime.

<sup>25</sup> A mesma definição parece estar consagrada na Lei n.º 45/2011, de 24 de junho. Também aí, em nosso entender, não está em causa o conceito processual penal de apreensão, mas aquela noção ampla que depois se desdobra em várias figuras processuais de conteúdo e efeitos mais restritos (CORREIA, João Conde, *Da Proibição...*, p. 196).

<sup>26</sup> Um indício claro da opção por um conceito amplo e indefinido resulta do facto do congelamento tanto visar o confisco de bens, como, no âmbito de uma ação penal, «uma eventual restituição subsequente ou no intuito de salvaguardar a indemnização pelos danos causados por uma infração penal» (considerando 29.º).

<sup>27</sup> Sobre esta figura, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição...*, p. 153 e seguintes. O artigo 1.º, al.º I), da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 1988 e o artigo 1.º, al.º g), da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime ainda associavam os conceitos de congelamento e de apreensão, parecendo querer significar com o primeiro um vínculo de indisponibilidade sobre a coisa e com o segundo a assunção oficial da sua custódia ou do seu controlo.

Destina-se a obter e a conservar as provas (vertente processual penal), mas, igualmente, a garantir o confisco dos instrumentos e produtos do crime (vertente material).

Esta dupla natureza (processual e material), misturando finalidades distintas e exigências de tutela diversas, é perniciosa e deverá ser superada, originando duas figuras processuais sujeitas a requisitos e pressupostos adjetivos autónomos<sup>28</sup>.

A apreensão para efeitos de prova deverá distinguir-se da mera «apreensão» para efeitos de perda.

À autonomia material deverá suceder a independência lexical e adjetiva.

Em nosso entender, o legislador deverá encontrar um vocábulo capaz de traduzir esta nova realidade, dotando o direito processual penal com os mecanismos preventivos adequados à efetivação do confisco, sem correr o risco resultante das associações e das confusões terminológicas apressadas, que tendem a desvanecer as especificidades de cada uma delas.

#### 4. O confisco dos instrumentos e dos produtos do crime

Aumentar a possibilidade de confisco dos instrumentos e dos produtos do crime, através da harmonização das normas dos Estados-Membros é, obviamente, o objetivo fundamental do Parlamento Europeu e do Conselho.

Para o efeito, propõem a reformulação do confisco baseado numa condenação, do confisco alargado, do confisco não baseada numa condenação e, finalmente, do confisco de bens de terceiros.

Todos estes instrumentos, ainda sediados na órbita do direito penal<sup>29</sup>, devem contribuir para demonstrar que o crime não compensa, reduzindo o condenado à situação patrimonial anterior à prática do crime.

Embora existam outras soluções, mais radicais, as mesmas não foram, ainda, consideradas.

<sup>28</sup> Quer no modelo alemão (a *Strafprozessordnung* separa entre a «apreensão» de objetos que podem ser utilizados como provas [§§ 94 e seguintes] e a «apreensão» como garantia do cumprimento das obrigações patrimoniais do arguido ou de terceiro [§§ 111b e seguintes]; para estas normas, cfr, por exemplo, REICH-HART, REICHHART, Hans, *Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Peter Lang [2008], p. 18 e seguintes), quer no modelo italiano (o *Codice di procedura penale* também distingue claramente o *sequestro* de bens para efeitos probatórios [artigos 253.º a 265.º] e as  *misure cautelari reali*, com carácter conservativo [artigos 316.º a 320.º] ou com carácter preventivo [artigo 321.º a 323.º]; sobre este regime, por todos, cfr. GREVI, Vittorio, AA. VV. *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam [2006], p. 353 e seguintes e 461 e seguintes ou EPIDENDIO, Tomaso Emílio, *La Confisca nel Diritto Penale e nel Sistema delle Responsabilità degli Enti*, Padova, Cedam [2011], p. 331 e seguintes), existe uma separação entre a apreensão para efeitos probatórios (que depois, pela própria natureza das coisas pode ser aproveitada para a concretização da perda) e a «apreensão» *ab initio* destinada a garantir exclusivamente a concretização do futuro confisco da coisa.

<sup>29</sup> Esta ligação resulta, desde logo, do teor do considerando 10.º, segundo o qual «os Estados-Membros são livres de desencadear procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante qualquer tribunal competente». Para além disso, a associação entre a decisão de confisco não baseado numa condenação e o processo penal é visível na letra do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva e, sobretudo, no facto de ser suficiente uma condenação à revelia (considerando 15.º). No fundo, como veremos (infra 4.3.) o que parece estar em causa é apenas uma *non conviction based confiscation* no seio do processo penal (como acontece com o paradigmático art. 109.º, n.º 2, do nosso CP) e não uma verdadeira *actio in rem*, ao jeito da *common law*, completamente independente (de índole processual civil ou administrativa). Aliás, não podemos ainda esquecer que a Diretiva funda-se nos artigos 82.º, n.º 2 e 83.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia relativos à cooperação judiciária em matéria penal (como logo notou o Parecer do Comité das Regiões sobre o Pacote de Proteção da Economia Legal: JO C 391, de 18 de dezembro de 2012, pp. 136/7).

#### 4.1. Confisco baseado numa condenação

Quanto ao confisco baseado numa condenação (que – apesar de tradicional em todos os países de União Europeia, incluindo nos sistemas da *common law* – continuará a ser a pedra angular de todo o sistema) a Diretiva não encerra (nem podia encerrar) grande novidade.

Por um lado, prevê o confisco dos instrumentos ou dos produtos, direta ou indiretamente, resultantes do crime (artigo 4.º, n.º 1, primeira parte).

Por outro lado, permite o confisco de bens ou valores correspondentes ao valor daqueles instrumentos e produtos (artigo 4.º, n.º 1, segunda parte).

No primeiro caso, a diretiva clarifica a necessidade de confiscar todos os proventos do crime, sejam eles diretos ou indiretos.

Para demonstrar que o «crime não compensa» é – repetimos outra vez – necessário expurgar o património do arguido de tudo aquilo que ele obteve à sua custa.

Retomando o nosso anterior exemplo, se o arguido jogar o dinheiro do assalto e ganhar a lotaria, também esse prémio, apenas indiretamente resultante do roubo inicial, deverá ser declarado perdido a favor do Estado<sup>30</sup>.

Só assim podemos reduzi-lo à situação patrimonial anterior à prática daquele crime.

No segundo caso (uma vez que, muitas vezes, o produto do crime não é um bem concreto, mas uma simples vantagem quantificável e que, mesmo quando isso não sucede, normalmente, o arguido procura desfazer-se dos produtos e dos instrumentos do crime, por forma a obstar ao seu confisco) o legislador permite que em vez daqueles seja confiscado o seu valor.

Solução legal também já consagrada entre nós (o artigo 111.º, n.º 4, do CP permite, em casos limitados é certo, o confisco do valor vantagem do crime)<sup>31</sup>.

Para colocar o arguido na situação patrimonial anterior à prática do crime, tanto faz confiscar a própria vantagem dele decorrente, como confiscar o seu valor.

Ademais de reafirmar este princípio essencial, o legislador português deverá, pelo menos, manter as possibilidades da substituição da perda da coisa pela perda (alternativa ou subsidiária<sup>32</sup>) do seu valor, assim contribuindo decisivamente para a eficácia do sistema.

<sup>30</sup> Entre nós José Manuel Damião da Cunha [*A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, Coimbra, Coimbra Editora (2011), p. 11.] criticou a recente alteração ao artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal (operada pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro) que retirou a referência aos produtos diretamente resultantes do crime (alargando assim a perda aos produtos indiretos) por entender que para além de discutível pouco serviria do ponto de vista prático.

<sup>31</sup> Sobre ele, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco...*, p. 86 e seguintes. No caso dos instrumentos do crime (artigo 109.º) tem-se entendido que, dada a sua natureza preventiva, não será possível substituir a sua perda pela perda do seu valor. Tomaso Emilio Epidendio [*La Confisca nel Diritto Penale ...*, p. 82 e ss.] defende mesmo que essa possibilidade significaria uma mutação da natureza genética do confisco, que deixaria de ser uma «medida de segurança real», para assumir uma função essencialmente sancionatória (para mais informação, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco...*, p. 69, nota 109), porventura incompatível com a possibilidade de confisco sem condenação. O integral cumprimento da Diretiva deverá, mesmo assim, determinar a alteração deste aspeto sensível, tendo, todavia, em consideração os limites e as cautelas plasmadas no seu considerando 17.º (proporcionalidade).

<sup>32</sup> O considerando 14.º, parte final, da Diretiva permite esta opção, revelando que o consenso e a harmonização não foram tão longe quanto seria desejável. Em vez de optar por um só modelo técnico, diminuindo os riscos da

Em vez de demonstrar que aquela coisa provém daquele crime concreto, o Ministério Público só terá que demonstrar, ainda que por simples estimativa, o montante da vantagem dele decorrente.

Como vem demonstrando a *praxis* jurídica, o confisco torna-se muito mais fácil, podendo, agora, abranger quaisquer bens, ainda que alheios à prática do crime e, mesmo, os transferidos para um terceiro, no intuito desesperado de o evitar<sup>33</sup>.

Finalmente, em vez de subordinar a perda dos *instrumenta* e *producta sceleris* (na nossa noção restrita) à demonstração de perigo para a segurança das pessoas, a moral ou ordem públicas, ou a existência de sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos (artigo 109.º, n.º 1, do CP)<sup>34</sup>, a Diretiva preconiza o seu confisco como mera decorrência da condenação (tal como já acontece, entre nós, no domínio restrito do tráfico e do consumo de estupefacientes: artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro).

Aqueles requisitos adicionais têm que ser abolidos, alargando muito as hipóteses de declaração de perda.

A «providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança»<sup>35</sup>, baseada naquela perigosidade dará lugar a um efeito da condenação.

## 4.2. Confisco alargado

Uma leitura literal do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva parece sugerir, igualmente, uma reformulação importante do sistema nacional da perda alargada.

Em vez de um regime baseado numa presunção (como é o nosso sistema atual: nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, «presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito») parece ser necessário consagrar também um sistema baseado na probabilidade (*balance of probability standard*) da proveniência criminosa («quanto um tribunal considere, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso»<sup>36</sup>).

Enquanto ali se presume a proveniência do património desconforme, aqui o Ministério Público/Tribunal (artigo 340.º do CPP) deverá demonstrar, com base numa mera probabilidade, que ele é o resultado de um comportamento criminoso.

No fundo, o teor do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva corresponde ao pensamento jurídico maioritário em Portugal, que (por influência da dogmática alemã e do seu modelo de perda alargada) faz uma interpretação restritiva do texto legal, exigindo – à revelia da norma – que o

---

implementação de soluções diferentes e, logo, de desconfiança entre os Estados-Membros, o legislador europeu manteve em aberto estas duas possibilidades técnicas.

<sup>33</sup> Sobre o confisco de bens de terceiros cfr. *infra* 4.4.

<sup>34</sup> Sobre estes pressupostos, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição...*, p. 70 e seguintes.

<sup>35</sup> Por todos, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português ...*, p. 628.

<sup>36</sup> Artigo 5.º, n.º 1.

Ministério Público demonstre (embora de acordo com um padrão probatório menos exigente) uma carreira criminosa anterior da mesma natureza<sup>37</sup>.

Em obediência àquela norma, o legislador nacional deverá modificar a estrutura do mecanismo, alargando o seu âmbito de aplicação.

Isto não deve, obviamente, significar a completa superação do modelo nacional que, agora, finalmente começa a dar bons resultados.

Em primeiro lugar porque a nova Diretiva consagra regras mínimas<sup>38</sup>, não impedindo que os diversos Estados-Membros sejam mais ambiciosos.

Ao lado daquele programa básico baseado na probabilidade, eles podem consagrar outras soluções mais arrojadas (*maxime* as baseadas numa presunção).

Depois porque, apesar da clareza daquele elemento gramatical, a verdade é que a leitura do Considerando 21.º da Diretiva esclarece, depois, que «os Estado-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos, por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades», assim mantendo, afinal, em aberto, a possibilidade do legislador português continuar a usar um sistema baseado numa presunção<sup>39</sup>.

O teor da norma e dos considerandos é contraditório, gerando uma margem cinzenta de indefinição, incompatível com a desejável harmonização do direito europeu, com a criação do espaço de liberdade, justiça e segurança e com o necessário incremento da cooperação transfronteiriça.

Seja como for, a nova solução legal, para além de superar as críticas que se fazem ao mecanismo, deverá, finalmente, colmatar uma sensível lacuna do direito português vigente: a impossibilidade de – como já tem acontecido – declarar perdidos a favor do Estado bens, provavelmente, provenientes de uma atividade criminosa semelhante, mas congruentes com os rendimentos lícitos do condenado.

Sob pena de retrocesso, o legislador não deverá perder esta oportunidade para completar, clarificar e simplificar este regime, consagrando um sistema baseado na probabilidade ao lado do sistema baseado na presunção.

As duas possibilidades técnicas são essenciais para cobrir todo o espectro de situações carecidas de tutela.

---

<sup>37</sup> CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade (em especial os procedimentos do confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*, RPCC (2011), p. 313; CUNHA, José Manuel Damião da, *Perda de Bens a favor do Estado, AA.VV. Medidas de Combate à criminalidade organizada*, Coimbra, Coimbra Editora (2004), p. 127 e seguintes; SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO/TRINDADE, JOSÉ LUÍS F., *Recuperação de Activos: da perda ampliada à Actio in Rem (Virtudes e Defeitos de remédios fortes para patologias graves)*, *Julgur online* (2009), p. 32.

<sup>38</sup> Artigo 1.º, n.º 1. O Considerando 22 concretiza esse mínimo afirmando que os Estados-Membros podem prever, «no seu direito nacional poderes mais alargados designadamente no que toca às suas regras em matéria de elementos probatórios».

<sup>39</sup> O teor deste Considerando parece, igualmente, pouco compatível com o Considerando 19, nomeadamente quando refere que «é necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma única» em detrimento das três opções iniciais. Este propósito não foi, de forma alguma alcançado, continuando a ser possíveis várias alternativas técnicas «designadamente no que toca às regras em matéria de elementos probatórios» (Considerando 22).

Atentas as necessidades práticas, em vez de opcionais, estes regimes devem ser complementares.

#### 4.2.1. A inexistência de um catálogo legal

Para além destas modificações profundas (que alteram a própria essência do mecanismo da perda alargada, ampliando o seu âmbito de aplicação) a Diretiva implicará outras alterações laterais: em vez de um apertado e controverso catálogo legal, o legislador deverá adotar um sistema de *numerus apertus*.

Todos os crimes que direta ou indiretamente possam gerar benefício económico devem estar incluídos<sup>40</sup>.

Um simples homicídio, que em geral não é praticado por motivos económicos, poderá ser suficiente para desencadear o mecanismo se o mesmo tiver sido praticado a soldo e, nas teses, mais exigentes se inserir numa carreira criminosa semelhante.

Em suma, o mecanismo já não se limita às constelações mais típicas da criminalidade reditícia.

#### 4.3. Confisco não baseado numa condenação

O confisco não baseado numa condenação<sup>41</sup> parece ser – numa mera análise preliminar – aquele que convoca maior inovação e promete mais polémica.

A luta entre os seus defensores e aqueles que o veem como uma perniciosa importação irá ser intensa.

E, todavia, a verdade é que também ele não é completamente desconhecido na legislação nacional (o artigo 109.º, n.º 2, do CP, embora com efeitos muito limitados, é o caso mais flagrante: afinal, bem vistas as coisas, a repulsa é mais emotiva do que racional) e que as soluções apresentadas não são tão radicais como se prometia inicialmente.

As diferenças entre o projeto inicial e o texto aprovado são evidentes, revelando um claro recuo e a extrema sensibilidade teórica e prática do tema.

A noção de *non conviction based confiscation* é bem conhecida nos sistemas *common law*, mergulhando as suas raízes no antigo direito inglês, de onde irradiou, depois, para outros locais.

A perda poderia ser, então, dirigida contra as próprias coisas, como se elas fossem culpadas.

<sup>40</sup> Na base desta inclusão poderá estar o modo de atuação «por exemplo, o facto de a infração ter ou não sido cometida no âmbito de um crime organizado ou com o intuito de gerar lucros regulares» (Considerando 20).

