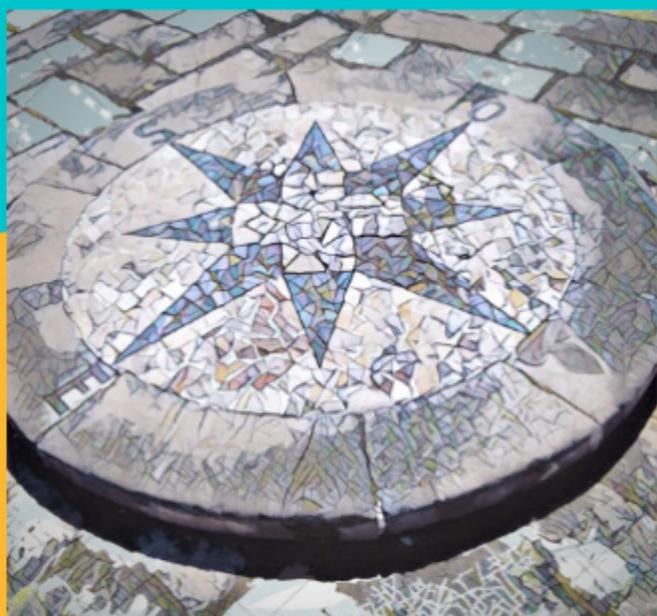


■ **Formação Ministério Público** ■

O Regime da Perda de Vantagens do Crime no Código Penal

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso
maio 2021



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

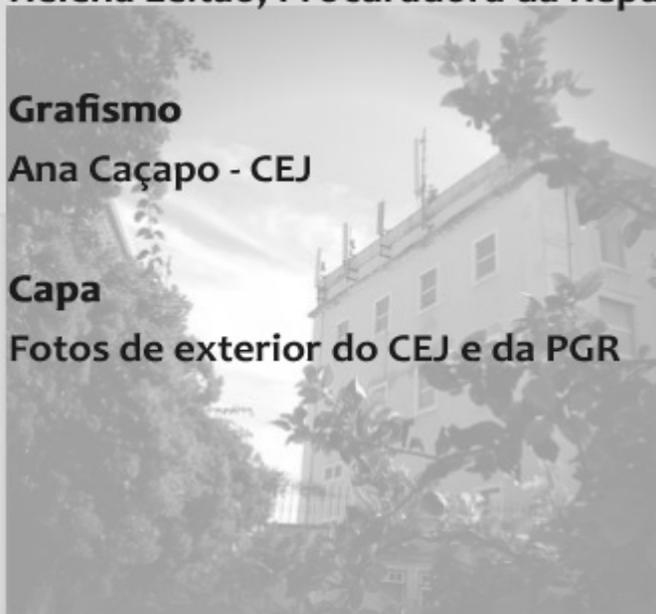
Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Fotos de exterior do CEJ e da PGR





Dando continuidade à publicação da série de e-books da Coleção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que reúnem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo destinados à magistratura do Ministério Público do 34.º Curso Normal de Formação. Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas nas notas de abertura dos seus antecessores.

Embora o 2.º Ciclo da formação inicial se desenrole num contexto puramente judiciário visando a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público, desde há alguns anos se vem solicitando a cada um dos auditores a elaboração de um trabalho escrito com um limite máximo de 30 páginas sobre um dos temas propostos pelo Director Adjunto e pelos coordenadores regionais, através do qual se pretende validar as competências práticas adquiridas na comarca, designadamente, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis.

Este trabalho deveria depois ser apresentado publicamente durante uma denominada “semana temática” a decorrer no CEJ, visando que, por um lado, todos os auditores do Ministério Público pudessem beneficiar de uma panorâmica geral dos conteúdos trabalhados pelos respectivos colegas (já que a sua presença nessas sessões seria obrigatória) e, por outro, através dessa mesma apresentação oral, permitir aos avaliadores fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.



Infelizmente, a situação pandémica que assola o país impediu a realização dessa “semana temática”, tendo sido considerado que a natureza da actividade não era compatível com a sua execução à distância.

Tal facto não impede, contudo, a divulgação dos referidos trabalhos.

A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou, sobretudo, nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se por esta forma dissertações com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

Estes trabalhos foram elaborados no ano lectivo de 2019/20.

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

Ficha Técnica

Nome:

O regime da Perda de Vantagens do crime no Código Penal. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Ângela Maria Batista Monteiro da Mata Pinto Bronze – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Coimbra

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte – Procurador da República, Coordenador Regional do Porto

José Paulo Ribeiro Albuquerque – Procurador da República, Coordenador Regional de Lisboa

Olga Maria de Sousa Caleira Coelho – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Évora

Valter Santos Batista – Procurador da República *

Intervenientes:

Norte: Carla Sofia Morais Cunha (Porto)**

Centro: Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares (Coimbra)**

Lisboa: Ana Patrícia Bernardo Cabaço (Loures)**

Sul: Ângela Maria de Sá Nogueira Varela (Setúbal)**

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

* Coordenador Regional Adicional da Formação nos Tribunais da zona de Lisboa à data da apresentação dos trabalhos

** Auditores/as de Justiça do 34.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos

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.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –13/05/2021	

O Regime da Perda de Vantagens do Crime no Código Penal

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Índice

1. A Perda de Vantagens do Crime no Código Penal – Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual	9
Ana Patrícia Bernardo Cabaço	
2. O Regime da Perda de Vantagens do Crime no Código Penal – Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual	39
Ângela Maria de Sá Nogueira Varela	
3. A perda de vantagem do crime no Direito Penal	77
Carla Sofia Morais Cunha	
4. A Perda de Vantagens do Crime no Código Penal: Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual	107
Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares	
5. A Perda de Vantagem no Código Penal	149
Norte: Carla Sofia Morais Cunha (Porto)	
Centro: Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares (Coimbra)	
Lisboa: Ana Patrícia Bernardo Cabaço (Loures)	
Sul: Ângela Maria de Sá Nogueira Varela (Setúbal)	

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A Perda de Vantagens do Crime no Código Penal

Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual

Ana Patrícia Bernardo Cabaço



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A PERDA DE VANTAGENS DO CRIME NO CÓDIGO PENAL – ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Ana Patrícia Bernardo Cabaço

I. Introdução
II. Objectivos
III. Resumo
1. Enquadramento jurídico
1.1. Notas introdutórias – “a perda clássica”
1.1.1. Relevância político-criminal – finalidades subjacentes à declaração da “perda” ou “confisco”
1.1.2. Natureza jurídica do confisco
1.2. O conceito de “vantagens”
1.2.1. O confisco do valor da vantagem do crime
1.2.2. O confisco de vantagens pertencentes a terceiro
1.3. Pressupostos do confisco de vantagens
2. Aspectos práticos e gestão processual
2.1. O confisco e os direitos patrimoniais do lesado
2.1.1. A compatibilidade entre o confisco, o processo de execução fiscal e o pedido de indemnização civil
2.2. O inquérito
2.2.1. Gabinete de recuperação de activos – a investigação financeira e patrimonial
2.3. Garantias jurídico-processuais penais da efectivação do confisco
2.4. O requerimento de declaração da perda de vantagens
IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O presente guia remonta à temática da “perda clássica” de vantagens centrando-se no regime previsto no Código Penal, designadamente, nos artigos 110.^o e seguintes.

Desde já se adianta que a declaração da perda de vantagens obtidas com a prática de um crime – leia-se, facto ilícito típico – se afigura como uma consequência jurídica inevitável num Estado de Direito Democrático.

Não se olvida, pois, que tal solução legislativa é a que melhor se coaduna com as finalidades de prevenção que subjazem à reacção penal.

Com efeito, através da declaração da perda de vantagens, pretende-se fazer crer à sociedade que “o crime não compensa”, almejando-se, deste modo, anular o sentimento de compensação material que o agente possa sentir com o crime, dissuadindo-o da sua prática.

O confisco de vantagens surge, assim, como uma incontornável reacção penal à prática de um facto ilícito típico que não deverá ser menosprezada. Ao invés, merece aturada atenção e aplicação na prática judiciária portuguesa, a qual se tem revelado algo esmorecida.

Consequentemente, afigura-se pertinente debruçarmo-nos com maior acuidade sobre a presente temática, procurando esmiuçar, de uma perspectiva teórico-prática, os pressupostos necessários à declaração da perda de vantagens, bem como a sua compatibilidade com os demais mecanismos processuais destinados a efectivar os direitos dos lesados, dando-se

especial enfoque ao papel a desempenhar pelo titular do inquérito em ordem a alcançar o desiderato do regime da perda consagrado no nosso ordenamento jurídico, qual seja o de colocar o agente na situação patrimonial em que estaria caso não tivesse praticado o facto ilícito típico em obediência à máxima de que “o crime não compensa”!

II. Objectivos

O presente guia dirige-se, primordialmente, aos/às Auditores/as de Justiça e Magistrados/as do Ministério Público, aos quais se almeja proporcionar uma breve abordagem teórico-prática sobre as problemáticas emergentes em torno do regime da perda de vantagens no Código Penal.

Mais, pretende-se, igualmente, realçar a importância da efectiva aplicabilidade deste instituto legal – que ao longo dos anos tem vindo, paulatinamente, a ser descurado ou até mesmo esquecido – o qual se revela essencial para a prossecução das finalidades preventivas que tradicionalmente presidem ao direito penal.

Destarte, ambiciona-se alertar os/as destinatários/as do presente guia para a necessidade e importância do Ministério Público adequar e dirigir o inquérito, não só com vista às finalidades consagradas no artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, mas também à determinação, localização e apreensão das vantagens provenientes da prática do ilícito típico.

III. Resumo

Considerando a extensão e complexidade da temática que infra se abordará, e atenta a impossibilidade prática de analisar todas as questões que lhe são inerentes, delimita-se o presente guia da seguinte forma:

No primeiro capítulo tratar-se-á do enquadramento jurídico do regime da perda. A título introdutório será feita uma sucinta alusão à noção de perda, abordando-se, igualmente, a relevância político-criminal subjacente à respectiva declaração.

A compreensão exaustiva das finalidades inerentes ao regime *sub judice* revela-se da máxima importância, considerando que encerram a “pedra-de-toque” para alcançar a resposta às dúvidas que a letra da lei não esclarece.

De seguida, será afluada a natureza jurídica do confisco, aludindo-se às principais construções adiantadas pela doutrina e seguidas pela jurisprudência.

Após, centrar-nos-emos na noção de vantagens, elencando os tipos de vantagens abrangidos pelo conceito e abordando de forma mais aturada o regime do confisco do valor da vantagem do crime, bem como o do confisco de vantagens pertencentes a terceiro.

Por fim, enunciar-se-á os pressupostos do confisco de vantagens, dando-se especial enfoque à necessidade de demonstração do nexo causal entre o facto ilícito típico e a própria vantagem, o qual assume particular relevo quando em causa estão vantagens indirectas e sucedâneas.

No segundo capítulo, de índole mais prática, tecer-se-ão algumas considerações que se prendem com a compatibilização do confisco com os direitos patrimoniais do lesado, autonomizando os casos em que o Estado figura como lesado.

Destarte, será abordada a compatibilidade entre o confisco, o processo de execução fiscal e o pedido de indemnização civil, dando nota da actual controvérsia jurisprudencial existente em torno de tal problemática.

Após, centrar-nos-emos na fase de inquérito. Aqui, será realçada a necessidade de adequação e direcção da investigação em vista à determinação, localização e apreensão das vantagens provenientes da prática do facto ilícito típico.

Abordar-se-á, também, a importância do papel desempenhado pelo Gabinete de Recuperação de Activos na investigação patrimonial e financeira, indicando-se os requisitos necessários à respectiva intervenção.

Seguidamente, far-se-á uma abordagem sintética às garantias jurídico-processuais penais, as quais se destinam a garantir a possibilidade futura de executar a perda das vantagens que, eventualmente, vier a ser declarada.

Por fim, aludir-se-á aos elementos que deverão constar do requerimento da declaração de perda, apresentando uma proposta de modelo da peça processual em escrutínio.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Notas introdutórias – “A Perda Clássica”

No ordenamento jurídico penal português, o regime da perda encontra previsão legal tanto no Código Penal como numa vasta legislação avulsa.

Todavia, o presente guia centrar-se-á, tão-só, no regime consagrado no Código Penal, sobejamente identificado como “Perda Comum, Clássica ou Tradicional”¹.

Nas palavras de HÉLIO RODRIGUES, a “Perda Clássica ou Tradicional é aquela que 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 previstas no (...) Código Penal, ou a perda de objectos,

¹ Em contraposição à “Perda Alargada ou Ampliada”, a qual se encontra regulada na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro e remonta à perda do património incongruente nos termos da qual não há conexão directa entre a perda e o facto ilícito típico.

coisas ou direitos relacionados com o facto, no âmbito (...) do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro”.²

Com efeito, o Código Penal consagra três modalidades de perda:

- (a) a perda de instrumentos ou instrumenta;
- (b) a perda de produtos ou *producta sceleris*; e
- (c) a perda de vantagens.

Contudo, debruçar-nos-emos somente sobre o regime da perda de vantagens.

Antes de mais, impõe-se compreender, ainda que sucintamente, o significado jurídico do conceito “perda”.

Nas palavras de PEDRO CAEIRO³, a “perda” ou “confisco”⁴ consubstanciam “medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objecto (v.g., a posse)”.⁵ E, prosseguindo finalidades primordialmente preventivas, encerra um mecanismo penal de protecção de bens jurídicos, garantindo, desta forma, um ordenamento patrimonial sadio.⁶

O Estado encontra-se, assim, jurídico-constitucionalmente legitimado a confiscar as vantagens provenientes da prática do crime.⁷

² RODRIGUES, Hélio, in “Gabinete de Recuperação de Activos - O que é, para que serve e como actua”, Revista do CEJ, 2013, pág. 71.

³ 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”, Ano 21, n.º 2, Abril-Junho 2011, Coimbra Editora fls. 269.

⁴ No presente guia usar-se-ão as expressões “perda” e “confisco” indiscriminadamente. Afigura-se-nos, assim, que as aludidas expressões consubstanciam sinónimos, traduzindo a mesma realidade, ainda que de perspectivas diferentes. Destarte, a “perda” reconduz-se à perspectiva de quem era o proprietário do bem e se vê despojado do mesmo. Por sua vez, o “confisco” deverá ser compreendido da perspectiva do Estado, o qual adquire a propriedade do bem declarado perdido a seu favor. Acompanhamos, pois, o entendimento do autor Pedro Caeiro, segundo o qual as expressões “perda de bens a favor do Estado” e “confisco” exprimem adequadamente a mesma noção. Para melhor compreensão vide fls. 269 e seguintes da obra supra citada.

⁵ Nas palavras de CONDE CORREIA, “A perda é, assim, uma forma de aquisição derivada translativa, sendo o direito de propriedade do Estado sobre a coisa confiscada da mesma natureza e conteúdo do direito extinto”. - in “Da proibição do confisco à perda alargada”, 2012, INCM, pág. 79-80.

⁶ CORREIA, João Conde, in “Da proibição do confisco à perda alargada”, 2012, INCM, pág. 45.

⁷ É certo que a Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) não autoriza expressamente o confisco. Todavia, é igualmente certo que também não o proíbe. Ora, o confisco tem como fundamento jurídico-constitucional (e limite inultrapassável) o princípio do Estado de Direito Democrático plasmado no artigo 2.º da CRP. Destarte, “ele impõe o confisco de tudo aquilo que seja logrado através do crime e, ao mesmo tempo, proíbe-o sempre que seja efectuado através de procedimentos que não são compatíveis com ele”. Neste sentido, CORREIA, João Conde, in obra supra citada, pág. 47.

Acresce que, o direito de propriedade consagrado no artigo 62.º da CRP, ainda que sistematicamente inserido na parte dos “direitos e deveres fundamentais”, não encerra um direito absoluto, podendo, pois, ser comprimido face a outros valores que, no caso concreto, devam prevalecer. Recorde-se que é a

Atente-se, ainda, que o instituto da perda ou confisco se encontra intimamente ligado à temática da “recuperação de activos”.

Nas palavras de CONDE CORREIA, “o conceito de recuperação de ativos não coincide com o conceito de confisco ou de perda, tendo um significado muito mais amplo e, ainda, pouco decantado. (...) No fundo, com esta expressão, designa-se todo um amplo e complexo processo que compreende a identificação, a apreensão, o confisco e a destinação dos proventos do crime (...)”.⁸

A recuperação de activos consubstancia, pois, um instrumento imprescindível ao serviço da política criminal mediante o qual se pretende demonstrar que efectivamente o “crime não compensa”, combatendo e expurgando, para o que ora importa, as vantagens obtidas com a prática de crimes.

1.1.1. Relevância político-criminal – Finalidades subjacentes à declaração da “perda” ou “confisco”

Primus, cumpre frisar que o regime da perda de vantagens não serve qualquer finalidade punitiva, considerando que se pretende colocar o agente na situação patrimonial em que se encontraria se não houvesse sido praticado o facto ilícito típico.

De facto, a motivação económica que despoleta a prática criminosa só poderá ser combatida com medidas de carácter patrimonial, designadamente, através da apropriação dos proventos obtidos.

Note-se, contudo, que, ao longo dos anos transactos, o instituto da perda de vantagens provenientes da perpetração de ilícitos penais não mereceu a devida atenção e aplicação na prática judiciária portuguesa.

Na verdade, a reacção penal centrou-se, primordialmente, na aplicação da adequada sanção ao arguido – como seja a pena de multa e/ou de prisão, efectiva ou suspensa na sua execução – olvidando as demais consequências jurídicas que se deveriam extrair da prática de um crime do qual o agente obteve vantagens.

De facto, e como bem salienta JOÃO CONDE CORREIA⁹, “as intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se os agentes do crime sofrerem também abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos produtos e vantagens que hajam obtido”.

própria constituição que consagra e admite as figuras da requisição e expropriação por utilidade pública – cfr. artigo 62.º, n.º 2, da CRP.

Não se olvide, ainda, que “o crime nunca é título legítimo de aquisição” - CORREIA, João Conde, *in* obra supra citada a pág. 86.

⁸ CORREIA, João Conde, *in* “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, Revista Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses, IC3F, No 1 (outubro 2017), Lisboa, ASFIC/PJ, 2017, pág. 48.

⁹ CORREIA, João Conde, *in* “Da proibição do confisco à perda alargada”, 2012, INCM, pág. 9.

Não se poderá, deste modo, ignorar a importância da efectiva aplicação do instituto da perda de vantagens consagrado no nosso ordenamento jurídico, o qual não produzirá qualquer efeito útil se se reconduzir, tão-só, a um regime de “law in books”, ao invés de um regime de “law in actions”.

As finalidades subjacentes ao regime da perda remontam, na sua essência, ao brocardo sobejamente conhecido de que o crime não compensa, procurando-se demonstrar “ao visado de que a prática de crimes não é uma forma legítima de enriquecer e confirmar perante toda a comunidade a validade e a vigência do ordenamento jurídico, nomeadamente, dos modos de aquisição e de incremento patrimonial válidos”.¹⁰

Destarte, com a declaração de perda de vantagens do crime, o legislador ordinário pretendeu reforçar as intenções de prevenção geral e especial, mormente, através da privação dos agentes dos proventos pelos mesmos obtidos com as actividades ilícitas desenvolvidas, assim se obstaculizando, igualmente, ao (re)investimento dos ditos ganhos ilegais no cometimento de novos ilícitos criminais.

Em consequência, a declaração de perda permite canalizar os bens apreendidos para o apetrechamento das instituições de combate ao crime e para as indemnizações das vítimas.

Acresce que a perda ou confisco serve ainda um último objectivo, ainda que em reflexo dos demais, que se prende com a redução dos “riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de proventos ilícitos nas actividades empresarias”, impedindo, assim, a contaminação da economia.¹¹

1.1.2. Natureza jurídica do confisco

Conforme supra aduzido, o objectivo do confisco não serve um propósito punitivo. Pelo que a declaração de perda não significa uma imposição de um mal ao agente prevaricador. Ao invés, pretende-se colocar o agente do crime na situação patrimonial em que estaria se não o houvesse praticado.

Nesta esteira, dúvidas não subsistem de que o instituto do confisco tem carácter essencialmente preventivo, mediante o qual se eliminam os benefícios provenientes da prática do crime, em ordem a obviar à sua utilização na prática de novos ilícitos.

É, na verdade, uma consequência jurídica do crime, mediante a qual se almeja neutralizar eventuais sensações de impunidade, dissuadindo o agente e a sociedade da prática de ilícitos criminais, porquanto, o “crime não pode compensar”.

Rejeita-se, pois, a concepção da perda de vantagens enquanto pena acessória dependente da aplicação da pena principal.

¹⁰ CORREIA, João Conde, in obra supra citada a pág. 45.

¹¹ CORREIA, João Conde, in obra supra citada a pág. 9.

Acresce que, como se verá infra, a declaração da perda de vantagens não pressupõe a efectiva condenação do agente, pelo que tal tese não tem qualquer sustento legal no ordenamento jurídico português.

A doutrina e jurisprudência maioritária tendem a atribuir à perda de vantagens a natureza de providência sancionatória análoga à da medida de segurança.^{12/13}

Creemos, contudo, que, conforme bem refere CONDE CORREIA, se tal tese revelasse algo periclitante, considerando que, contrariamente à aplicação de uma medida de segurança, a perda de vantagens não pressupunha a perigosidade do agente.¹⁴

Existe, também, uma terceira concepção avançada por PEDRO CAEIRO, apelidada de “tertium genus”, nos termos da qual sufraga que “(...) parece preferível conceber a perda clássica como um tertium genus dentro da panóplia das reacções penais”, considerando que, apesar da pena, da medida de segurança e da perda visarem finalidades de prevenção criminal, partindo, inclusive, “de um tronco comum – um concreto facto ilícito típico” – a verdade é que a tónica dever-se-á colocar nas circunstâncias particulares que cada uma requer.

Assim, “(...) a pena exige a culpa; a medida de segurança exige a perigosidade do agente; a perda basta-se, muito prosaicamente, com a existência de vantagens patrimoniais obtidas através da prática do crime”.¹⁵

Ainda dentro desta temática, afigura-se-nos relevante enaltecer o contributo de HÉLIO RODRIGUES, o qual defende que a perda de vantagens deverá ser apreciada de uma perspectiva civilista.

Explica este autor que “o fundamento teleológico da definição dogmática da natureza do instituto da perda das vantagens do crime no mundo jurídico partilha, com a responsabilidade civil, a sua finalidade preponderante.

Se um comportamento ilícito (na perspectiva penal e civil) causa prejuízos a terceiros, e concomitantemente acarreta benefícios económicos para o agente, o Estado tem obrigação de conceder mecanismos para assegurar a anulação destes efeitos, sem que o desenho ontológico e dogmático dos instrumentos normativos utilizados nesse labor deixe de assumir uma natureza puramente cível, ainda que o facto deva igualmente ser penalmente sancionado. O binómio prejuízo/benefício parte aqui de idêntica premissa, e não se afasta de

¹² Neste sentido FIGUEIREDO DIAS, Jorge, in “Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”, Coimbra Editora, 2009, pág. 631.

¹³ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18/06/2019, relator Cid Geraldo; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31/05/2017, relatora Lígia Figueiredo; disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ Conforme bem ressalva CONDE CORREIA, poder-se-á acrescentar, ainda, um argumento de ordem sistemática. Concretizando, “a verdade é que o legislador não incluiu o confisco nos capítulos dedicados às penas ou às medidas de segurança, mas num capítulo autónomo (...), singularmente denominado apenas ‘perda de instrumentos, produtos e vantagens’” - CORREIA, João Conde, in obra supra citada a pág. 88.

¹⁵ CAEIRO, Pedro, in obra supra citada, fls. 308.

uma lógica puramente patrimonial, ainda que as finalidades da sua anulação, obviamente, não sejam idênticas”.¹⁶

Acrescenta, ainda, que “(...) como vem sendo defendido por alguma doutrina estrangeira, nos casos da perda das vantagens resultantes da prática do crime, o que está em causa é uma medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita, ou, por outras palavras, de uma medida tendente a impedir um lucro ilícito. Neste caso, como sugere Mapelli Caffarena, trata-se de uma medida muito próxima da responsabilidade civil, uma vez que não responde aos fins retributivos e preventivos do sistema penal, bem como porque a sua abrangência não se determina com base em critérios estabelecidos para as consequências do crime. Com efeito, tal como numa indemnização, a declaração de perda das vantagens do crime visa repor o status quo ante a prática do facto ilícito, e nessa medida fazer regressar à sociedade os bens que lhe pertencem, por via do dano que o crime lhe infligiu. A devolução ao Estado dos proveitos económicos resultantes da prática de uma infracção não pode considerar-se, de qualquer perspectiva, uma medida de carácter sancionatório. Trata-se, na verdade, de uma mera «restituição», ou então, se apreciado da perspectiva do Estado «recuperação dos activos».”¹⁷

Ora, a divergência doutrinal é inegável. Não obstante, e ainda que não se avance uma nova construção ou se adira na íntegra a qualquer uma das supra expostas, afigura-se-nos que a declaração da perda de vantagens:

- (1) Não poderá ser equiparada a uma pena ou a uma medida de segurança, conforme defende PEDRO CAEIRO, considerando que apenas pressupõe a prática de um facto ilícito típico, prescindido da culpa ou perigosidade do agente, bem como da sua condenação;
- (2) Integra, pois, um “tertium genus”, consubstanciando uma consequência jurídica do crime, uma reacção penal;
- (3) Serve finalidades de prevenção criminal, obedecendo à ideia de que “o crime não compensa”;
- (4) Não tem um carácter sancionatório ou punitivo conforme sufraga HÉLIO RODRIGUES, porquanto, apenas “visa repor o status quo ante a prática do facto ilícito, e nessa medida fazer regressar à sociedade os bens que lhe pertencem, por via do dano que o crime lhe infligiu”.