<sup>41</sup> Sobre este tipo de confisco, cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *Recuperación ...*, p. 337 e seguintes. A criação desta nova possibilidade técnica deverá estar em consonância com o disposto considerando 13.º que insta os Estados-Membros à execução da «presente Diretiva através de meios que, nos termos do direito nacional *sejam* considerados sanções ou outros tipos de medidas» (o tempo verbal em itálico foi, por nós alterado). A falta de uniformidade quanto à verdadeira natureza do confisco é, em nosso entender, um dos maiores problemas desta Diretiva, permitindo diversas conceções e, logo, diferentes, soluções técnicas. Como refere Jorge de Figueiredo Dias (*Direito Penal Português ...*, p. 614) «a pluralidade de finalidades que pode ser atribuída ... ao instituto em exame fez com que ... a sua evolução se tenha processado, em termos de direito comparado, por diversas vias». Neste contexto, manter essa indefinição será contribuir para diferentes soluções.

Os EUA adotaram essa solução prática, principalmente no domínio marítimo, permitindo o confisco de navios, mesmo na ausência do seu proprietário<sup>42</sup>.

Na generalidade dos casos de contrabando ou de pirataria, o responsável não estava presente ou não podia sequer ser identificado, sendo assim necessário proceder contra os próprios navios ou as suas mercadorias: era a forma mais eficaz de lograr o desejável confisco.

A partir da década de oitenta do século passado, principalmente por força dos referidos fóruns e convenções internacionais, o mecanismo começou também a influenciar os sistemas da *civil law*.

Os instrumentos tradicionais do confisco começaram a ser vistos como insuficientes, sendo, frequentemente, impossível estabelecer a indispensável ligação direta entre os bens suspeitos e o crime.

Muitas vezes não é sequer possível condenar o visado, soçobrando, também por isso mesmo, a perda.

Em vez de se dirigir contra o arguido, o confisco começou, portanto, a dirigir-se contra as próprias coisas, deixando assim de ter natureza penal, para passar a ter natureza real (*actio in rem*).

Três acontecimentos internacionais ilustram bem esta recente mudança radical.

Em primeiro lugar, numa reunião dos Ministros da Justiça e da Administração Interna, realizada em Paris, em 5 de maio de 2003, o G-8 adotou um documento (*G8 Best Principles on tracing, freezing and confiscation of assets*) segundo o qual «*States are encouraged to examine the possibility to extend, to the extent consistent with the fundamental principles of their domestic law, confiscation by: permitting the forfeiture of property in the absence of a criminal conviction*»<sup>43</sup>.

Na mesma altura, em 31 de outubro de 2003, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, adotou a Convenção Contra a Corrupção, segundo a qual, cada Estado Parte deverá, em conformidade com o seu direito interno, «considerar a adopção de medidas que se revelem necessárias para permitir a declaração de perda desses bens na ausência de sentença criminal quando contra o autor da infracção não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados»<sup>44</sup>.

Finalmente, ainda no mesmo ano, as 40 recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) preconizavam que «*Countries may consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction, or which require an offender to demonstrate the lawful origin of the property alleged to be liable*

<sup>42</sup> LEVY, Leonard W. *A License to steal ...*, p. 39; EDGEWORTH, Dee R., *Asset Forfeiture Practice and procedure in State and Federal Courts*, Chicago, Aba Publishing (2008), p. 23/4; DOYLE, Charles, *Forfeiture, Conspiracy, Venue: Federal Criminal Law*, New York, Nova Science Publishers inc (2011), p. 2; BLANCO CORDERO, Isidoro, *Recuperación...*, p. 346 ou, na jurisprudência, o caso Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co. de 15 de maio de 1974 (416 US. pp. 663, 680 e seguintes).

<sup>43</sup> Princípio 29.º.

<sup>44</sup> Artigo 54.º, n.º 1, alínea c). Já a posterior Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo refere que «cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno» (artigo 3.º, n.º 4).

*to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law»<sup>45</sup>.*

Na União Europeia a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (de 20 de novembro de 2008), denominada produto da criminalidade garantir que o «crime não compensa» lançou o debate sobre a possibilidade de criar mecanismos de confisco «sem uma condenação prévia no âmbito de um processo penal», designadamente «quando há suspeita de que os bens são o produto de crimes graves, devido à sua desproporção em relação ao rendimento declarado do seu proprietário e ao facto de este ter contactos habituais com criminosos conhecidos.

Neste caso deveria ser possível recorrer a um tribunal civil (que pode ordenar o confisco de bens) com base no pressuposto, segundo um cálculo de probabilidades, de que esses bens podem provir de actividades criminosas.

Nestes casos o ónus da prova é invertido e o presumível criminoso tem de provar a origem lícita dos activos»; ou ainda «quando a pessoa suspeita de certos crimes graves tiver morrido, estiver em fuga desde há algum tempo ou não puder, por qualquer outra razão, ser objecto de um processo»<sup>46</sup>.

Neste contexto axiológico, não admira que a Diretiva (inspirada naquele artigo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>47</sup>) também proponha, agora, que o confisco baseado numa *non conviction based confiscation* deverá ser admissível «se não for possível a perda com base no n.º 1 (isto é, nos termos tradicionais), e pelo menos se tal impossibilidade resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido, os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo»<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Recomendação 3 (atual recomendação número 4). As Quarenta Recomendações do GAFI surgiram em 1990 com o propósito de combater a utilização dos sistemas financeiros para fins de branqueamento de capitais, tendo sido revistas, pela segunda vez, em 2003. Estas Recomendações foram aprovadas por mais de 180 países, sendo reconhecidas como verdadeiros padrões internacionais de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

<sup>46</sup> Cfr. os pontos 3.3.1., alíneas i) e ii), da referida comunicação [COM (2008) 766 final]. Na sequência deste debate (de que a presente Diretiva é o fruto mais visível) surgiram várias manifestações mais ou menos favoráveis à adoção destes mecanismos. É, desde logo, o caso das conclusões do Conselho da União Europeia (Justiça e Administração Interna) aprovadas em junho de 2010, que solicitaram à Comissão e aos Estados-Membros a consideração, com base em novos estudos, «de formas de reconhecimento e sis- temas de confisco não baseados na condenação», bem como a execução, no âmbito do reconhecimento mútuo, dessas decisões (7769/3/10 REV 3 CRIMORG 64). É, também, o caso do Parecer do Comité das Regiões sobre o Pacote de Proteção da Economia Legal, que exprime reservas quanto ao confisco não baseado numa condenação, salientando, sobretudo, que não está contemplado na base jurídica utilizada e que fere as tradições jurídicas de alguns Estados-Membros e propõe soluções penais (detenção de bens «injustificados») para se chegar a um nível equivalente de eficácia (JO C 391, de 18 de dezembro de 2012, p. 136/7).

<sup>47</sup> Como, aliás, se reconhecia, expressamente, na exposição de motivos que antecedeu a proposta.

<sup>48</sup> O interpolado é da nossa autoria. Revelando a sensibilidade do tema a proposta inicial era mais ambiciosa nos casos obrigatórios de confisco sem condenação: «na sequência de um processo que, caso o suspeito tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação, quando: (a) o fale- cimento ou a doença do suspeito impeça o prosseguimento da ação judicial: ou (b) a doença do suspeito ou arguido ou o facto de este se ter subtraído à ação penal ou à pena impeça o exercício efetivo da ação penal (art. 5.º) num prazo razoável, representando um risco grave de prescrição».

Em ambos os casos, o confisco deverá continuar a reger-se pelas regras processuais penais, a dirigir-se contra o próprio visado (é ainda um mecanismo *in persona*) e só será possível nas hipóteses limitadas em que, se ele estivesse presente, o processo poderia terminar com a sua condenação, pressupondo que o tribunal, embora não possa condenar o visado, considere que ele cometeu uma infração criminal<sup>49</sup>.

Será assim uma espécie de processo penal especial, que em vez da condenação clássica conduz apenas ao confisco dos proventos do crime.

O que é muito diferente do sentido tradicionalmente atribuído às *non conviction based confiscations* dos sistemas da *common law*, completamente autonomizados do processo penal e dirigidos *in rem* contra as próprias coisas.

Embora não sejam baseados numa condenação penal, os dois mecanismos dificilmente poderão ser comparados.

Em causa está um sucedâneo do exercício da ação penal (que embora abstratamente possível, não pode, naquele caso concreto, ser desencadeado ou concretizado) e não a sua substituição por outro mecanismo, alheio às suas principais garantias processuais penais.

A Diretiva procura apenas alargar o confisco a situações em que, por força das vicissitudes processuais anómalas, não seria possível ir tão longe.

De forma alguma está em causa um mecanismo alternativo que permita contornar o garantismo penal para atingir os mesmos objetivos.

Em síntese, insistimos outra vez, a solução preconizada pela Diretiva tem um alcance muito limitado<sup>50</sup>, ficando muito longe da *actio in rem* dirigida contra a *tainted property* dos sistemas *common law*.

#### 4.3.1. Doença do suspeito ou do arguido

A doença do suspeito ou do arguido (isto é, a incapacidade «de comparecer no processo penal durante um período prolongado, impedindo, assim, que o processo decorra dentro da normalidade»<sup>51</sup>), embora possa obstar à condenação, não deverá – na lógica do Parlamento Europeu e do Conselho – obstar ao confisco (artigo 4.º, n.º 2).

Se não for assim, uma simples doença, real ou simulada, será suficiente para o afastar, permitindo a manutenção de uma situação patrimonial contrária ao direito.

O arguido não é condenado, mas, pelo menos, perde o património gerado pela prática daqueles factos.

Acontece que, entre nós, a doença do arguido já não é, normalmente, impedimento da condenação e, muito menos do confisco: apenas nos casos em que determine a

<sup>49</sup> Neste sentido, cfr. RUI, John Petter, *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*, Era Forum (2012), p. 354.

<sup>50</sup> A mera comparação com o artigo 54.º, n.º 1, alínea c), da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, revela o carácter limitado da proposta. Em vez de um sistema aberto, que admite o confisco não baseado numa condenação em situações de falecimento, fuga, ausência, bem como noutros casos apropriados, a Diretiva fala apenas de doença ou de fuga. O legislador europeu (sem prejuízo, é claro, de opções internas mais robustas) circunscreveu o modelo que lhe serviu de inspiração, reduzindo muito o seu âmbito de aplicação.

<sup>51</sup> Considerando 16.º.

inimputabilidade daquele impedirá também a condenação (artigo 376.º, n.º 3, do CPP); sem prejuízo – é claro – da aplicação de uma eventual medida de segurança e, ainda, do confisco dos instrumentos e vantagens do crime.

Com efeito, para declarar a perda, quer daqueles instrumentos (artigo 109.º do CP), quer daquelas vantagens (artigo 111.º do CP) basta que seja praticado um «facto ilícito típico», sendo os requisitos relativos à culpa irrelevantes<sup>52</sup>.

O confisco é – insistimos – declarado mesmo sem ela. Em bom rigor, neste caso a lei portuguesa já é, portanto, uma *non conviction based confiscation*<sup>53</sup>, estando a tarefa do legislador luso facilitada.

Separar o confisco da decisão penal não terá aqui, do ponto de vista interno, grande utilidade. Aquela possibilidade nacional de julgar o arguido doente na sua ausência é suficiente para satisfazer as nossas obrigações europeias (Considerando 15.º).

#### 4.3.2. Fuga do suspeito ou do arguido

A fuga do suspeito ou do arguido, impeditiva do desfecho final, é a segunda situação em que a nova Diretiva propõe a possibilidade do confisco não baseado na sua condenação penal (artigo 4.º, n.º 2).

Também aqui a fuga pode impedir o *veredictum* criminal, mas não deverá precluir o confisco dos instrumentos e das vantagens do crime.

A fruição dos seus proventos, ainda que à distância ou por intermédio de outrem, é, no quadro de um Estado de direito, inadmissível.

O crime jamais deverá compensar.

De qualquer forma, malgrado a similitude das situações e dos interesses que se querem acautelar, a tarefa do legislador é aqui muito mais complexa e difícil, devendo construir uma nova hipótese material, processualmente sustentável de confisco.

A prossecução daqueles desideratos não pode esquecer as inalienáveis garantias de defesa do visado.

A Diretiva suscita, desde logo, o enorme desafio da sua delimitação.

A fuga do arguido coincide com uma simples ausência ou pressupõe atos deliberados de evasão ao *ius puniendi* estadual?

A primeira interpretação parece ser demasiado ampla.

O visado pode ignorar, completamente, a pendência do processo, sendo surpreendido pelo confisco, parcial ou total, do seu património.

<sup>52</sup> No mesmo sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português ...*, p. 619/635. Como ele mesmo explicou (na Comissão de Revisão do Código Penal de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) que substituiu o vocábulo «crime» (constante dos antigos artigos 107.º, 108.º e 109.º) pela atual expressão «facto ilícito»): «o que se pretende obter com 'facto ilícito' é o afastamento da ideia de culpa, valendo também a medida para os inimputáveis» (AA.VV. Código Penal Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Lisboa, Ministério da Justiça (1993), p. 92.

<sup>53</sup> CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco...*, p. 95. De todo o modo, o alcance do mecanismo é muito limitado, porquanto a absolvição deve-se apenas à inimputabilidade do arguido, sendo – no fundo – a decisão equiparável a uma condenação. De forma alguma está aqui em causa o sentido, tradicionalmente, atribuído a este tipo de confisco.

A segunda interpretação poderá ser demasiado restrita, permitindo o arrastar interminável daquela situação patrimonial ilícita.

No direito português vigente, a ausência não impede – em muitos casos<sup>54</sup> – a realização do julgamento e a condenação do arguido.

Separar o confisco da decisão penal também não terá aqui grande utilidade prática, bastando-nos aquela possibilidade técnica para o cumprimento das propostas da Diretiva (Considerando 15.º).

Resta-nos, por isso, implementar um mecanismo processual que permita ao julgador separar o confisco da condenação, nos casos de fuga impeditiva do julgamento, que revelem, através de atos concretos, que o visado teve conhecimento do processo e procura eximir-se à decisão final.

Incluir todas as situações de ausência será ir demasiado longe, mas admitir apenas os casos de condenação na ausência será ficar demasiado perto.

A possibilidade suplementar do confisco sem condenação poderá funcionar até como um incentivo sério à comparência do visado<sup>55</sup>.

Aliás, já hoje o tribunal pode decretar o arresto da totalidade ou de parte dos bens do arguido, como forma de desmotivar a situação de contumácia e pressionar a sua comparência voluntária<sup>56</sup>.

#### 4.3.3. Outras hipóteses de non conviction based confiscation

A nova Diretiva admite, ainda, que os Estados-Membros criem outros casos de *non conviction based confiscation* (artigo 4.º, n.º 2): «se não puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá, todavia, continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou fuga do suspeito ou arguido»<sup>57</sup>.

Contudo, para além das situações mínimas de doença ou de fuga, a Diretiva não especifica essas circunstâncias, permitindo que os legisladores internos escolham as soluções que entendam mais adequadas ao seu ordenamento jurídico.

O Código Penal português já consagra uma cláusula geral permitindo o confisco «ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto» (artigo 109.º, n.º 2).

<sup>54</sup> Artigos 333.º e 334.º do CPP. A própria Diretiva também considera a possibilidade de declarar a perda em processos à revelia (considerando 15.º), indiciando, claramente, que se trata aqui de um mecanismo novo, diferente desse procedimento tradicional. Aliás, o referido artigo 54.º, n.º 1, al.º c) fala de fuga e de ausência, revelando dois conceitos distintos que não foram expressamente adotados pela Diretiva (sem prejuízo, é claro, mais uma vez, dos Estados-Membros poderem ultrapassar as suas regras mínimas prevendo outras situações).

<sup>55</sup> Por isso mesmo, em alguns ordenamentos jurídicos, ele só se poderá defender neste processo autónomo de confisco, se se apresentar (BLANCO CORDERO, Isidoro, *Recuperación...*, p. 353). No entanto, nos termos do considerando 15.º, impedir esse exercício do direito de defesa deverá ser inadmissível, uma vez que «se o suspeito ou arguido estiver em fuga, os Estados-Membros deverão tomar todas as medidas razoáveis e poderão exigir que a pessoa em causa seja notificada ou informada do processo de perda».

<sup>56</sup> Artigo 337.º, n.º 3, do CPP. Sobre este mecanismo, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco...*, p. 185.

<sup>57</sup> Considerando 15 da Diretiva.

É o caso paradigmático da amnistia que, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, embora extinga o procedimento criminal e faça cessar a execução da pena e os seus efeitos não impede o confisco<sup>58</sup>.

Uma coisa já é, claramente, independente da outra, devendo o processo prosseguir para aqueles fins.

Muitas outras situações – por força desta cláusula geral – podem originar entre nós o confisco não dependente de uma condenação.

De todo o modo, sobretudo nos casos mais polémicos (morte do agente, prescrição, imunidades, etc.), o legislador deverá aproveitar a transposição da Diretiva para circunscrever os casos incluídos e, ainda, a forma processual de os concretizar.

A indicação exemplificativa dos casos mais emblemáticos seria tecnicamente mais adequada.

Os direitos do visado, a segurança e até a eficácia jurídica sairiam beneficiados.

Confiar tanto na bondade da doutrina e no acerto da jurisprudência é demasiado arriscado, sobretudo quando está em causa uma matéria tão polémica.

#### 4.3.4. Relações entre a *non conviction based confiscation* e a continuação posterior do processo penal

Em todos estes casos, esteja em causa uma qualquer hipótese de confisco não baseado numa condenação, *rectius* a cura do arguido ou a sua comparência depois de transitada em julgado a *non conviction based confiscation* e a sua conseqüente condenação criminal, importará regular as relações entre estas duas decisões.

O confisco dos instrumentos e produtos do crime esgota o *ius puniendi* estadual, desencadeando um irremediável *ne bis in idem*<sup>59</sup> ou permite continuar a ação penal depois de removida a circunstância excecional que a impedia?

Nessa hipótese, quais as relações entre ambos os processos?

A resposta para estas e outras questões, materiais e adjetivas, problemáticas (que a coexistência de ambos os procedimentos propicia) não parece ser fácil, merecendo uma reflexão profunda do legislador nacional.

Deixar todos estes problemas para a mera discussão dogmática ou para a prudência do julgador nacional não parece, mais uma vez, ser a melhor solução, conduzindo, desnecessariamente, a uma intolerável margem de insegurança jurídica, de desconfiança e de ineficácia.

<sup>58</sup> Acórdão n.º 6/1995, de 19 de outubro de 1995 (DR 1.ª série A, de 28 de dezembro de 1995) que fixou a seguinte jurisprudência: «declarado extinto o procedimento criminal por efeito de amnistia, à perda dos instrumentos e produtos do crime aplica-se, salvo disposição em contrário da lei de amnistia, o disposto no artigo 107.º do Código Penal, na versão de 1982, ressalvando-se o especificamente estabelecido em legislação penal extravagante, relativa a esse tipo de crime, quanto àquele instituto».

<sup>59</sup> Na jurisprudência americana, no paradigmático caso *United States v. Ursery* de 24 de junho de 1996, refere-se que «*by itself, however, the fact that the behavior proscribed by the forfeiture was already a crime proved insufficient to turn the forfeiture into a punishment subject to the Double Jeopardy Clause. ... civil forfeiture is “not an additional penalty for the commission of a criminal act, but rather is a separate civil sanction, remedial in nature”*» (518 U.S., 267, 278).

#### 4.4. O confisco de bens de terceiro

O confisco de bens de terceiros é outro objetivo confessado da nova Diretiva<sup>60</sup>.

Para o evitar, a utilização de terceiros é, cada vez mais, frequente na *praxis* quotidiana, impondo-se a criação de um mecanismo que seja capaz de a contornar ou de a impedir.

Aquele inevitável procedimento, de verdadeira diversão fraudulenta, não deve poder lograr os seus intentos, sob pena de, mais uma vez, frustrar os louváveis propósitos do legislador e consolidar uma situação patrimonial contrária ao direito.

A grande novidade que este mecanismo (subsidiário ou alternativo<sup>61</sup>) encerra é a possibilidade de confiscar quer os produtos do crime que tenham sido transferidos para terceiros, quer outros bens do visado, completamente alheios à prática do crime (artigo 6.º, n.º 1) que, igualmente, tenham sido transferidos para terceiros (a fim de impedir o confisco do valor dos instrumentos, produtos e vantagens do crime ou do património incongruente).

Não estão só em causa as vantagens diretas ou indiretas transferidas para terceiros no intuito de evitar o seu confisco direto, mas todo o património, suscetível de ser afetado pela utilização crescente dos mecanismos da perda de valor ou da perda alargada.

Uma vez que os visados passaram a transferir todos os seus bens para terceiros, deverá, também, ser possível o confisco de quaisquer bens, ainda que já não tenham nenhuma ligação direta com o crime<sup>62</sup>.

Esta novidade deverá determinar uma alteração sensível do direito português, alargando, em termos substanciais, a atual possibilidade de confiscar instrumentos, produtos ou vantagens do crime pertencentes a terceiros (artigo 110.º, n.º 2 e 111.º, n.º 2, do CP).

Também as coisas alheias à prática do crime, transferidas para evitar o confisco do valor dos instrumentos, produtos ou vantagens daquele ou ainda o confisco do património incongruente, deverão ser agora incluídas.

Como seria natural, o confisco de bens de terceiros não é intransigente, abrangendo apenas os casos em que o terceiro (com base em circunstâncias e factos concretos, designadamente o carácter gracioso da transmissão ou o pagamento de um montante substancialmente ao valor do mercado) sabia ou devia saber que a transferência ou a aquisição teve por objetivo evitar a perda de bens (artigo 6.º, n.º 1).

Quem está de boa fé não deve ser prejudicado<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Sobre o confisco de bens de terceiros, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco...*, pp. 72 a 76 e 129 a 134 ou, agora, 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 (2014), pp. 87 e seguintes.

<sup>61</sup> Revelando, novamente, a impossibilidade de atingir o grau ideal de harmonização das legislações e, logo, de confiança mútua e de cooperação, nos termos do considerando 25.º, os Estados-Membros podem optar entre um e outro sistema.

<sup>62</sup> Sobre o confisco do valor, cfr. *supra* 4.1. e sobre a perda alargada cfr. *supra* 4.2.

<sup>63</sup> Os honorários transferidos para o defensor de boa fé devem, obviamente, estar protegidos. Já não deverá ser assim se – a pretexto do seu pagamento – for transferida uma parte substancial do património do visado, demonstrando que o que está em causa não é esse montante legítimo, mas a vontade de proteger os proventos do crime, tornando-os inacessíveis às instâncias formais de controlo (sobre este problema, cfr. LEVY, Leonard W. A *License to steal ...*, pp. 194 e seguintes).

## 5. Garantias processuais

Em termos processuais (evitando, como até aqui, a dicotomia legal entre matérias adjetivas e matérias substantivas)<sup>64</sup>, a Diretiva procura uniformizar as garantias processuais da efetivação do confisco, bem como as garantias processuais penais do confiscado.

### 5.1. Garantias processuais penais do confisco (congelamento)

A fim de garantir a eficácia prática da decisão que decretar o confisco (seja ele de que tipo for), os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir que os tribunais decretem o congelamento<sup>65</sup> provisório dos bens em risco de serem dissimulados, ocultos ou transferidos para fora da sua jurisdição, com o objetivo de impedir o seu eventual confisco posterior (artigo 7.º, n.º 1).

Em caso de elevado risco de dissimulação, desaparecimento ou transferência antes do tribunal proferir uma decisão, poderão ser tomadas as medidas urgentes que se mostrem necessárias (artigo 7.º, n.º 1, parte final).

Com esta formulação, a diretiva incita à criação de normas que garantam a efetividade da decisão baseadas na existência de um simples *periculum in mora*.

O momento processual em que o mecanismo é desencadeado é irrelevante.

Respeitando estes princípios, o legislador português deverá criar um verdadeiro sistema de garantias processuais do confisco, que possam ser desencadeadas a todo o tempo, consoante as exigências preventivas que no caso se façam sentir: relegá-las para a acusação ou outro momento posterior poderá inviabilizar o confisco<sup>66</sup>.

No momento em que for decretado, o património já terá desaparecido.

As garantias processuais do confisco não podem, todavia, ser eternas.

Pela gravidade das suas consequências, o prolongar ilimitado do vínculo de indisponibilidade sobre a coisa (*maxime* quando estiver em causa uma parcela considerável do património) poderá ser incompatível com o princípio da precariedade das medidas.

<sup>64</sup> Com efeito anteriormente a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 12 de julho de 2003 (relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas) regulava as questões processuais, enquanto que a 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) regulava as questões substanciais. Esta técnica legislativa, frequente na União Europeia, utilizava, assim, dois diplomas autónomos (um para as medidas provisórias e outro para o confisco definitivo) não seguindo o tratamento unitário usual e desejável neste domínio, originando disfuncionalidades indesejáveis [neste sentido, cfr. MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, *El decomiso: regulación en la unión europea y estado de su aplicación en España*, AA.VV. Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, Madrid, Lex Nova (2010), p. p. 397/8]. Não admira, por isso, que o direito penal da União Europeia seja, muitas vezes, considerado disperso, complexo e, por vezes, até contraditório. Mesmo assim, apesar destes inconvenientes, a indispensável codificação do direito europeu não foi tão longe quanto podia, mantendo-se em vigor a Decisão-Quadro 2006/783/JAI de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda (transposta para a ordem interna penal Lei n.º 88/2009, de 31 de agosto).

<sup>65</sup> Sobre esta definição, cfr. *supra* 3.2.

<sup>66</sup> Neste sentido, CORREIA, João Conde, *Da Proibição...*, p. 187. Um recente acórdão da Relação de Lisboa (proferido no processo n.º 152/12.7JFLSB-B-L1), subvertendo a noção das garantias processuais, preconizou que o arresto para perda alargada só poderá ter lugar depois de transitada em julgado a decisão que decretar o confisco [para um comentário crítico ao referido acórdão, cfr. CORREIA, João Conde, anotação, *Julgar online* (2014), p. 14 e ss.].

Impor requisitos acrescidos com o passar do tempo e sujeitar a medida a reexames periódicos será uma solução proporcional à salvaguarda dos interesses contraditórios em causa<sup>67</sup>.

O congelamento de todo ou de parcelas importantes do património do visado poderá ter consequências desastrosas.

## 5.2. Garantias processuais penais do confiscado

Em termos de garantias processuais do confiscado, importa destacar que a Diretiva impõe finalmente, a construção de um processo coerente do congelamento e do confisco de bens do visado ou de terceiro, eliminando as dificuldades e disparidades existentes entre a sua regulação substantiva e adjetiva (artigo 8.º).

O incremento dos poderes das instâncias formais de controlo será compensado pela definição clara das garantias processuais mínimas do visado ou de terceiros, em particular pela exigência de um julgamento equitativo e subsequente possibilidade de recurso.

A criação de um verdadeiro estatuto processual dos sujeitos afetados pelo congelamento e pelo confisco que não sejam arguidos, colmatando a atual lacuna do direito português, será aqui a tarefa mais urgente do legislador<sup>68</sup>.

Prolongar, por mais tempo, esta omissão flagrante será incompreensível.

O confisco deverá ser compatível com o Estado de direito, obedecendo sempre a um processo justo.

Não podemos esquecer que o estabelecimento de um conjunto mínimo de garantias processuais é indispensável para evitar que o instrumento transforme, de novo, em mecanismo de arbítrio ou de abuso.

A possibilidade de vias de recurso efetivas e a certeza de um julgamento equitativo (artigo 8.º, n.º 1) são – insistimos – indispensáveis.

Sem a outorga das necessárias garantias de defesa será impossível pugnar pela maximização do confisco.

<sup>67</sup> Nos termos do considerando n.º 31 «atendendo às restrições ao direito de propriedade impostas pelas decisões de congelamento, tais medidas provisórias não deverão manter-se em vigor mais tempo do que o necessário para salvaguardar a disponibilidade dos bens tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tal poderá obrigar o tribunal a reapreciar o caso para certificar de que o objetivo de prevenção do desaparecimento dos bens continua válido». O direito alemão já consagra restrições à manutenção indeterminada do congelamento (REICHHART, Hans, *Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Peter Lang (2008), p. 56). Não admira, por isso, que numa decisão, de 10 de fevereiro de 2004, o OLG de Köln (NStZ [2005], p. 200) tenha confirmado a revogação do arresto de bens do arguido, demasiado prolongado no tempo (quase dois anos), sem qualquer interferência daquele ou dificuldade do caso, por violação do princípio da proporcionalidade.

<sup>68</sup> Por todos, cfr. CORREIA, João Conde, *Da Proibição...*, p. 129 e seguintes.

## 6. Investigação financeira e patrimonial

A investigação financeira e patrimonial<sup>69</sup> é uma das peças chave de um qualquer sistema de recuperação de ativos.

Num mundo cada vez mais globalizado, sem ela será impossível recuperar quaisquer valores significativos.

Consciente desta realidade, a Diretiva procura criar condições para a efetividade do confisco, permitindo a realização da investigação financeira e patrimonial mesmo em fase executiva (artigo 9.º)<sup>70</sup>.

Muitas vezes, só nessa fase derradeira será detetada a inexistência de um património suscetível de ser confiscado, sendo necessário verificar se ele, efetivamente, não existe ou se, pelo contrário, foi escondido ou transferido para outrem, apenas para ludibriar as autoridades oficiais.

Consagrar expressamente essa possibilidade, sem confiar demasiado na bondade do aplicador, será mais um trabalho urgente do legislador nacional.

À medida que o confisco do valor dos produtos e instrumentos do crime e do património incongruente for crescendo, também aquela inquestionável necessidade prática irá aumentado<sup>71</sup>.

No fundo, ela é conatural a um sistema que, cada vez mais, aposta nestas virtualidades da perda do valor e da perda alarga e que, por isso, tem que contribuir para a exequibilidade da decisão final.

## 7. Gestão dos bens congelados e confiscados

A gestão dos bens congelados e confiscados não podia deixar de ser uma preocupação da nova Diretiva. O aumento desses bens arrasta – é obvio – o problema da sua administração, que deverá ser dirigida no sentido da sua otimização (artigo 10.º, n.º 1).

Um Estado de direito não poderá confiscar e congelar os instrumentos e produtos do crime ou o património incongruente para depois os deixar entregues à sua sorte, correndo o risco de desvalorização, depreciação ou destruição: quer os bens venham a ser restituídos, quer fiquem para o Estado impõe-se uma gestão eficiente.

Entre os poderes inerentes a essa administração deverá incluir-se, necessariamente, «a possibilidade de vender ou de transferir os bens, sempre que necessário», como já é nossa

<sup>69</sup> Recentemente, Vicente Corral Escariz [*La Lucha Contra la Corrupción Urbanística en España*, Tirant lo Blanch (2014), p. 233] definiu-a como «conjunto de actuaciones policiales y judiciales encaminadas a elaborar el catálogo real de bienes, derechos y obligaciones de una o varias personas físicas o jurídicas, estableciendo su posible origen y proceso de formación».

<sup>70</sup> Neste sentido, CORREIA, João Conde, *Da Proibição...*, p. 199.

<sup>71</sup> Por causa dos problemas que a execução suscita o legislador holandês prevê (nos termos do artigo 36.º do respetivo CP) a possibilidade do cumprimento de um período de prisão subsidiário, correspondente ao valor confiscado e não entregue, voluntariamente, ao Estado. O mesmo acontece com a solução inglesa (Peter, Alldridge, *Money Laundering ...*, p. 162/3) e acontecia com a *Vermögensstrafe* alemã, que, também, previa uma pena de prisão subsidiária, nos termos do § 43a, alínea III, do StGB.

tradição legal (a prática é outra coisa) e consta, por exemplo, do artigo 14.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho<sup>72</sup>.

A necessária mudança deverá ser aqui, outra vez, mais prática do que legal.

O verdadeiro desafio nacional está em alterar a *praxis* quotidiana e não a lei.

Para o efeito será essencial uma conduta proativa do Gabinete de Administração de Bens, que impeça que o inevitável correr do tempo produza os seus efeitos nefastos, tornando os bens inutilizáveis.

## 8. Conclusões

As soluções consagradas na nova Diretiva, mesmo as mais polémicas (confisco não baseado numa condenação, nos termos do artigo 4.º, n.º 2) não significam, afinal, grandes alterações à lei portuguesa vigente, *maxime* aos Códigos Penal e de Processo Penal; elas ficam muito aquém das elevadas expectativas iniciais, quer em termos de harmonização das normas legais vigentes, quer em termos de eficácia dos mecanismos propostos.