1.2. O conceito de “vantagens”

Hodiernamente, o regime da perda de vantagens do crime no Código Penal encontra-se sistematicamente inserido no Capítulo IX sob a epígrafe “Perda de instrumentos, produtos e vantagens” do Título III – “Das consequências jurídicas do facto”.

¹⁶ RODRIGUES, Hélio Rigor, in “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes, Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, Revista do Ministério Público, 134, Abril/Junho, 2013, págs. 202-203.

¹⁷ RODRIGUES, Hélio Rigor, in obra supra citada, pág. 203-204.

Por sua vez, o regime em causa encontra previsão expressa no artigo 110.º¹⁸ sob a epígrafe “Perda de produtos e vantagens”, nos termos do qual se estabelece que:

“1 – São declarados perdidos a favor do Estado:

- a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e
- b) As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem.

2 – O disposto na alínea b) do número anterior abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem.

3 – A perda dos produtos e das vantagens referidos nos números anteriores tem lugar ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado.

4 – Se os produtos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados 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, com os limites previstos no artigo 112.º-A.

5 – O disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

6 – O disposto no presente artigo não prejudica os direitos do ofendido”. (sublinhado nosso)

Ora, a perda de vantagens consubstancia a modalidade de confisco por excelência demonstrativa da intenção legislativa de combate ao incremento patrimonial ilícito.

O legislador ordinário consagrou um conceito amplo de vantagens numa tentativa esforçada de abranger tudo aquilo que – directa ou indirectamente proveniente do facto ilícito típico – possa significar um enriquecimento patrimonial do visado.

Concretizando, da leitura do preceito normativo supra exposto se conclui que as vantagens¹⁹ da prática de um facto ilícito típico susceptíveis de confisco serão todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagens económicas, abrangendo-se, inclusive, as recompensas dadas ou prometidas ao autor ou a terceiros.

¹⁸ Redacção dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio, a qual transpôs, ainda que parcialmente, a Directiva n.º 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03/04/2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia.

¹⁹ Note-se que, o confisco de vantagens não pode ser confundido com o confisco de instrumentos ou dos produtos do crime. As vantagens distinguem-se dos produtos do crime na medida em que estes consubstanciam todos os objectos que tiverem sido produzidos pelo facto ilícito típico, os quais não existiam antes do crime e passaram a existir com a sua realização. A título ilustrativo encerram produtos de facto ilícito típico a moeda, o documento ou a obra contrafeitos, a arma adaptada, o estupefaciente cultivado ou produzido. Por sua vez, os instrumentos do crime serão todos objectos que serviram ou estavam destinados a servir a prática do facto ilícito típico.

Com efeito, serão passíveis de serem confiscadas as próprias coisas ou montantes imediatamente obtidos com a prática do facto ilícito típico que representem um benefício de índole patrimonial e que poderão consistir “num aumento do activo, numa diminuição do passivo, no uso ou consumo de coisas ou direitos alheios ou na mera poupança ou supressão de despesas”, como sejam, a título meramente exemplificativo:

- (a) As coisas ou montantes obtidos em virtude da prática de crimes contra a propriedade e o património;
- (b) As quantias auferidas pela venda de produto estupefaciente e/ou substâncias psicotrópicas;
- (c) O imposto devido e não pago; e
- (d) O montante devido a título de despesas de licenciamento necessário à realização de determinada obra e não pago.

Por outro lado, serão igualmente passíveis de serem confiscadas as próprias coisas ou montantes mediamente obtidos com a prática do facto ilícito típico, ou seja, aquelas que resultam do reinvestimento das vantagens directas, rentabilizando-as.

A título meramente ilustrativo, integram o conceito em causa:

- (a) Os juros, lucros e outros acréscimos proporcionados pelas vantagens directas; e
- (b) Os prémios de jogo obtidos através da utilização do dinheiro da vantagem directa.

Revelam-se, também, passíveis de serem confiscados os sucedâneos das vantagens directas, nomeadamente, as coisas ou direitos obtidos mediante transacção ou troca com as vantagens directas.

Assim, tudo aquilo que passa a ocupar “o lugar” das vantagens directas é tão “confiscável” como a vantagem directa que lhe precedeu.²⁰

Atente-se que a possibilidade de confiscar as vantagens indirectas ou sucedâneas,²¹ provenientes da prática do ilícito típico, poderá levantar algumas questões cuja solução não se afigura líquida.

Destarte, como proceder se o arguido ao investir a vantagem directa na bolsa de valores, multiplica ou perde o valor investido?

Ou se o arguido troca a vantagem directa por um bem cujo valor é manifestamente inferior àquela?

²⁰ Deste modo, deverá ser confiscado o veículo automóvel ou o imóvel adquirido com os proventos ilicitamente realizados, designadamente, através da perpetração de crimes contra a propriedade e contra o património.

²¹ Não se olvide, de que a declaração da perda pressupõe a prova do nexo causal entre o ilícito típico e a própria vantagem. Com efeito, a prova desta relação sinalagmática será, indubitavelmente, mais difícil no que concerne às vantagens indirectas e sucedâneas.

Seguindo a linha de raciocínio de CONDE CORREIA, cremos que a resposta a tais indagações deverá nortear-se sempre pelos objectivos que servem o confisco: impedir que o crime compense, retirando todos os proventos do crime e colocando o arguido na situação patrimonial em que estaria caso não o tivesse perpetrado.²²

Cumpre, ainda, fazer a distinção entre a vantagem patrimonial instantânea, continuada e diferida.

Com efeito, o benefício patrimonial será instantâneo se for imediatamente realizado com a prática do facto ilícito típico.

A concretização da vantagem será, assim, contemporânea à consumação do crime, a qual ingressa directamente no património do agente e é susceptível de ser logo quantificada.²³

No que concerne à vantagem patrimonial continuada, dir-se-á que o próprio nome é auto-explicativo.

Com efeito, assim será classificada quando o benefício proveniente da prática do crime se prolongar no tempo.²⁴

Neste caso, a quantificação do valor do benefício patrimonial só poderá ser feita a final.

Por fim, o benefício patrimonial diferido será aquele que apenas se concretiza futuramente, em momento posterior à prática do ilícito típico.

São exemplos paradigmáticos os casos em que o agente pratica um crime a título de contrapartida da promessa de uma vantagem futura.

No que concerne ao confisco das recompensas dadas ou prometidas ao agente ou a terceiro previsto no artigo 110.º, n.º 2, do Código Penal, cumpre esclarecer que a distinção entre recompensa e vantagem não se afigura despicienda.

Há, assim, que ter presente que a recompensa – enquanto espécie de vantagem e, portanto, sujeita ao mesmo regime – será tudo aquilo que compensa ou premeia a prática do crime.

Por sua vez, a vantagem será tudo aquilo que é adquirido em virtude da prática do crime.

Ora, a distinção em apreço assume relevância prática, designadamente, no momento de elaboração do despacho acusação.

Com efeito, e conforme infra se verá, sempre que estiver em causa o confisco de uma recompensa, a relação sinalagmática entre o facto ilícito e o bem ou direito recebidos ou prometidos deverá constar da descrição factual de forma clara e objectiva.

Afigura-se, ainda, pertinente referir que o legislador ordinário não fez depender a declaração da perda das recompensas dadas ou prometidas ao agente ou a terceiro da prova da posse da recompensa prometida.²⁵

²² CORREIA, João Conde, in obra supra citada, pág. 80.

²³ A título ilustrativo, o montante recebido a título de contrapartida pelo produto estupefaciente vendido consubstanciará uma vantagem patrimonial directa.

²⁴ Será, por exemplo, o caso do uso continuado de um veículo automóvel furtado.

1.2.1. O confisco do valor da vantagem do crime

O legislador ordinário consagrou, ainda, a possibilidade de substituir o confisco da vantagem pelo pagamento ao Estado do respectivo valor – cfr. artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal.

Todavia, a declaração da perda do valor da vantagem pressupõe, necessariamente, a impossibilidade de apropriação da vantagem em espécie.²⁶

Como tal, o mecanismo em causa não se revela alternativo, mas sim subsidiário à declaração da perda da vantagem em espécie.

A aludida impossibilidade de apreensão e subsequente confisco poderá derivar da natureza da própria vantagem ou das circunstâncias do caso concreto.

Note-se que a substituição em causa poderá operar a todo o tempo, inclusivamente, em sede executiva.

Tal solução legislativa compreende-se e aplaude-se, impedindo-se, deste modo, que as vantagens conhecidas, mas, por qualquer razão não apreendidas, sejam subtraídas à acção da justiça, por via da actuação do arguido ou mesmo de um terceiro.

Destarte, sempre que não seja possível proceder à apreensão e, conseqüente, confisco da vantagem – quer se verifique tal impossibilidade *ab initio* quer *a posteriori* – deverá o arguido ser condenado no pagamento ao Estado do correspondente valor.

Aqui chegados, cumpre indagar qual o critério que deverá presidir à determinação do valor da vantagem, considerando que o legislador apenas estabeleceu que “a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor” e nada mais.²⁷

²⁵ Veja-se a este propósito o sufragado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08/11/2017, relator Orlando Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt.

Com efeito, “(...) nem a letra, nem o espírito que subjaz ao instituto da perda de recompensas, exigem a prova da posse da recompensa permitida para que a perda deva ser decretada”. Acresce que, uma interpretação contrária à explanada acarretaria inúmeras questões práticas às quais a lei não responde, “(...) tais como, saber o momento relevante para essa posse levar à perda da recompensa prometida: seria aquando do acordo em que se prometeu a recompensa, aquando do pagamento de uma das prestações, ou aquando da frustração do acordo nomeadamente por alguns arguidos terem sido detidos?” Mais, “(...) fazer depender essa perda da prévia prova de que promitentes da recompensa tiveram na sua posse a recompensa prometida (...), será condenar este instituto preventivo ao fracasso na generalidade dos casos, o que não estará no espírito da lei. (...) Punir os crimes mas tolerar a manutenção da recompensa prometida no património dos agentes dos crimes, não decretando a sua perda a favor do Estado, pelo menos quando essa promessa de recompensa se mostra objetivamente séria, cremos que é uma resposta incongruente e incompreensível para a comunidade”.

²⁶ Será, por exemplo, o caso da vantagem com carácter imaterial (fruição de um veículo automóvel alheio) ou daquela que, fruto de uma incorporação noutra coisa propriedade de um terceiro de boa-fé, é insusceptível de ser separada (accessão).

A substituição do confisco da vantagem pelo pagamento do respectivo valor terá, ainda, lugar nos casos típicos em que a vantagem já não existe ou cujo paradeiro é desconhecido, designadamente, em virtude de o arguido a ter escondido, destruído, perdido, gasto, consumido ou cedido.

²⁷ Indagamos, porém, se na falta dos elementos necessários à determinação do valor da vantagem, é legalmente admissível ao julgador proceder à respectiva quantificação mediante estimativa. Pese embora não exista qualquer previsão legal que o admita, afigura-se-nos que, uma vez comprovada a

A letra da lei é, assim, omissa quanto:

- (1) Ao período temporal a considerar, designadamente, se deve relevar o momento da aquisição da vantagem ou o da condenação;
- (2) À perspectiva a atender, mormente, se económico-objectiva (o valor da vantagem é aferido de acordo com as regras de mercado) ou objectiva-individual (o valor da vantagem é apurado considerando a situação patrimonial do arguido, seguindo critérios objectivos de natureza económica); ou
- (3) Ao valor final a atender (líquido ou bruto).²⁸

De facto, não se poderá obnubilar de que há inúmeros factores externos que poderão despoletar oscilações no valor da vantagem desde a data em que foi realizada até ao momento de declaração da respectiva perda.

Neste conspecto, torna-se premente determinar qual o critério que deverá ser atendido pelo julgador.

À semelhança do supra expandido, também aqui a solução passará pela necessária compreensão da *ratio* subjacente ao confisco: impedir que o crime compense, retirando todos os proventos do crime e colocando o arguido na situação patrimonial em que estaria caso não o tivesse perpetrado.

Destarte, tendo como corolário as finalidades da perda, e seguindo o entendimento de CONDE CORREIA, cremos, pois, que “o momento decisivo para o cálculo do valor deverá ser, portanto, o da sua integral constituição, a perspectiva utilizada deverá ser objectivo-individual e o valor imputado deverá ser líquido: com a utilização da epígrafe ‘perda de vantagens’, o legislador exige uma valorização líquida do património (medida pela diferença entre o que o condenado tem e aquilo que ele teria se não tivesse cometido o facto ilícito típico) e não uma simples valorização bruta”.²⁹

1.2.2. O confisco de vantagens pertencentes a terceiro

O legislador ordinário não foi alheio à temática do confisco de bens pertencentes a terceiro.

Destarte, o artigo 111.º, n.º 1, do Código Penal consagra a regra geral de que “sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada” (sublinhado nosso).

Contudo, a regra geral será afastada, sendo, pois, declarada a perda de vantagens pertencentes a terceiro, quando:

prática do facto ilícito típico, nada impede que o juiz lance mão de estimativas em ordem a determinar o valor da vantagem. Neste sentido, CORREIA, João Conde, in obra supra citada, pág. 85.

²⁸ CORREIA, João Conde, in obra supra citada, págs. 82-83.

²⁹ CORREIA, João Conde, in obra supra citada, págs. 83-84.

- “a) O seu titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios;
- b) Os instrumentos, produtos ou vantagens forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência; ou
- c) Os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida” – cfr. artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal.

Atento o supra exposto, cumpre delimitar o que se entende por “terceiro”.

Ora, por um lado, o “terceiro” a relevar será, tão-só, o titular do direito de propriedade sobre o bem. De facto, a letra da lei é clara, porquanto, refere expressamente a palavra “pertença”.^{30/31}

Por outro, integra o conceito de “terceiro” aquele que é completamente alheio à prática do facto ilícito típico.

Aquele que não é, de forma alguma, participante no crime que gerou as vantagens, tampouco retirou qualquer proveito das mesmas, como sucederia caso incorresse na prática de um crime de receptação ou de auxílio material - cfr. artigos 231.º e 232.º do Código Penal.

No âmbito, e conforme resulta da leitura atenta do n.º 2 do preceito normativo acima referido, o legislador pretendeu proteger, tão-só, o terceiro de boa-fé, a qual é aferida de harmonia com os critérios alternativos ali elencados e demonstrativos da conduta reprovável do dito terceiro – seja porque contribuiu para a produção ou utilização da vantagem, seja porque dela retirou benefícios, seja ainda porque a adquiriu, a qualquer título, conhecendo, ou não podendo ignorar, a sua proveniência ilícita – o qual não é, por isso, merecedor de qualquer protecção jurídica, sob pena de se defraudar a lei – designadamente, a *ratio* que presidiu à consagração do instituto da perda de vantagens.

Impõe-se notar que o terceiro que veja a vantagem da qual é legítimo proprietário apreendida³² poderá reagir processualmente, lançando mão de um requerimento dirigido ao

³⁰ Tal expressão é igualmente utilizada na redacção do artigo 178.º, n.º 9, do Código de Processo Penal, nos termos qual se prevê que “se os instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objectos apreendidos forem susceptíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária ordena a presença do interesse e ouve-o”.

³¹ Atente-se que, os eventuais credores do arguido insolvente não integram o conceito de “terceiro”, não podendo, pois, impedir o confisco, ainda que sejam titulares de direitos reais de garantia sobre os bens a confiscar.

Com efeito, as finalidades que subjazem ao confisco não podem ser colocadas em crise por via da declaração da insolvência. Não se olvide que, as vantagens provenientes da prática de facto ilícito típico mantêm a mesma natureza após decretação da insolvência. Não se afigura, pois, admissível, nem defensável, que os credores vejam as suas dívidas solvidas com tais vantagens.

³² Caso a vantagem tenha sido arrestada (cfr. artigo 228.º do Código de Processo Penal), o terceiro poderá deduzir embargos nos termos do disposto nos artigos 342.º e seguintes do Código de Processo Civil.

juiz, nos termos do qual peticione a modificação ou a revogação da medida aplicada, conforme o disposto no artigo 178.º, n.º 7, do Código de Processo Civil.

Acresce que, em sede de julgamento, deverá ser garantido ao terceiro em causa o direito ao contraditório, conforme o patenteado no artigo 347.º-A do Código de Processo Penal, nos termos do qual se prevê que “ao terceiro ao qual pertençam instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de serem declarados perdidos a favor do Estado, é garantido o exercício do direito de contraditório e a prestação de declarações, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis”.

1.3. Pressupostos do confisco de vantagens

A declaração da perda de vantagens tem como requisito a prática de um ilícito típico.

Com efeito, a perda de vantagens prescinde da culpa e da efectiva condenação do agente prevaricador.

Tanto assim é que a perda de vantagens poderá ser declarada:

- i – Quando o facto ilícito típico foi perpetrado por um inimputável;
- ii – Em caso de morte do agente;
- iii – Caso o crime não tenha sido consumado; e
- iv – Caso o agente tenha sido declarado contumaz. Assim reza o artigo 111.º, n.º 1, alínea b), e n.º 5, do Código Penal.

Note-se, ainda, que a eventual perigosidade da vantagem é absolutamente irrelevante à declaração da respectiva perda, conforme supra alegado.

Em suma, a declaração da perda de vantagens pressupõe, tão-só:

- (1) A prática de um facto ilícito típico;
- (2) A existência da vantagem, directa, indirecta ou sucedânea; e
- (3) A prova do nexo de causalidade entre o facto perpetrado e a própria vantagem. Ou seja, a prova de que o agente adquiriu determinada vantagem em virtude da prática daquele facto ilícito típico.

Do ponto vista processual, a perda de vantagens pressupõe uma acusação ou um acto equivalente e a posterior comprovação judicial da prática do facto ilícito típico.

2. Aspectos práticos e gestão processual

No presente capítulo abordar-se-á a temática *sub judice* de uma perspectiva prática, tecendo algumas considerações que se prendem com:

- (2.1.) O confisco e os direitos patrimoniais do lesado;
 - 2.1.1. A compatibilidade entre o confisco, o processo de execução fiscal e o pedido de indemnização civil;
- (2.2.) A investigação patrimonial;
 - 2.2.1. Gabinete de Recuperação de Activos – a investigação financeira e patrimonial
- (2.3.) As garantias jurídico-processuais penais da efectivação do confisco; e
- (2.4.) O requerimento de declaração da perda de vantagens no despacho final do inquérito.

2.1. O confisco e os direitos patrimoniais do lesado

Nos termos do disposto no artigo 110.º, n.º 6, do Código Penal, a declaração da perda “não prejudica os direitos do ofendido”.

Todavia, como compatibilizar tal previsão com a obrigatoriedade de declaração do confisco da vantagem?³³

Ora, se as vantagens apreendidas consubstanciarem coisas ou objectos da propriedade do lesado, devem as mesmas ser-lhe restituídas, nos termos do disposto no artigo 186.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Se através da restituição da vantagem ao lesado se alcançar a finalidade subjacente à declaração da perda – ou seja, o agente é colocado na situação patrimonial em que estaria se não tivesse praticado o facto ilícito típico – então, nada mais há a confiscar.

Se, pelo contrário, as vantagens provenientes do crime forem superiores ao prejuízo causado ao lesado, dever-se-á diligenciar pelo confisco do valor excedente.

Só assim se alcançam os objectivos inerentes à declaração da perda.

Todavia, poder-se-á verificar o caso de se frustrar a apreensão das vantagens directas ou do seu sucedâneo. Neste caso, conforme supra se referiu, haverá que proceder ao confisco do valor da vantagem, nos termos do disposto no artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal.

Nessa ocasião, ter-se-á que atender a duas situações distintas:

- (1) Se o lesado não deduziu pedido de indemnização civil, deverá ser declarada a perda do valor da vantagem;
- (2) Se o lesado deduziu pedido de indemnização civil, a perda do valor da vantagem deverá, ainda assim, ser declarada.

³³ A problemática em causa só assume efectiva relevância prática quando há concurso entre a execução do pedido de indemnização civil e a execução do valor da perda de vantagem.

Contudo, o Tribunal poderá atribuir ao lesado – desde que este assim o requeira – o valor da vantagem declarada perdida a favor do Estado (naturalmente, até ao limite do dano causado) – cfr. artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal.

2.1.1. A compatibilidade entre o confisco, o processo de execução fiscal e o pedido de indemnização civil

A temática do confisco de vantagens assume particular interesse no âmbito dos crimes tributários.

Conforme supra se explanou, o montante devido a título de imposto à Fazenda Nacional e não pago consubstancia uma vantagem patrimonial para o contribuinte prevaricador.

Adianta-se, desde já, que tal benefício patrimonial deverá ser, inquestionavelmente, neutralizado.

Contudo, a jurisprudência não se tem revelado unânime quanto à questão de dever ou não ser declarada perdida a favor do Estado a vantagem patrimonial obtida pelo contribuinte que perpetrou o crime fiscal, independentemente da inexistência de pedido de indemnização civil e de a Autoridade Tributária ter, inclusive, usado de outros meios para cobrança do imposto em dívida, designadamente, instaurando execuções fiscais ou reclamando créditos no âmbito do processo de insolvência.

Não obstante tal controvérsia, acompanhamos a jurisprudência que sufraga que a vantagem patrimonial em escrutínio deverá ser sempre declarada perdida a favor do Estado.^{34/35}

Primus, a letra da lei afigura-se clara e objectiva.

Destarte, de uma simples leitura do artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal se conclui que o legislador não pretendeu que a declaração de perda de vantagens consubstanciasse um mecanismo facultativo e colocado à mercê da apetência do julgador.

Ao invés, o preceito normativo em causa prevê um comando imperativo, no qual estipula que “são declarados perdidos a favor do Estado: as vantagens de facto ilícito típico”.

Revela-se, pois, indubitável que da interpretação conjugada das disposições previstas nos artigos 110.º e 130.º do Código Penal se pode inferir que o legislador ordinário deu preferência ao confisco enquanto manifestação do *jus imperium* estadual.

³⁴ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14/01/2019, relatora Isabel Cerqueira; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04/04/2019, relator Almeida Cabral; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18/06/2019, relator Cid Geraldo; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/04/2019, relatora Maria Dolores Silva e Sousa; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31/05/2017, relatora Lígia Figueiredo; disponível em www.dgsi.pt

³⁵ Em sentido contra, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30/04/2019, relatora Élia São Pedro; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05/02/2019, relator José Adriano; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/07/2019, relatora Élia São Pedro; disponível em www.dgsi.pt

Acresce que, “a lei não erigiu nos requisitos do preenchimento deste instituto, a dedução de pedido de indemnização civil ou a falta dele, ou a existência de um título executivo prévio, como pressupostos negativos, e assim, uma vez reunidos os pressupostos legais (...), deve o confisco ser decretado pelo Tribunal”.³⁶

Pelo que, não pode obstar ao confisco, a circunstância de não ter sido feito uso dos meios processuais que a Autoridade Tributária ou a Segurança Social têm ao seu dispor para se verem ressarcidas dos seus prejuízos.

Secundus, a declaração da perda de vantagens provenientes da prática do crime é determinada por exigências de prevenção geral e especial, conforme supra se expôs.

Deseja-se, assim, incutir tanto no agente da prática do ilícito típico como na própria sociedade a “mensagem” de que o crime não compensa.

Ora, “o crime não pode compensar e a sentença é o momento simbólico e ideal para o declarar...”, fim que apenas é atingido pela declaração de perda de vantagem do crime que “deverá, pelo menos, ter esse valor insofismável, fazendo ver a toda a comunidade quais as consequências da prática de crimes”.³⁷

No âmbito, coloca-se a tónica na própria decisão penal e no seu significado e peso para o próprio agente, bem como para a sociedade.

Pelo que, “apesar da eventual inutilidade prática, o mero valor pedagógico da decisão não é despiciendo, não podendo ser esquecido”, impondo a declaração da perda de vantagem do crime, sempre que esta exista, porque “a obrigação do confisco é geral...” e “o confisco dos proventos do crime tem uma finalidade preventiva pelo que a omissão da sua declaração (a sua execução posterior já será outra coisa) frustra este propósito político-criminal e emite um sinal errado para a comunidade”.³⁸

Tercius, cumpre, ainda, notar que nos crimes fiscais – nos quais os Estado figura como lesado – a execução fiscal, bem como a dedução de pedido de indemnização civil, nem sempre constituem mecanismos suficientes para acautelar as finalidades que servem o confisco, mormente, a restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente.^{39/40}

Acresce, por fim, que o agente nunca será, naturalmente, executado duas vezes pela mesma quantia.

³⁶ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04/04/2019, relator Almeida Cabral, disponível em www.dgsi.pt

³⁷ Acórdão supra referido.

³⁸ Acórdão supra referido.

³⁹ Não se olvide, assim, que o título executivo existente poderá prescrever ou a oposição deduzida pelo executado poderá ser julgada procedente.

⁴⁰ Acórdão supra referido, no qual se sufraga que “o pedido de indemnização civil ou outras formas de cobrança do imposto em dívida não são suficientes para assegurar as razões subjacentes à perda de vantagens do crime, nomeadamente, por a responsabilidade tributária obedecer ao previsto na Lei Geral Tributária, com prazos e princípios próprios, tais como, prazos de caducidade curtos, e mera responsabilidade subsidiária de outros sujeitos para além do sujeito passivo”.

Com efeito, a execução⁴¹ do confisco só operará na medida e na parte em que houver interesse útil, compatibilidade entre todos os institutos e não se traduza numa dupla “penalização” para o agente.

Em suma, a reserva plasmada no artigo 110.º, n.º 6, do Código Penal quer significar, apenas, que “concorrendo a execução do pedido de indemnização civil com a do valor da perda de vantagens prevalecerá a primeira delas, remetendo-nos para uma fase de tramitação posterior, em que já estão atribuídos e devidamente delimitados quer os valores da indemnização do ofendido ou de terceiro e o da perda de vantagens que, como é bom de ver, poderão nem sequer ser inteiramente coincidentes”.⁴²

2.2. O inquérito

Atento o supra exposto, recordamos que a declaração da perda de vantagens carece da comprovação judicial da prática de um facto ilícito típico.

Tal circunstância pressupõe, necessariamente, que durante o inquérito sejam recolhidos indícios suficientes para a dedução da acusação contra um concreto arguido.

De facto, não ignoramos que “o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

É esta a finalidade última do inquérito, conforme reza o artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Todavia, o Ministério Público deverá, igualmente, direccionar a investigação de forma a que dela se possam extrair todas as consequências jurídicas possíveis que advêm da perpetração de um facto ilícito típico.

Não se poderá obnubilar que a expurgação das vantagens provenientes da prática do facto ilícito típico não está sujeita a critérios de oportunidade e conveniência.

Pelo contrário.

A letra da lei é clara, não subsistindo, por isso, dúvidas, da obrigatoriedade da declaração da perda.⁴³

O titular do inquérito não se deverá, assim, cingir à investigação do crime eventualmente perpetrado e de quem foram os seus agentes.

⁴¹ Reitera-se que a perda deverá ser sempre declarada! A execução consubstanciará problemática diversa! Pelo que os conceitos não deverão ser confundidos.

⁴² Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18/06/2019, relator Cid Geraldo; disponível em www.dgsi.pt

⁴³ Veja-se a Directiva da PGR n.º 1/2017, bem como o Despacho da PGR n.º 3/2013, nos termos dos quais se apela, inter alia, a uma Magistratura activa no que concerne à localização, identificação e apreensão das vantagens obtidas com a actividade criminosa.

Ao invés, deverá, também, desencadear todas as diligências necessárias à determinação, localização e apreensão (se possível) das vantagens provenientes da prática desse mesmo crime.

Uma condução do inquérito que não despreze as eventuais vantagens ilícitas adquiridas pelo agente em virtude da prática do facto ilícito, afigura-se absolutamente imprescindível ao sucesso da declaração da respectiva perda.

Queremos com isto aquilatar que o requerimento nos termos do qual se peticiona a declaração da perda de vantagens pressupõe que sejam alegados determinados factos, conforme infra relatado, cuja omissão fará naufragar a respectiva declaração.

A acusação deverá, por isso, conter todos os factos que consubstanciam o confisco, bem como as disposições legais aplicáveis, sendo absolutamente essencial alegar e demonstrar a existência do nexos de causalidade entre a prática do facto ilícito e o benefício patrimonial.

No que tange ao confisco de vantagens sucedâneas, cumpre notar que a acusação deverá, ainda, narrar o “trato sucessivo” do bem, persistindo a obrigação de demonstrar que a vantagem directa, que precedeu à sucedânea, é proveniente, ainda que indirectamente, da prática do facto ilícito típico.

Assim, a acusação terá que descrever toda a cadeia de transmissões, nunca olvidando de demonstrar a relação de sinalagma que as interliga.

Não ignoramos, ainda, o facto do inquérito nos termos do qual se desenvolvem diligências em ordem à determinação e localização de vantagens sucedâneas consubstanciar, não raras vezes, uma investigação diabólica ou quase impossível, frustrando-se, a final, os objectivos subjacentes ao confisco.

Todavia, a subsidiariedade conferida pelo legislador ao confisco do valor da vantagem obstaculiza a que possamos lançar mão de tal opção enquanto meio alternativo, ainda que deste modo se obviasse à desproporção entre os meios e os custos da investigação e os resultados com a mesma obtidos.⁴⁴

No que tange ao confisco das recompensas dadas ou prometidas aos agentes do crime ou a terceiro, a acusação deverá conter:

- (i) Os factos que consubstanciam o crime;
- (ii) As recompensas dadas ou oferecidas provenientes da prática do facto ilícito típico;
- (iii) A identificação do sujeito que as recebeu ou deveria ter recebido;
- (iv) O nexos de causalidade entre a prática do facto e o bem ou direito recebidos ou prometidos; e
- (v) As disposições legais aplicáveis.

⁴⁴ De facto, acompanhando o sufragado por CONDE CORREIA, “poder substituir logo o confisco sucedâneo pela perda do valor da vantagem inicial deveria ser uma opção processual confiada ao arbítrio do Ministério Público”. - *in* obra supra citada a pág. 147.

Relativamente ao confisco do valor da vantagem, impõe-se referir que da acusação deverá constar a factualidade que concretiza a impossibilidade de confiscar a própria vantagem em espécie, indicando, em consequência, o respectivo valor.

2.2.1. Gabinete de Recuperação de Activos – a investigação financeira e patrimonial

A temática da investigação das vantagens provenientes da prática de um facto ilícito típico implica, inevitavelmente, chamar à colação a figura do Gabinete de Recuperação de Activos (doravante, GRA).⁴⁵

Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3.º e 9.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, descortinam-se cinco missões que recaem sobre o GRA:

- (1) Identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional;
- (2) Assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados;
- (3) Exercer as demais atribuições que lhe sejam legalmente atribuídas;
- (4) Realizar a recolha, a análise e o tratamento de dados estatísticos anonimizados, resultantes da sua actividade; e
- (5) Coadjuvar as autoridades judiciais na realização dos actos de cooperação judiciária pertinentes.

Da leitura do supra exposto se conclui que o GRA encerra um importante “aliado” do Ministério Público na identificação, localização e apreensão de vantagens provenientes da prática de um facto ilícito típico.

Contudo, a intervenção deste Gabinete pressupõe a verificação cumulativa dos requisitos plasmados no artigo 4.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Concretizando, “o GRA procede à investigação financeira ou patrimonial mencionada no artigo anterior por determinação do Ministério Público:

- 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” – cfr. artigo 4.º, n.º 1, do diploma legal acima mencionado.

Compreende-se, pois, que a intervenção do GRA esteja dependente da verificação de tais pressupostos, possibilitando-se, assim, que este canalize os seus esforços para as investigações da criminalidade mais grave e geradora de maiores benefícios patrimoniais para o agente do crime.

⁴⁵ Criado pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho. Nos termos do disposto no artigo 2.º do mencionado diploma legal, o GRA encontra-se na dependência da Polícia Judiciária.

Ressalva-se, porém, que a actuação do GRA, uma vez preenchidos os aludidos pressupostos, carece de ser desencadeada pelo Ministério Público.

A este propósito sufraga HÉLIO RODRIGUES, esclarecendo que “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”.⁴⁶

Destarte, no despacho de delegação de competências, o Ministério Público deverá:

- (1) Indicar o tipo perda em causa, por forma a que o GRA possa adequar as diligências de investigação a realizar; e
- (2) Precisar o propósito da investigação que delega.

Atente-se, também, que o acto de delegação de competências não pressupõe que o Ministério Público se demita das suas funções de titular do inquérito. Como tal, incumbe ao mesmo “(..) acompanhar e controlar a investigação patrimonial desenvolvida pelo GRA, nos mesmos termos em que se encontra obrigado a controlar a investigação tendente à responsabilização criminal do agente”.⁴⁷

Impõe-se, ainda, frisar que, caso não seja possível ao Ministério Público desencadear a intervenção do GRA – em virtude de não se encontrarem preenchidos os pressupostos dos quais a sua actuação depende – deverá aquele realizar todas as diligências necessárias e que estiverem ao seu alcance em ordem a apurar, localizar e apreender as vantagens provenientes do crime.

Nesse caso, será o próprio Ministério Público, em sede de inquérito, a diligenciar pela recolha de elementos probatórios que lhe permitam determinar e localizar os benefícios económicos adquiridos com a prática do facto ilícito típico.

Para tanto, e acedendo às bases de dados de que dispõe, o Ministério Público poderá recolher uma panóplia exaustiva de prova documental⁴⁸, nomeadamente:

- Declarações de rendimentos das pessoas singulares e colectivas;
- Escrituras públicas de aquisição de imóveis, registos de veículos automóveis, certidões de assentos de nascimento;
- Matrículas das pessoas colectivas.

⁴⁶ RODRIGUES, Hélio, in “Gabinete de Recuperação de Activos - O que é, para que serve e como actua”, Revista do CEJ, N.º 1, Coimbra, Edições Almedina, 2013, pág. 71.

⁴⁷ RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis Rodrigues, in “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira”, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, Editorial Minerva, 2013, pág. 24.

⁴⁸ Não se olvide, também, da possibilidade de diligenciar pela recolha de elementos bancários, de harmonia com o disposto no artigo 79.º, n.º 1 e n.º 2, alínea e), do DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

A par da recolha de prova documental, o Ministério Público deverá lançar mão, sempre que necessário, dos demais meios de prova e de obtenção de prova legalmente admitidos e valoráveis pela investigação criminal⁴⁹ (cfr. artigo 125.º do Código de Processo Penal), devendo, ainda, ponderar a aplicação de segredo de justiça (artigo 86.º do Código de Processo Penal).

2.3. Garantias jurídico-processuais penais da efectivação do confisco

No presente ponto far-se-á uma abordagem sintética às garantias jurídico-processuais penais da efectivação do confisco. Com efeito, a declaração da perda de vantagens desacompanhada de mecanismos processuais destinados a executá-la, consubstancia uma medida despojada de qualquer utilidade prática.

A este propósito refere CONDE CORREIA que “(...) o legislador português criou uma série de mecanismos processuais preventivos, de natureza cautelar, destinados a garantir a possibilidade futura de executar a sentença: não basta declarar a perda, é necessário concretizá-la”.⁵⁰

Nesta senda, aludir-se-á, sucintamente, às seguintes figuras:

- (a) Apreensão; e
- (b) Ao arresto preventivo e caução económica.

(a) O regime da **apreensão** encontra previsão nos artigos 178.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Revela-se pacífico que a figura em causa não serve apenas finalidades probatórias – enquanto meio de obtenção de prova – consubstanciando, também, uma garantia da eficácia futura da declaração de perda da vantagem. Assim, uma vantagem poderá ser apreendida com a finalidade única de assegurar a execução do confisco.⁵¹

Note-se, contudo, que a apreensão só poderá versar sobre a vantagem ilicitamente obtida.

Por outras palavras, a apreensão nunca poderá incidir sobre o património lícito.

Não se olvide, pois, da necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre a própria vantagem e o facto ilícito típico – cfr. artigo 178.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código de Processo Penal.

⁴⁹ Por exemplo, sempre que a investigação e apreciação dos factos e recolha de elementos de prova das vantagens obtidas exigirem especiais conhecimentos técnicos, o Ministério Público deverá lançar mão de perícias (artigos 151.º a 163.º do Código de Processo Penal), mormente de perícias de natureza económico-financeira. Neste âmbito assumem particular relevância a Unidade de Perícia Financeira e Contabilística (UPFC) e a Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária.

⁵⁰ CORREIA, João Conde, in obra supra citada a pág. 168.

⁵¹ Veja-se a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25/10/2017, relatora Maria da Graça Santos Silva, disponível em www.dgsi.pt.

Assim, a insuficiência na demonstração deste vínculo deverá culminar na restituição a quem de direito da vantagem apreendida – cfr. artigo 186.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Saliente-se, ainda, que a apreensão poderá ser ordenada pelo Ministério Público ou pelos Órgãos de Polícia Criminal, ainda que sujeita a validação.

A intervenção do juiz será meramente ocasional, restringindo-se aos casos em que o interessado a requerer, mormente, nos termos do previsto no artigo 178.º, n.º 7, do Código de Processo Penal.

(b) O regime jurídico da **caução económica e do arresto preventivo** encontram-se previstos nos artigos 227.º e 228.º do Código de Processo Penal, respectivamente.

Os mecanismos em causa servem os propósitos de garantia patrimonial, visando, pois, acautelar o ressarcimento derivado da prática do facto ilícito típico.

Com efeito, a caução económica e o arresto preventivo serão, assim, aptos a assegurar a perda do valor da vantagem, incidindo sobre o património lícito dos visados.

De harmonia com o patenteado nos artigos 227.º, n.º 1, e 228.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, tanto o Ministério Público como o lesado poderão requerer que o arguido preste as garantias económicas em causa.

Contudo, o arguido não poderá ser compelido a prestar caução económica.

Assim, caso não haja cumprimento voluntário por parte do mesmo, o juiz poderá decretar o arresto preventivo (se, naturalmente, houver novo requerimento nesse sentido deduzido pelo Ministério Público ou pelo lesado).

Atente-se, porém, que, contrariamente à apreensão, o decretamento quer da caução económica quer do arresto preventivo é da exclusiva competência do juiz.

No que concerne aos pressupostos de aplicação da caução económica, dir-se-á que a letra da lei é clara, exigindo “fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias” – cfr. artigo 227.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Relativamente aos pressupostos de aplicação do arresto económico, e atenta a remissão consagrada no artigo 228.º, n.º 1, do Código de Processo Penal para a lei processual civil (391.º do Código de Processo Civil), aponta-se, assim, a exigência de “justificado receio da perda” da garantia patrimonial.

Não se olvide, ainda, que a aplicação das referidas garantias carece, ainda, da verificação:

- (1) De pressupostos substanciais de carácter geral plasmados no artigo 193.º, n.º 1 e n.º 4, do Código de Processo Penal (obediência aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade);

- (2) De pressupostos substanciais específicos traduzidos na existência de *fumus commissi delicti* e do já alegado *periculum in mora*; e
- (3) De pressupostos formais que se prendem com a existência de um despacho fundamentado que contemple todos os elementos descritos no artigo 194.º, n.º 6, do Código de Processo Penal.

Note-se, por fim, que a aplicação das medidas de garantia patrimonial pressupõe, em regra, a prévia constituição do visado como arguido.

Não será, todavia, exigido tal requisito nos casos de arresto preventivo quando a constituição prévia como arguido “puser em sério risco o seu fim ou a sua eficácia” – cfr. artigo 192.º, n.ºs 2 a 5, do Código de Processo Penal.

A aplicação de tais medidas pressupõe, igualmente, a prévia audição do arguido, salvo “os casos de impossibilidade devidamente fundamentada” – cfr. artigo 194.º, n.º 4, do diploma legal acima mencionado.

2.4. O requerimento de declaração da perda de vantagens

O presente capítulo será abordado de uma perspectiva prática, esquematizando os elementos a considerar aquando da elaboração do requerimento da declaração da perda de vantagens e apresentando, ainda, uma proposta da peça processual em causa.

Ora, do ponto de vista sistemático, o requerimento *sub judice* deverá suceder à dedução da acusação.

Tal facto bem se compreende, considerando que a declaração da perda de vantagens carece da comprovação judicial da prática de um facto ilícito típico.

Acresce que:

I – Do cabeçalho do requerimento deverá constar o normativo legal que sustenta a declaração da perda e a identificação do visado;

II – O requerimento deverá ser elaborado em articulado;

III – Do articulado deverá constar:

(1) A factualidade que indicia suficientemente a prática do facto ilícito típico, a qual poderá ser substituída pela expressão sacramental “dão-se por integralmente reproduzidos os factos vertidos na acusação que precede o presente despacho, bem como a respectiva qualificação jurídica”;

(2) A identificação das vantagens provenientes do facto ilícito típico⁵²;

(3) A factualidade da qual resulte a justificação da impossibilidade de apreensão das vantagens em espécie, caso seja o caso;

IV – O requerimento deverá culminar com a promoção de declaração da perda da vantagem;

⁵² Recorde-se o que se disse a este propósito supra no ponto 2.2., para o qual se remete e se dá aqui por integralmente reproduzido.

V – Em caso de comparticipação, quando esteja em causa a declaração da perda do valor da vantagem, dever-se-á determinar e indicar no requerimento a responsabilidade de cada co-autor.

Assim, se for possível determinar com precisão a vantagem individual de cada participante, cada um ficará responsável pela sua parte.

Caso contrário, a responsabilidade será solidária, de harmonia com o disposto nos artigos 497.º do Código Civil e 514.º, n.º 2, do Código de Processo Penal;

VI – Do requerimento deverá constar, a final, a indicação da prova que sustenta a pretensão. Quando tal prova é coincidente com a indicada na acusação, poder-se-á remeter para a mesma.

Atento o supra exposto, apresenta-se o seguinte modelo:

“À luz do disposto no artigo 110.º, n.º 1, b) e n.º 4, do Código Penal, vem o Ministério Público requer se declarem perdidos a favor do Estado Português, as vantagens obtidas pelo arguido A, pela prática dos factos supra explanados, o que o faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

1. Dão-se por integralmente reproduzidos os factos vertidos na acusação que precede o presente despacho, bem como a respectiva qualificação jurídica.

2. Em virtude da prática dos factos que supra se imputam, o arguido A integrou no respectivo património os objectos acima identificados, os quais ascenderam, na sua globalidade, ao valor comercial de cerca de 2.061,60 € (dois mil e sessenta e um euros e sessenta cêntimos).

3. Acresce, que o arguido recebeu, ainda, a quantia monetária de 71,60 € (setenta e um euros e sessenta cêntimos), que obteve como contrapartida pela venda de uma pulseira de ouro de 19,2 quilates, ornamentada com bolas, com 6,66 gramas, a qual havia sido subtraída nas circunstâncias de tempo, modo e lugar acima explanadas.

4. Com efeito, os objectos subtraídos e a quantia monetária de 71,60 € (setenta e um euros e sessenta cêntimos) que aquele recebeu como contrapartida pela venda da dita pulseira, consubstanciam vantagens patrimoniais directas e sucedâneas obtidas pelo arguido A com a prática do facto ilícito típico.

5. Todavia, os objectos em causa nunca foram restituídos a M e a C, tampouco foram recuperados.

6. Ora, se as vantagens obtidas com a prática do facto ilícito típico não puderem ser apropriadas em espécie, a perda das mesmas deverá ser substituída pelo pagamento ao Estado do valor correspondente.

7. Assim sucede no caso sub judice, considerando que se desconhece o paradeiro de todos os objectos subtraídos e atenta, ainda, a circunstância de a quantia monetária obtida com a venda da dita pulseira consubstanciar um bem fungível (dinheiro).

8. Destarte, por não se afigurar possível a apropriação de tais vantagens em espécie, deverá tal perda ser substituída pelo pagamento ao Estado Português do respectivo valor.

Face ao exposto, nos termos do disposto no artigo 110/1 b) e n.º 4 do Código Penal, promove-se que o arguido A seja condenado a pagar ao Estado Português a quantia monetária de 2.061,60 € (dois mil e sessenta e um euros e sessenta cêntimos), correspondente à vantagem da actividade criminosa por aquele desenvolvida, sem prejuízo do direito de dedução do pedido de indemnização civil que assiste às ofendidas M e a C – cfr. artigos 110.º, n.º 6, do Código Penal e 71.º e 74.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

*

PROVA: a indicada na acusação”.

**

IV. Referências bibliográficas

- CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito” in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, Ano 21, n.º 2, Abril-Junho 2011, Coimbra Editora págs. 269-308.
- CORREIA, João Conde, in “Da proibição do confisco à perda alargada”, 2012, INCM, págs. 9, 45-88, 147-168.
- CORREIA, João Conde, in “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, Revista Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses, ICCF, N.º 1 (Outubro 2017), Lisboa, ASFIC/PJ, 2017, págs. 24, 48.
- CUNHA, Filipa Nunes, in “A admissibilidade de (co)existência do confisco e outros mecanismos de recuperação de vantagens no âmbito dos crimes tributários”, Revista do Ministério Público, 151, Julho-Setembro, 2017.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, in “Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências jurídicas do Crime”, Coimbra Editora, 2009, pág. 631.
- RODRIGUES, Hélio Rigor, in “A acusação e a vertente patrimonial do crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes – uma proposta de solução”, Revista do Ministério Público I52, Ano 38, Out-Dez. 2017.
- RODRIGUES, Hélio, in “Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como actua”, Revista do CEJ, 2013, pág. 71.
- RODRIGUES, Hélio Rigor, in “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes, Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, Revista do Ministério Público, 134, Abril/Junho, 2013, págs. 202-204.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. Regime da Perda de Vantagens do Crime no Código Penal

Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual

Ângela Maria de Sá Nogueira Varela



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. O REGIME DA PERDA DE VANTAGENS DO CRIME NO CÓDIGO PENAL – ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Ângela Maria de Sá Nogueira Varela

I. Introdução

II. Objectivos

III. Resumo

1. A perda “clássica” de vantagens do crime no Código Penal

1.1. Breve alusão ao conceito de perda de bens

1.2. Importância político-criminal do instituto da perda de vantagens

1.3. Finalidades e natureza jurídica

2. Enquadramento normativo

2.1. Pressupostos da perda de vantagens

2.1.1. Casos de confisco não baseado na condenação

2.2. Do conceito de vantagens do facto ilícito típico

2.3. Beneficiário da vantagem – o “visado” do confisco

2.4. Compatibilização do confisco de vantagens do facto ilícito típico com os direitos do ofendido

2.4.1. O caso especial em que o ofendido é o próprio estado, nomeadamente, quando estão em causa crimes fiscais e contra a segurança social

3. Prática e gestão processual

3.1. A importância da investigação patrimonial e financeira

3.1.1. O papel do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)

3.1.2. Como deve o Magistrado do Ministério Público conduzir a investigação patrimonial e financeira?

3.2. Garantias processuais penais do confisco

3.3. Requerimento de perda “clássica” de vantagens do facto ilícito típico

3.3.1. Factos a alegar e prova a indicar

3.3.2. O exemplo do requerimento de perda clássica e promoção de arresto preventivo elaborado no inquérito n.º 134/17.2JASTB, que correu termos na 1.ª secção do DIAP de Setúbal

IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

No discurso que proferiu na Cerimónia Solene de Abertura do Ano Judicial 2020, ocorrida em 06 de Janeiro pretérito, no Palácio Nacional da Ajuda, em Lisboa, a Procuradora-Geral da República, Dra. LUCÍLIA GAGO, chamou a atenção, entre outros temas, para a necessidade de o Estado confiscar os proventos dos crimes, impedindo *“que os benefícios económicos originados pela atividade criminosa sejam camuflados e livremente usufruídos, procedendo à sua eliminação”*, acrescentando ainda que *“O combate a uma criminalidade especializada, complexa e essencialmente focada no lucro não se basta com a imposição de uma pena aos respetivos agentes, mas reclama a remoção dos benefícios obtidos”*, sendo que *“só assim se logrará asfíxiar financeiramente os que encontram no crime a forma exclusiva de obter lucro”*.¹

O presente trabalho, enquadrado no âmbito do 2.º Ciclo do 34.º Curso Normal de Formação para Magistrados nos Tribunais Judiciais – Ministério Público e subordinado ao tema **“O regime da perda de vantagens do crime no Código Penal – enquadramento jurídico, prática e**

¹ Vide notícia publicada em 06.01.2020 no site www.sapo.pt, sob o título *“Procuradora Geral da República atribui demora nos megaprocessos de crimes económicos à falta de meios”*, disponível in <https://24.sapo.pt/atualidade/artigos/procuradora-geral-da-republica-atribui-demora-nos-megaprocessos-de-crimes-economicos-a-falta-de-meios>, (consultada em 10.01.2020).

gestão processual” versa sobre o regime geral de perda dos proventos do crime, comumente designado por “*Perda Clássica*”, cujo propósito último é justamente a sobredita remoção dos benefícios obtidos pela actividade delituosa.

A actualidade e importância prática da temática são manifestas, conforme se depreende das palavras da Procuradora-Geral da República *supra* transcritas.

Sem pretendermos tratar de todas as questões relacionadas com o regime da perda de vantagens do crime plasmado no Código Penal, procuraremos trazer à colação os aspectos que consideramos mais relevantes, atentas, por um lado a natureza deste guia e, por outro, a circunstância de sermos nós próprios iniciantes no estudo do tema em causa.

Nesta medida, o presente trabalho temático traduz um despretenso e perfunctório esforço de análise de algumas questões teóricas e práticas que se podem apresentar ao aplicador do Direito nesta sede, privilegiando-se a perspectiva e o posicionamento do Ministério Público, que, enquanto magistratura de iniciativa por excelência e titular da acção penal, é o sujeito processual no âmbito do processo penal a quem incumbe a promoção da perda dos proventos do crime, devendo, para tanto, lançar mão de todos os instrumentos legais previstos no ordenamento jurídico nacional para o efeito, de modo a garantir que, efectivamente, os agentes do crime não usufruirão dos proventos obtidos com a sua prática.

II. Objectivos

O objectivo deste guia é essencialmente prático, partindo, como acima referido, da perspectiva e do posicionamento de um Magistrado do Ministério Público na aplicação do regime da perda “clássica” de vantagens do crime previsto no Código Penal.

Cientes de que o tema em causa é bastante aliciante e suscita muitas questões, algumas delas controversas, cujo tratamento só seria possível mediante uma investigação mais aprofundada, seguida de uma reflexão assaz madura das mesmas, com a elaboração do presente guia visou-se a criação de uma ferramenta de trabalho, tanto quanto possível concisa e de fácil leitura e apreensão para o leitor, pretendendo servir de ponto de partida e estímulo para um estudo mais profundo sobre as matérias que nela serão abordadas.

Assim, e de uma forma despretenso - repete-se - é nossa modesta aspiração que este documento possa vir a ser uma ferramenta de trabalho útil para quem, por qualquer motivo, se interessar pelo estudo do tema que aqui nos ocupa: para magistrados - tanto do Ministério Público como judiciais - bem como para os demais operadores judiciários.

III. Resumo

O presente trabalho encontra-se dividido em três grandes capítulos, no primeiro dos quais faremos uma breve alusão ao conceito mais amplo de perda de bens (no qual se inclui a perda

de vantagens prevista no Código Penal), ao que se seguirá uma referência à importância político-criminal do instituto da perda de vantagens do crime, bem como às suas finalidades e natureza jurídica.