Há muitas questões em aberto e são possíveis várias interpretações, que possibilitam a opção por técnicas e até por políticas muito diferentes.

A ambivalência subjacente à Diretiva (inerente à necessidade de lograr consensos) repercutiu-se no resultado final e contribuirá para a manutenção de sistemas heterogéneos, inibidores da desejável segurança jurídica.

De todo o modo, a nova Diretiva é mais uma excelente oportunidade para, tanto no plano interno como no plano externo, sem preconceitos estéreis, debater o problema.

É urgente substituir uma cultura penal ainda demasiado centrada na pena por uma cultura que procura anular os efeitos patrimoniais decorrentes do facto.

Só dessa forma será possível obter algum êxito na luta contra a criminalidade.

Entre nós não se esperam (nem eram necessárias) grandes revoluções legais. Fundamental será, sobretudo, participar nesse debate, assim contribuindo para a desejável e imprescindível alteração da *praxis* jurídica quotidiana.

Mais do que reclamar novos mecanismos, é essencial aplicar aqueles que já temos.

<sup>72</sup> Se não for assim, «quando a decisão lograr trânsito em julgado (esses bens) estarão, muito provavelmente, imprestáveis» [SIMÕES, Euclides Dâmaso, *A proposta de lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)*, RCEJ, 2010, 14, 191] violando o propósito da diretiva, expresso no considerando 32.º: «os bens congelados ... deverão ser geridos de modo a que não se desvalorizem».

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

---

**4. Gabinete de  
Recuperação de Activos  
– o que é, para que serve  
e como actua**

**Hélio Rigor Rodrigues**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. GABINETE DE RECUPERAÇÃO DE ACTIVOS – O QUE É, PARA QUE SERVE E COMO ACTUA\*

Hélio Rigor Rodrigues\*\*

1. Introdução
  - 1.1. Algumas noções essenciais
2. Dos elementos identificativos do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)
3. Missões confiadas ao GRA
4. Instrumentos de que o GRA dispõe no âmbito da investigação patrimonial
  - 4.1. Requisitos de intervenção do GRA no âmbito da investigação patrimonial
    - 4.1.1. Verificação da alínea a)
    - 4.1.2. Verificação da alínea b)
    - 4.1.3. Cláusula de salvaguarda
  - 4.2. Actuação do GRA no âmbito da investigação criminal
  - 4.3. Instrumentos concedidos ao GRA na tarefa de identificar e localizar activos
  - 4.4. Modo como o GRA pode actuar sobre os bens
  - 4.5. Garantias concedidas ao titular dos bens apreendidos
    - 4.5.1. Revogação e Modificação da apreensão
5. Quando se realiza a investigação patrimonial
6. Intervenção do GRA nos mecanismos de cooperação judiciária em matéria de recuperação de activos

**RESUMO:** *Com a Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, que cria o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA), a investigação financeira ou patrimonial ganha um novo ânimo. Importa, porém, num momento em que este organismo começa a dar os primeiros passos, empreender uma análise da arquitectura jurídica em que o mesmo assenta. Este texto visa, assim, essencialmente, averiguar os objectivos que o legislador confiou ao Gabinete de Recuperação de Activos, e proceder ao estudo das soluções legais oferecidas no desempenho dessa sua missão.*

**Palavras-chave:** *Gabinete de Recuperação de Activos; investigação patrimonial ou financeira.*

#### 1. Introdução – da importância da questão patrimonial no crime que visa o lucro, “ou o vedes ou o não vedes. Se o vedes como o não remediais? E se o não remediais, como o vedes?”<sup>1</sup>

A atenção que os Órgãos da Administração da Justiça portugueses dispensam à privação dos bens de origem criminosa é, ainda hoje, claramente insuficiente.

Esta realidade não será, temos por certo, tributária de qualquer desprezo pela recuperação dos activos do crime enquanto estratégia de política criminal no combate à criminalidade grave.

As razões residem, porventura, na existência de um processo marcadamente vocacionado para a responsabilização penal do agente e ainda na carência de meios que as autoridades judiciárias tinham, até há bem pouco tempo, ao seu dispor na tarefa de identificar, localizar e apreender os activos de origem ilícita.

\* O presente texto corresponde, com algumas adaptações, à comunicação apresentada no *workshop* subordinado ao tema “Recuperação dos Produtos do Crime”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e realizado em Lisboa, no dia 20 de Junho de 2013.

\*\* Procurador-Adjunto.

<sup>1</sup> PADRE ANTÓNIO VIEIRA – Sermões. *Pensamentos de Padre António Vieira*, org. Paulo Neves da Silva.

Com a Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Activos, estas dificuldades fazem parte do passado. Portugal está agora dotado de um organismo altamente especializado, composto por uma equipa multidisciplinar, com competência para realizar investigações patrimoniais complexas.

Esta Lei criou igualmente o Gabinete de Administração de Bens, que tem como tarefa conservar os bens apreendidos, garantindo assim dever de custódia que cabe ao Estado.

### 1.1. Algumas noções essenciais

Não poderemos, todavia, avançar para a apreciação insular do Gabinete de Recuperação de activos sem, como passo prévio indispensável, empreender uma breve abordagem hermenêutica do seu contexto.

Este exercício é importante, uma vez que para que se compreendam convenientemente as soluções legais nesta matéria é imprescindível que estejam assimiladas algumas noções essenciais.

Nesta tarefa, poderemos começar por assumir como incontestável que *“a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro, que constitui um estímulo para cometer mais infracções a fim de obter cada vez mais lucros”*<sup>2</sup>.

Tendo presente esta motivação, ensina-nos Euclides Dâmaso Simões que a repressão da criminalidade que visa o lucro *“não ultrapassará a fase platónica se não se voltar para a recuperação de activos, isto é, dos instrumentos com que foi cometida a infracção (...) e para os bens e produtos por ele gerados. As intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os agentes do crime sofrerem o abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido”*<sup>3</sup>.

Ainda nesta linha, socorrendo-nos da formulação tradicional de Günther Jakobs, preconizada por Figueiredo Dias<sup>4</sup>, salientamos que a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na norma jurídica violada nunca será alcançada se, no âmbito daquela criminalidade cujo desiderato exclusivo é o lucro, a resposta da justiça penal se resignar à aplicação de uma pena ao agente, permitindo o gozo pacífico do lucro conseguido em prejuízo de toda a comunidade, uma vez terminada aquela.

A aplicação de uma pena ao agente do crime de tráfico, que ostenta vaidosamente uma fortuna, sem adopção de mecanismos ablativos dessa propriedade, pouco terá de retributivo e ainda menos, certamente, de estabilizador.

<sup>2</sup> Tal como refere o considerando 1.º da Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2007.

<sup>3</sup> EUCLIDES DÂMASO SIMÕES “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um passo no Caminho certo)”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010 pp. 183-192, p. 183.

<sup>4</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, 2.ª ed., *Questões Fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 80.

Ainda que com uma finalidade puramente *restaurativa*<sup>5</sup> (segundo a perspectiva que adoptamos), se os Tribunais e o Ministério Público desprezarem a declaração de perda dos bens que constituem o produto ou vantagem do crime, farão, em violação dos deveres constitucionais que o povo lhes confiou, uma administração ruinosa da justiça, uma administração que cuida apenas de uma parcela dos encargos que lhe foram confiados.

Sucedem que esta imprescindível tarefa de recuperação dos activos do crime, como actividade que visa devolver ao Estado (porque é a este que materialmente pertencem) os bens que foram obtidos através de meios que infligiram na sociedade danos apreciáveis, carece de uma investigação própria e devidamente autonomizada, atenta a heterogeneidade de objectivos que apresenta, se comparada com as finalidades próprias da investigação criminal.

Escusamo-nos proceder a uma aturada análise das finalidades ínsitas na investigação criminal. Esta visa, em primeira linha, averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher a prova<sup>6</sup>.

Ao lado da investigação criminal existe a investigação patrimonial ou financeira<sup>7</sup>, que visa, em síntese, a identificação e localização dos activos susceptíveis de futura declaração de perda, bem como a adopção das medidas necessárias à sua recuperação.

Como esclarecedoramente nos ensina João Conde Correia<sup>8</sup>, “*De acordo com a Lei, uma coisa será a investigação criminal, realizada no inquérito, segundo os cânones e com as finalidades tradicionais, e outra bem diferente, a investigação financeira ou patrimonial documentada num apenso (artigo 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho) e com objectivos específicos. Ainda que contemporâneas ou sobrepostas (umbilicalmente ligadas), as duas investigações são distintas*”.

Podemos identificar na investigação patrimonial ou financeira quatro finalidades essenciais. Em primeiro lugar, visa assegurar que os objectos ou instrumentos perigosos (ou contaminados com a infracção<sup>9</sup>) são afastados da sociedade.

Além desta finalidade basilar, presente na perda dos instrumentos ou objectos do crime, podemos auscultar na perda das vantagens ou produto<sup>10</sup> três objectivos principais.

<sup>5</sup> Não se confunda esta nossa expressão como prolongamento da ideia das tão apregoadas teses de “*justiça restaurativa*” em direito penal como espaço de consenso. Pretendemos apenas salientar que encaramos os mecanismos de recuperação de activos como instrumentos *reparadores* que não escapam a uma lógica e natureza jus-civilística.

<sup>6</sup> Artigo 1.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, e artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

<sup>7</sup> Não existe uma definição legal de “investigação patrimonial ou financeira”. Todavia, poderemos assumir que esta encerra o conjunto de diligências que visam identificar os activos susceptíveis de uma declaração de perda, proceder à sua localização, e por fim adoptar uma medida cautelar que assegure a eficácia da almejada medida ablativa de tais bens ou direitos.

<sup>8</sup> JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 193.

<sup>9</sup> Dizemos contaminados porque, por exemplo, no âmbito do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o legislador prescindiu da referência à perigosidade dos objectos e instrumentos, o que não significa que se possa prescindir da referência ao desvalor resultante da sua existência, ou do modo como foram utilizados, e da apreciação dos critérios de proporcionalidade e de carácter significativo face à actividade criminosa desenvolvida.

<sup>10</sup> Importa ter presente que a noção de «produto», na generalidade dos diplomas internacionais, é entendida com significado idêntico ao conceito de «vantagens» utilizado pelo legislador português, quer no Código Penal, quer no Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Alguns diplomas nacionais, comunitariamente estimulados, como a Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto, já definem o produto do facto ilícito típico como “*qualquer vantagem económica resultante de infracções penais, podendo consistir em qualquer bem*”.

Em primeiro lugar, a perda das vantagens visa assegurar que o crime não compensa, garantindo que o infractor não beneficia economicamente da sua prática.

Depois, assume importância nuclear no objectivo de garantir que os proveitos da actividade criminosa não são reinvestidos na prática de novos factos ilícitos típicos, e por fim tem ainda como desiderato evitar que a acumulação de riqueza nas mãos dos criminosos possa desvirtuar as regras de concorrência do mercado, através de investimentos em actividades empresariais lícitas.

Em momento anterior à criação da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, a distinção entre estas investigações (criminal/patrimonial) existia essencialmente por estímulo do labor da doutrina que se dedicava a estas matérias, embora não assumisse na prática uma aplicação considerável.

Neste momento essa distinção é legal, e deve, por esse motivo, fazer parte dos nossos quadros mentais de referência no tratamento destas matérias.

Por via da acentuada confusão conceptual que se tem auscultado na praxis diária, cumpre ainda estabelecer a devida autonomização entre, por um lado, a investigação patrimonial e financeira e, por outro, a investigação criminal no âmbito da criminalidade económico-financeira.

A investigação da criminalidade económico-financeira<sup>11</sup> é exclusivamente uma investigação criminal, ou seja, tendente a apurar a existência de um determinado facto ilícito típico (ainda que integrado neste conceito operativo) bem como a responsabilidade ou grau de comprometimento dos seus agentes, o que não se confunde com o fito próprio da investigação patrimonial e financeira, de identificar, localizar e apreender activos que possam ser declarados perdidos a favor do Estado.

Estas duas realidades partilham unicamente semelhanças terminológicas, nada mais.

A investigação patrimonial ou financeira realiza-se no âmbito da criminalidade económico-financeira, mas não só. Para que a investigação patrimonial seja imprescindível, basta que se verifique a existência de um crime que tenha gerado activos (ou seja, coisas ou direitos) susceptíveis de futura declaração de perda a favor do Estado.

---

<sup>11</sup> Sobre este conceito, escreve Jorge Reis Bravo “Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário”. *Working Papers n.º 18/Jan. 2013 OBEGEF* – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, disponível online em <https://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>, última consulta em 29.05.2021, pp. 16 e 21, que “*Criminalidade organizada e criminalidade económico-financeira não são, rigorosamente, conceitos (técnico-)jurídicos; são conceitos eminentemente operativos ou instrumentais. A eles estão, de alguma forma, associados determinados tipos de crimes já [pré-]existentes no ordenamento jurídico penal. (...) Assim se chega a um conceito mais restritivo – que nos parece mais adequado e operativo –, tributário do ensinamento de W. HASSEMER, de acordo como o qual, a criminalidade económico-financeira se traduziria no conjunto de comportamentos penalmente relevantes que, pretendendo obter avultados ganhos [ilícitos], violam, directa ou indirectamente, as normas que regulam a “ordem económica” e os bens ou interesses financeiros ou económicos do Estado (numa perspectiva obviamente supra-individual).*”

## 2. Dos elementos identificativos do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)

A criação de um Gabinete de Recuperação de Activos (abreviadamente GRA) em Portugal é fruto da crescente atenção que no entorno comunitário se dispensa às matérias relacionadas com a perda das vantagens do crime.

Neste momento, como consequência do labor das instituições europeias, os Estados Membros contam com um acervo consolidado de instrumentos normativos e comunicações sobre esta matéria<sup>12</sup>, que a médio prazo conduzirão, por certo, a uma uniformização dos mecanismos ao dispor dos tribunais no combate ao lucro da actividade ilícita.

O Gabinete de Recuperação de Activos é criado em Portugal pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, em cumprimento das orientações que constavam da Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2007.

Prescreve o artigo 2.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, que *“é criado, na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Activos, abreviadamente designado por GRA, com atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal”*.

Apreciando as soluções que o legislador tinha ao seu dispor no âmbito do desenho da dependência orgânica do GRA, poderíamos defender solução diversa, é certo, como a criação deste organismo sob a égide da Procuradoria-Geral da República.

Neste momento, tal discussão é ociosa, dela não se extrai qualquer consequência prática. Todavia, mesmo aqueles que, como nós, defenderam um modelo diferente de dependência orgânica haverão de reconhecer vantagens no domínio da operacionalidade com esta formulação legal.

Digna de enaltecer é, por seu lado, a referência expressa às atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal.

Este segmento normativo é de vital importância, e reflecte-se quer na legitimidade de actuação, quer na eficácia dos procedimentos adoptados pelo GRA.

Não fosse esta audaciosa construção legal, estaria o intérprete obrigado a empreender um labor em que, apurando os elementos estruturantes da natureza ontológica deste gabinete<sup>13</sup>,

<sup>12</sup> De que salientamos a 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; a Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2007, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da detecção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime; a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre Produto da criminalidade organizada Garantir que o “crime não compensa” Bruxelas, 20.11.2008 COM(2008) 766 final, e por fim a Proposta de Directiva sobre o congelamento e o confisco do produto do crime de 12.3.2012 (COM(2012) 85 final).

<sup>13</sup> Ou seja, seria necessário apurar se o GRA é ou não uma Polícia, realidade que Manuel Monteiro Guedes Valente, *Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 262, define como *“um serviço de natureza pública que se assume originariamente como actividade de natureza executiva – ordem e tranquilidade públicas e administrativa -, dotada de natureza judiciária no quadro de coadjuvação e de prossecução de actos próprios no âmbito da legislação processual penal, cuja função jurídico-constitucional se manifesta na concreção da defesa da legalidade democrática, da garantia da segurança interna e da defesa e garantia dos direitos do cidadão e da prevenção*

pudesse definir, com base nas conclusões obtidas, quais as suas atribuições no âmbito das finalidades que lhe foram confiadas.

Com esta construção legislativa podemos assumir como certo que, pelo menos quando e enquanto realiza a investigação patrimonial ou financeira, o GRA é, efectivamente, um órgão de polícia criminal (OPC), ou, na perspectiva que importa considerar, um verdadeiro órgão auxiliar da Administração da Justiça, com as inerentes prerrogativas e deveres.