Julgamos que a compreensão de cada um destes pontos se reveste de suma importância para a percepção do regime da perda clássica de vantagens, nomeadamente, quanto às soluções legislativas adoptadas pelo Legislador, sua interpretação e aplicação prática.

No segundo capítulo será apresentado o enquadramento normativo do instituto da perda de vantagens, visando a sua análise, ainda que sumária, nos aspectos que consideramos mais pertinentes ao estudo do tema objecto deste guia.

Assim e no essencial, passaremos em revista:

- Os pressupostos legais da perda de vantagens;
- O conceito de vantagens e do respectivo beneficiário (que será o “visado” do confisco);
- E a questão da compatibilização da perda de vantagens com os direitos do ofendido, dando um especial destaque aos casos em que aquele é o próprio Estado.

Finalmente, o terceiro capítulo será dedicado à prática e gestão processual.

Aqui serão tratados os aspectos que julgamos ser mais pertinentes à compreensão das especificidades a ter em conta num inquérito que visa, além da responsabilização criminal, a asfixia financeira daqueles que encontram no crime uma forma de obtenção de lucros, por banda de todos os que, como nós, somos iniciantes nesta matéria e, por isso, temos pouca experiência no seu tratamento prático.

Nesta medida, faremos, num primeiro momento, referência à importância da investigação patrimonial e financeira na eficácia de uma futura promoção de perda das vantagens patrimoniais do crime, destacando o papel do Gabinete de Recuperação de Activos no contexto dessa investigação.

De seguida, procuraremos dar resposta à importante questão de saber como deve o Magistrado do Ministério Público conduzir uma investigação patrimonial e financeira.

Serão ainda tratadas as garantias processuais penais do confisco de vantagens.

Para terminar, pronunciar-nos-emos ainda sobre a forma do requerimento de perda de vantagens, nomeadamente quanto aos factos a alegar e a prova a indicar, e ainda sobre o procedimento a adoptar quanto às notificações/comunicações, especialmente quando for aí igualmente promovida a aplicação de alguma medida de garantia patrimonial, designadamente, o arresto preventivo.

A título exemplificativo, será apresentado, em documento anexo a este trabalho, o [requerimento*](#) de perda “clássica” de vantagens do crime e promoção de arresto preventivo de bens por nós elaborado no âmbito do inquérito n.º 134/17.2JASTB, durante o período de formação prática na 1.ª Secção do DIAP de Setúbal.

* Para aceder ao anexo deve fazer *download* do e-book e abrir no *Acrobat Reader*.

1. A Perda “clássica” de vantagens do crime no Código Penal

1.1. Breve alusão ao conceito de perda de bens

Como bem notam HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES, no seu estudo intitulado *“Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens e expansão”* (Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, págs. 167 e seguintes), a par da regulação geral do regime da perda de bens no Código Penal (artigos 109.º e seguintes) – *no qual se inclui o regime da perda “clássica” de vantagens do crime objecto deste nosso trabalho* – o Legislador nacional estabeleceu um conjunto de regimes especiais nesta matéria, constante de múltipla legislação avulsa².

Porém, em nenhum dos referidos regimes o Legislador avançou uma definição expressa do conceito de *“perda de bens”*, ainda que, como referem os mencionados Autores, *“a dê por adquirida”*, designadamente nos termos previstos nos artigos 109.º, n.º 1, e 110.º do Código Penal.

A nível supranacional, o conceito de perda de bens é definido em alguns instrumentos normativos. Designadamente, as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção³ e contra a Criminalidade Organizada Transnacional⁴ definem a *“perda de bens”* como a perda definitiva de bens, por decisão de um tribunal ou outra entidade competente.

No âmbito comunitário, a definição que tem vindo a ser adoptada nesta matéria é a constante do artigo 1.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, do Conselho, de 24.02.2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime e da Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI, do Conselho, de 06.10.2006, relativa à aplicação do princípio do

² A título meramente exemplificativo, temos, entre outros regimes especiais, os previstos:

- Na Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto, que aprovou o regime jurídico da emissão e execução de decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de Outubro, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda;
- Na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, prevendo nos seus artigos 7.º a 12.º-A a perda alargada de bens e no seu artigo 12.º-B a perda de instrumentos;
- Na Lei n.º 15/2001 (RGIT – perda de mercadorias, meios de transporte, aras e outros instrumentos relacionados com crimes fiscais e aduaneiros) – artigos 18.º a 20.º ;
- No DL n.º 28/84 (perda de bens relacionados com infracções antieconómicas e contra a saúde pública) – artigos 9.º, 46.º, 76.º;
- No DL n.º 15/93 (perda de objectos relacionados com o tráfico de estupefacientes) – artigos 35.º a 39.º;
- Na Lei n.º 109/2009 (perda de objectos no âmbito da Lei do cibercrime) – artigo 10.º;
- Na Lei n.º 5/2006 (perda e venda de armas apreendidas) – artigo 94.º;
- No DL n.º 422/89 (perda de objectos relacionados com o jogo ilegal) – artigos 116.º e 117.º;
- No Código da Propriedade Industrial – artigo 329.º e no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – artigo 201.º.

³ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 31/09 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007.

⁴ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004.

reconhecimento mútuo às decisões de perda, no seu artigo 2.º, al. c), que definem decisão de perda como *“uma sanção ou medida de carácter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma ou várias infracções penais, que conduza à privação definitiva de uma bem”*.

Já a Diretiva [2014/42/UE](#), do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03.04.2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia⁵, no seu artigo 2.º, n.º 4, define *“«Perda» como a privação definitiva de um bem, decretada por um tribunal relativamente a uma infracção penal”*.

Atentas as definições dos diplomas de aplicação supranacional acima referidos, bem como os elementos contidos na legislação nacional, perfilhamos o entendimento de HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES (*in obra citada*, pág. 169), segundo o qual *“(…) o instituto jurídico da perda de bens (...) caracteriza-se, no seu tradicional domínio de aplicação, pela privação definitiva de uma coisa ou direito, padecida pelo seu titular e derivada da sua vinculação ou relação com um facto típico e ilícito”*.

Citando GASCÓN INCHAUSTI⁶, os mencionados Autores explicam ainda que *“(…) como consequência da perda dos bens o Estado – ou outro ente público – passa a adquirir a titularidade do bem declarado perdido, em prejuízo do anterior titular, que fica privado daquela; nesse sentido, a privação da titularidade não é mais que uma parte do fenómeno mais amplo de transferência coactiva da titularidade de uma coisa ou direito”*.

Destarte, o referido fenómeno pode ser visto de duas perspectivas distintas, falando-se, assim, em **PERDA** na perspectiva de quem era proprietário dos bens (ablação) e em **CONFISCO** na perspectiva do Estado, que os adquire (aquisição).

1.2. Importância político-criminal do instituto da perda de vantagens

No seu artigo *“Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento ilícito)”* - *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 2, Abril-Junho 2011, págs. 267 a 321 - PEDRO CAEIRO refere, com pertinência para o que no presente trabalho se trata, o seguinte: *«Na medida em que o crime, para sê-lo, é expressão do ser livre que constitui o homem, todo o crime é uma auto-gratificação indesejada pela sociedade, que a proíbe através do seu instrumento mais poderoso em tempo de paz: o direito penal. Isso é evidente nos crimes dolosos, em que o agente sobrepõe conscientemente a realização do seu interesse ao bem comum, mas também se aplica aos crimes negligentes, porquanto o défice de cuidado que possibilita a materialização da conduta proibida incrusta-se ainda no desejo de prosseguir determinado interesse próprio (...). Tudo isto significa que o crime, por definição, compensa⁷, mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística. É precisamente por o crime ser, estruturalmente, compensação para o seu autor, que a lei procura levantar*

⁵ Disponível in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0042&from=PT>

⁶ Obra citada, pág. 169.

⁷ Destaque nosso.

obstáculos contra a sua prática – a cominação de penas (...). Deste modo, o risco de sujeição às penas cominadas – maxime a privação da liberdade – faz com que, na óptica do Estado, a potencial gratificação potenciada pelo crime seja anulada. Nesse contexto, o crime torna-se uma acção sem sentido e é legítimo esperar que desapareça. Porém, a experiência mostra que as coisa não se passam dessa forma e que essa expectativa continua, hoje como ontem, a frustrar-se com a prática de cada crime⁸».

Tal facto, ainda segundo CAEIRO, deve-se a três⁹ factores, dos quais destaca-se, para o que aqui nos interessa, o último por ele enunciado, nestes termos: «(...) casos há em que a satisfação do infractor relativamente à compensação trazida pelo crime diverge daquela que o Estado supõe ao cominar as penas: a sujeição à pena pelo facto (...) não anula o sentimento de compensação material trazida pelo crime. Nesta óptica, a pena funciona como um custo, e tão só eventual, de um benefício económico».

Acontece, todavia, que a eliminação de tal benefício se encontra ao alcance do Estado, sendo a estas situações que se faz referência quando se relaciona a perda de vantagens com o brocardo “o crime não compensa”, que tem subjacente um conteúdo normativo: **o crime não deve compensar**.

E é precisamente aqui que se percepção a actualidade e pertinência das palavras proferidas pela Procuradora-Geral da República na cerimónia de abertura do corrente ano judicial, com as quais introduzimos o presente trabalho, “*O combate a uma criminalidade especializada, complexa e essencialmente focada no lucro não se basta com a imposição de uma pena aos respetivos agentes, mas reclama a remoção dos benefícios obtidos*”, na medida em que “*só assim se logrará asfixiar financeiramente os que encontram no crime a forma exclusiva de obter lucro*”.

EUCLIDES DÂMASO e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE, no artigo intitulado “*Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)*” (in *Julgare* online, 2009, pág. 1¹⁰), destacam que «*Nos Estados de Direito a questão da recuperação de activos está hoje na ordem do dia. É por aí sobretudo e menos pela tradicional infligência de sanções limitativas da liberdade que se pretende afirmar a velha ideia de que o “crime não compensa”*».

Com efeito, a reacção penal tem estado tradicionalmente centrada na sanção a aplicar ao agente do crime, desprezando-se a perda dos bens e vantagens do crime, que tem surgido como consequência acessória e directamente relacionada com o facto ilícito.

⁸ Destaque nosso.

⁹ Segundo o Autor, «*O primeiro, e mais comum, consiste na percepção de um baixo risco de efectiva punição por parte do infractor, que naturalmente variará com o grau de probabilidade de punição objectivamente existente, mas que mantém, em relação a ele, uma certa autonomia (...). Em outros casos, a satisfação pessoal com o crime, que pode até ser sentida pelo infractor como um dever moral, atinge um grau elevadíssimo, sendo impossível desmotivá-lo através da cominação de um mal – uma compensação imponderável, que nenhuma acção pública pode eliminar. (...)*»

¹⁰ Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>

Todavia, o combate às novas formas de criminalidade, designadamente da criminalidade de expressão económica, justifica que se coloque também um particular e necessário enfoque na perda ou confisco dos instrumentos, bens, produtos ou vantagens gerados pela actividade criminosa, designadamente na vertente da clássica perda directa, mas não só.

Só centrando uma redobrada atenção na privação aos criminosos dos bens, serviços e avultados benefícios que a actividade criminosa lhes proporcionam, se poderá dar corpo à velha máxima de que “*o crime não compensa*”. É que, como bem nota JOÃO CONDE CORREIA¹¹, “(...) condenar o arguido e, ao mesmo tempo, permitir que ele conserve intactos todos os proventos do crime será, como continua a suceder demasiadas vezes na nossa prática quotidiana, uma incongruência, que a comunidade, em nome de quem a justiça é feita, não compreende, nem pode aceitar”.

É, pois, dever do Estado garantir que o crime não compensa o respectivo autor, mobilizando, para o efeito, todos os instrumentos legais previstos no ordenamento jurídico pátrio, sendo absolutamente crucial uma actuação eficaz do Ministério Público neste domínio.

1.3. Finalidades e natureza jurídica

Do que acima ficou exposto resulta que o instituto da perda clássica de vantagens do crime previsto no Código Penal tem na prevenção geral e especial, a sua finalidade primária, na medida em que os agentes de crimes devem ser privados de todos os proventos obtidos com as actividades por eles desenvolvidas (*o crime não deve compensar*).

Dito de outro modo, o objectivo principal do instituto é corrigir a situação patrimonial ilícita originada no facto ilícito típico, removendo todo e qualquer benefício patrimonial que o agente obtenha, colocando-o na situação patrimonial em que estaria se não tivesse praticado o facto ilícito típico.

E é em atenção às suas finalidades preventivas que a perda “clássica” de vantagens vem sendo definida na doutrina¹² e na jurisprudência, no que respeita à sua natureza jurídica, como uma “*providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança*”.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (in “*Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição Actualizada, 2015, pág. 460), refere mesmo que «*A perda de vantagens (fructa scleris) é exclusivamente determinada por **necessidades de prevenção**. Não se trata de uma pena acessória, porque não tem relação com a culpa do agente, nem de um efeito da condenação, porque também não depende de uma condenação. Trata-se de uma **medida sancionatória***».

¹¹ “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, in *Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses - IC3F, N.º 1, ASFIC / PJ, Outubro de 2017, pp. 48 e 49.*

¹² Contra, na doutrina, por exemplo, Pedro Caeiro, in estudo citado, pág. 308, refere ser preferível falar numa reacção penal de “*tertium genus*”, em que se exige apenas um concreto facto ilícito típico e a existência de vantagens com ele obtidas.

análoga à medida de segurança, pois baseia-se na prevenção do perigo da prática de crime, “mostrando ao agente e à generalidade que, em caso de prática de um facto ilícito típico, é sempre e em qualquer caso instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito decorrente do objecto” (...)». FIGUEIREDO DIAS, in *“Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime”*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 4.ª Reimpressão, 2013, págs. 629 a 638, tem o mesmo entendimento.

Na jurisprudência, veja-se, a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25.09.2019, proc. n.º 964/15.0IDPRT.P1, relatado pelo Desembargador Jorge Langweg, disponível in www.dgsi.pt, cujo sumário reza o seguinte: *“I - O instituto da perda de vantagem do crime constitui uma medida sancionatória análoga à medida de segurança, com intuítos exclusivamente preventivos; (...) III - Tanto a doutrina como a jurisprudência consideram que a perda de vantagens do crime constitui instrumento de política criminal, com finalidades preventivas, através da qual o Estado exerce o seu ius imperium anunciando ao agente do crime, ao potencial delinquent e à comunidade em geral que nenhum benefício resultará da prática de um ilícito.(...)”*. O mesmo entendimento é defendido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.06.2019, proc. n.º 2706/16.3T9FNC.L1-5, relatado pelo Desembargador Cid Geraldo, também disponível in www.dgsi.pt.

O instituto da perda de vantagens é, pois, caracterizado por uma função eminentemente preventiva, que se manifesta em diversos sentidos, quer pelo afastamento da situação de perigo para a comunidade que eventualmente resulte do objecto, quer pelo desincentivo do comportamento criminoso que tem no lucro a sua principal finalidade.

No entanto, como também assinalam HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES, (in obra citada, pág. 172), o sobredito instituto *“encontra ainda justificação em factores que transcendem a sua estrita conexão/vinculação com o facto ilícito típico”*.

Assim e sufragando o defendido por EUCLIDES DÂMASO e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE (in obra citada, pág. 2), *“vai-se cimentando a ideia que a perda ou confisco serve três objectivos: o de acentuar os intuítos de prevenção geral e especial, através da demonstração de que o crime não rende benefícios; o de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes, propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime; e o de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas actividades empresariais”*.

2. Enquadramento normativo

O regime da perda de vantagens do crime objecto deste trabalho é o regime geral, clássico, regulado no Código Penal, designadamente, nos seus artigos 110.º a 112.º-A, na redacção dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio, que transpôs para a ordem jurídica interna a já aludida 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.

Assim, sob a epígrafe “**Perda de produtos e vantagens**”, estatui o artigo 110.º do Código Penal o seguinte:

“1 – São declarados perdidos a favor do Estado:

a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e

b) As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem.

2 – O disposto na alínea b) do número anterior abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem.

3 – A perda dos produtos e das vantagens referidos nos números anteriores tem lugar ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado.

4 – Se os produtos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados 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, com os limites previstos no artigo 112.º-A.

5 – O disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

6 – O disposto no presente artigo não prejudica os direitos do ofendido”.

2.1. Pressupostos da perda de vantagens

Pressupostos da perda de vantagens são a **prática de um facto ilícito típico** e não de um crime (enquanto facto típico, ilícito, culposo e punível) e **a existência de proventos económicos**.

A desnecessidade da verificação de um crime para a declaração da perda de vantagens resulta expressamente da letra da lei, que, para além de fazer referência a “*vantagens de facto ilícito típico*” (cfr artigo 110.º, n.º 1, al. b), do Código Penal), prevê ainda, de forma inquestionável, a possibilidade de a providência ser decretada “*ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz*” (cfr artigo 110.º, n.º 5, do mesmo diploma legal).

Desta forma, o confisco pode ter lugar mesmo que o agente seja inimputável. Com efeito, como bem ensina, FIGUEIREDO DIAS, in obra citada pág. 636, “(...) seria absolutamente contrário à finalidade da providência que ela não tivesse lugar só porque o agente é inimputável ou, sendo imputável, actuou sem culpa. Ainda nestes casos, o benefício resultante de um facto ilícito típico deve ser anulado e a ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito restaurada (...). Do exposto resulta que a perda de vantagens não tem de possuir qualquer correlação com a culpa ou com a sua medida. Mas já a tem de ter, através do

*princípio da **proporcionalidade**¹³, com a gravidade do ilícito típico cometido. Trata-se aqui, pois, de mais um pressuposto (jurídico-constitucionalmente imposto e, por conseguinte, irrenunciável) de aplicação da perda de vantagens: verificada judicialmente a desproporcionalidade, a perda de vantagens ou não pode ser decretada ou só poderá sê-lo relativamente a uma(s) da(s) vantagem(ns) que ainda conserve(m) a proporção com a gravidade do ilícito típico cometido”.*

Para HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES¹⁴, o fundamento da medida de confisco “(...) perspectivada na óptica do regime geral, previsto no Código Penal, assenta (...) na existência de uma vinculação entre o bem declarado perdido e um determinado facto ilícito típico”. Esta vinculação poderá assumir várias formas. Assim, existe vinculação para estes efeitos (...) quando estejam em causa as vantagens do facto ilícito típico ou mesmo quando a vinculação é meramente indirecta, ou seja, quando se trata de um bem adquirido com o dinheiro resultante do produto (leia-se, vantagem) do crime”.

De notar que, entre outras coisas, é na prática de *um facto ilícito típico* que radica a maior diferença entre o regime geral de perda de vantagens previsto no Código Penal e os diferentes regimes especiais de perda de vantagens regulados em legislação extravagante.

Efectivamente, enquanto que no primeiro regime se estipula que são declaradas perdidas a favor do Estado as recompensas dadas ou prometidas aos agentes de *um facto ilícito típico*, bem como as vantagens obtidas através de *um facto ilícito típico*, nos regimes especiais exige-se a prática pelo agente de *uma infração prevista no diploma corresponde*.

Tal significa, como bem referido no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08.11.2017, proc. 326/16.1JACBR.C1, relatado pelo Desembargador Orlando Gonçalves e disponível in www.dgsi.pt, “(...) que enquanto no regime geral de perda de vantagens a culpa deixou de ser um pressuposto, podendo ser decretada a perda mesmo relativamente a factos ilícitos típicos praticados por inimputáveis (...)”, nos regimes especiais previstos em legislação avulsa, só poderá decretar-se essa perda quando estejam preenchidos todos os elementos constitutivos do tipo dos crimes a que respeitam esses diplomas, incluindo o facto culposos.

Os requisitos para a perda de vantagens a favor do Estado previstos no Código Penal são, pois, mais amplos do que os previstos nos diversos regimes especiais.

2.1.1. Casos de confisco não baseado na condenação

Conforme se aludiu acima, o Legislador nacional previu expressamente a possibilidade da perda de vantagens ser decretada “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado

¹³ No sentido de que a perda de vantagens deve ser decidida pelo tribunal de acordo com o princípio da proporcionalidade também se pronunciou o TEDH no acórdão de 13.05.2014, referente ao caso Paulet v. Reino Unido. Também perfilhando o mesmo entendimento, Paulo Pinto de Albuquerque, in obra citada, pág. 462.

¹⁴ Obra citada, pág. 171.

contumaz” (cfr artigo 110.º, n.º 5, do Código Penal). Tal circunstância encontra justificação na natureza do instituto da perda de vantagens, já abundantemente referida neste trabalho.

Uma vez que o confisco tem finalidades preventivas (nos termos mais bem explanados no subcapítulo 1.3, aqui dados por reproduzidos), destinando-se, igualmente, a restituir o património do agente ao *status* patrimonial anterior à prática de um facto ilícito típico, pode, por isso, existir independentemente de uma condenação. É o que resulta da Lei.

Na verdade, o sistema nacional de confisco contém, desde o Código Penal de 1982, na versão anterior a 1995, vários exemplos¹⁵ de confisco não baseados na condenação.

Com a transposição da Diretiva 2014/42/EU, o Legislador cuidou de reforçar esses casos, mantendo e alargando a cláusula geral e especificando duas situações de confisco não baseado na condenação: a morte e a declaração de contumácia.

Sem prejuízo, poder-se-á questionar, se uma maior segurança jurídica não aconselharia a enunciação de um maior número de casos admissíveis de perda de vantagens não baseada na condenação, designadamente, a amnistia¹⁶, a prescrição, as imunidades, entre outros.

Fica a questão.

2.2. Do conceito de vantagens do facto ilícito típico

O artigo 110.º do Código Penal acima transcrito faz referência a perda de produtos e de vantagens de facto ilícito típico, mas só estas últimas nos interessam e nos ocupam no presente trabalho.

A Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio, à qual se deve a redacção actual do artigo 111.º do Código Penal, transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 2014/42/EU, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Tal Directiva, no seu artigo 2.º, define «**Produto**», como sendo “*qualquer vantagem económica resultante, directa ou indirectamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto directo assim como quaisquer ganhos quantificáveis*”.

Sucedo, todavia, que a mencionada Lei n.º 30/2017 não seguiu a definição de vantagem do crime constante da Directiva 2014/42/EU, tendo o Legislador português optado pela seguinte definição de vantagem “*todas as **coisas, direitos ou vantagens** que constituam vantagem económica, directa ou indirectamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem*”

¹⁵ Veja-se, por exemplo, a redacção do artigo 107.º, n.º 2, do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, segundo a qual “*a perda dos objectos tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada*”.

¹⁶ Cfr. AC. de Fixação de Jurisprudência n.º 6/1995¹⁶, de 19/10, proc. 04349, relatado pelo Conselheiro Lopes Pinto, disponível in www.dgsi.pt, que fixou jurisprudência no sentido de que “*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*”.

(artigo 110.º, n.º 1, al. b), do Código Penal), incluindo ainda “(...) a recompensa dada ou prometida aos agentes do facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem” (cfr n.º 2 do sobredito preceito).

Procedendo à clarificação conceitual entre produto e vantagem do crime, FIGUEIREDO DIAS (in obra citada, pág. 618), explica que “ao contrário do que costuma pensar-se, «produto» não se identifica com vantagens retiradas do crime, mas com objectos criados ou produzidos pela actividade criminosa. Assim, por exemplo, os objectos furtados ou a soma obtida com a burla não consubstanciam «o produto» em sentido técnico (...); antes se trata ali de «vantagens» (...). O conceito de produto abarca, ao invés, a moeda contrafeita, o documento falsificado, a arma fabricada em violação das regras ou autorizações legais, etc. Nestes casos, a vantagem (...) consistirá no enriquecimento patrimonial conseguido com a respectiva venda ou utilização”.

Atenta a actual redacção da Lei, esta distinção dos dois conceitos mantém a sua importância prática.

No sentido amplo, defendido por FIGUEIREDO DIAS¹⁷, “os «objectos» em que a vantagem se traduza podem aqui assumir tanto a forma de **coisas** como a de **direitos** e, inclusivamente, a de **benefícios de uso** ou a de **evitação de dispêndios** (...). V.g., a utilização de um automóvel como fruto de corrupção constitui «vantagem» (...)” para efeito do disposto no artigo 110.º, n.º 1, al. b) e n.º 2, do Código Penal.

Nas doutas palavras do Desembargador da Relação do Porto Paulo Rocha¹⁸, «(...) Vantagem (...) será tudo aquilo com que, (...) o autor do facto ilícito típico criminal se locupleta indevidamente por ter praticado esse ilícito criminal e que possa ser economicamente avaliado (...)».

Assim, a perda de vantagens inclui todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime, quer haja vítima, quer não a haja.

Dito de outro modo, a perda de vantagens abrange tudo o que o agente não teria obtido se não fosse o facto ilícito típico por si praticado.

Ora, resulta expressa e inequivocamente da redacção do artigo 110.º do Código Penal, introduzida pela já aludida Lei n.º 30/2017, que as vantagens resultantes de facto ilícito típico passíveis de ser declaradas perdidas a favor do Estado são:

- a) As **DIRECTAS [artigo 110.º, n.º 1, al. d) e n.º 2]**, entendendo-se como tal as próprias coisas ou montantes imediatamente obtidos com o facto ilícito. A título exemplificativo, podem-se indicar:

¹⁷ Obra citada, pág. 633.

¹⁸ Na sua declaração de voto vencido, constante do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.04.2019, proc. 1325/17.1T9PRD.P1, relatado pela Desembargadora Élia São Pedro, disponível in www.dgsi.pt.

- As coisas ou montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património;
- A vantagem, patrimonial ou não patrimonial, recebida na corrupção;
- As quantias recebidas pela venda de produto estupefaciente;
- A quantia entregue ao correio de estupefacientes como pagamento;
- O imposto devido e não pago;
- O valor que deveria ter sido despendido com a realização dos actos de licenciamento necessários à realização de uma obra;
- O valor que deveria ter sido despendido na realização de uma obra exigida pela legislação de ordenamento de território.

As vantagens directas incluem a recompensa, podendo esta ser entendida como aquilo que compensa, ou premeia, o crime. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 110.º, n.º 2, do Código Penal, considera-se ainda como vantagem *“a recompensa dada ou prometida a agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem”*.

Como explanado no já mencionado acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08.11.2017, *“A expressão «recompensa dada ou prometida» tem um sentido amplo, de qualquer vantagem dada ou prometida aos agentes do facto ilícito típico. A recompensa é, assim, como que uma subespécie dentro das vantagens. (...)”*, sendo que *“não resulta minimamente do texto legal que a perda da recompensa prometida aos agentes de um facto ilícito típico apenas deve ser declarada perdida a favor do Estado se ficar provado que os promitentes tiveram na sua posse a recompensa prometida”*.

- b) As **INDIRECTAS ou MEDIATAS [artigo 110.º, n.º 1, al. d), 2.ª parte]**, ou seja, aquelas que resultam do reinvestimento das vantagens directas, aqui incluindo-se, por exemplo:
- Juros, lucros e outros acréscimos obtidos com as vantagens directas;
 - Prémios de jogo obtidos através da utilização do dinheiro da vantagem directa.
- c) Os **SUCEDÂNEOS DAS VANTAGENS DIRECTAS [artigo 110.º, n.º 1, al. d), 1.ª parte]**, isto é, as coisas ou direitos obtidos mediante transacção ou troca com as vantagens directas (ou seja, as coisas que passaram a ocupar o lugar das vantagens directas).
- Nesta situação, por exemplo, o automóvel ou habitação adquiridos com os montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património.

Se qualquer das vantagens acima mencionadas não puderem ser apropriadas em espécie (o que se verificará, por exemplo, nos benefícios retirados do uso, na poupança de gastos que não se tiveram ou ainda quando o agente escondeu, destruiu ou perdeu a coisa), **deve ser ordenada a perda do sucedâneo em valor**, ou seja, o confisco é substituído pelo pagamento

ao Estado do correspondente valor da vantagem – é o que resulta do disposto no n.º 4 do artigo 110.º do Código Penal.

Tal possibilidade encontra explicação nas finalidades do confisco: o Estado não pode ficar dependente da maior ou menor capacidade do agente para esconder ou transferir as vantagens obtidas com o facto ilícito típico.

Aquele que esbanjou todas as vantagens obtidas com o facto ilícito típico não deve ser beneficiado face àquele que as colocou no banco.

Daí a importância do confisco do valor, nos casos em que o confisco em espécie não se mostre possível.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*in obra citada*, pág. 462), refere que também será este o caso “(...) se o agente transaciona o objecto com terceiro e o objecto passa a estar legitimamente na posse do terceiro. Por exemplo, se o arguido adquiriu, por valor muito abaixo do mercado, a propriedade de um prédio urbano em consequência de uma burla e posteriormente vendeu o prédio a terceiros, toda a vantagem patrimonial adquirida (todo o valor do enriquecimento do arguido) deve ser declarada perdida e o arguido condenado no pagamento do respectivo valor patrimonial ao Estado”.

A substituição por pagamento do sucedâneo abarcará ainda “(...) as recompensas dadas e, mesmo as recompensas prometidas (...)”, devendo o seu cálculo fazer-se “(...) de acordo com o valor de mercado da coisa, posição ou vantagem dada ou prometida, à data da aquisição da recompensa”.¹⁹.

Assim sendo, tanto pode haver **confisco das vantagens em espécie** (sejam elas directas - incluindo as recompensas dadas ou prometidas; indirectas ou correspondentes ao sucedâneo das directas) como **confisco do valor das vantagens**, quando o primeiro não seja possível, por qualquer motivo.

Mas, independentemente de virmos a estar perante um confisco das vantagens em espécie ou um confisco do valor das vantagens, a principal ideia a reter é a de que verificando-se a prática de um facto típico ilícito de que resultaram vantagens de qualquer dos tipos acima identificados para o seu autor (ou participante), **deve ser obrigatoriamente ordenado** o confisco das mesmas (sem prejuízo pelos direitos do ofendido), em obediência ao estatuído no artigo 110.º, n.º 1, do Código Penal que é, assim, **uma norma imperativa**.

Tal significa que, nessas situações, a promoção do confisco dos proventos do crime é obrigatória para o Ministério Público.

¹⁹ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, obra citada, pág. 462.

2.3. Beneficiário da vantagem – o “visado” do confisco

A perda de vantagem só é decretada contra os agentes do facto ilícito típico (autores e/ou participantes), e não contra terceiros. Esta a regra geral, que resulta do artigo 111.º, n.º 1, do Código Penal.

Como explicam HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES (obra citada, pág. 171), “(...) a perda de bens encontra-se justificada pela vinculação entre o titular do bem declarado apreendido e a actividade criminosa punida”.

De acordo com o exemplo padrão, “o titular do bem declarado perdido é o próprio agente (...)” ou participantes do facto ilícito típico.

Por exemplo, em caso de co-autoria, se for possível determinar com precisão a vantagem que cada um co-autor obteve para si, cada um ficará responsável pela sua parte (a confiscar em espécie ou valor, conforme o que se relevar possível).

Se não for possível fazer essa determinação precisa, a responsabilidade dos co-autores será, então, solidária (cfr. artigo 497.º do Código Civil – responsabilidade civil por factos ilícitos; e artigo 514.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Todavia, importa ter presente que nem sempre se verifica o tal exemplo padrão em que o titular do bem a confiscar seja o próprio agente do facto ilícito típico.

Na verdade, ainda como explicam os sobreditos Autores, “(...) por vezes o bem já saiu da esfera do agente e se encontra em poder de terceiros, ou foi directamente apreendido com estes”. Nestas situações, a admitir-se a declaração de perda de bens de terceiros, o limite reside “(...) na protecção **dos terceiros de boa fé**, ou seja, daqueles que, não sendo de qualquer forma agentes do facto ilícito típico, tenham adquirido os bens com total desconhecimento do seu carácter ilícito e sem que a sua actuação possa ser considerada censurável, ou seja, sempre que desconheçam, não devendo conhecer a vinculação entre o bem e o facto típico ilícito concreto ou uma anterior actividade criminosa”²⁰.

Tal é o que resulta do artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 2014/42/UE e que foi acolhido no artigo 111.º, n.ºs 1, 2, e 4, do Código Penal.

Assim, só “(...) será possível declarar perdidos a favor do Estado os bens que estejam em poder de terceiros” onde não se verificam as condições acima referidas, “ou seja, onde os terceiros não estejam de boa fé”.

E é precisamente quanto a estes casos que, se prevê no n.º 2 do artigo 111.º do Código Penal, **as situações excepcionais em que é possível confiscar bens de terceiros**, a saber:

- Quando o terceiro tiver contribuído, de forma censurável, para a prática do crime, ou do facto tiver retirado benefícios;
- Quando o terceiro conhecia ou devia conhecer a sua proveniência ilícita; ou

²⁰ HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES, obra citada, pág. 172.

- Quando os bens tiverem sido transferidos para terceiro com a finalidade de não ser declarada a sua perda (simulação).

Também esta perda pode ser substituída pelo valor se não se puder concretizar a apropriação em espécie (cfr. artigo 111.º, n.º 3, do Código Penal).

2.4. Compatibilização do confisco de vantagens do facto ilícito típico com os direitos do ofendido

Conforme acima se aludiu, sempre que verificados os respectivos pressupostos – *prática de facto ilícito típico e existência de proventos económicos dele decorrentes* – o confisco de vantagens é **obrigatório**, não ficando a sua promoção e declaração dependente da vontade de qualquer indivíduo, *maxime* do lesado.

Mais uma vez, tal circunstância encontra explicação na natureza jurídica e nas finalidades essencialmente preventivas do confisco, que não poderão ser prejudicadas pela inércia do lesado ou pela hipotética acção autónoma (civil ou tributária).

Não obstante, o confisco não prejudica os direitos do ofendido, como expressamente decorre do previsto no artigo 110.º, n.º 6, do Código Penal.

Por conta disso, coloca-se a questão de saber como compatibilizar o confisco de vantagens com os direitos do ofendido.

Pronunciando-se sobre a questão, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.04.2019, proc. 1487/17.8T9FNC.L1-9, relatado pelo Desembargador Almeida Cabral, disponível in www.dgsi.pt, foi no sentido de que: «A redacção do artigo 110.º do Código Penal atesta inequivocamente, que toda e qualquer vantagem patrimonial obtida por meio de prática de facto ilícito típico, possa e deva ser declarada perdida a favor do Estado; **A lei não erigiu nos requisitos do preenchimento deste instituto, a dedução de pedido de indemnização civil ou a falta dele, ou a existência de um título executivo prévio, como pressupostos negativos, e assim, uma vez reunidos os pressupostos legais elencados na norma sob destaque, deve o confisco ser decretado pelo Tribunal (...). A norma não permite leituras ambíguas, sendo literalmente assertiva, inequívoca e imperativa, bastando verificar que o artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal permite facilmente constatar o modo como o legislador separou o confisco do pedido de indemnização civil; Se inexistir pedido de indemnização civil, este for improcedente, ou referente a valor inferior à vantagem patrimonial, nem assim a inércia do lesado impedirá que o crime não compense para o seu agente, pois neste circunstancialismo acciona-se o segundo pressuposto, de determinação do confisco nos termos do artigo 110.º do Código Penal (a vantagem patrimonial, sendo o primeiro o facto antijurídico); Os dois institutos não conflituam nem se excluem entre si. O confisco visa, sempre, independentemente da dedução, ou não, de pedido de indemnização civil ou da eventual execução de um qualquer título, evitar que o agente retire quaisquer dividendos da sua acção criminosa, mesmo quando estes vão além do real e efectivo prejuízo da vítima, precavendo-se, também assim, as finalidades de prevenção geral e especial, não podendo**

existir em circunstância alguma, uma “vantagem patrimonial” para o agente infractor. Assim a declaração de perdimento prevista no artigo 110.º do Cód. Penal pode, sempre, ter lugar, independentemente da formulação, ou não, de pedido de indemnização civil ou da existência de qualquer título executivo, sendo que o confisco apenas operará na medida e na parte em que houver interesse útil, compatibilidade entre todos os institutos e não se traduza numa dupla “penalização” para o agente (...)».

Também no já supra referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.09.2019²¹, em que se adoptou idêntica posição, se refere, com pertinência para o que aqui nos ocupa que **«(...) A reserva constante do n.º 6 do citado artigo 110.º C.P., em benefício dos direitos dos ofendidos (...), não lhes concede poderes derogatórios das medidas dessa natureza aí previstas, significando apenas que, concorrendo a execução do pedido de indemnização civil com a do valor da perda de vantagens prevalecerá a primeira delas, remetendo-nos para uma fase de tramitação posterior, em que já estão atribuídos e devidamente delimitados quer os valores da indemnização do ofendido ou de terceiro e o da perda de vantagens que, como é bom de ver, poderão nem sequer ser inteiramente coincidentes (...). O direito ao pedido de indemnização civil não pode contender ou substituir o direito de o Estado ser de imediato reintegrado na sua esfera patrimonial com os bens/direitos/vantagens que lhe foram subtraídos com a prática do crime. Não há qualquer incompatibilidade entre o requerimento ou promoção de perda de vantagens formulado pelo Ministério Público e o pedido de indemnização civil cuja apresentação caberia à Segurança Social»**.

Destarte, havendo necessidade de **compatibilizar os interesses do Estado com os do ofendido/lesado, pode-se avançar as seguintes soluções práticas:**

- a) Se as vantagens constituírem **coisas/objectos que pertencem ao lesado e que foi possível recuperar** (vantagens em espécie) (v.g., as coisas furtadas ou roubadas):
 - ✓ Devem ser restituídos ao lesado (artigo 186.º, n.º 1, do CPP).
 - ✓ Se com isso o agente for colocado na situação em que estaria sem o facto ilícito típico, nada mais há a fazer.
 - ✓ Se as vantagens forem superiores ao prejuízo causado ao lesado, há que confiscar o valor do excesso.

- b) Se **não foi possível recuperar esses bens ou seu sucedâneo, há que confiscar o seu valor** (artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal):
 - ✓ Se o lesado não deduziu pedido de indemnização cível, deverá sempre haver confisco pelo valor;
 - ✓ Se o lesado deduzir PIC, deverá na mesma haver confisco pelo valor, mas o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, as vantagens declaradas perdidas a favor do Estado ao abrigo dos artigos 110.º e 111.º, **incluindo o valor** a elas correspondente ou a receita gerada pela sua venda (artigo 130.º, n.º 2, Código Penal).

²¹ Proc. 2706/16.3T9FNC.L1-5, relatado pelo Desembargador Cid Geraldo, disponível in www.dgsi.pt.

2.4.1. O caso especial em que o ofendido é o próprio Estado, nomeadamente, quando estão em causa crimes fiscais e contra a Segurança Social

Questão mais controvertida tem sido a da compatibilização do confisco das vantagens com a pretensão do Estado enquanto ofendido nos crimes fiscais e contra a Segurança Social.

A celeuma maior prende-se com saber se ao Estado-ofendido será admissível (ou não) recorrer simultaneamente ao confisco de vantagens, ao pedido de indemnização civil e à execução fiscal.

Uma breve pesquisa dos arestos proferidos (muitos deles, recentemente) pelos nossos tribunais superiores evidencia a divisão que reina na jurisprudência quanto aos distintos entendimentos a adoptar neste particular.

Vejamos alguns casos, a título meramente exemplificativo.

Assim, pugnando **pela INCOMPATIBILIDADE entre o confisco de vantagens e a pretensão do Estado enquanto ofendido nos crimes fiscais ou contra a Segurança Social:**

- 1 – No acórdão proferido em 23.11.2016, no proc. 905/15.4IDPRT.P1²², relatado pelo Desembargador João Pedro Nunes Maldonado, foi decidido pelo Tribunal da Relação do Porto²³ que “(...) A perda de vantagens não pode prejudicar o direito de reparação do património do titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação e que sofreu danos ocasionados pelo facto ilícito típico. Nos casos em que a perda de vantagens corresponda à obrigação de indemnização civil decorrente da prática do facto ilícito típico apenas pode ser decretada se o titular dos danos causados pelo mesmo se desinteressar pela reparação do seu direito. Não pode ser decretada a pena de perda de vantagens (quantia correspondente ao IVA apropriado pelo arguido) nos casos em que a Autoridade Tributária e Aduaneira comunicou ao M^ºP^º que não pretendia deduzir pedido de indemnização civil por considerar suficiente os meios legais previstos para a execução fiscal da vantagem”.

²² Disponível in www.dgsi.pt.

²³ Também pugnando pela incompatibilidade entre o confisco de vantagens e a pretensão do Estado-ofendido, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.04.2019, proc. 1325/17.1T9PRD.P1, relatado pela Desembargadora Élia São Pedro, adoptou uma posição, no mínimo interessante sobre vários aspectos do regime da perda de vantagens, decidindo o seguinte: «O regime jurídico da perda de vantagens não justifica que sejam declaradas perdidas a favor do Estado vantagens que efetivamente não existiram, nem justifica declarações de perda meramente intimidatórias e sem utilidade prática. (...) Só existe vantagem quando o agente vê o seu património aumentado para além, e na medida do excesso, do valor não entregue à Segurança Social e não abrangido pela condenação no pedido de indemnização civil. No mencionado acórdão é apresentada uma extensa fundamentação para justificar a decisão proferida. Por conta das limitações inerentes à elaboração do presente trabalho, não nos será possível apresentar aqui a referida fundamentação, mas sugerimos vivamente a sua leitura, atentas as posições aí defendidas quanto a vários aspectos do regime da perda de vantagens (nomeadamente, o conceito de vantagens pra efeito de confisco e a interpretação do disposto no artigo 110.º, n.º 6, CP, entendidos sufragar) e que podem ter interesse para o estudo do tema em causa neste trabalho.

2– O Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão proferido em 07.11.2019, proc. 43/17.5IDFUN.L1-9, relatado pela Desembargadora Filipa Costa Lourenço, disponível in www.dgsi.pt, foi no sentido de que «A declaração de perdas das vantagens patrimoniais nos crimes fiscais (art.ºs 105.º e ou 107.º do RGIT) ao abrigo do art.º 110.º, n.º 1, b) e n.º 4, do C.P. não pode ser considerada como “ automática ” (dispensando-se neste caso até o pedido pelo MºPº), pois, a vingar, estar-se- ia, em situações pontuais a beneficiar o lesado Estado que ficaria com um leque, diremos multidisciplinar, de títulos executivos para poder ser ressarcido, quando até de outros já lançou mão como por exemplo o ter deduzido pedido cível, ou deter o competente título executivo relativa à dívida fiscal (...) Daí que a declaração de perdimento prevista no artigo 110.º do Código Penal não possa, sempre, ter lugar, independentemente da formulação, ou não, de pedido de indemnização civil ou da existência de qualquer título executivo, ou acção executiva em curso, sendo que temos por entendimento que o confisco apenas operará na medida e na parte em que houver interesse útil, compatibilidade entre todos os institutos e que nunca se poderá traduzir numa dupla “ penalização ” para o agente; Nos casos em que, nos crimes tributários, a vantagem corresponda integralmente à obrigação fiscal incumprida e à obrigação de indemnização civil decorrente da prática do facto ilícito típico, apenas pode e deve ser decretada a sua perda se o titular dos danos causados pelo mesmo (a Autoridade Tributária e Aduaneira) se desinteressar pela reparação do seu direito, casos que em a declaração de perda de vantagens, de forma necessária, proporcional e adequada, acautela as finalidades preventivas que a originaram».

O primeiro dos sobreditos acórdãos foi objecto de anotação assaz eloquente por parte de JOÃO CONDE CORREIA e HÉLIO RIGOR RODRIGUES, no artigo intitulado “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários” (in Julgar Online, Janeiro de 2017²⁴), cujos fundamentos sufragamos na íntegra.

O sobredito comentário é fértil nos argumentos a favor da compatibilidade entre o confisco de bens e a pretensão do Estado (AT) nos crimes tributários.

Citaremos alguns deles, começando por este: “(...) A letra do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal e, sobretudo, a sua conjugação com a letra e o espírito do artigo 130.º, n.º 2, do mesmo diploma legal (e, até, com o artigo 127.º, n.º 3, do CPP) não deixam margem para qualquer dúvida razoável. A obrigação de confisco é geral, sobrepondo-se à vontade egoística de qualquer indivíduo, mas salvaguarda, igualmente, os seus direitos, nomeadamente através da adjudicação dos bens declarados perdidos ou do produto da sua venda às vítimas”. (pág. 15). “(...) quando formula a sua pretensão confiscatória, o Ministério Público não sabe (na generalidade dos casos nem sequer pode saber) como é que o ofendido se vai comportar. Fazer depender essa aspiração da prévia comprovação do desinteresse do lesado (...) será, pois, na esmagadora generalidade dos casos, condenar o confisco ao fracasso: O Ministério Público não tem uma bola de cristal, não se pode imiscuir na autonomia individual e esta é por natureza volátil, podendo sofrer alterações com o passar do tempo. Para não prejudicar inalienáveis direitos de defesa (v.g. o contraditório) e a própria estrutura acusatória do processo penal, a pretensão confiscatória estadual terá que ser acionada antes, no momento em que, sem saber

²⁴ Disponível in <http://julgar.pt/o-confisco-das-vantagens-e-a-pretensao-patrimonial-da-autoridade-tributaria-e-aduaneira-nos-crimes-tributarios/>

como se vai comportar a vítima, deduz acusação. Esperar pela manifestação processual do desinteresse do ofendido será tarde demais. Quando deduz acusação o Ministério Público deve, sob pena de contradição, tratar a questão penal e a questão patrimonial. Ambas são essenciais ao completo exercício da ação penal”. (pág. 16).

Sobre a questão da multiplicidade de títulos executivos à disposição do Estado e que o colocaria numa eventual situação de benefício em relação aos outros ofendidos, referida em ambos os acórdãos supra indicados, os mencionados Autores explicam, com acerto, que “(...) *Justificar a rejeição da perda com a necessidade de evitar a proliferação de títulos executivos [artigo 535.º, n.º 2, al.º c), do CPC] subverte a política criminal definida pelo legislador, esquece as singularidades destes títulos e que esse problema é resolvido a montante, em sede de execução. O exequente não pode cobrar duas vezes a mesma quantia e, se o tentar fazer, deverá ser processualmente responsabilizado e o seu pedido indeferido. (...) É por isso mesmo, porque não pode ser executada duas vezes (sob pena de se modificar a natureza jurídica do confisco: em vez de colocar o arguido no status patrimonial anterior à prática do facto ilícito típico seria um mecanismo de redução do seu património lícito) que Jorge de Figueiredo Dias refere que, nesses casos, decretar o confisco poderá não ter utilidade. Da sua asserção não se pode, todavia, retirar que o confisco cessa quando existe um pedido de indemnização civil, mas apenas que «poucas serão as hipóteses em que a perda das vantagens poderá ser decretada utilmente». O que não significa, por exemplo, que não tenha já relevância (teórica) ou que não possa vir a ganhá-la no futuro (v.g. porque o título executivo já existente prescreveu, entretanto)”.* (obra citada, págs. 24 e 25).

Por seu turno, pugnano **pela COMPATIBILIDADE entre o confisco de vantagens e a pretensão do Estado enquanto ofendido nos crimes fiscais ou contra a Segurança Social, temos:**

- 1 – **O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31.05.2017**, proc. 259/15.9IDPRT.P1, relatado pela Desembargadora Lígia Figueiredo, também disponível in www.dgsi.pt, que considerou que «(...) *Os pressupostos legais da perda de vantagens são apenas o facto antijurídico e a existência de proveitos.; As medidas de carácter sancionatório como a perda de vantagem, ainda que devam constar da acusação, têm carácter irrenunciável, sem prejuízo do disposto no art.º 112.º CP.; **O facto de a A.T. ter ao seu dispor meios legais para ser ressarcida das quantias devidas, não é obstáculo à declaração de perda da vantagem patrimonial, porque: - existe autonomia entre a responsabilidade tributária e a responsabilidade civil originária na prática do crime; o decretamento da perda de vantagem não fica dependente do êxito ou não da cobrança tributária nem da dedução do pedido civil e a A.T apenas poderá ser ressarcida uma vez das quantias em dívida cuja génese é o incumprimento da prestação tributaria***».
- 2 – Do **mesmo Tribunal, o acórdão de 25.09.2019**, proc. 964/15.0IDPRT.P1, relatado pelo Desembargador Jorge Langweg, já citado neste trabalho, reiterou o entendimento adoptado no aresto proferido em 31.05.2017 supra aludido, considerando que quanto ao instituto da perda de vantagens do crime «(...) **Não é determinante da inviabilidade da sua efectivação a opção pela execução tributária ou a omissão de dedução de pedido de**

indenização civil; Tanto a doutrina como a jurisprudência consideram que a **perda de vantagens do crime constitui instrumento de política criminal, com finalidades preventivas, através da qual o Estado exerce o seu ius imperium anunciando ao agente do crime, ao potencial delinquente e à comunidade em geral que nenhum benefício resultará da prática de um ilícito; A vontade do ofendido a propósito da obtenção do ressarcimento devido não pode afectar o exercício do poder de autoridade pública subjacente ao instituto em causa; A circunstância de o ofendido ser o próprio Estado, dotado de mecanismos de ressarcimento coercivo bem mais amplos que os concedidos aos particulares, não pode justificar solução diversa, sob pena de colocar em crise o ius imperium manifestado no aludido instrumento de política criminal e os fins preventivos do direito sancionatório**; Os mecanismos de cobrança coerciva à disposição do Estado/Autoridade Tributária não deixam de estar sujeitos a determinados requisitos e condicionalismos, não havendo uma absoluta garantia de concretização do ressarcimento; Também eles não afastam a necessidade de fazer vingar os fins de prevenção prosseguidos pelo instituto de perda da vantagem patrimonial».

A propósito dos argumentos usados nos supramencionados arestos, JOÃO CONDE CORREIA e HÉLIO RIGOR RODRIGUES (in obra citada, págs. 25 a 27), chamam também atenção para o carácter imperativo do perda de vantagens, verificados que estejam os respectivos pressupostos, referindo, com pertinência para o estudo da questão aqui em apreço, o seguinte: «(...) Nos termos do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, «são também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie». Por isso mesmo, num processo penal orientando pelo princípio da legalidade (artigo 219.º da CRP), o Ministério Público deve promover e o juiz (reunidos os respetivos pressupostos legais, é claro) deve declarar perdidos a favor do Estado as vantagens decorrentes da prática do crime. **O confisco ainda faz parte do multiversum que constitui o exercício do ius puniendi estadual, não havendo aqui nenhum poder de oportunidade (ou discricionariedade) na sua declaração.** Tal como «quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão ...» (artigo 131.º do CP) «são também perdidos a favor do Estado ... as coisas, direitos ou vantagens» (artigo 111.º, n.º 2, do CP). Em ambos os casos, o legislador utiliza uma formulação imperativa, que, reunidos os demais pressupostos legais, deve desencadear a respetiva consequência legal. Ao contrário do pedido de indemnização civil, o Ministério Público não goza, assim, de qualquer discricionariedade na promoção da perda dos instrumentos, produtos, recompensas e vantagens decorrentes da prática do crime. A posição da autoridade tributária é irrelevante. O Ministério Público age por direito próprio, exercendo o ius puniendi estadual no interesse supra individual da comunidade e não em representação de qualquer vítima, cuja posição subjetiva não merece tutela processual. Se o objeto do processo for indisponível também o confisco será indisponível. (...) O confisco dos proventos do crime tem uma finalidade preventiva pelo que a omissão da sua declaração (...) frustra este propósito político-criminal e emite um sinal errado para a comunidade. É imprescindível que a sentença torne claro que o «crime não compensa». Se não for assim, se condenar o arguido, mas permitir que ele mantenha incólumes as vantagens da prática do crime, estará a transmitir à comunidade um sinal contraditório e incompreensível. O “verdictum” deverá, pelo menos, ter este valor declarativo insofismável,

fazendo ver a toda a comunidade quais as consequências da prática de crimes. Apesar da eventual inutilidade prática, o mero valor pedagógico da decisão não é despiciendo, não podendo ser esquecido. Para além deste efeito preventivo, o confisco tem ainda «subjacente uma necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente. Um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas, mesmo que estas não correspondam a um dano de alguém em concreto». Como dizia Sidónio Rito «o crime nunca é título legítimo de aquisição» e a melhor forma de o demonstrar é um veredictum judicial. Em ambos os casos, quer como mecanismo preventivo, quer como instrumento de profilaxia do enriquecimento ilícito, mais uma vez, está em causa o interesse público que não pode ser questionado pela simples possibilidade abstrata de prejudicar um interesse privado (que, afinal, como vimos, atento o regime consagrado no artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal e a impossibilidade de executar duas vezes a mesma quantia, nem sequer existe) (...)».