Esta solução assume uma influência transversal.

Em primeiro lugar reflecte-se no relacionamento com os restantes OPC, existindo um dever de cooperação destes com o GRA, nos termos artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 48/2008, de 27 de Agosto.

Por outro lado, assume influência na determinação das diligências legalmente admitidas no exercício das funções de investigação patrimonial. Garante-se, deste modo, que poderá executar os actos necessários e urgentes destinados a assegurar a efectividade de uma futura declaração de perda, tal como resulta, com as devidas adaptações, dos artigos 55.º, n.º 2 e 249.º do Código de Processo Penal.

Por fim, assume igualmente influência na relação com o Ministério Público.

No exercício da investigação patrimonial, o GRA actuará numa relação de dependência funcional<sup>14 15</sup> e sob a directa orientação do Ministério Público (cfr. artigo 3.º, alíneas h) e n), do Estatuto do Ministério Público; 56.º e 263.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), sem prejuízo, todavia, da salvaguarda da sua autonomia técnica e tática, nos termos do artigo 2.º, n.º 6, da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.

### 3. Missões confiadas ao GRA

De uma análise da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, será possível concluir que o legislador atribuiu ao GRA um conjunto de cinco missões.

Em primeiro lugar, como missão principal, e, em nossa perspectiva, mais nobre objectivo, o GRA terá como incumbência “*proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional*”, tal como preceituado nos artigos 3.º, n.º 1, 4.º, n.ºs 1 e 3, e 8.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

---

*criminal (...) podendo para cumprimento das funções fazer uso da força (...) dentro dos limites do estritamente necessário e no respeito pelo direito e pela pessoa humana”.*

<sup>14</sup> Neste sentido *vide* EUCLIDES DÂMASO SIMÕES “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um passo no Caminho certo)” *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010 pp. 183-192, p. 187.

<sup>15</sup> Esta relação de dependência funcional garante ao Ministério Público a possibilidade, designadamente: de avocar, em qualquer fase, a investigação patrimonial; de emitir directivas, ordens e instruções sob o modo processual de realização da investigação; apreciar o resultado da investigação realizada e fiscalizar em qualquer altura o modo como a investigação se realiza (sobre estes critérios, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Tomo I, 4.ª edição. Lisboa, Verbo, 2008, p. 270.

Em segundo lugar, salientamos a função do GRA enquanto coadjutor das autoridades judiciárias na realização dos actos de cooperação judiciária pertinentes, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Além das apontadas missões, que entendemos realçar na justa medida em que são aquelas que maior influência assumem na dialéctica com a Autoridade Judiciária, ao GRA são atribuídas ainda três outras incumbências de acentuada relevância em matéria de recuperação de activos.

Assim, compete igualmente ao GRA assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados, nos termos dos artigos 3.º, n.º 1, 9.º, n.º 1 e 19.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho. Por fim, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da citada Lei n.º 45/2011, o GRA tem ainda como missão proceder à recolha, análise e tratamento de dados estatísticos sobre apreensão, perda e destinação de bens ou produtos relacionados com crimes e exercer as demais atribuições que lhe sejam legalmente confiadas.

#### 4. Instrumentos de que o GRA dispõe no âmbito da investigação patrimonial

O artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, prescreve que o GRA procede à investigação financeira ou patrimonial por determinação do Ministério Público.

Desta formulação legal, podemos extrair imediatamente duas consequências essenciais.

Em primeiro lugar, poderemos assumir que o GRA não tem autonomia para, *per se*, realizar a investigação patrimonial, ainda que tal lhe seja solicitado por um gabinete de outro Estado, ou a informação sobre activos relacionados com crimes lhe advenha por essa via<sup>16</sup>.

Depois, conclui-se que apenas o Ministério Público tem competência para determinar a intervenção do GRA no âmbito da investigação patrimonial ou financeira<sup>17</sup>.

Sobre o modo como deve operar esta intervenção, importa revisitar duas ideias fundamentais.

A primeira, de que é ao Ministério Público que incumbe realizar a investigação patrimonial<sup>18</sup>. Importa ainda ter presente que a declaração de perda dos instrumentos, produtos e vantagens

<sup>16</sup> Isto, sem prejuízo, obviamente, da obrigação do GRA em fornecer dados e informações que lhe sejam solicitados por gabinetes de outros Estados, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, e da Lei n.º 74/2009, de 12 de Agosto. Por dados ou informações entendem-se (nos termos do artigo 2.º, alínea d), da citada Lei n.º 74/2009: i) *Qualquer tipo de dados ou informações na posse das autoridades de aplicação da lei; e* ii) *Qualquer tipo de dados ou informações na posse de autoridades públicas ou entidades privadas, a que as autoridades de aplicação da lei tenham acesso sem recorrer à aplicação de meios de obtenção de prova a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º da referida Lei n.º 74/2009.*

<sup>17</sup> Obviamente, sem prejuízo da intervenção do GRA no âmbito da sua actividade de coadjuvação do tribunal nos pedidos de auxílio judiciário mútuo em matéria de perda ou apreensão de bens, não se tratando, nestes casos, de uma verdadeira investigação patrimonial.

<sup>18</sup> O que se extrai, à saciedade, da obrigação de liquidação do património incongruente que incumbe ao Ministério Público no âmbito da perda alargada, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, bem como do artigo 263.º do CPP.

não é facultativa<sup>19</sup>, nem lhe estão subjacentes critérios de oportunidade, ou muito menos de conveniência.

Nesta contingência, apenas restam duas soluções, ou o Ministério Público realiza a investigação patrimonial com os meios que dispõe, ou, estando reunidos os pressupostos das alíneas a) e b) do artigo 4.º, n.º 1, determina a intervenção do GRA.

Na «determinação» a que alude a letra da Lei, o Ministério Público não executa um comando de natureza imperativa, ou seja, não dá uma ordem ao GRA, antes delega uma competência que lhe pertence.

Esta delegação deverá ocorrer ao abrigo do artigo 270.º do Código de Processo Penal, que permite expressamente a possibilidade de conferir aos órgãos de polícia criminal o encargo de proceder a “*quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito*”.

Escusado será dizer que, estando reunidos os respectivos pressupostos, será impensável não suscitar a intervenção do GRA.

Nesta delegação de competências, deverá o Ministério Público identificar se estamos perante um caso de perda tradicional<sup>20</sup> ou alargada<sup>21</sup>, uma vez que tal distinção será determinante nas diligências de investigação que o GRA terá que realizar.

Quanto ao momento em que esta delegação de competências deve ocorrer, importa salientar que a investigação patrimonial não deverá ser relegada para uma altura em que esteja já concluída a investigação criminal.

Nesse sentido, deverá diligenciar-se pela adopção dos mecanismos tendentes à recuperação dos activos do crime numa fase tão inicial quanto possível, de preferência, concomitantemente com o início da investigação criminal.

Quando a delegação de competências no GRA ocorra num momento ainda incipiente do inquérito, será adequado identificar os suspeitos que deverão ser investigados e os respectivos objectivos dessa investigação, evitando-se assim a realização de diligências inúteis, sem prejuízo de, em momento posterior, se determinar que outras pessoas, singulares ou colectivas, sejam igualmente investigadas.

---

<sup>19</sup> Pese embora os Tribunais e o Ministério Público não possam prescindir da questão patrimonial, entendemos acertada a formulação proposta por João Conde Correia, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 148, quando defende que em último caso deveremos convocar o princípio da proporcionalidade dos meios (muitas vezes dispendiosos) aos fins visados, ponderando se os mesmos são razoáveis e se deverão, nessa medida, ser utilizados.

<sup>20</sup> Perda clássica ou tradicional é aquela em que se exige a demonstração do vínculo existente entre o facto ilícito típico em investigação e aquele bem concreto, susceptível de ser declarado perdido, de que é exemplo paradigmático a perda dos instrumentos, produtos e vantagens prevista nos artigos 109.º a 112.º do Código Penal, ou a perda de objectos, coisas ou direitos relacionados com o facto, no âmbito dos artigos 35.º a 38.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

<sup>21</sup> Poderemos entender por perda alargada ou ampliada a modalidade de perda de bens prevista nos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que incide sobre o valor do património incongruente e cujo vínculo com a actividade criminosa resulta de uma presunção legal (ou seja, embora se continue a exigir essa conexão, a lei presumiu a sua existência).

Cumpra ainda referir que os procedimentos realizados pelo GRA são documentados em apenso ao processo nos termos do artigo 4.º, n.º 5 e, nesse sentido, no despacho de delegação deverá já atender-se à necessidade de criação desse apenso.

#### 4.1. Requisitos de intervenção do GRA no âmbito da investigação patrimonial

Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da citada Lei n.º 45/2011, o GRA apenas poderá realizar a investigação patrimonial nos casos em que se verifique uma dupla condição, ou seja,

- “a) Quando se trate de instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos; e*
- b) Quando o valor estimado dos mesmos seja superior a 1000 unidades de conta”.*

As mencionadas condições, de verificação cumulativa, deixam transparecer que se trata de um gabinete especialmente vocacionado para investigar os proventos gerados pela criminalidade grave.

Como refere Euclides Dâmaso Simões<sup>22</sup> *“quis-se, em suma evitar a excessiva alocação de meios a esta finalidade (que os tempos não vão de feição para isso) e rentabilizar os disponíveis, fazendo-os concentrar sobre o que tenha presumida valia económica (de minimis non curat praetor)”*.

O critério de delimitação da competência do GRA é, em nossa perspectiva, exemplar, uma vez que, sabendo-se que todos<sup>23</sup> os crimes são susceptíveis de gerar vantagens, permite seleccionar os casos pela sua dignidade e complexidade.

Averiguar se estes pressupostos se verificam é tarefa do Ministério Público, devendo apurar-se o seu preenchimento em momento anterior ao acto de delegação.

É importante, todavia, referir que, existindo dificuldades no preenchimento dos apontados requisitos legais, será aconselhável que o titular do inquérito solicite o apoio dos elementos que compõe o GRA da Delegação respectiva (Norte, Centro ou Sul), para que, em conjunto, se defina se naquele caso concreto estão reunidas as condições para que este gabinete intervenha. Esta eventual reunião prévia poderá igualmente servir, sempre que se conclua pela legitimidade de intervenção do GRA, para definir procedimentos e delinear o rumo da investigação patrimonial.

<sup>22</sup> EUCLIDES DÂMASO SIMÕES “A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um passo no Caminho certo)” *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010 pp. 183-192, p. 187.

<sup>23</sup> Dizemos todos porque, para que exista uma vantagem, bastará que tenha sido prometida uma recompensa ao agente do crime, para ele ou para terceiro, cfr. artigo 111.º, n.º 1, do Código penal.

#### 4.1.1. Verificação da *alínea a)*

O preenchimento do pressuposto previsto na alínea a) depende apenas de uma singela operação, traduzida na subsunção jurídica dos factos ao tipo legal de crime, não apresentando, por isso, especiais dificuldades, pelo menos de uma perspectiva teórica.

Importa unicamente salientar que, sendo vários os crimes em investigação, apenas estará preenchida esta alínea a) caso o crime com o qual estão relacionados os produtos, instrumentos ou vantagens a recuperar seja punido com pena de prisão igual ou superior ao umbral mínimo previsto pelo legislador<sup>24</sup>.

#### 4.1.2. Verificação da *alínea b)*

As facilidades que à primeira vista se encontram no preenchimento do requisito previsto na alínea a), não se mantêm quando a tarefa é concretizar a exigência da alínea b). A este respeito uma questão se levanta imediatamente: como estimar o valor dos bens ou produtos relacionados com crimes?

O labor tendente à concretização desta tarefa deverá, em nossa perspectiva, operar em dois momentos.

Primeiro, é necessário identificar os crimes em investigação.

Apenas ultrapassada a fase da subsunção jurídica dos factos ao tipo legal de crime correspondente será possível averiguar os mecanismos ablativos que o legislador dispensou à criminalidade investigada, sendo estes que, em primeira linha, definem os bens ou valores susceptíveis de serem objecto de futura declaração de perda.

Ponto fundamental neste exercício será apurar se o crime em investigação se encontra contemplado no catálogo<sup>25</sup> previsto no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Como facilmente se conclui, não será igual estimar o valor do património incongruente, tal como considerado no artigo 7.º da citada Lei, ou apenas as concretas vantagens (ou instrumentos ou produtos) vinculadas com a infracção, num regime de perda tradicional.

Num segundo momento, com base nas regras aplicáveis ao crime investigado, será necessário apurar o valor do património potencialmente susceptível de ser objecto de declaração de perda a favor do Estado.

<sup>24</sup> Deste modo, encontrando-se em investigação quatro crimes, ainda que três deles sejam punidos com pena superior a três anos de prisão, o GRA não poderá intervir se os bens constituírem vantagens ou instrumentos do crime de exploração ilícita de jogo (p. e p. pelo artigo 108.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro) ou do crime de Fraude sobre Mercadorias, (p. e p. pelo artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro).

<sup>25</sup> Concretizar os crimes do catálogo nem sempre será uma tarefa fácil. Apurar, por exemplo, se o crime de tráfico de menor gravidade previsto no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, integra a alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro ou se o crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º do CP) integra o conceito de corrupção activa e passiva previsto na alínea e) desta Lei deverá merecer aturada ponderação.

A conclusão plasmada no resultado de uma estimativa não pode, todavia, ser encarada como um acto de adivinhação, mas antes como o resultado de uma ilação que parte de factos conhecidos, apreciados para estes efeitos de uma perspectiva objectiva (quase todos os crimes do catálogo assumem uma dimensão patrimonial imediatamente apreciável), subjectiva e conjuntural (nomeadamente quanto do nível de ostentação patrimonial do agente do crime e ao seu modo de vida), que devem ficar consagrados no despacho que fundamenta a atribuição de competências ao GRA.

Estimar o valor dos bens não poderá implicar a realização de uma investigação patrimonial aprofundada, mas será, em alguns casos, importante obter pelo menos a declaração apresentada para efeitos de liquidação do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, que permita sustentar um juízo indiciário de incongruência patrimonial, se em causa estiver, obviamente, a perda alargada.

O valor estimado deve ser actualizado, ou seja, não importa o valor que os bens teriam na data em que integraram o património do agente do crime, mas sim o seu valor actual<sup>26</sup>.

#### **4.1.3. Cláusula de salvaguarda**

Nos casos em que não foi possível concretizar as exigências ora contempladas, existe ainda possibilidade de se suscitar a intervenção do GRA. Prescreve, para estes efeitos, o artigo 4.º, n.º 2 que, *“mediante prévia autorização do Procurador-Geral da República ou, por delegação<sup>27</sup>, dos procuradores-gerais distritais, pode o GRA proceder à investigação financeira ou patrimonial, em casos não abrangidos pelo número anterior, considerando o estimado valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade da investigação”*.

Poderá, assim, o titular do inquérito suscitar a intervenção da respectiva hierarquia, sempre que não se encontre preenchida a alínea a) ou a alínea b) (ou mesmo ambas) considerando-se, em qualquer caso, a complexidade da investigação como critério essencial a ponderar na formulação do respectivo pedido.

#### **4.2. Actuação do GRA no âmbito da investigação criminal**

Num primeiro momento, à semelhança do que sucede quando a investigação financeira ou patrimonial é realizada pelo Ministério Público, o GRA terá que averiguar quais os bens que poderão ser declarados perdidos (identificar), para depois apurar onde os mesmos se

<sup>26</sup> Nesta fase, em que averiguamos apenas se estarão ou não reunidas as condições necessárias à intervenção do GRA, não importa apurar o momento em que os bens foram adquiridos, nem o valor exacto que estes assumiriam nessa altura. Esses elementos serão determinantes na liquidação do património, é certo, mas esse juízo de incongruência, que operará por referência a um determinado momento, terá por base o resultado da investigação patrimonial e as conclusões que dela se extraírem, e não o resultado desta estimativa.

<sup>27</sup> A delegação a que alude o citado artigo ocorreu com o Despacho n.º 6922/2013, publicado no DR 2.ª série de 28.05.2013, cabendo tal faculdade, neste momento, aos Senhores Procuradores-Gerais Distritais.

encontram<sup>28</sup> (localizar), e só numa terceira fase se poderá ponderar a necessidade de aplicar alguma medida de natureza cautelar (apreender).