Também o Desembargador Paulo Rocha, na já aludida declaração de voto vencido apresentada no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.04.2019, proc. 1325/17.1T9PRD.P1, relatado pela Desembargadora Élia São Pedro, esclarece que “(...) mesmo que o Estado, na vertente tributária, demonstre que ou quer atuar sozinho ou não pretende reaver a quantia, na vertente penal a questão continua a ter interesse para que o agente (e a comunidade) entenda que não pode ter o agente qualquer benefício com a sua atuação ilícita. Se a AT/Segurança Social., como no caso, está interessada no ressarcimento da quantia ou então é deduzido pedido de indemnização civil, e também é efetuado um pedido de perda de vantagens, «apenas» há que apreciar as duas vertentes desse pedido. Pode haver uma repetição de finalidades – ressarcimento do lesado e restituição da situação patrimonial do agente do crime ao momento anterior à sua prática -, mas com natureza diferente sendo que a vertente cível não substitui a vertente criminal, ou seja, a finalidade da prevenção criminal (geral e especial) foi reservada pelo legislador ao instituto da declaração da perda de vantagens e não ao pedido de indemnização civil, ainda que este possa vir, na prática, a obter um resultado semelhante (...)”.

Sendo este o retrato das posições defendidas da jurisprudência quanto à questão, entendemos que o entendimento mais acertado e que maior correspondência tem com as finalidades e natureza jurídica do instituto da perda “clássica” de vantagens e com a letra da Lei é o espelhado nos acórdãos da Relação do Porto, de 31.05.2017 e de 25.09.2019, na anotação de JOÃO CONDE CORREIA e HÉLIO RIGOR RODRIGUES ao acórdão do TRP de 23.11.2016 e ainda no voto de vencido acima transcrito.

A mesma solução é, como vimos, defendida nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.09.2019 e de 04.04.2019, também supramencionados, quando afirmam, nomeadamente, que «Não há qualquer incompatibilidade entre o requerimento ou promoção de perda de vantagens formulado pelo Ministério Público e o pedido de indemnização civil cuja apresentação caberia à Segurança Social». ²⁵.

²⁵ De salientar que, quanto à admissibilidade de dedução do PIC em processo penal pela Segurança Social, nos crimes abuso de confiança, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2013, publicado em Diário da República, 1.ª série, n.º 4, 7 de janeiro de 2013, fixou jurisprudência no sentido de que

Assim, na esteira do defendido nos acórdãos acabados de elencar, e por JOÃO CONDE CORREIA e HÉLIO RIGOR RODRIGUES no artigo referido, cremos, em síntese, que na compatibilização entre o confisco de vantagens e a pretensão da Autoridade Tributária e da Segurança Social, quando estão em causa crimes fiscais ou contra a Segurança Social, poderão, salvo melhor entendimento, ser adoptadas as seguintes directrizes:

- ✓ O confisco de vantagens é obrigatório, não ficando dependente da vontade do lesado, seja ele o Estado, seja outra entidade – **este deve ser o princípio**;
- ✓ As finalidades do confisco, do pedido de indemnização civil e da execução fiscal são distintas;
- ✓ As finalidades preventivas do confisco não poderão ser prejudicadas pela inércia do lesado ou pela hipotética acção autónoma (civil ou tributária);
- ✓ Uma vez que o título executivo já existente pode prescrever ou pode haver oposição procedente por parte do executado, o confisco da vantagem (e, em consequência, as suas finalidades) não pode ficar dependente disso;
- ✓ Só não deve haver confisco se a execução fiscal já tiver terminado e a vantagem não for superior à quantia executada;
- ✓ O agente do facto ilícito típico nunca será executado duas vezes pela mesma quantia.

3. Prática e gestão processual

Nos termos do **Despacho da PGR n.º 3/2013**, encontram-se formuladas as seguintes instruções: “1- A par da investigação dos crimes, **os senhores magistrados do Ministério Público promoverão a localização, identificação e apreensão dos instrumentos e produtos do crime, das vantagens obtidas com a actividade criminosa e do património incongruente com o rendimento lícito dos agentes criminosos, e procederão à liquidação e à indicação na acusação, ou em momento posterior (nos casos previstos no artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro), dos bens e/ou dos valores que devam ser declarados perdidos a favor do Estado. (...) 3- Em especial, sempre que reunidas as condições legais previstas na Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, os senhores magistrados do Ministério Público deverão determinar a intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos para realização da investigação financeira e/ou patrimonial, e deverão suscitar a intervenção do Gabinete de Administração de Bens para a gestão dos bens ou produtos recuperados, apreendidos ou declarados perdidos a favor do Estado(...)**”.

«Em processo penal decorrente de crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, p. e p. no artigo 107.º, n.º 1, do R.G.I.T., é admissível, de harmonia com o artigo 71.º do C.P.P., a dedução de pedido de indemnização civil tendo por objecto o montante das contribuições legalmente devidas por trabalhadores e membros dos órgãos sociais das entidades empregadoras, que por estas tenha sido deduzido do valor das remunerações, e não tenha sido entregue, total ou parcialmente, às instituições de segurança social.»

3.1. A importância da investigação patrimonial e financeira

A perda das vantagens do crime, prevista no artigo 110.º do Código Penal, convoca necessidades específicas de investigação, formas e tempos, frequentemente pouco compatíveis com a velha questão principal da responsabilização criminal dos agentes do crime.

O direito substantivo criou, assim, novas necessidades processuais.

Para além de punir, tem que se procurar a anulação dos proventos do crime.

O que está em causa é, pois, uma necessária e exaustiva investigação patrimonial e financeira, com objectivos distintos da investigação criminal e, importa dizê-lo, com dificuldades técnicas acrescidas.

Identificar e recuperar os activos do crime, na posse dos seus agentes ou de terceiros não é tarefa fácil. Pelo que, sem uma investigação efectiva e eficiente, sustentada em meios humanos, financeiros e materiais adequados e complementada pelo imprescindível recurso às necessárias medidas cautelares, será improvável lograr resultados positivos e, nesta medida, o crime inevitavelmente continuará a compensar.

Conforme muito bem explica JOÃO CONDE CORREIA (*in obra citada*, pág. 55), “*Ainda que contemporâneas ou sobrepostas, as duas investigações (criminal e patrimonial/financeira) são distintas: num caso está em causa, como sempre esteve, investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as respetivas provas; no outro, está em causa identificar e recuperar os proventos desse crime (...), por forma a restituir o condenado ao status patrimonial anterior à sua prática, assim garantindo uma ordem patrimonial conforme ao direito. Devido a estas diferenças materiais, pode haver investigação criminal sem investigação patrimonial e financeira. Nas situações raras em que o crime não gerou nenhum produto, vantagem ou recompensa, (...), nada há para recuperar, pelo que também nada há para investigar. (...). Ao invés, no quadro legal actual, já não é possível desencadear uma investigação patrimonial e financeira sem uma investigação criminal prévia ou, pelo menos, simultânea (...)*”.

Ciente desta nova realidade politico-criminal, o legislador pátrio, através da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, criou na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA), ao qual atribuiu a competência para proceder à investigação patrimonial e financeira, independentemente da investigação criminal, que pode até estar delegada noutra OPC.

Assim, de acordo com a nossa lei, uma coisa será a investigação criminal, realizada no inquérito, segundo os cânones e com aquelas finalidades tradicionais e outra, bem distinta, será a investigação patrimonial ou financeira, a documentar em apenso próprio (cfr. artigo 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011), com objectivos novos e muito específicos.

Apesar de deter a competência exclusiva para as investigações patrimoniais e financeiras mais complexas, o GRA não atua de “*motu*” próprio ou, sequer, a impulso do órgão de polícia criminal competente para a investigação criminal.

Na base da sua intervenção está sempre uma solicitação do Ministério Público (cfr. artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011).

Enquanto “dominus” da investigação criminal, o Ministério Público é também “dominus” da investigação patrimonial e financeira, que, aliás, e acessória da primeira, jamais podendo existir sem ela.

O GRA actua sob a direcção do Ministério Público e na sua dependência funcional (cfr. artigo 56.º do CPP), não obstante a sua independência técnica e tática (cfr. artigo 2.º, n.ºs 5 e 6, da Lei da Organização da Investigação Criminal²⁶).

De tudo o que se acaba de dizer decorre, em termos práticos, que resultando da notícia do crime ou, de forma mais segura, das primeiras diligências realizadas num inquérito, que do facto ilícito típico em investigação resultaram vantagens patrimoniais para os seus autores (ou os terceiros referidos no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal), o Magistrado do Ministério Público titular do processo deve verificar se se está perante uma situação em que se justifica determinar a intervenção do GRA, designadamente, por estarem em causa vantagens patrimoniais relacionadas com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos, cujo valor estimado seja superior a 1000 unidades de conta (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Lei n.º 45/2011).

Nas restantes situações, a simplicidade da investigação a realizar poderá não justificar a intervenção do GRA.

Não obstante, tendo em conta a “cláusula de salvaguarda” prevista no n.º 2 do citado artigo 4.º, a competência original do GRA para a investigação patrimonial e financeira pode ser restaurada, “considerando o valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade que a investigação tenha, entretanto, revelado”.

Neste caso é, todavia, necessário despacho do Procurador-Geral da República ou, por sua delegação, do Procurador-Geral Distrital respectivo²⁷.

Do ponto de vista da prática e gestão processual, é de ver que, nos casos em que a intervenção do GRA é legalmente possível (nos termos acima referidos), o Magistrado do Ministério Público titular do inquérito, deverá, logo que possível, solicitar essa intervenção, tendo em vista uma maior eficácia da investigação patrimonial e financeira a realizar, proferindo no processo o competente despacho.

Tal é, é resto, o que resulta do Despacho da PGR n.º 3/2013, acima aludido.

A título exemplificativo, apresenta-se o seguinte modelo de despacho (excerto) a solicitar a intervenção do GRA:

«(...) Dos elementos constantes dos autos, resulta que [...] se terá apropriado da quantia monetária de €946.098,10 pertencente a Para tanto, durante um período temporal ainda não concretamente apurado, o sobredito enquanto gestor de carteiras e títulos financeiros terá convencido o denunciante a entregar-lhe uma determinada quantia monetária no total de €1.000.000,00€ a fim de o mesmo proceder à gestão do seu património e ao investimento do referido montante pecuniário. Durante tal período temporal o suspeito terá elaborado e apresentado ao denunciante documentos comprovativos que o seu património estaria a ser rentabilizado e que ascenderiam ao montante de €10.000.000,00.

²⁶ Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.

²⁷ Cfr. Despacho n.º 6922/2013, publicado no DR, 2.ª série, de 28 de Maio.

No entanto, tais documentos não eram verdadeiros e na conta bancária do denunciante restariam apenas €907,61, tendo a suspeita se apropriado do valor remanescente.

Tais factos são passíveis de integrar a prática pelo suspeito do crime de burla qualificada, p. e p. pelos artigos 217.º e 218.º, n.º 2 al. a) do Cód. Penal, ilícito punível com pena de prisão até 8 anos.

*Assim, com vista a acautelar, no futuro e de forma efectiva, a eventual perda das vantagens obtidas em resultado da prática do crime em apreço, **entende o Ministério Público ser indispensável fazer intervir o Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA).***

Em conformidade, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 2.º e 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho e por se verificarem os pressupostos do artigo 4.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, determino que o Gabinete de Recuperação de Ativos proceda:

- À investigação financeira e patrimonial dos bens do denunciado [...];
- Bem como dos seus ascendentes, descendentes, e pessoas com eles relacionadas. (...)»

De notar que, nos termos do ponto III da **Directiva da PGR n.º 1/2017**, de 13.10.2017, “1 – **Assumem carácter prioritário** (...), independentemente do crime a investigar, **os processos em que tenha sido determinada a intervenção do Gabinete de Recuperação de Ativos e enquanto essa intervenção se mantiver;** (...) 3 — Os magistrados do Ministério Público deverão dar particular atenção à rápida afetação a utilidades públicas dos bens apreendidos, articulando, para tanto, e sempre que reunidos os respetivos pressupostos de intervenção, com o Gabinete de Administração de Bens, assim como com as demais entidades administrativas envolvidas”.

3.1.1. O papel do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)

O GRA, criado na dependência da Polícia Judiciária, tem atribuições de investigação análogas as dos órgãos de polícia criminal (artigo 2.º da Lei n.º 45/2011) e consiste num órgão multidisciplinar, que congrega a Polícia Judiciária, o Instituto de Registos e do Notariado, I.P. e a Autoridade Tributária e Aduaneira (cfr artigo 5.º do respectivo diploma)²⁸.

Nos termos do disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, o referido Gabinete tem como funções essenciais “*proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes*”, quer no território nacional, quer no estrangeiro, bem como cooperar com os gabinetes recuperação de ativos criados por outros Estados.

A sua principal ferramenta é o acesso privilegiado a uma série de bases de dados fundamentais para traçar o perfil económico do visado pelo confisco, nomeadamente:

- Do Instituto dos Registos e do Notariado;
- Da Autoridade Tributária e Aduaneira; da Segurança Social;

²⁸ Com esta composição heterogénea, o legislador articulou diversos saberes no intuito de maximizar os conhecimentos, minimizar os recursos e diminuir os prazos de investigação.

- Da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões;
- Da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários;
- Do Banco de Portugal; da Autoridade Nacional de Aviação Civil; e
- Da Direcção-Geral da Autoridade Marítima (artigo 8.º, n.º 2).

De notar, todavia, que o acesso às bases de dados que constituem a sua principal fonte de informação nem sempre é livre e indiscriminado dependendo de autorização da autoridade judiciária, *maxime* o Ministério Público, nas situações em que tal condição legal para o acesso a determinadas bases de dados (cfr. artigo 8.º, n.º 3).

Através da consulta e do estudo dos documentos aí existentes, o GRA procura reconstruir a verdade patrimonial e financeira do visado, ficando os procedimentos realizados no apenso de recuperação de activos (cfr. artigo 4.º, n.º 5).

Porém, não podemos deixar de concordar com JOÃO CONDE CORREIA²⁹, quando refere que, *“(...) Circunscrever as ferramentas do GRA a consulta destas bases de dados, mesmo que na generalidade dos casos seja suficiente, seria, no entanto, uma mera simplificação redutora. Pelo menos em casos excepcionais, outros meios de prova têm de ser convocados. A investigação patrimonial e financeira não se pode limitar a recolher e a analisar a prova documental existente naquelas bases. Tem de ir muito mais longe: por exemplo, para demonstrar que um determinado bem, apesar de registado em nome de um terceiro, é efetivamente, propriedade do visado (...), o GRA terá que utilizar outros meios de prova que, in caso sejam aplicáveis (artigo 125.º do Código de Processo Penal)”*.

3.1.2. Como deve o Magistrado do Ministério Público conduzir a investigação patrimonial e financeira?

Já vimos que a promoção da perda de vantagens do crime pelo Magistrado do Ministério Público demanda uma investigação patrimonial e financeira eficaz e bem conduzida, sob pena de não ser possível garantir que o crime não compensa.

O GRA, nos casos em que a sua intervenção é legalmente possível, tem um papel de grande relevo nessa investigação, não obstante as limitações acima assinaladas.

Sem prejuízo, cumpre não esquecer, como *supra* se destacou que, enquanto *“dominus”* da investigação criminal, o Ministério Público é também *“dominus”* da investigação patrimonial e financeira, quer nos casos em que seja suscitada a intervenção do GRA, quer, sobretudo, nos casos em que essa intervenção não seja possível.

Nesta medida, juntamente com a investigação relativa à responsabilidade criminal do agente do crime, o Magistrado do Ministério Público deve encetar todas as diligências tidas por pertinentes ao apuramento dos bens que fazem parte do património do visado do confisco

²⁹ *In obra citada, pág. 57.*

(quer se trate do próprio autor do facto ilícito ou de um dos terceiros a que se refere o artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal).

A metodologia a adoptar nessa investigação poderá passar por determinar o valor:

- Detectar e localizar a vantagem obtida com a prática do facto ilícito típico;
- Recolher registos contabilísticos;
- Reconstituir circuitos e fluxos financeiros que a vantagem tenha “percorrido” e determinar eventuais fundos encobertos (origem, circulação e integração); e
- Recolher prova documental.

No entanto, como bem alertam HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES (obra citada, pág. 61), *“(...) na prática, perante o caso concreto escolher os melhores métodos de investigação disponíveis nem sempre se apresenta como uma tarefa fácil, uma vez que as barreiras existentes nesta matéria são muitas e de difícil superação. Uma das principais barreiras que dificultam a efectiva detecção de activos é o tempo que pode decorrer entre a consumação do crime e o início da uma investigação formal”*.

Apesar das dificuldades apontadas, os sobreditos Autores³⁰ avançam algumas sugestões práticas para o modo como o Magistrado do Ministério Público deve conduzir a investigação patrimonial e financeira, sugestões estas que perfilhamos na íntegra e que aqui, no seu essencial, daremos conta.

Assim, num primeiro momento será necessário estabelecer um perfil pessoal e financeiro do suspeito, nomeadamente, apurando o seu núcleo familiar (se tem filhos, qual o seu estado civil, se vive em união de facto, etc.).

Num segundo momento, será necessário apurar os bens de que esses sujeitos são titulares. Para o efeito, pode-se por exemplo, averiguar nas bases de dados do registo predial e comercial se o agente do crime ou alguma das pessoas que lhe são próximas possuem alguma participação social em alguma sociedade, se possuem automóveis ou outros bens móveis sujeitos a registo ou qualquer bem imóvel.

Aqui importa apurar não só os bens que estejam na titularidade desses sujeitos, mas ainda todos aqueles que estejam sob o seu domínio e dos quais retire benefícios³¹.

A investigação deverá também realizar-se junto das bases de dados da Autoridade Tributária e Aduaneira, na medida em que a informação fiscal desempenha um papel de elevada relevância, uma vez que, em regra, a mesma espelha o rendimento lícito do sujeito investigado, bem como alguns dos bens de que é proprietário e a sua localização.

³⁰ Obra citada, págs. 63 a 72.

³¹ Por exemplo, nos bens que sejam utilizados pelo arguido ao abrigo de um contrato de locação financeira, poderá ser vantajoso determinar de que conta saem os montantes que pagam as prestações daquele contrato e quem é o seu titular. Isto porque as contas que pagam reiteradamente as despesas pelas quais o arguido é o único ou o principal responsável serão, certamente, dominadas por este, independentemente de quem seja o seu titular.

Numa fase inicial da investigação será muito importante traçar o perfil fiscal do(s) sujeito(s) investigado(s), devendo, para tal ser obtida informação junto dos serviços das Finanças e da Segurança Social.

Igualmente importante será o recurso à colaboração da Unidade de Informação Financeira³² (UIF) – Polícia Judiciária, entidade à qual poderá ser solicitada informação sobre a existência de alguma operação financeira considerada suspeita pelas entidades financeiras ou outros sujeitos obrigados pela Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto³³, em que tenha(m) intervindo o(s) sujeito(s) investigado(s) ou alguma das pessoas que lhe sejam próximas e que pudessem ter servido de intermediários.

Todavia, no campo da investigação patrimonial e financeira, os meios de prova mais valiosos que podem ser obtidos são os resultantes das informações bancárias que, nos termos do disposto no artigo 79.º, n.º 2, al. e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras³⁴, podem ser solicitadas às instituições financeiras.

Estas encontram-se, pois, legalmente obrigadas a revelar as informações solicitadas pela autoridade judiciária, no âmbito de um processo penal.

De ressaltar que antes de formular o pedido de informação a determinada(s) instituição(ões) financeira(s), deve o Magistrado requerente saber o que se procura e de quem se procura.

Destarte, e antes de mais, convém que sejam efectuadas todas as diligências tendentes a esclarecer a relação que o suspeito investigado ou qualquer pessoa que lhe seja próxima (conforme os casos) mantém com a(s) instituição(ões) às quais vai ser requerida informação.

Para isso, pode-se, por exemplo, oficiar o Banco de Portugal para que indique as instituições financeiras em que determinadas pessoas tenham contas bancárias (cfr. artigo 80.º, n.º 5, Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras).

Também aqui é importante focalizar o pedido de informações num âmbito temporal delimitado, por exemplo, desde determinada data até ao presente.

Porém, a questão mais importante aqui será saber que elementos deverão ser requeridos às instituições financeiras, sendo certo que as informações a obter deverão ser aquelas que mais vantagens poderão trazer à investigação patrimonial e financeira com a finalidade futura de perda dos proventos do crime.

³² Que tem como competências a recolha, a centralização, o tratamento e a difusão, no plano nacional, da informação respeitante à prevenção e investigação dos crimes de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, financiamento do terrorismo e dos crimes tributários, assegurando, no plano interno, a cooperação e articulação com a autoridade judiciária, com as autoridades de supervisão e de fiscalização e com as entidades financeiras e não financeiras, previstas na Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, e, no plano internacional, a cooperação com as unidades de informação financeira ou estruturas congéneres.

³³ Que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpondo parcialmente as Directivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2016, alterando o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revogando a Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de Julho.

³⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, na redacção actual.

No seu estudo sobre a matéria, HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS A. REIS RODRIGUES³⁵, elencam um conjunto de informações que podem ser solicitadas, a saber:

«– Os elementos solicitados ao cliente e fornecidos por este na abertura da conta (designados documentos “conhece o teu cliente”), bem como saber se no caso o cliente foi considerado uma pessoa politicamente exposta nos termos da Lei 25/2008, de 05 de Junho (actual Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, já acima referida), para efeitos de um dever de diligência reforçado.

– Solicitar informação ao banco para que este refira se alguma vez reportou alguma operação como suspeita nos termos da referida Lei quanto àquele(s) cliente(s) e em caso afirmativo solicitar que seja explicado o motivo dessa suspeita.

– Solicitar todos os registos de movimentos das contas do cliente.

– Detalhes de todos os itens creditados naquela conta, por forma a conhecer a fonte de cada depósito (incluindo todas as transferências com referência ao banco de onde provém bem como nome e número de conta de onde foram transferidos).

– Detalhes de todos os itens referentes ao débito (por forma a identificar o beneficiário de qualquer transferência).

– Todos os arquivos de correspondência com o cliente, incluindo as recomendações que este fez ao seu gestor de conta e que foram de alguma forma anotada por este.

– Todos os documentos relacionados com eventuais empréstimos contraídos pelo cliente (o que poderá conduzir a pistas sobre a existência de outros bens ou mesmo negócios).

– Registos referentes ao cartão de crédito, nomeadamente o histórico de todos os pagamentos”.

Duas notas impõem-se deixar aqui.

Primeira, no caso de as informações a requerer respeitarem a contas de empresas ou sujeitos de determinados ramos de negócios que movimentam avultados fundos, poderá ser aconselhável restringir as informações pedidas a registos acima de determinada quantia, obstando, desta forma, que sejam enviados centenas de documentos, alguns deles sem qualquer valor para a investigação.

Segunda, quando se solicitam documentos poderá haver vantagens em utilizar no competente despacho/ofício expressões como “incluindo, mas não limitado a ...”, o que dará à entidade requerida uma lista precisa dos documentos solicitados, permitindo-lhe, todavia, providenciar outros documentos relacionados, que poderão interessar à investigação.

3.2. Garantias processuais penais do confisco

A identificação dos activos imputáveis à esfera patrimonial do agente do facto ilícito e suscetíveis de virem a ser declarados perdidos a favor do Estado, nos termos do artigo 110.º do Código Penal, é completamente inútil se o processo não dispuser de mecanismos processuais capazes de garantir a efetividade da decisão que vier a ser proferida.

³⁵ Cfr, obra citada, págs. 68 e 69.

Nas esclarecedoras palavras de JOÃO CONDE CORREIA, no estudo “*Apreensão ou Arresto Preventivo dos Proventos do Crime?*” (in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 25, 2015, pág. 505³⁶), “*As garantias processuais penais devam assumir um lugar de relevo em qualquer sistema eficaz de perda. Sem elas, o veredictum final arrisca-se a ser simbólico, sem qualquer possibilidade de execução prática. Para além das normas materiais relativas à ablação das vantagens da prática do crime, o legislador nacional criou, assim, um complexo sistema de mecanismos necessários à total exequibilidade daquelas. (...)*”.

No que aqui nos interessa, os tipos de garantias processuais penais do confisco de vantagens previstas no nosso sistema processual penal são a apreensão (artigo 178.º, n.º 1, do CPP), a caução económica e o arresto preventivo (respectivamente, artigos 227.º e 228.º do mesmo diploma legal).