Serão objecto da investigação do GRA os “*bens ou produtos relacionados com crimes*”.

Entendemos que este segmento normativo revela acentuada maturidade e densidade terminológica.

Em primeiro lugar, ao fazer referência ao conceito de *bens ou produtos*, o legislador deixou claro que o GRA actua sobre todos os bens susceptíveis de futura declaração de perda, independentemente da sua classificação como produtos, instrumentos ou vantagens (*Objetum sceleris, Instrumentum sceleris ou Fructum sceleris*).

Depois, ao utilizar a expressão *relacionados com crimes* permite a intervenção ao nível das modalidades de perda tradicional e da perda ampliada<sup>29</sup>, e garante que a competência do GRA não fica beliscada em caso de consagração expressa da *Non-Conviction Based Asset Forfeiture*<sup>30</sup>, ou de qualquer modalidade de perda ampliada prevista na Decisão Quadro 2005/212/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro.

### 4.3. Instrumentos concedidos ao GRA na tarefa de identificar e localizar activos

Todos os meios de obtenção de prova admissíveis no nosso ordenamento jurídico<sup>31</sup> para a investigação criminal, sem excepção, poderão ser utilizados na investigação patrimonial, contando que os crimes investigados e o momento processual admitam a sua utilização<sup>32</sup>, e se verifiquem as demais especificidades exigidas pelo instrumento em causa.

De uma perspectiva técnico-jurídica, poderíamos defender que na investigação patrimonial ou financeira, atenta a sua autonomia e finalidade, não poderão ser utilizados os meios de obtenção de prova que dependem expressamente da demonstração da sua indispensabilidade para a «descoberta da verdade».

Não se nos afigura que desta singularidade resulte qualquer limitação.

<sup>28</sup> Nesta tarefa, salienta-se o acerto da solução legislativa, porquanto o GRA foi construído com expressas incumbências de investigação a nível internacional (artigo 3.º, n.º 1), que é o único modo não ingénua de combater os lucros da actividade criminosa, cujo contexto é marcadamente global.

<sup>29</sup> Uma vez que, na perda alargada, o valor apurado como constituindo o património incongruente poderá não estar relacionado como o crime investigado, mas com qualquer outro que compõe a carreira criminosa anterior do agente, presumida pela lei, que poderá ser da mesma ou de diferente espécie. Nesse sentido, teria sido um erro seguir a linha proposta pela Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro, que falava em “*bens relacionados com o crime*”.

<sup>30</sup> NCB ou perda não baseada numa condenação, tal como desenhada na Proposta de Directiva sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia.

<sup>31</sup> Quer no Código Processo Penal, quer em legislação extravagante, nomeadamente na Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

<sup>32</sup> A este respeito veja-se o considerando 12 da Decisão-Quadro 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de Outubro de 2006, onde se afirma que “*caso existam dúvidas quanto à localização dos bens sobre os quais recaia uma decisão de perda, os Estados-Membros deverão utilizar todos os meios ao seu alcance para localizar correctamente esses bens, recorrendo inclusivamente a todos os sistemas de informação disponíveis*”.

Não podemos assumir a pretensão de escalpelizar aqui um dos conceitos mais densos e profundamente tratados, como a «verdade».

Desde as teorias da verdade ontológica, de Aristóteles, passando pela verdade pragmática, de obtenção de consenso cooperativo, proposta por Jürgen Habermas, ou pela verdade teológica de Santo Agostinho, podemos concluir que a verdade, em qualquer das suas formulações, é encarada, em nossa perspectiva, como um método ou um caminho, que não um fim em si mesmo<sup>33</sup>.

Numa teoria eclética, adaptada ao Direito, poderemos igualmente concluir que a verdade, no âmbito do direito penal, mais não é do que um meio ou método de obtenção da Justiça, essa sim, almejada.

O restabelecimento da *verdade patrimonial* é igualmente uma questão de justiça.

O dinheiro, ainda que proveniente de fonte ilícita, gera poder. Esse poder poderá ser utilizado como mecanismo de influência junto das instituições, tornando a acumulação de capital em mãos criminosas num perigo larvar, com potencialidade para minar as estruturas basilares do nosso Estado de Direito e ainda financiar crimes como tráfico de pessoas ou de estupefacientes.

É por isso que a *verdade* da reposição da justiça patrimonial não será, por certo, menos genuína e legítima que aquela *verdade* que visa averiguar se um determinado facto passado ocorreu e quem o praticou.

Acresce que o legislador comunitário, consciente que alguns Estados poderiam agarrar-se a uma lógica cristalizada de preponderância da investigação criminal e desprezo da questão patrimonial, tratou nos mesmos diplomas normativos e com semelhante regulação, as questões relativas ao reconhecimento da apreensão com vista a assegurar a perda de bens ou a garantir a sua utilização como prova do facto ilícito<sup>34</sup>, o que permite igualmente auscultar uma intenção de equivalência.

Se é certo que do conceito de «verdade material» poderíamos extrair uma conotação jurídica, restrita à demonstração do facto investigado, é igualmente inequívoco que o legislador não utilizou esta terminologia na construção dos meios de obtenção de prova, apenas o tendo feito nos termos e para os efeitos dos artigos 283.º, n.º 7 e 333.º, n.º 1, do Código Processo Penal.

Além da faculdade de se socorrer de quaisquer meios de obtenção de prova, poderá o GRA aceder às plataformas de informação que estão disponíveis para os demais órgãos de polícia criminal<sup>35</sup>, nos termos do artigo 8.º da referida Lei n.º 45/2011.

<sup>33</sup> Veja-se o sugestivo título de HANS-GEORG GADAMER, *Warheit und Methode*, de 1900, com tradução em português de FLÁVIO PAULO MEUER, *Verdade e Método*, Petrópolis, Editora Vozes, 1999, ainda que neste se tratem as questões da hermenêutica.

<sup>34</sup> Veja-se a este respeito a Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de Julho de 2003, e a Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho.

<sup>35</sup> O GRA, enquanto realizar a investigação patrimonial poderá aceder às plataformas previstas nas Leis n.º 73/2009 e n.º 74/2009, de 12 de Agosto, nomeadamente à Plataforma de Interoperabilidade de Informação Criminal (PIIC) a nível interno e internacional, bem como praticar os actos cautelares necessários à investigação que realiza.

O legislador optou ainda por discriminar neste artigo 8.º, n.º 1, alguns dos organismos cujas bases de dados poderão ser consultadas pelo GRA, numa regulação suficientemente abrangente, adaptada às necessidades da investigação financeira.

Poderá igualmente o GRA obter informações junto da Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária (UIF) e do Gabinete Nacional da Interpol (GNI).

Nos termos dos artigos 3.º, n.º 1 e 19.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, o GRA procederá ainda, nesta tarefa de identificar e localizar os bens, ao intercâmbio de dados e informações com os gabinetes de outros Estados, através dos mecanismos previstos na Lei n.º 74/2009, de 12 de Agosto.

Cumpra ainda salientar, que sempre que o acesso à informação depender de autorização da Autoridade Judiciária, como ocorre com as informações bancárias<sup>36</sup>, deverá o GRA obter tal autorização, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Importa ainda ter presente que, no momento em que o Ministério Público delegar competências no GRA, deverá, caso já existam elementos que permitam concluir pela necessidade de proceder a pesquisa de informações bancárias, remeter-se tal delegação de competências juntamente com o despacho autorizador, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º da mencionada Lei n.º 45/2011.

#### 4.4. Modo como o GRA pode actuar sobre os bens

Como defende João Conde Correia<sup>37</sup> *“A identificação dos activos imputáveis à esfera patrimonial do arguido e susceptíveis de virem a ser declarados perdidos será, como já referimos, completamente inútil se o processo não dispuser de mecanismos processuais capazes de garantir a efectividade da decisão que vier a ser proferida. Um Assets Recovery Office que não tenha nem possa activar medidas de conservação de bens, para efeitos nacionais ou internacionais, é uma instituição inútil”*.

Consciente desta necessidade, o legislador nacional assegurou ao GRA a capacidade de agir sobre os bens.

Neste sentido, prescreve o artigo 4.º, n.º 3, que *“A apreensão de bens é realizada pelo GRA nos termos do Código de Processo Penal, podendo o titular dos bens ou direitos requerer ao juiz de instrução, no prazo de dez dias após notificação, a modificação ou revogação da medida”*.

O termo “apreensão” deverá ser entendido em termos hábeis.

A interpretação deste conceito terá que permitir uma noção de apreensão alinhada com o significado que lhe é imprimido nos instrumentos normativos comunitariamente estimulados.

<sup>36</sup> Obtidas por via da aplicação do artigo 79.º, n.ºs 2, alínea d) ou 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

<sup>37</sup> JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 195.

Deste modo, por apreensão deverá entender-se “qualquer medida tomada (...) para impedir provisoriamente operações de destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de bens que podem ser objecto de perda”<sup>38 39</sup>.

Isto significa que o GRA poderá decretar, ou estimular a aplicação, de qualquer medida de natureza cautelar tendente a garantir a eficácia de uma futura declaração de perda.

As medidas cautelares admitidas pelo nosso ordenamento jurídico no âmbito da recuperação de activos são:

- A apreensão, prevista no Código de Processo Penal nos artigos 178.º; 180.º e 181.º (e em diversa legislação extravagante);
- O arresto tendente a garantir a eficácia da perda alargada, previsto nos artigos 10.º e 11.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro;
- O arresto preventivo e a caução económica, previstos nos artigos 227.º e 228.º do Código de Processo Penal.

A aplicação das enunciadas medidas cautelares tendentes a garantir a eficácia de uma futura declaração de perda exigem a verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, traduzidos, com as devidas adaptações, na existência de fundadas suspeitas da prática de um facto ilícito típico (que não a mera possibilidade de este ter ocorrido) e ainda na existência de um concreto perigo de dissipação do património<sup>40 41</sup>.

De entre as medidas cautelares aplicáveis com vista a assegurar uma futura declaração de perda, apenas a apreensão garante que ao bem poderá ser atribuída finalidade probatória. O bem arrestado, por seu turno, assume exclusivamente funções de garantia patrimonial.

A apreensão, *stricto sensu* é igualmente a única medida que o GRA pode aplicar, sem necessidade de intervenção prévia da Autoridade Judiciária.

Nas restantes, terá que suscitar a intervenção do Ministério Público para que este desencadeie o respectivo procedimento junto do Juiz de Instrução.

Assumimos como pacífico que a apreensão poderá ser decretada com exclusiva finalidade de perda.

Todavia, convém revisitar as singularidades próprias deste instituto.

<sup>38</sup> Ou seja, no mesmo sentido em que este conceito é definido no artigo 2.º, alínea c), da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho; na Decisão-Quadro n.º 2003/577/ JAI, do Conselho, de 22 de Julho e no artigo 2.º, n.º 5, da Proposta de Directiva sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia de 12.3.2012.

<sup>39</sup> Sobre este conceito de apreensão *vide* JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 196.

<sup>40</sup> JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 196, e Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira – viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa, SMMP, 2013, p. 85.

<sup>41</sup> No caso do arresto previsto no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, a existência de fortes indícios da prática do crime dispensa a demonstração deste perigo de dissipação patrimonial.

Com efeito, ao contrário do arresto, que poderá incidir sobre qualquer bem que integre o património do arguido ou suspeito (seja de origem lícita ou ilícita), a apreensão apenas poderá incidir sobre os bens que, de algum modo, se encontrem vinculados com o facto ilícito típico<sup>42</sup>. Desta exigência não resulta qualquer limitação no domínio das modalidades tradicionais de perda, uma vez que nestas não se prescinde da demonstração da conexão entre o bem e o facto ilícito típico.

Sucedendo que a declaração de perda, no âmbito da modalidade ampliada prevista nos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, incide sobre um valor<sup>43</sup> que resulta do confronto entre o património globalmente considerado e o rendimento lícito do arguido.

A inexistência de demonstração do vínculo entre determinado bem e o crime investigado, no âmbito da perda alargada, não implica que o GRA não possa agir.

Nestes casos, não seria razoável que, existindo perigo iminente de dissipação patrimonial, estivesse o GRA obrigado a estimular junto da autoridade judiciária a aplicação do arresto.

Entendemos que poderá o GRA decretar a apreensão provisória, ou preventiva<sup>44</sup>, dos bens, submetendo depois essa apreensão à apreciação do Ministério Público, que requererá ao Juiz de instrução o arresto dos mesmos<sup>45</sup>.

Apreendendo bens cujo valor exceda 50 UC, deverá o GRA suscitar a intervenção do Gabinete de Administração de Bens (GAB), nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, garantindo-se, assim, a sua efectiva custódia e necessária conservação a que o Estado está obrigado.

#### 4.5. Garantias concedidas ao titular dos bens apreendidos

Como vimos, o citado artigo 4.º, n.º 3, estabelece que poderá “*o titular dos bens ou direitos requerer ao juiz de instrução, no prazo de dez dias após notificação, a modificação ou revogação da medida*”.

<sup>42</sup> Como explica GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, tomo II. Lisboa, Verbo 4.ª ed. actualizada, 2008, p. 242 “*a apreensão destina-se essencialmente a conservar (...) objectos que em razão do crime com que estão relacionados podem ser declarados perdidos*”.

<sup>43</sup> Nos termos do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, existe igualmente a possibilidade de se declarar a perda de um valor, embora neste caso tal perda se processe em substituição do bem que não foi possível apropriar em espécie.

<sup>44</sup> Solução defendida por João Conde Correia, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 196.

<sup>45</sup> A medida cautelar adequada, não existindo qualquer relevância probatória do bem apreendido, e visando garantir a efectividade da perda de um valor, será o arresto. Nessa contingência, deverá esta apreensão ser transformada naquela medida de garantia patrimonial. Questão mais delicada reside em saber em que momento deverá o Ministério Público estimular essa substituição. Entendemos que será adequado que o faça no prazo previsto no artigo 178.º, n.º 5, do CPP, com idênticas consequências não o fazendo. Note-se que era precisamente este prazo que a Comunicação da Comissão “*Garantir que o crime não compensa*”, Bruxelas, 20.11.2008 COM(2008) 766 final, sugeria quando afirmava que os GRA deveriam “*ter poderes para congelar provisoriamente bens (por exemplo, durante pelo menos 72 horas), a fim de impedir o desaparecimento do produto do crime entre o momento em que os bens são identificados e a execução da decisão do tribunal de congelamento ou de confisco*”.

Cumpra salientar, primeiramente, que a legitimidade para suscitar este incidente judicial não pertence exclusivamente ao proprietário do activo apreendido, mas a todo aquele que, com esta apreensão, se viu privado de uma utilização legítima e protegida pelo direito.

Quanto à legitimidade subjectiva, importa ainda notar que esta faculdade não pertence apenas a terceiros, podendo o arguido suscitar idêntica apreciação.

A fixação de um prazo para que o titular dos bens pudesse reagir contra a apreensão era indispensável, e parece-nos adequado que o respectivo termo inicial ocorra com a notificação.

A notificação a que alude o citado preceito deve ocorrer preferencialmente no próprio acto de apreensão, sendo efectuada pelo GRA. Esta notificação deverá, pelo menos, conter:

- A identificação do bem apreendido;
- A informação de que a apreensão visa garantir uma futura declaração de perda a favor do Estado e ainda da faculdade concedida pelo citado artigo.

Sempre que a apreensão incida sobre bens de terceiros, entendemos que, inexistindo prejuízo para a investigação, deverá o terceiro afectado ser igualmente informado dos factos que sustentam a susceptibilidade da declaração de perda<sup>46</sup>. Estes factos serão, em síntese, aqueles em que se arvora a sua má fé.

Nos casos em que não é possível determinar a identidade ou o paradeiro do titular dos bens, a notificação será efectuada por edital ou anúncio, nos termos dos artigos 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho e 113.º, n.º 1, alínea d) e n.º 12 do Código de Processo Penal<sup>47</sup>. Louva-se esta solução legislativa. Não se compreenderia que sendo permitida a citação edital em numerosas situações que afectam directamente o arguido, nomeadamente nos artigos 51.º, n.º 4; 277.º, n.º 4 e 335.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, não se admitisse expressamente esta possibilidade quanto ao titular dos bens apreendidos.