A – Apreensão enquanto garantia processual do confisco

No sistema processual penal pátrio, a apreensão tem uma dupla natureza: é um inquestionável meio de obtenção de prova e, em paralelo, é uma incontornável processual penal da perda, desempenhando uma função processual penal conservatória.

Com efeito, nos termos do disposto no aludido artigo 178.º, n.º 1, 3.ª parte, do Código de Processo Penal, “*São apreendidos (...) vantagens relacionadas com a prática de um facto ilícito típico, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova*”. O legislador nacional consagrou neste preceito a apreensão cautelar das vantagens do facto ilícito típico, numa lógica de que “*Aquilo que materialmente pode ser confiscado em espécie deve adjectivamente poder ser apreendido*”³⁷.

Desta feita, é indiscutível que a apreensão pode ser realizada com a exclusiva finalidade de assegurar a futura declaração de perda de vantagens a favor do Estado, nos termos do artigo 110.º, n.ºs 1 a 3, do Código Penal.

Neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.10.2017, proc. 586/15.5TDLSB-H.L1-3, relatado pela Desembargadora Maria Da Graça Santos Silva, disponível in www.dgsi.pt, onde se afirma que “*(...) O instituto processual da apreensão tutela a necessidade de recolha e conservação de prova para efeitos de instrução do processo mas tem igualmente aplicação nas situações em que importa, única e exclusivamente, a segurança dos bens apreendidos, tendo em vista a sua disponibilização para efeitos de confisco, ou seja, é um meio ao serviço da eventualidade da declaração de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime, previstas nos artigos 109.º e seguintes do CP*”.

A referida medida pode ser ordenada pelo Ministério Público ou pelos OPC's, estando, neste caso sujeita a validação (artigo 178.º, n.º 6, do CPP).

O juiz só intervirá posteriormente e apenas se o interessado o requerer (cfr n.º 6 do mesmo preceito legal).

³⁶ Disponível in [http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1487263872_5450_recuperacao_ativos_\(2\).pdf](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1487263872_5450_recuperacao_ativos_(2).pdf)

³⁷ João Conde Correia, estudo citado, pág. 517.

De ressaltar, todavia, que a apreensão das vantagens apenas pode incidir sobre o património ilícito, ou seja, aquele em que há uma conexão entre as vantagens (directas ou indirectas) e o crime.

Destarte, se a apreensão foi indevidamente realizada sobre o património lícito, a mesma pode ser convertida em arresto, se estiverem verificados os respectivos pressupostos.

Com efeito, o artigo 186.º, n.º 5, do CPP é expresso quanto a essa possibilidade, ao prever que não se procede à restituição de bens apreendidos nos casos em que a apreensão de objetos pertencentes ao arguido, ao responsável civil ou a terceiro deva ser mantida a título de arresto preventivo, nos termos do artigo 228.º do CPP.

A decisão de tal conversão compete ao juiz, designadamente, mediante promoção do Magistrado do Ministério Público (cfr. o referido artigo 228.º, n.º 1, do CPP).

B – Caução económica e arresto preventivo

Quando estiver em causa garantir a execução da perda do valor, nos termos do disposto nos artigos 110.º, n.º 4 e 111.º, n.º 3, do Código Penal, resta a possibilidade de arrestar o património lícito do visado (artigo 228.º do CPP) ou de lhe ou de lhe impor uma caução económica (artigo 227.º do sobredito diploma).

Ambas as medidas visam garantir, no que aqui nos ocupa, a perda de vantagens de facto ilícito típico ou do pagamento do valor a elas correspondente (cfr. artigos 227.º, n.º 1, al. b) e 228.º, n.º 1, do CPP).

A sua aplicação é da competência exclusiva do juiz (artigo 194.º, n.º 1, do CPP), tendo como **requisitos substanciais gerais** a necessidade, adequação e proporcionalidade (artigo 193.º, n.ºs 1 e 4, CPP) e **específicos** o “*fumus commissi delicti*” (i. é, indícios da existência de crime e o “*periculum in mora*”, ou seja, o perigo de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento do valor).

Os requisitos formais são os previstos no artigo 194.º, n.º 6, do CPP.

As diligências prévias à aplicação das medidas ora em apreço compreendem a constituição de arguido (artigo 192.º, n.ºs 2 e 5,³⁸ do CPP) e a audição prévia do mesmo (artigo 194.º, n.º 4, do CPP).

³⁸ O n.º 5 do artigo 192.º do Código Penal dispõe que “*Caso a constituição como arguido para efeitos de arresto nos termos dos n.ºs 2 e 3 se tenha revelado comprovadamente impossível por o visado estar ausente em parte incerta e se terem frustrado as tentativas de localizar o seu paradeiro, pode a mesma ser dispensada, mediante despacho devidamente fundamentado do juiz, quando existam, cumulativamente, indícios objetivos de dissipação do respetivo património e fundada suspeita da prática do crime*”.

Com o devido respeito, atendo à finalidade do arresto, a solução legislativa causa-nos alguma confusão? Parece-nos, salvo melhor entendimento, que quer dizer que a medida é aplicada, e após a sua aplicação é que surge um novo requisito (não de perigo de dissipação, mas sim já de efectiva dissipação do património)!

Nesta situação, impõe-se questionar o que há a arrestar depois da dissipação do património?

Prevê o artigo 192.º, n.ºs 2 e 3, do CPP a possibilidade de a constituição como arguido ocorrer em momento imediatamente posterior ao da aplicação da medida de arresto, sempre que a prévia constituição como arguido puser em sério risco o fim ou a eficácia da medida.

Nestes casos, a constituição de arguido só deverá ter lugar quando o visado nada possa fazer para inviabilizar a medida (ou seja, quando a mesma já tiver sido executada), devendo, no entanto, ser salvaguardado o prazo máximo de 72 horas legalmente previsto.

Quanto à questão da audiência prévia, de referir que **a mesma não deve ter lugar se audiência colocar em causa as finalidades do arresto, enquanto medida de garantia do confisco**³⁹.

Neste sentido, veja-se por um lado, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 724/2014⁴⁰ que não julgou “(...) *inconstitucional a norma constante do artigo 228.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual, remetendo a referida disposição para o regime processual civil, se permite o decretamento do arresto preventivo sem audiência prévia do arguido*”, referindo-se na fundamentação que “*Sendo os fins visados com o arresto os mesmos, seja no âmbito de um processo de natureza civil ou penal, e podendo aqueles fins serem desvirtuados pela pretendida audiência prévia do requerido, não procede pois o argumento da necessidade de diferenciação de regimes em função do estatuto no processo do visado pelo arresto*”.

Por outra banda, como doutamente se afirma no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21.12.2011, proferido no processo C-27/09P⁴¹, “(...) *para uma medida desse tipo não comprometer a sua eficácia, deve, pela sua própria natureza, poder beneficiar do efeito surpresa e ser aplicada imediatamente (...)*”.

Assim, ao requerer a aplicação do arresto preventivo, o Magistrado do Ministério Público deve requerer, fundadamente, que a mesma não seja precedida da audiência do arguido/visado, sempre que resultar dos elementos do processo que tal diligência poderá pôr em causa as finalidades daquela medida de garantia patrimonial.

No que se refere à “materialização” das medidas ora em apreço:

- a) Quanto à caução, se alguém for obrigado ou autorizado por negócio jurídico a prestar caução⁴², ou esta for imposta pelo tribunal, é permitido prestá-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal (cfr. artigo 624.º, n.º 1, do Código Civil).
É o visado que a presta.

³⁹ Se não existir arguido constituído, a questão não se coloca.

⁴⁰ Proferido no âmbito do proc. n.º 224/14, relatado pela Conselheira Maria José Rangel de Mesquita e disponível in www.tribunalconstitucional.pt.

⁴¹ Citado por Hélio Rígor Rodrigues, no artigo “**A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser**” in revista JULGAR Online, Dezembro 2015, pág. 34, disponível in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-constitui%C3%A7%C3%A3o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>

⁴² Sobre o valor da caução, é de ver que a “A caução terá de ser adequada à realização da finalidade que a justifica e proporcional à obrigação que se destina garantir, estando pois sujeita aos princípios da adequação e proporcionalidade (...)” – neste sentido acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.05.2018, proc. n.º 3487/16, relatado pelo Desembargador Ernesto Nascimento, disponível in www.dgsi.pt.

- b) Quanto ao arresto (cfr. artigos 619.º e seguintes do Código Civil e artigos 391.º e seguintes do CPC) procede-se à apreensão de bens pelo tribunal.
É o GRA que executa a decisão judicial proferida (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

Após a sua apreensão, os bens passam a ser administrados pelo Gabinete de Administração de Bens (GAB), nos termos previstos no artigo 10.º, n.ºs 1, 3 a 5, da Lei n.º 45/2011.

De realçar que conforme estatuído no artigo 11.º do mencionado diploma, *“O GAB intervém, (...) a pedido do GRA ou das autoridades judiciárias, quando o valor do bem apreendido exceda as 50 unidades de conta ou, independentemente desse valor, quando se trate de veículo automóvel, embarcação ou aeronave”*.

3.3. Requerimento de perda “clássica” de vantagens do facto ilícito

3.3.1. Factos a alegar e prova a indicar

Em termos gerais, pode-se dizer, salvo melhor opinião, que num requerimento de perda “clássica” de vantagens do facto ilícito:

- a) Os factos a alegar serão os correspondentes aos pressupostos da perda de vantagens, ou seja:
- i) A prática de facto ilícito típico (em regra, os factos serão coincidentes com os alegados na acusação e a respectiva qualificação jurídica);
 - ii) A existência de proventos económicos resultantes da prática do facto ilícito.
- b) Se se verificar uma das situações previstas no artigo 111.º, n.º 2, do CP, isto é, em que a perda pode ser declarada contra terceiro, há que alegar os correspondentes factos.
- c) Verificando-se, à data da elaboração do requerimento de perda, a situação em que o confisco das vantagens patrimoniais em espécie não é possível, tal facto pode logo ser alegado, para efeito do disposto no artigo 110.º, n.º 4 e/ou 111.º, n.º 3, do CP, consoante o caso.
- d) A prova a indicar será corresponde à indicada na acusação, acrescida de qualquer outra que se justificar, nomeadamente, as resultantes da investigação patrimonial e financeira realizada nos autos [quer tenha havido intervenção do GRA (caso em que essa prova constará do apenso de recuperação de activos) quer não se tenha verificado essa intervenção].
- e) Se for de promover, nesse momento, o arresto preventivo de bens do visado (artigo 228.º do CPP), deverão ser alegados:
- i) Os factos e os elementos do processo que fundamentam a necessidade de aplicação de medida de garantia patrimonial (em regra, serão as constantes da acusação e do requerimento da perda de vantagens);
 - ii) O fundamento do arresto e os requisitos de aplicabilidade de medida de garantia patrimonial [ou seja requisitos substanciais gerais da necessidade,

adequação e proporcionalidade; e específicos, a saber a verificação de indícios da existência de crime (*fumus commissi delicti*) e o perigo que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento do valor (*periculum in mora*);

- iii) A eventual necessidade de aplicação imediata da medida de garantia patrimonial sem prévia audição do visado, sendo essa uma possibilidade expressamente admitida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão do (Grande Secção) de 21.12.2011, proferido no processo C-27/09P⁴³, onde se refere que“(...) para uma medida desse tipo não comprometer a sua eficácia, deve, pela sua própria natureza, poder beneficiar do efeito surpresa e ser aplicada imediatamente (...)”.

f) Se, no âmbito da investigação patrimonial e financeira realizada, tiverem sido identificados bens passíveis de ser arrestados, para assegurar a eficácia do confisco de vantagens, deverão os mesmos ser cabalmente identificados na promoção do arresto preventivo.

g) Em caso de diferimento da providência cautelar, deverá ser acautelada a prévia execução e registo da medida de garantia patrimonial decretada (a cargo do GRA), antes de dar cumprimento a qualquer outra formalidade, notificação ou diligência.

h) Estando em causa um requerimento de perda de vantagens decorrentes de um crime fiscal ou contra a Segurança Social, pode, desde logo, ordenar-se a notificação à AT ou Segurança Social do requerimento apresentando, solicitando, nomeadamente:

- i) que informem os autos do eventual pagamento do imposto/contribuição devido pelos arguidos, ou da eventual satisfação total ou parcial dos montantes em dívida por qualquer outra via, nomeadamente execução fiscal ou pagamento voluntário, com vista a confirmar se a vantagem patrimonial que obrigatoriamente deve ser confiscada deixou de existir e, em consequência, deixe de ser considerada total ou parcialmente a promoção quanto ao confisco do respectivo valor;
- ii) que, na eventualidade de recuperarem os montantes (por qualquer via) comuniquem tal circunstância de imediato aos autos.

3.3.2. O exemplo do requerimento de perda clássica e promoção de arresto preventivo elaborado no inquérito n.º 134/17.2JASTB, que correu termos na 1.ª Secção do DIAP de Setúbal

A título exemplificativo, apresenta-se no documento anexo a este trabalho, o requerimento de perda clássica e promoção de arresto preventivo por nós elaborado no inquérito n.º 134/17.2JASTB, da 1.ª Secção do DIAP de Setúbal, e que foi inspirado no modelo da autoria de por Hélio Rigor Rodrigues, disponibilizado no artigo “A acusação e a vertente patrimonial do

⁴³ Citado por Hélio Rigor Rodrigues, no artigo “A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser” in revista JULGAR Online, Dezembro 2015, pág. 34, disponível in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-econstitui%C3%A7%C3%A3o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>

crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes – Uma proposta de solução” (in Revista do Ministério Público, n.º 152 : Outubro : Dezembro 2017, pp. 187 e seguintes).

IV. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de “Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3.ª Edição Actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.
- 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, ano 21, n.º 2, Abril-Junho 2011, pp. 267 a 321;
- CORREIA, João Conde, “Apreensão ou Arresto Preventivo dos Proventos do Crime?”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 25, 2015, pp. 505 a 543 [Retirado de [http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1487263872_5450_recuperacao_ativos_\(2\).pdf](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1487263872_5450_recuperacao_ativos_(2).pdf)].
- CORREIA, João Conde, “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, in Investigação Criminal, Ciências Criminais E Forenses – IC3F, N.º 1, ASFIC / PJ, Outubro de 2017, pp. 47 a 55.
- CORREIA, João Conde e RODRIGUES, Hélio Rigor, “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários”, in Julgar Online, Janeiro de 2017 [Retirado de <http://julgar.pt/o-confisco-das-vantagens-e-a-pretensao-patrimonial-da-autoridade-tributaria-e-aduaneira-nos-crimes-tributarios/>]
- DÂMASO, Euclides e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, in revista Julgar online, 2009 [Retirado de <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>];
- DIAS, Figueiredo, “Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime”, 1.ª Edição, 4.ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, “Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira, Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens e expansão”, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013;
- RODRIGUES, Hélio Rigor, “A acusação e a vertente patrimonial do crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes - Uma proposta de solução”, in Revista do Ministério Público, n.º 152, Outubro-Dezembro 2017, pp. 187-206;
- RODRIGUES, Hélio Rigor, “A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser” in revista Julgar Online, Dezembro 2015, [Retirado de <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-constitui%C3%A7%C3%A3o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>]

3. A perda de vantagem do crime no Direito Penal

Carla Sofia Morais Cunha



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. A PERDA DE VANTAGEM DO CRIME NO DIREITO PENAL

Carla Sofia Morais Cunha

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. O regime da perda
 - 1.1. Quadro normativo
 - 1.2. A perda clássica
 - 1.3. A natureza jurídica e importância político-criminal da perda de vantagens
 - 1.4. Requisitos
 - 2. A perda de vantagens do crime
 - 2.1. Noções
 - 2.2. As vantagens
 - 2.2.1. Tipos de vantagens
 - 2.2.2. As recompensas dadas ou prometidas ao agente ou a terceiros
 - 2.2.3. O confisco das vantagens obtidas mediante troca com as vantagens diretas
 - 2.2.4. O confisco do valor
 - 3. O confisco de bens de terceiro
 - 3.1. O confisco e os direitos patrimoniais do lesado
 - 3.1.1. A articulação da perda de vantagem com o pedido de indemnização civil e execução tributária – consequências práticas
 - 4. Gestão e prática processual
 - 4.1. A investigação patrimonial ou financeira
 - 4.1.1. Gabinete de Recuperação de Ativos
 - 4.1.2. Gabinete de Administração de Bens
 - 4.2. Localização e deteção de vantagens
 - 4.3. **Cálculo do valor da vantagem**
 - 4.4. Garantias Processuais do Confisco – medidas cautelares
 - 4.4.1. Apreensão
 - 4.4.2. Arresto preventivo e caução económica
 - 4.5. Encerramento do inquérito
 - 4.5.1. O requerimento de perda
 - 5. O Ministério Público e o confisco – conclusão
 - IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O instituto da perda de bens, produtos e vantagens tem a sua génese no denominado confisco (do latim *confiscato*, que significa "juntar-se ao tesouro") e representa a apreensão da propriedade de uma dada pessoa ou organização, por parte do governo ou outra autoridade pública, sem que haja o pagamento de qualquer compensação, como forma de punição por determinado delito.

O confisco foi largamente usado no Antigo Regime até à abolição generalizada por altura das revoluções liberais, assistindo-se, posteriormente, ao seu renascimento como estratégia patrimonial/económica de combate à criminalidade, de acordo com o princípio segundo o qual o crime não deve compensar.

A ideia de que as finalidades subjacentes ao direito penal, designadamente as intenções ético-retributivas e preventivas, só lograrão plena satisfação se os agentes do crime sofrerem também o abalo económico, resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas, das

vantagens que hajam obtido, ganhou força e, de certa forma, foi-se institucionalizando no nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, as consequências patrimoniais da conduta do agente, passaram a estar, também elas, incluídas no âmbito da reação penal, intentando colocar o criminoso na situação patrimonial que tinha antes do cometimento do crime, onde se incluem as vantagens, sejam elas diretas ou indiretas, isto é, tudo aquilo que advém ao agente, em termos económicos, pela prática de um ilícito típico.

A perda de vantagens é hoje um importante instrumento político-criminal do Estado de Direito, que ancorado num sólido conjunto de garantias jurídico-constitucionais inalienáveis, permite a solvabilidade do confisco, mas que é, muitas das vezes esquecido na prática judiciária, cabendo aos magistrados uma função determinante na sua aplicação, prosseguindo-se assim as finalidades que lhe estão subjacentes.

II. Objetivos

O trabalho que se segue tem como objetivo principal disponibilizar informação sobre o mecanismo da perda de vantagens, suas finalidades e utilidade prática, de forma a alertar os intervenientes judiciais para a necessidade da investigação e determinação das vantagens, da utilização dos mecanismos cautelares de que dispomos, e que muitas vezes não são utilizados, sempre com vista à promoção do seu confisco.

E porque na vertente clássica a perda é essencialmente direta, bastando-se com a existência de vantagens decorrentes da prática de um facto ilícito típico, pretende-se incutir, essencialmente aos magistrados do Ministério Público, a necessidade de as determinar e localizar, adequando e dirigindo o inquérito no sentido da sua investigação, sempre com a finalidade de promover a perda da vantagem.

III. Resumo

No estudo que se segue começa-se por fazer um enquadramento jurídico do mecanismo da perda de vantagens no âmbito da perda “clássica”, analisando-se a sua natureza, requisitos, noção de vantagens e tipos, percorrendo-se o seu regime substantivo, sem esquecer a sua articulação com os direitos dos terceiros.

Com a problemática prática da articulação da perda de vantagens com o pedido cível e a execução fiscal, damos o mote para aplicação e execução deste mecanismo.

Com a prática e gestão processual, procede-se ao elenco de diligências que podem ser utilizados no inquérito, indicação de estruturas especializadas que podem auxiliar o magistrado, sem esquecer os mecanismos de garantia aplicáveis, sempre com vista à declaração de perda de vantagens e modo de a concretizar utilizando exemplos práticos para o efeito.

Capítulo I – O Regime da Perda

1.1. Quadro normativo

Com a reforma do Código Penal levada a cabo pela Lei n.º 48/95, de 15 de março, o capítulo IX, do título III, livro I, do Código Penal, passou a regular nos artigos 109.º a 112.º, a “perda de instrumentos, produtos e vantagens”, tendo sofrido posterior alteração pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, no âmbito da qual o confisco deixou de pressupor o carácter direto da vantagem, alargando-o a tudo o resto.

Este regime geral da perda de instrumentos, produtos e vantagens, constante do Código Penal sofreu, entretanto, as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE¹, 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, passando o artigo 109.º a regular a “perda de instrumentos”, o artigo 110.º, a “perda de produtos e vantagens”, o artigo 111.º o regime dos “instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro” e o artigo 112.º o “pagamento de valor declarado perdido a favor do Estado”.

Em termos processuais, o regime da perda de vantagem encontra-se previsto nos artigos 178.º a 186.º, 191.º a 194.º, 227.º e 228.º, todos do Código de Processo Penal, que regulam os meios de o concretizar ou acautelar.

1.2. A Perda Clássica

O regime legal do confisco, consagrado no Direito Penal Português, assim como em numerosa legislação avulsa², desdobra-se em três grandes classes:

- A perda de instrumentos (artigo 109.º do CP),
- A perda de produtos e vantagens (artigos 110.º e 111.º do CP), e
- A perda alargada, prevista nos artigos 7.º a 12.º-A da Lei 5/2002, de 11 de janeiro.

Assim, a par do mecanismo tradicional da perda clássica, previsto no Código Penal, e com um âmbito de aplicação geral a toda a criminalidade, coexistem outros mecanismos, designadamente a perda alargada, que, pese embora tenham objetivos comuns, o de provar que, entre nós, o crime não compensa, possuem âmbitos de aplicação, pressupostos e meios de garantia diferentes, por forma a abranger um vasto leque de situações.

¹ Sem, contudo, ter seguido a Diretiva na íntegra.

² Lei n.º 5/2002 (criminalidade organizada e económico-financeira) – artigos 7.º a 12.º-A e 12.º-B ; Lei n.º 15/2001 (RGIT) – artigos 18.º a 20.º; DL n.º 28/84 (infrações antieconómicas e contra a saúde pública) – artigos 9.º, 46.º, 76.º; DL n.º 15/93 (estupefacientes) – artigos 35.º a 39.º; Lei n.º 109/2009 (cibercrime) – artigo 10.º; Lei n.º 5/2006 (armas) – artigo 94.º; DL n.º 422/89 (jogo) – artigos 116.º e 117.º; Código da Propriedade Industrial – artigo 329.º; Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – artigo 201.º; entre outros.

Enquanto que na perda alargada está em causa a prática de um crime de catálogo, que carece de ser provado (e ainda que do mesmo não resulte vantagem), a existência de um património e a sua incongruência como os rendimentos lícitos, presumindo-se a relação entre o património e o crime; na **perda clássica**, está em causa a perda de bens, sejam eles instrumentos, produtos ou vantagens, relacionados com um **facto ilícito típico**, sendo necessário demonstrar-se o facto ilícito, e no caso das vantagens, o benefício ou proveito dele decorrente e o seu montante, não operando aqui qualquer presunção.

Na vertente clássica, a perda é iminentemente direta, e basta-se com a existência de vantagens patrimoniais obtidas por meio da prática de um ilícito.

E é precisamente acerca do mecanismo da perda clássica que nos propomos analisar, mais precisamente no que concerne à perda da vantagem.

1.3. Natureza Jurídica e Importância Político Criminal da Perda das Vantagens

A natureza jurídica do confisco das vantagens do crime sempre foi bastante controversa. Várias concepções se foram perfilando, entre as quais aquela que a definia como uma pena acessória, e como tal, dependente da aplicação de uma pena principal³.

Já uma concepção unitária, defendia tratar-se de uma “providência sancionatória de natureza análoga às medidas de segurança”⁴⁵.

Em contraponto, Pedro Caeiro, definia a perda de vantagens, como “*um tertium genus dentro da panóplia das reações penais*”⁶, considerando que se encontrava mais próximas das penas do que das medidas de segurança.

Estas teses, nos dias de hoje, são legalmente insustentáveis uma vez que o confisco das vantagens não pressupõe a condenação pelo cometimento de um crime, logo o confisco não pode ser acessório ou um efeito daquilo que não existe, ou pelo menos, teoricamente, não pode existir; e por outro lado não é exigível qualquer perigosidade (nem do agente, nem dos bens) das recompensas ou vantagens do crime.

Como refere Conde Correia, “*uma providência sancionatória aplicada sem perigosidade dificilmente poderá ser análoga a uma medida de segurança*”⁷.

Por outro lado, é hoje comumente aceite que a perda de vantagens não se trata de uma pena, porque não depende de uma condenação.

³ Cunha, José Manuel Damião da, *Da perda de Objetos Relacionados com o Crime*, 1999, pág. 7.

⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, pág. 638.

⁵ Também nesse sentido Paulo Pinto Albuquerque, *“Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, 2015, pág. 460.

⁶ Caeiro, Pedro, *“Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Rediticia (em especial, os procedimentos de Confisco In Rem e a Criminalização do Enriquecimento “Ilícito”)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora”. pág. 307.

⁷ Correia, João Conde, *“Da proibição do confisco à perda alargada”*, INCM, 2012, págs. 96-97.

Esta discussão, no presente momento, revela-se estéril porque a lei estabelece, claramente, as finalidades do instituto, e prescinde da culpa para a aplicação do mesmo. (cfr. artigo 110.º, n.º 5, do CP).

Assim sendo, a perda ocorre aquando da verificação de um facto ilícito típico e do qual resultou a existência de uma vantagem económica para o agente ou outrem.

Exige-se apenas um concreto facto ilícito típico e a existência de vantagens com ele obtidas, e do vínculo entre ambos.