O prazo de dez dias é processual e peremptório. Todavia, entendemos que não estarão limitados os direitos que são concedidos aos terceiros de boa fé nos regimes especiais<sup>48</sup>, nem ficarão beliscados os critérios de substituição e revogação próprios do arresto<sup>49</sup>, nem, por outro lado, se inviabiliza a faculdade concedida ao GAB no artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

<sup>46</sup> Quanto às garantias que devem ser concedidas aos terceiros titulares dos bens, prescreve o artigo 8.º, n.º 6, da proposta de Directiva sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, de 12.03.2012, que *“Quando a pessoa cujos bens são afetados seja um terceiro, essa pessoa ou o seu advogado devem ser informados de que o processo pode conduzir a uma decisão de confisco de bens, sendo autorizados a nele participar na medida do necessário para defender os direitos dessa pessoa”*.

<sup>47</sup> Não existirá qualquer dilação do prazo legalmente fixado, uma vez que não existem, em nossa perspectiva, razões que invalidem os fundamentos do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 2/96, de 6/12/95, publicado no D.R. 1.ª Série-A de 10-01-96 (Silva Reis), proc. n.º 046249.

<sup>48</sup> Previstos, por exemplo, no artigo 60.º, n.º 3, da Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho, e 36.º-A, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

<sup>49</sup> Tal como se encontram desenhados nos artigos 11.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro e 228.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

Isto porque, o regime previsto neste artigo 4.º, n.º 3 visa, essencialmente, assegurar uma dupla finalidade. Por um lado, garantir que o titular dos bens tem oportunidade de intervir no processo, defendendo os seus interesses patrimoniais. Por outro, visa assegurar, de modo célere, a operacionalidade dos critérios legalmente previstos para a intervenção do GAB, uma vez que este, num regime que consideramos bem estruturado, intervém após o decurso deste prazo de dez dias ou da respectiva decisão nos termos do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Uma última nota para lembrar que o requerimento do titular dos bens e a correspondente decisão poderão correr em separado, com junção dos elementos necessários à decisão, nos termos deste artigo 4.º, n.º 3 e dos artigos 178.º, n.º 6 e 68.º, n.º 5, do CPP, permitindo-se, assim, que a investigação prossiga sem sobressaltos.

#### 4.5.1. Revogação e Modificação da apreensão

As medidas cautelares aplicadas com exclusiva finalidade de perda são tendencialmente duradouras<sup>50</sup>, e o bem sobre que incidem não regressará, salvo circunstâncias excepcionais, à titularidade do seu proprietário.

Não relevará, naturalmente, como causa de revogação da medida, a invocação de que o bem não apresenta qualquer interesse probatório.

Nos casos em que a apreensão tenha sido decretada como medida provisória, ou nos casos em que tiver sido decretado o arresto, será igualmente inócua a alegação da inexistência de vínculo entre o bem apreendido e o facto ilícito, uma vez que este, na modalidade de perda alargada é presumido, e o arresto, como vimos, prescinde dessa conexão.

Do mesmo modo, entendemos que será, neste momento, pacífico que a ausência de validação expressa no prazo de 72 horas não terá como efeito imediato a revogação da apreensão<sup>51</sup>.

Como causa da revogação *tout court*, da apreensão restam, assim, a existência de uma ilegalidade que impeça a sua manutenção<sup>52</sup>, ou a completa ausência de suspeitas da existência do facto ilícito típico.

Nos casos em que os bens pertençam a terceiros, a demonstração inequívoca da sua boa fé poderá, igualmente, determinar a revogação da apreensão<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> O que se extrai imediatamente do disposto nos artigos 11.º, n.º 3, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, 227.º, n.º 4, do CPP, 13.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, 49.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

<sup>51</sup> Neste sentido aponta, nomeadamente o Ac. TRP, de 06-02-2013, (proc. 6/07.9GABCL.P1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>52</sup> Porque não foram, por exemplo, respeitados os formalismos do artigo 177.º, n.º 5, do Código de Processo Penal no caso de apreensão em escritório de advogado.

<sup>53</sup> Contando, obviamente, que o bem não seja em si mesmo perigoso, caso em que também esta alegação será irrelevante.

Não existindo fundamento para a revogação da medida, poderá ainda o titular requerer a sua modificação.

Esta modificação poderá ocorrer, em nossa perspectiva, essencialmente por via de dois mecanismos diferentes.

Por um lado, poderá o titular solicitar que se proceda a uma redução da apreensão, ancorando os seus argumentos na excessiva amplitude em que esta se concretizou, e demonstrando que será suficiente para acautelar a eficácia de uma futura declaração de perda a manutenção de apenas parte dos bens apreendidos, libertando-se os demais.

Por outro, entendemos que o titular poderá ainda requerer a substituição da apreensão por caução económica.

Pese embora não exista consagração expressa para esta solução, não se nos afigura que exista justificação bastante para que se rejeite, nesta fase, um mecanismo semelhante ao previsto no artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, quando o bem apreendido já se encontra sob custódia do Gabinete de Administração de Bens (GAB).

A admissibilidade desta substituição dependerá, todavia, da verificação de um conjunto de pressupostos. Em primeiro lugar, apenas será admissível nos casos em que o bem apreendido não assuma qualquer relevância probatória, e não deva considerar-se perigoso.

É ainda necessário que o titular esteja disponível para depositar o montante equivalente ao valor do bem (nas modalidades tradicionais de perda) ou a totalidade do valor do património incongruente apurado naquele momento, nos casos em que o regime aplicável seja o da perda alargada<sup>54</sup>.

Do despacho do Juiz de instrução que indefira a requerida modificação ou revogação da medida, poderá haver recurso para o Tribunal da Relação, uma vez que se trata de uma decisão que afecta um direito do titular dos bens, na medida em que estes poderão reverter para o Estado, nos termos do artigo 401.º, n.º 1, al. d), do Código de Processo Penal<sup>55</sup>.

## 5. Quando se realiza a investigação patrimonial

O legislador admitiu expressamente que *“a investigação financeira ou patrimonial pode realizar -se, para efeitos do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, depois de encerrado o inquérito”*.

Não seria razoável que, no âmbito da perda ampliada, onde se admite, em caso de impossibilidade, que a liquidação possa ser apresentada até ao 30.º dia anterior à data designada para a primeira audiência de julgamento, estivesse o GRA impedido de actuar depois de deduzida a acusação.

<sup>54</sup> O que se alcança da conjugação e leitura articulada dos artigos 11.º, n.º 1, 10.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Nesse sentido aponta o nosso Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira – viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa, SMMP, 2013, p. 102.

<sup>55</sup> Este recurso deverá subir de imediato, em separado e com efeito meramente devolutivo, nos termos dos artigos 406.º, n.º 2, 407.º, n.º 2, al. c), e 408.º, n.º 2, à *contrario*, todos do Código de Processo Penal.

A consagração desta possibilidade denota uma visão articulada dos mecanismos de perda e concede-nos importantes instrumentos interpretativos, mas não deve, todavia, confundir-nos. Na verdade, a investigação financeira ou patrimonial, ao contrário da investigação criminal, não se encontra limitada ao inquérito.

A investigação patrimonial ou financeira inicia, em regra, no inquérito, é certo, mas apenas terminará no momento em que for possível considerar cumprido o seu almejado objectivo, ou seja, no momento em que existam garantias que o Estado consegue reaver todos os activos relacionados com os crimes, projectando-se, se necessário até à fase executiva<sup>56</sup>.

A intervenção do GRA manter-se-á, naturalmente, enquanto perdurar a investigação financeira.

Questão mais delicada reside em apurar se poderá determinar-se a intervenção do GRA em momento posterior ao encerramento do inquérito, ou à apresentação da liquidação (caso seja posterior), para que nesse momento este inicie a sua actividade.

Assumimos fortes reservas quanto à possibilidade de suscitar a intervenção do GRA num momento posterior à dedução da liquidação do património incongruente.

A arquitectura jurídica em que o GRA se alicerça apresenta um organismo marcadamente vocacionado para intervir na fase de inquérito<sup>57</sup>, e entendemos que é nesta fase que a sua intervenção deve exclusivamente ser estimulada, sem prejuízo de se manter até final.

## **6. Intervenção do GRA nos mecanismos de cooperação judiciária em matéria de recuperação de activos**

Como tivemos oportunidade de apreciar, a investigação financeira ou patrimonial não é a única tarefa que o legislador atribuiu ao GRA.

A este organismo compete, igualmente, colaborar com os gabinetes de outros Estados e ainda coadjuvar as autoridades judiciárias na realização dos actos de cooperação judiciária pertinentes.

Ao GRA não foi atribuído o estatuto de autoridade central em matéria de cooperação judiciária no âmbito da perda de bens, uma vez que, pelo menos numa dimensão comunitária, vigora o princípio do reconhecimento mútuo e da execução imediata das decisões judiciais<sup>58</sup>, privilegiando-se o contacto directo entre autoridades judiciárias.

<sup>56</sup> Como esclarecedoramente refere João Conde Correia, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa, INCM, 2012, p. 199, “A investigação financeira ou patrimonial deverá, assim, ocorrer a todo o tempo, mesmo em fase executiva, acompanhando o processo crime desde o seu início até ao seu termo”.

<sup>57</sup> O que resulta da exclusiva competência do Ministério Público para determinar a sua intervenção, da atribuição de competência ao Juiz de instrução para decidir da modificação ou revogação da medida, do modo como se construíram os critérios de que depende a competência do GRA, baseados num juízo de estimativa (que deixa de existir depois de liquidado o património, pois aí o valor já será determinado), ainda da ressalva do artigo 4.º, n.º 6 quanto à realização da investigação depois de deduzida a acusação e ainda da sua equiparação aos OPC, enquanto realiza a investigação patrimonial.

<sup>58</sup> Veja-se a este respeito o considerando 6 da 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, bem como: FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de Bienes*. Madrid, Colex ed. 2008, p. 50.

Isto não significa que o auxílio de um organismo com as características do GRA não seja indispensável na execução das decisões recebidas pelos tribunais portugueses.

Em primeiro lugar, cumpre referir que, nesta sua função, de coadjutor da autoridade judiciária nos actos de cooperação, a intervenção do GRA poderá, naturalmente, ser suscitada pelo Juiz, ao contrário do que sucede no âmbito da investigação patrimonial, onde essa legitimidade pertence exclusivamente ao Ministério Público.

Será ainda de salientar que, no exercício desta *competência de coadjuvação* prevista no artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, o GRA poderá intervir independentemente da verificação dos pressupostos previstos no artigo 4.º, n.º 1, ou seja, mesmo que o valor dos bens seja inferior a 1000 unidades de conta e o crime respectivo seja punido com pena inferior a três anos de prisão.

Este direito que os tribunais têm a ser coadjuvados, encontra igualmente reflexo no artigo 9.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, bem como no artigo 202.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, e poderá, na formulação proposta por Germano Marques da Silva<sup>59</sup>, apoiada na tese de Gomes Canotilho, ser analisado em três aspectos:

- a) Os tribunais têm direito de solicitar a ajuda das demais autoridades;*
- b) As outras autoridades têm o dever de prestar a ajuda solicitada;*
- c) A ajuda deve ser prestada nos termos indicados pelo interessado.*

A intervenção do GRA assume, neste domínio, uma influência determinante, nomeadamente nos casos em que a decisão de perda que é executada pelos tribunais portugueses respeite a um montante em dinheiro, e não seja possível obter o seu pagamento, caso em que o tribunal deverá executar tal decisão sobre outros bens, nos termos do artigo 12.º da Lei n.º 88/2009, de 5 de Junho.

Adivinha-se, nestes casos, a necessidade de realizar uma verdadeira investigação patrimonial, sendo o GRA a entidade mais qualificada para o fazer.

<sup>59</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Tomo I. Lisboa, Verbo, 2008, p. 270.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

---

**5. A proposta de Lei sobre  
o Gabinete de  
Recuperação de Activos  
(um passo no caminho  
certo)**

**Euclides Dâmaso Simões**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 5. A PROPOSTA DE LEI SOBRE O GABINETE DE RECUPERAÇÃO DE ACTIVOS (UM PASSO NO CAMINHO CERTO)

Euclides Dâmaso Simões\*

1. Grande parte dos crimes socialmente mais danosos têm como objectivo o lucro, inserindo-se usualmente no conceito de "tráfico" – tráfico de drogas, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de migrantes, tráfico de influências. É, no fundo, a velha teoria do primado da economia aplicada ao crime.

Assim, a repressão dessa criminalidade não ultrapassará a fase platónica se não se voltar para a recuperação de activos, isto é, dos instrumentos com que foi cometida a infracção (quando tenham significado económico relevante) e para os bens e produtos por ele gerados.

As intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os agentes do crime sofrerem o abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido.

Não surpreende, por isso, que o estabelecimento de regimes eficazes de apreensão (*incautación, saisie, freezing*) e de perda ou confisco (*decomiso, confiscation, confiscation, verfall*) seja uma preocupação constante quer dos instrumentos convencionais elaborados no seio da ONU quer das mais recentes produções do Conselho da Europa e da União Europeia. Poderá mesmo dizer-se que se vai firmando uma ideia de superação da prisão como fulcro da reacção penal em favor de soluções que viabilizem o "asfixiamento económico" ou, pelo menos, a colocação do criminoso na situação económica que tinha antes do cometimento do crime.

Praticamente cimentada está, pois, a ideia de que a perda ou confisco serve três objectivos:

- (i) O de acentuar os intuitos de prevenção geral e especial, através da demonstração de que "o crime não compensa";
- (ii) O de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização de vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime;
- (iii) E o de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas actividades empresariais.

2. Portugal ratificou as mais relevantes Convenções da ONU (a de Viena, contra a droga, a de Palermo contra o crime organizado transnacional e a de Mérida, contra a corrupção) e a do Conselho da Europa (de Varsóvia, de 2005), é membro do GAFI e cumpridor das respectivas recomendações e transpôs para o seu direito interno as Decisões-Quadro respeitantes à apreensão e perda de bens: a de 2003, atinente à apreensão, através da Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, e a de 2006, atinente à perda, através da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto.

---

\* Procurador-Geral Adjunto.

Tem, também, um vasto quadro legislativo sobre perda de bens relacionados com o crime, disperso pelo Código Penal e por diversas leis avulsas.

Criou, além disso, há quase uma década, um robusto regime de “perda ampliada”, através da Lei n.º 5/2002.

Contudo, apesar de todos esses esforços, as estatísticas disponíveis apontam claramente no sentido de que em Portugal, como certamente em vários outros Estados da União Europeia, a reacção penal tem estado centrada na sanção a aplicar ao arguido, desprezando-se a perda ou confisco quer dos instrumentos do crime quer, sobretudo, dos bens ou produtos gerados pela actividade criminosa.

**3.** Bem se compreende, pois, a urgência que o Governo quis inculir à acção do grupo de trabalho criado para preparação de um anteprojecto legislativo que desse execução cabal à Decisão 2007/845/JAI, do Conselho, e implementasse em Portugal um Gabinete de Recuperação de Activos (cfr. Despacho do Ministro da Justiça, de 6 de Julho de 2010, publicado no DR, 2.º Série, de 13/7/2010).

É que os Estados Membros deveriam ter tais instrumentos de acção interna e de cooperação internacional aptos a desempenhar o seu papel até 18 de Dezembro de 2008, prevendo-se uma primeira avaliação do cumprimento da Decisão até 18 de Dezembro de 2010.

**3.1.** O grupo de trabalho foi integrado por elementos da Direcção-Geral da Política de Justiça, um elemento a designar pela Procuradoria-Geral da República e um outro a designar pela Polícia Judiciária.

**3.2.** Do caderno de encargos constavam, essencialmente, as exigências seguintes:

- a) Estabelecimento de um único Gabinete nacional,
- b) Com vocação processual, além do mais,
- c) E com composição multidisciplinar, na medida das necessidades que viessem a ser identificadas;
- d) Avaliação da pertinência de incluir a matéria da administração de bens no diploma de criação do Gabinete.

**3.3.** O grupo de trabalho apresentou os resultados do seu labor em meados de Dezembro de 2010, tendo-se norteado pelas orientações ministeriais, densificadas pelas conclusões obtidas pela equipa do "Projecto Fénix ", liderado pela PGR, co-financiado pela União Europeia ao abrigo do programa comunitário "Prevenir e Combater a Criminalidade" e executado em parceria interna com a PJ e externa com a Espanha e Países Baixos.

Tais conclusões, no que respeita às acções a desenvolver para o incremento da recuperação de activos, sustentam-se em larga auscultação a que se procedeu, em questionário especificamente lançado e em reuniões realizadas com magistrados e investigadores criminais, e traduzem-se essencialmente no seguinte:

- a) Realização mais frequente de investigações financeiras na fase de inquérito, a par da clássica recolha de prova da prática dos factos que integram o ilícito-típico; visa-se identificar, localizar e apreender os instrumentos do crime e os bens ou produtos resultantes do mesmo ou, dentro do quadro da "perda ampliada", de actividade criminosa pregressa do mesmo arguido;
- b) Reforço da utilização, pelas autoridades judiciais, do regime da "perda ampliada", plasmado nos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002;
- c) Instituição de órgãos e instrumentos que melhorem a gestão dos bens apreendidos, incluindo a sua conservação, afectação temporária a interesses públicos ou venda antecipada e rentável.

4. O anteprojecto saído do grupo de trabalho, depois de algumas hesitações quanto à fórmula legislativa a adoptar (ditadas, provavelmente, por razões de tática parlamentar) acabou por ser quase integralmente acolhido pelo Governo e vertido em proposta de lei apresentada à Assembleia da República, após aprovação em Conselho de Ministros de 17 de Fevereiro de 2010 (Proposta de Lei n.º 55/XI/2.ª).

Passemos, pois, em revista, ainda que a passo estugado, os respectivos termos.

**4.1.** Optou-se por propor a regulação no mesmo diploma quer do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA), em cumprimento da Decisão 2007/845/JAI, quer do Gabinete de Administração de Bens (GAB).

A questão da administração de bens apreendidos ou declarados perdidos (*"assets management"*) vem sendo sinalizada como prioritária, neste contexto, em vários foros europeus, designadamente a *"Informal Platform on Confiscation and Asset Recovery"*, e a Rede CARIN (*Camdem Assets Recovery Inter-Agency Network*) – recomendações 9, 10, 54 e 55 dos anos 2005 a 2009. A Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de 2005 (Convenção de Varsóvia) estipula, por seu turno, que "Cada uma das Partes adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para garantir uma gestão adequada dos bens congelados ou apreendidos, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da presente Convenção" (cfr. artigo 6.º).

Também o "Projecto Matrix", destinado a avaliar a eficácia da prática dos Estados Membros da UE em matéria de identificação, detecção, apreensão e perda de activos de origem criminosa identifica como fulcral, nas suas conclusões, "a aptidão e a capacidade de gerir e dar destino a bens imóveis, a móveis de elevado valor, a veículos de todos os tipos e a empresas em actividade".

5. O GRA foi criado na dependência da Polícia Judiciária e investido de atribuições análogas às dos órgãos de polícia criminal, pois o que lhe compete é proceder a uma investigação – neste caso uma investigação financeira, traduzida na identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional.

Foram-lhe ainda atribuídas as incumbências de cooperação com os Gabinetes de Recuperação de Activos criados por outros Estados (em cumprimento dos objectivos fixados nos artigos 2.º, 3.º e 4.º da Decisão 2007/845/JAI) e, bem assim, de proceder à recolha, análise e tratamento de dados estatísticos sobre aqueles bens e produtos.

**5.1.** Como parte integrante que é da Polícia Judiciária e investido como está de atribuições de investigação, o GRA actua, na execução dessas atribuições, por determinação e, obviamente, sob a direcção das autoridades judiciais e na sua dependência funcional, em conformidade com o que, estruturando a arquitectura do nosso sistema, prescrevem os artigos 56.º do C.P.P. e 2.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto (LOIC).

**5.1.1.** Pretendeu-se, contudo, seguindo de perto a pragmática holandesa e britânica, desonerar este novo órgão dos deveres de oficiosidade que impendem sobre o MP e os OPC em matéria de investigação criminal (exceptuados os casos de crimes de natureza procedimental semi-pública e particular).

Quis-se, em suma, evitar a excessiva alocação de meios a esta finalidade (que os tempos não vão de feição para isso) e rentabilizar os disponíveis, fazendo-os concentrar sobre o que tenha presumida valia económica ("*de minimis non curat praetor...*").

Assim, a investigação financeira ou patrimonial terá lugar quando, cumulativamente, se trate de instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a três anos e tenham valor estimado superior a 1000 unidades de conta (cerca de 102.000 Euros, actualmente).

Acautela-se, ainda, a hipótese de, em casos não inseríveis nesse condicionalismo, mas em que os bens apresentem valor económico, científico, artístico ou histórico apreciável e a investigação financeira ou patrimonial se anteveja complexa, ser o GRA incumbido de a realizar.

E, com vista a uma melhor ponderação dessa decisão, faz-se recair a mesma sobre a hierarquia superior do MP: o Procurador-Geral da República ou, por delegação, os Procuradores-Gerais Distritais.

**5.2.** Intentando disciplinar os procedimentos no que respeita à possível reacção contraditória do titular dos bens ou direitos, fixa-se em dez dias o prazo para este requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação da apreensão.

Esta possibilidade de reacção constava já do artigo 178.º, n.º 6, do CPP, mas a falta de fixação do prazo para o exercício da faculdade era apontada pelos práticos como factor de entorpecimento do sistema.

**5.2.1.** É, depois de decorrido esse prazo e de, se for o caso, a decisão judicial favorável à medida de apreensão ser proferida, que haverá o GAB de levar a cabo tarefas essenciais do seu "*munus*", tais como a avaliação e a prática dos actos de administração dos bens, claramente elencados.

**5.2.2.** Ainda no sentido de prevenir o entorpecimento do processo, em conformidade com o que dispõe o artigo 113.º, n.º 1, alínea d), do CPP, prevê-se expressamente a possibilidade de a

notificação anteriormente referida ser feita por edital ou anúncio.

**5.3.3.** Visando solucionar dúvidas apresentadas por operadores judiciais em reuniões realizadas no âmbito do "Projecto Fénix", consagrou-se expressamente que os procedimentos atinentes à investigação financeira ou patrimonial realizados pelo GRA são documentados em apenso ao processo.

Esta será a forma de melhor evitar a perturbação de duas investigações que, em princípio, correrão em paralelo, mas em sentido a final confluyente: a investigação dos elementos típicos do ilícito e a investigação dos bens e produtos relacionados com ele ou com actividade criminosa pregressa.

**5.4.** Pelas mesmas razões consagrou-se norma esclarecendo expressamente que, para efeitos de elaboração da liquidação do montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado após dedução da acusação, isto é, até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de julgamento (cfr. artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002) a investigação financeira ou patrimonial pode realizar-se mesmo depois de encerrado o inquérito.

**5.4.1.** Solução por certo mais ousada e porventura mais apropriada seria a de, em aproximação aos sistemas anglo-saxónicos que utilizam as formas de processo civil e os correspondentes standards de prova para obter declarações de perda ou confisco, ter-se previsto a possibilidade de intentar acção cível contra quem detivesse bem considerado resultante, directa ou indirectamente, de actividade criminosa sobre a qual tivesse recaído decisão condenatória penal em primeira instância.

Assim, julgo que deveria abrir-se a porta à hipótese de buscar a recuperação de activos por três vias:

- (i) A de declaração de perdimento na sentença penal sustentada na vinculação do bem à actividade criminosa alvo da condenação, nos termos "clássicos" dos artigos 109.º a 111.º do Código Penal;
- (ii) A de declaração de perdimento na sentença penal sustentada em liquidação formulada nos termos da Lei n.º 5/2002;
- (iii) E a declaração de perdimento em sentença cível, proferida em acção declarativa intentada pelo Ministério Público nos dois anos seguintes à data da sentença condenatória de 1.ª Instância por qualquer dos crimes do catálogo da Lei n.º 5/2002.

**5.6.** A composição do GRA é multidisciplinar, na esteira do que aconselham, por exemplo, as conclusões do "Projecto Matrix", em que se identifica como "obstáculo à melhoria do sistema" que as investigações (financeiras ou patrimoniais) possam estar sob o controlo de autoridades judiciais, "que não tenham um conhecimento, formação, motivação ou atitude profissional adequados para o trabalho a desenvolver".

Esta multidisciplinaridade é adaptada na maioria dos Gabinetes de Recuperação de Activos já instalados em Estados da UE (em Espanha, na França, na Holanda, na Irlanda, no Reino Unido, e na Bélgica, pelo menos).

Entre nós prevê-se que integrem o GRA elementos não só da Polícia Judiciária como também do Instituto dos Registos e Notariado (desde logo para agilizar os procedimentos de registo de apreensão dos bens a ele sujeitos), da Direcção-Geral dos Impostos (que detém o maior acervo informativo sobre património de pessoas singulares e colectivas) e da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo.

**5.7.** Visa-se obter um nível equilibrado de descentralização, que aproxime o GRA de quem no terreno dirige e executa as investigações da matéria criminal propriamente dita.

Assim, o GRA terá a sua sede em Lisboa e delegações no Porto, Coimbra e Faro, com competência coincidente com a das Directorias da PJ.

Nessas delegações exercerão funções apenas elementos da Polícia Judiciária e do Instituto dos Registos e do Notariado, ficando os demais (da Direcção-Geral dos Impostos e da Direcção-Geral das Alfândegas) sediados somente em Lisboa.

**5.8.** Para o exercício das suas funções de investigação o GRA pode aceder a informação detida por organismos nacionais ou internacionais, nos mesmos termos dos órgãos de polícia encarregados da investigação criminal.

Nem mais nem menos poderes terão: se se tratar de um crime do catálogo da Lei n.º 5/2002 a derrogação das regras de sigilo bancário ou fiscal ficará dependente de prévio despacho da autoridade judiciária titular do processo (na fase de inquérito ou no seu prolongamento para efeito de formulação da liquidação o MP, portanto), tendo sido consagradas normas análogas às dos números 3, 4 e 5 do artigo 2.º da Lei n.º 5/2002; se se tratar de matéria aí não abrangida haverão de observar-se as exigências (claramente excessivas, fora dos casos de segredo religioso ou de Estado) plasmadas nos artigos 135.º a 137.º do CPP; se se tratar de informações contidas em fontes abertas ou livremente acessíveis por OPC no âmbito de investigações criminais, livre será também aqui o seu acesso.

**5.9.** Em conformidade com a Decisão 2007/845/JAI, o GRA intervirá também no domínio da cooperação.

Fá-lo-á, contudo, a dois níveis: no exercício de competência própria, a nível policial, com os GRA de outros Estados, procedendo ao intercâmbio de informação, de dados e de boas práticas, e em coadjuvação das autoridades judiciárias quando se trate de proceder à realização de actos de cooperação judiciária.

**5.10.** Os dados pessoais são protegidos de acordo com o que dispõe internamente a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e com o que preconiza a Decisão 2007/845/JAI no seu artigo 5.º.

**6.** O Gabinete da Administração de Bens (GAB), a quem caberão as importantes tarefas de administração dos bens apreendidos ou recuperados (i. é., já declarados perdidos por decisão firme e que apenas aguardam destinação) insere-se no Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça (IGFIJ, IP).

Dentro desses poderes de administração inscrevem-se, essencialmente, os de proteger, conservar e gerir os bens recuperados ou à guarda do Estado e os de determinar a sua venda, afectação ao serviço público ou destruição.

Tarefas que devem ser cumpridas visando a gestão eficiente e racional dos bens e, se possível, o seu incremento patrimonial, o que, a meu ver, habilita o GAB a recorrer, em caso de necessidade, à externalização, contratando pessoas especializadas em determinadas áreas de gestão.

Assim, é agora ao GAB, e não às autoridades judiciais, que cabe realizar essas tarefas, de natureza mais burocrática.

Como lhe cabe também proceder ao exame, à descrição e à avaliação do bem apreendido, podendo para isso solicitar, em casos especiais, a colaboração de outras entidades com reconhecida competência.

As autoridades judiciais intervêm, contudo, nos seguintes momentos fulcrais:

- (i) O juiz (em princípio o juiz de instrução, pois tudo isso se passará nas fases preliminares do processo) para decidir, por despacho irrecorrível, a impugnação da decisão do Presidente do IGFIJ que homologue o resultado da avaliação;
- (ii) O Ministério Público para, a solicitação do GAB, prestar informação sobre o valor probatório e sobre a possibilidade de perda a favor do Estado do bem apreendido, acto que se reveste de carácter urgente e é prévio a qualquer decisão de venda, afectação ou destruição.

**6.1.** O firme intuito de obter a maior rentabilidade possível dos bens apreendidos e de não onerar (como hoje insuportavelmente sucede) o erário público com despesas de depósitos prolongados e afinal inglórios (pois quando a decisão lograr trânsito em julgado estarão, muito provavelmente, imprestáveis) levou à consagração de uma norma que claramente induz o GAB a proceder à venda ou à afectação a finalidade pública ou socialmente útil, de forma antecipada, dos bens perecíveis, deterioráveis ou desvalorizáveis.

Mister é que o MP informe não constituírem os mesmos meio de prova relevante.

Com a mesma intenção de flexibilizar os tipos de resposta e de, sobretudo, não onerar o orçamento do Estado, pretende acolher-se também uma norma que permita a entrega do bem ao seu proprietário ou legítimo possuidor contra o depósito do valor da respectiva alienação. Necessário é, uma vez mais, que o MP informe não constituir esse bem meio de prova relevante.

**6.2.** Estão previstas, além disso, regras específicas no caso de bens imóveis, onde a prioridade é a conservação e gestão, só devendo normalmente ocorrer a avaliação após trânsito em julgado da decisão.

Há, porém, excepções a esta regra, pormenorizadamente descritas no articulado proposto.

**6.3.** As hipóteses de restituição do bem apreendido ao seu proprietário implicam a realização de compensações de despesas efectuadas com a conservação e guarda de móveis e imóveis, o que detalhadamente é previsto.

Mais se prevê que em caso de venda antecipada é restituído ao proprietário o valor obtido, acrescido dos juros vencidos desde a venda, à taxa legal, deduzidas as despesas de conservação e guarda.

Julgo que o cálculo da compensação a efectuar poderá ser executado conforme normas de regulamento similar ao aprovado pela Direcção-Geral do Património do Estado à luz do Decreto-Lei n.º 31/85, de 25 de Janeiro, publicado no DR, 2.ª Série, n.º 186, de 14/8/1985.

**6.4.** Com o intuito de rentabilização do GAB limita-se a sua intervenção, a pedido do GRA ou das autoridades judiciais, aos casos em que o valor do bem apreendido exceda as 50 UC (cerca de 5.100 Euros).

**7.** Para o grande número de casos de maior trivialidade, em que haja que proceder a investigação financeira e patrimonial bem como aos actos de administração dos bens apreendidos e não haja lugar à intervenção, quer do GRA quer do GAB, por não se atingir o limite das suas competências, regem os termos gerais das leis de processo: o MP ou os OPC executam os actos de investigação financeira e a secretaria do tribunal encarrega-se da guarda (directa ou indirecta) do bem e da respectiva venda.

**8.** Com o objectivo de evitar o bloqueamento dos novos organismos (GRA e GAB) com a acervo de casos anteriores, foi estabelecida a regra de limitar a aplicação do novo regime aos processos que se iniciem a partir da data da sua entrada em vigor.

Criou-se, contudo, uma válvula de segurança, permitindo uma vez mais que em casos de investigação complexa e em que os bens a recuperar se estimem de valor económico, artístico, científico ou histórico apreciável, o Procurador-Geral da República ou, por delegação sua, os Procuradores-Gerais Distritais possam encarregar o GRA de proceder à investigação financeira ou patrimonial em processos anteriormente iniciados, podendo também o GRA ou as autoridades judiciais, nessas circunstâncias, solicitar a intervenção do GAB para a prática dos pertinentes actos de administração.

**9.** Os termos simples e eminentemente práticos desta proposta de lei constituem, em meu parecer, um passo no caminho certo.

Resta, pois, esperar que venham a colher apoio em sede parlamentar e a permitir, assim, com equilibrado respeito pelos interesses individuais e colectivos em presença, a agilização dos procedimentos respeitantes à recuperação de activos.

Porque a agenda jurídica internacional o exige e porque a grave conjuntura de carência que atravessamos vivamente o aconselha.

Título:

**Recuperação de Ativos**

Ano de Publicação: 2021

ISBN: 978-989-9018-71-6

Série: Temas

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)