A referência a facto ilícito típico, tem por base a ideia de que pode haver situações em que, não havendo crime e conseqüente condenação, pode ser decretada a perda das vantagens (por exemplo, o arguido falece no decurso do processo sem haver julgamento podendo, ainda assim, os autos prosseguirem para se aferir da perda), prescindindo-se da comprovação judicial da existência de um “crime”.

Também assim é, se o facto for declarado prescrito, amnistiado ou o arguido for julgado inimputável, podendo ser declarada a perda da vantagem ainda que o arguido seja absolvido.

E assim é, porque na sua génese se prosseguem **finalidades preventivas**, demonstrando à comunidade que o facto ilícito típico não compensa, isto é, que o crime não seja fonte de constituição de riqueza; assim como de carácter especial, dirigida aos agentes dos crimes, que devem ser privados dos proventos obtidos com as atividades por eles desenvolvidas, impedindo-se o (re)investimento dos ganhos com o crime na prática de novos crimes.

Como refere Paulo Pinto de Albuquerque, impõe-se mostrar “*ao agente e à generalidade que, em caso de prática de um facto ilícito típico, é sempre e em qualquer caso instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito decorrente do ofendido*”.⁸

Por outro lado, outras **finalidades secundárias** se alcançam, como sejam:

- O possibilitar a aplicação dos bens apreendidos na indemnização das vítimas (reparação) e no apetrechamento das instituições de combate ao crime (prevenção); e
- A redução dos riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas atividades empresariais com vista ao seu branqueamento.

1.4. Requisitos

Os requisitos de declaração da perda são, desde logo, a existência de um **facto ilícito típico**, que terá, forçosamente, de ser imputável a uma pessoa concretamente identificada, e a **existência de uma vantagem** dele decorrente, o proveito patrimonial obtido pelo agente, quer direta quer indiretamente, e o nexo de causalidade entre ambos.

Depois haverá que atender a que a perda de vantagens não tem de possuir qualquer correlação com a culpa ou com a sua medida.

⁸ Albuquerque, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal (...)”, ob. cit. 4.

Nas palavras de Conde Correia, *“aqui é suficiente que ele tenha sido cometido, ainda que o seu autor tenha agido sem culpa ou, por qualquer outra razão especial, não possa ser punido: a imposição ou não de uma pena é irrelevante (não é imprescindível uma condenação, podendo ser, em bom rigor, também aqui, uma “non-conviction based asset confiscation)”*.⁹

Em termos processuais, exige-se, pelo menos uma acusação ou ato equivalente e a posterior determinação judicial do facto.¹⁰

Verificados estes pressupostos, a declaração de perda de vantagens torna-se obrigatória, na sequência do impulso prévio do Ministério Público.

2. A Perda de vantagens do crime

2.1. Noções

Analisada a natureza e requisitos da perda de vantagem, importa, para se entender o seu alcance e objetivos, perceber o significado das figuras do “confisco” e da “perda”, e o que são as “vantagens”.

A perda, na definição dada por Pedro Caeiro¹¹, constitui-se como uma decisão definitiva que *“instaura o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objeto (v.g., a posse)”*.

A perda, na perspetiva de quem era proprietário, é a ablação dos bens; por sua vez, o confisco, consiste na aquisição, pelo Estado, desses bens.

As vantagens, conforme resulta do disposto no artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal, são *“todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem”*, ou seja, tudo o que o agente não teria obtido se não fosse o facto ilícito típico; aquilo que é adquirido através do crime.

2.2. As vantagens

Ao contrário da perda de instrumentos ou produtos que é essencialmente uma medida sancionatória que pretende afastar o perigo contra a segurança das pessoas e a ordem pública e o risco de cometimento de novos crimes, o confisco das vantagens, procura demonstrar que

⁹ Correia, João Conde, ob. cit., pág. 95.

¹⁰ Correia, João Conde, ob. cit., pág. 134.

¹¹ Caeiro, Pedro, “Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Rediticia (em especial, os procedimentos de *Confisco In Rem* e a Criminalização do Enriquecimento “Ilícito””, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, pág. 269.

o crime não compensa, uma vez que na sua base está a necessidade de retirar ao arguido os benefícios resultantes ou alcançados através da prática do facto ilícito típico.

Por isso, o conceito de vantagens consagrado no nosso Código Penal é relativamente amplo, abrangendo as recompensas dadas ou prometidas ao autor ou a terceiros – artigo 110.º, n.º 2, do CP – e as coisas, os direitos ou vantagens adquiridas através do facto ilícito típico, pelo agente ou por outrem, que representem uma vantagem económica que tiverem sido, direta ou indiretamente, resultantes daquele facto.

De modo abrangente, podemos dizer que as vantagens são todos os benefícios, diretos e indiretos, que o agente retirou do crime, suscetíveis de possuírem um valor económico, ou seja, desde que representem um ganho quantificável.

De forma sintética, é “todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado”¹².

2.2.1. Tipos de Vantagens:

Os benefícios podem compreender as próprias coisas ou montantes imediatamente obtidos, são as **vantagens diretas**, onde se incluem:

- As coisas ou montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património;
- A vantagem, patrimonial ou não patrimonial, recebida na corrupção;
- As quantias recebidas pela venda de estupefaciente;
- A quantia entregue ao correio de estupefacientes como pagamento;
- O imposto devido e não pago;
- O valor que deveria ter sido despendido com a realização dos atos de licenciamento necessários à realização de uma obra;
- O benefício que deixei de perder na bolsa através de uma informação direta;
- O apuro diário do estabelecimento que se dedica à prática de lenocínio.

Como incluí todos os benefícios que resultam do reinvestimento das vantagens diretas, são as designadas **vantagens indiretas**, sendo disso exemplo os juros, lucros e outros acréscimos obtidos com as vantagens diretas; ou os prémios de jogo obtidos através da utilização do dinheiro da vantagem direta, ou seja, todo o incremento obtido mediante a rentabilização da vantagem inicial.

Das vantagens fazem igualmente parte os **sucedâneos das vantagens diretas**, que mais não são as coisas ou direitos obtidos mediante transação ou troca com as vantagens diretas, ou seja, as coisas que passaram a ocupar o lugar das vantagens diretas, como por exemplo o automóvel ou habitação adquirido com os montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património.

¹² Cunha, Filipa Nunes, “A admissibilidade de (co)existência do confisco e outros mecanismos de recuperação de vantagens no âmbito dos crimes tributários”, Revista do Ministério Público, 151, julho-setembro, 2017, pág. 175.

A vantagem patrimonial pode ser **instantânea, continuada ou diferida**.

No primeiro caso, o benefício surge e concretiza-se totalmente com a prática do facto ilícito típico.

O preço decorrente da venda de um produto estupefaciente, o valor conseguido com a burla ou o suborno recebido para a prática de ato corrompido são, normalmente, contemporâneos da consumação do crime e esgotam os seus efeitos nesse preciso momento concreto: a vantagem ingressa no património do agente e o seu valor pode ser logo quantificado.

No segundo caso, a vantagem não se esgota logo, prolongando-se no tempo.

O uso de coisas (veículo) ou direitos alheios pode ocorrer num longo período de tempo, crescendo o valor da vantagem à medida que aquele passe.

Neste caso, só no final, tendo em consideração o período de tempo decorrido, se pode contabilizar o valor do benefício patrimonial, como por exemplo, nos crimes de peculato de uso ou de lenocínio.

No terceiro caso, a vantagem pode ser deferida para momento posterior.

São exemplos, a prática de um crime a troco da promessa de uma vantagem futura, a conceder em momento oportuno, ou a concretização económica posterior do benefício, mediante um negócio realizado mais tarde.

O benefício pode manifestar-se na esfera patrimonial do agente ou de um terceiro, seja porque o arguido procura escondê-las, colocando-as, por exemplo, em nome de uma terceira pessoa, seja porque quer ganhar ascendente, agradar, impressionar ou influenciar o beneficiário, por exemplo pagando-lhe um favor; seja porque quer demonstrar verdadeira filantropia, como seja através de um donativo a uma instituição de caridade, recebendo em troca o reconhecimento social resultante da mesma.

2.2.2. As recompensas dadas ou prometidas ao agente ou a terceiros

Para além de, em geral, se prevenir que o crime seja estimulado pelos proventos que dele possam resultar, importa igualmente prevenir que o crime seja praticado devido a um pagamento ou uma promessa de pagamento de um terceiro, que não o pode ou não o quer cometer.

Daí que, o confisco das vantagens do facto ilícito típico abrange, igualmente, a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem, conforme o disposto no artigo 110.º, n.º 2, do Código Penal.

Por recompensa deve entender-se toda a retribuição ou remuneração dada, ou prometida, por causa da prática de um crime, passado ou futuro, ou de partes deles, como por exemplo: o pagamento entregue ou prometido ao assassino, ao correio de estupefacientes, ao funcionário em troca de ato ou de uma informação, o suborno, o valor pago a quem guarda os bens provenientes do crime.

A recompensa é tudo aquilo que visa premiar ou compensar a prática de um crime.

E trata-se de uma subespécie dentro das vantagens, “*diferenciada das restantes pela existência de uma relação intersubjetiva entre o agente e um disponente, que serve de contexto à atribuição dos bens com o propósito de recompensar*”¹³.

E a sua declaração de perda segue o mesmo regime de perda das vantagens em sentido restrito e de produtos.

No que concerne à **recompensa prometida**, a perda não depende de o promitente estar, ou ter estado, na posse da recompensa que prometeu, não se exigindo a prova da posse da recompensa permitida para que a perda deva ser decretada.¹⁴

2.2.3. O confisco das vantagens obtidas mediante troca com as vantagens diretas do crime

O confisco tem ainda lugar se os bens ou direitos provenientes do crime se transformaram em outros bens- a vantagem inicial transforma-se numa coisa diferente – ou se forem alvo de reinvestimento, e ainda, os ganhos quantificáveis (v.g. juros ou lucros) que daí tenham resultado – n.º 3 do artigo 110.º do CP.

São exemplos típicos, o corrompido troca ou vende o quadro que recebeu para praticar o ato ilícito por outro objeto qualquer; devendo-se promover e decretar a perda dessa coisa, ainda que se encontre na posse de um terceiro de boa-fé, alheio à origem ilícita do bem.

O problema que aqui se coloca é a necessidade de se demonstrar a proveniência do bem, devendo explicitar-se, como é preocupação de João Conde Correia, o trato sucessivo da coisa desde o seu momento inicial, devendo “*a acusação (...) descrever toda a cadeia ininterrupta de transmissões, que começa na coisa original (lucros) e termina no objeto que a substitui*”.¹⁵

2.2.4. Confisco do valor

Quando não é possível proceder ao confisco da vantagem em espécie (v.g., porque são fungíveis, ou o agente os consumiu, perdeu, destruiu ou foram transferidos para terceiro de boa fé, ou consistem no mero gozo de uma coisa, ou não foi sequer possível determinar a sua localização ou o seu destino), há que confiscar o respetivo valor – artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal.

¹³ Caeiro, Pedro “Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens (..)”, op. cit. pág. 271.

¹⁴ Neste sentido o Acórdão TRC, de 08.11.2017 (Orlando Gonçalves); disponível em www.dgsi.pt: “*Não resulta minimamente do texto legal que a perda da recompensa prometida aos agentes de um facto ilícito típico apenas deve ser declarada perdida a favor do Estado se ficar provado que os promitentes tiveram na sua posse a recompensa prometida*”.

¹⁵ Conde Correia, João, “Da proibição do Confisco à Perda Alargada”, INCM, 2012, pág. 137.

Sem este mecanismo subsidiário, dificilmente se conseguiriam recuperar todos os proventos do crime, e tem subjacente o sentido de que o Estado não pode ficar dependente da maior ou menor capacidade do agente para esconder ou transferir vantagens; nem aquele que esbanjou todas as vantagens obtidas com o facto ilícito típico não deve ser beneficiado face àquele que as manteve.

A perda *“tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”* - **artigo 110.º, n.º 5, do Código Penal.**

Conforma já se disse, o confisco das vantagens não pressupõe a condenação pelo cometimento de um crime, mas apenas a prática de um facto ilícito típico, não havendo correlação com a culpa ou com a sua medida.

Permite-se assim, que haja uma declaração de perda das vantagens obtidas decorrentes da prática do facto ilícito típico mesmo que: o facto tenha sido praticado por um inimputável; quando o agente tenha falecido antes do apuramento das responsabilidades jurídicas penais do cometimento do facto ilícito típico; no caso de o crime não ter sido consumado e ainda no caso de contumácia – cfr. artigo 335.º, n.º 5, do CPP.

Daí que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, tenha igualmente operado a alteração do n.º 3 ao artigo 127.º do Código Penal, no sentido de que *“a extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”*.

3. O confisco de bens de terceiro

O artigo 111.º, n.º 1, do Código Penal estabelece uma regra geral de que a perda não tem lugar se as vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.

A solução legal conduz a que a perda não deve prejudicar os direitos de terceiros de boa-fé, já preconizada no n.º 2 do artigo 6.º da Diretiva 2014/42/EU, sendo que o confisco das vantagens é obrigatório e só deve ceder perante aqueles.

Em regra, não há lugar a perda de bens de terceiros, uma vez que, como já vimos, os direitos dos ofendidos nunca podem ser prejudicados pela perda – cfr. artigo 130.º do Código Penal.

Assim sendo, coloca-se a questão: quem poderá ser considerado terceiro e que direitos são merecedores de tutela?

Desde logo se excluí o agente do crime, o participante, ou aquele que as utilizou – v.g. o recetador ou aquele que prestou auxílio material.

Como tal, devem ser considerados terceiros, aquele que é proprietário do bem sobre o qual se vai declarar a perda, isto é, aquele que possua uma situação jurídica tutelada pelo direito civil.

Só se o terceiro for proprietário é que poderá reivindicar a exceção e usufruir do regime mais generoso.

Apenas o direito de propriedade merece ser tutelado.

Outros direitos estão excluídos, uma vez que o bem não lhes pertence, como sejam o caso dos legatários¹⁶, do adquirente simulador¹⁷, dos herdeiros¹⁸, do usufrutuário, ou de outro direito real de gozo ou de garantia.

O mesmo se diga do cônjuge casado em comunhão de adquiridos, aqui não há transmissão porque o bem ingressa no património comum, mas o cônjuge beneficia do crime, logo não é terceiro.

O n.º 2 admite, no entanto, que mesmo sendo o titular um terceiro, seja decretada a perda quando os mesmos tiverem concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiverem retirado benefícios, ou ainda, quando os objetos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo os adquirentes a sua proveniência.

É também decretada se a vantagem, ou o valor que lhe corresponda, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro (para evitar a perda decretada nos termos do artigo 110.º), ou seja, situações em que o arguido continua a ser o efetivo proprietário, e desde que tal finalidade seja, ou deva ser, por ele conhecida.

Nestes casos, o critério da “boa-fé” do terceiro, deve ser apurado não segundo critérios do direito civil, mas sim pelos critérios, alternativos, fixados no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal.

Só é digno de tutela aquele que é estranho ao facto ou à origem do objeto, aquele que não participou, de forma direta ou indireta, na sua prática, que dele não retirou qualquer vantagem, ou então que desconhecia a proveniência ilícita dos bens, valores ou direitos que constituam a vantagem.

3.1. O confisco e os direitos patrimoniais do lesado

Por fim, consigna-se que o disposto no artigo 110.º do Código Penal, não prejudica os direitos do ofendido – cfr. n.º 6 do artigo 110.º.

O modelo consagrado pelo nosso legislador, estabelece uma verdadeira articulação entre o confisco e os direitos das vítimas, através da salvaguarda dos efeitos preventivos do confisco, reduzindo o arguido ao estado patrimonial anterior à prática do crime, e do respeito pelos direitos da vítima.¹⁹

¹⁶ Serão abrangidos por similitude com os donatários.

¹⁷ O negócio é nulo, logo é como se o bem estivesse na posse do agente.

¹⁸ Sucodem na posição do agente do crime, logo não são terceiros.

¹⁹ Correia, João Conde e Rodrigues, Hélio, “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários”, pág. 14.

E assim é, porque há a necessidade de compatibilizar os interesses do Estado (colocar o agente do facto ilícito típico na situação patrimonial em que estaria se não o tivesse praticado o crime) com os do lesado.

Assim, torna-se imprescindível encontrar um critério justo, capaz de resolver o concurso entre os interesses estaduais e os interesses individuais, devendo o instituto da perda das vantagens do crime ocorrer sem prejudicar os direitos do lesado, como referido no n.º 6 do artigo 110.º do CP, uma vez que os interesses patrimoniais do lesado não podem ser esquecidos nem postergados.

Contudo, tal reserva não concede poderes derogatórios das medidas de perda de vantagens.

E assim é porque o confisco de vantagens é um mecanismo obrigatório e geral, não podendo ficar dependente da vontade de qualquer indivíduo (lesado), nem pode ser prejudicado pela inércia do lesado ou pela hipotética ação autónoma do mesmo, uma vez que são realidades distintas e com finalidades próprias, não dependendo uma da outra.

Como compatibilizá-las ?

3.1.1. A articulação da perda de vantagens com o pedido de indemnização civil e execução tributária – consequências práticas

Se as vantagens constituírem coisas/objetos, ou valores pertença do lesado, que foi possível recuperar, a finalidade do confisco das vantagens – colocar o agente na situação em que estaria – é alcançada mediante a restituição dos bens à vítima, a quem pertencem, nos termos do artigo 186.º CPP.

O confisco apenas poderá ser decretado se a vantagem for superior àqueles ou o ofendido, por um qualquer motivo válido, não aceitar a restituição.

Contudo, se o confisco tiver que operar pelo valor porque não foi possível recuperar a vantagem direta, será necessário compatibilizar o direito da vítima em receber o valor da indemnização com a obrigação do Estado em confiscar o valor das vantagens, sendo aqui que se colocam os problemas de compatibilização, isto é, nos casos em que seja deduzido pedido de indemnização cível.

Nos demais, se o lesado não deduziu, ou mesmo nos casos em que é admissível o pedido cível em separado, é sustentável que a aplicação do regime de perda de bens a favor do Estado se pode aplicar irrestritamente. Mas o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, as vantagens declaradas perdidas a favor do Estado, incluindo o valor a estes correspondentes ou a receita gerada pela venda dos mesmos, conforme o disposto no artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal.

Nos casos em que o lesado deduz o pedido, aqui surge e necessidade de articulação.

A lei reconhece ao lesado o direito a exigir do agente do crime e autor do facto ilícito criminal, uma indemnização pelos seus prejuízos patrimoniais, nos termos previstos nos artigos 483.º e

seguintes do Código Civil e 71.º e seguintes do C. P. P. Penal, pelo que, quando o mesmo exerce o seu direito, a interpretação mais comum ao pensamento legislativo quanto ao instituto da perda de bens a favor do Estado é que este perdimento deve comprimir-se quando em presença do instituto concorrente do pedido de indemnização pelo lesado – em respeito ao direito propriedade consagrado constitucionalmente artigo 62.º Constituição da República Portuguesa – e deve expandir-se quando este se desinteressa do seu património, perdido para o agente do crime.

Mas não deve ser assim.

Se o lesado deduzir pedido de indemnização civil, deverá na mesma haver confisco pelo valor, porque, o *“confisco é um mecanismo subsidiário, operando, apenas, no montante da vantagem que exceder o valor dos danos civis causados, só podendo confiscar as vantagens que excedam a pretensão indemnizatória do lesado”*.²⁰

Uma e outra pretensão podem, eventualmente, não coincidir, podendo o valor da vantagem superar o montante da pretensão do lesado.

Trata-se de realidades distintas – providência sancionatória de um lado, e reparação de danos civis emergente de uma conduta humana do outro – e a obrigação da perda de vantagens é geral, e sobrepõe-se à vontade de qualquer indivíduo.

Questão mais complexa é quando o ofendido/lesado e a entidade que vem requerer a perda de bens a seu favor se confundem – o Estado – o que sucede, designadamente, nos crimes tributários.

A pertinência desta temática revela-se, quando o lesado vem deduzir pedido de indemnização civil, e ainda mais, pela recente contradição de decisões judiciais relativamente à possibilidade de o Ministério Público requerer o confisco nos casos em que a Administração Tributária/Instituto de Segurança Social declara, expressamente, não pretender deduzir pedido de indemnização civil por considerar suficiente o processo de execução fiscal para obtenção do seu crédito.

Sobre esta matéria as opiniões dividem-se, encontrando-se soluções diversas.

Uma jurisprudência, apoiada na noção de que a vantagem tem que constituir um incremento patrimonial efetivo que não se confunde com o valor que não se entregou ao Estado, e na inutilidade prática da declaração de perda, originando, tão só, a criação de mais um título executivo a favor do lesado/Estado, defende que não deve ser declarado perdido a favor do Estado o valor da vantagem patrimonial.²¹

Outra jurisprudência entende em sentido oposto.²²

²⁰ Correia, João Conde, ob. cit., pág. 145.

²¹ Neste sentido: Ac. TRP, 10-07-2019 p. 4929/17.9T9PRT.P1, Relator: ÉLIA SÃO PEDRO; TRP 26-06-2019, p. 1267/17.0T9PRD.P1 JOSÉ PIEDADE; disponíveis em www.dgsi.pt.

²² TRP, 10.12.2019 P. 82/18.1T9PRD.P1 (LILIANA DE PÁRIS DIAS); TRP, de 26/10/2017 (relatado pelo Desembargador Vítor Morgado); TRP, de 11/4/2019 (Relator: Desembargador João Venade), de 24/10/2018 (Relator: Desembargador José Piedade), de 12/9/2018 (Relatora: Desembargadora Maria Dolores da Silva e Sousa), de 25/9/2019 e de 12/7/2017 (Relator: Desembargador Jorge Langweg), TRP

Sustentada na natureza exclusivamente preventiva e no carácter obrigatório da declaração de perda de vantagens, diversas decisões vão no sentido que ambos os pedidos não se confundem, são independentes um do outro, podem coexistir em simultâneo, e devem ser um e outro apreciados.

Creemos ser esta a posição mais correta.

Como dissemos, vantagem, é *“tudo aquilo com que, no caso, o autor do facto ilícito típico criminal se locupleta indevidamente por ter praticado esse ilícito criminal e que possa ser economicamente avaliado”*.²³

Se o agente se apropriou de uma determinada quantia, que não entregou ao Estado, ainda que o tenha aplicado ou investido na compra de um bem, o primeiro benefício que obtém é o apropriar-se do valor não entregue, logo obteve uma vantagem.

O confisco das vantagens é uma medida obrigatória, subtraída a qualquer critério de oportunidade, e que ocorrerá sempre, por imperativo legal, que com a prática do facto ilícito típico tenham sido gerados benefícios económicos, não ficando dependente da vontade de qualquer indivíduo (lesado).

E assim é porque tem por finalidade a maior reconstituição da situação do seu autor antes da sua prática, retirando-lhe os proventos do crime.

Tal decisão tem sempre subjacente um juízo de índole criminal, havendo que se aferir se se preenche a factualidade de um crime e daí concluir que as vantagens que advieram dessa prática são também ilícitas.

Por sua vez, o pedido de indemnização civil apresentado no processo crime não perde a sua natureza civil, apesar de enxertada no processo penal, visando essencialmente ressarcir o lesado.²⁴

São realidades distintas, pelo que não se pode confundir a perda de vantagens com a pretensão indemnizatória, sendo de refutar, por completo, a forçada sobreposição destes dois institutos.

Ambas as finalidades podem coexistir: ressarcimento do lesado e restituição da situação patrimonial do agente do crime ao momento anterior à sua prática, mas com natureza diferente sendo que a vertente cível não substitui a vertente criminal, ainda que na prática possam ter resultado semelhante.

12/09-2018 P. 260/16.5IDPRT.P1, relatora MARIA DOLORES DA SILVA E SOUSA; RL, 18-06-2019, CID GERALDO; RL, 04-04-2019 P. 1487/17.8T9FNC.L1-9 ALMEIDA CABRAL; TRG 14/1/2019, relatora Isabel Cerqueira; todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

²³ Correia, João Conde, Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime, R. P. C. Criminal, 25 (2015), página 516.

²⁴ Paulo Pinto de Albuquerque refere: “indemnização civil deduzida em processo penal mantém a sua natureza civil e a sua autonomia em relação à ação penal, sendo-lhe aplicáveis os pressupostos, o montante e os prazos de prescrição do direito à responsabilidade civil, até porque a extinção da ação penal não implica a consequente extinção da ação cível (...)”; in Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 229-230.

O mesmo se diga quando a Autoridade Tributária e o Instituto Segurança Social prescindem do pedido cível por entenderem recorrer a outros meios de cobrança de crédito.

A execução fiscal tem também uma natureza e finalidade diferente daquela que é reconhecida ao instituto da perda de vantagens.

É um procedimento essencialmente administrativo, “porquanto alguns atos são praticados pelo órgão o órgão de execução fiscal, permitindo, no entanto, ao executado a garantia de uma defesa jurisdicional”²⁵, e visa recuperar um crédito.

Assim, mesmo que o Estado, na vertente tributária, demonstre que ou quer atuar sozinho ou não pretende reaver a quantia, na vertente penal a questão continua a ter interesse para que o agente (e a comunidade) entenda que não pode ter o agente qualquer benefício com a sua atuação ilícita.

E assim deve ser, porque pode o título executivo já existente prescrever ou haver uma oposição à execução bem-sucedida, e a perda de vantagem não pode ficar dependente disso.

Se a Autoridade Tributária/Segurança Social, está interessada no ressarcimento da quantia ou então é deduzido pedido de indemnização civil, e também é efetuado um pedido de perda de vantagens, o Tribunal apenas tem que apreciar as duas vertentes desse pedido e decidir, para assim cumprir na totalidade a decisão que abarca todos os efeitos da prática do facto ilícito típico.²⁶

Só em situações comprovadas e concretas de inutilidade se poderá verificar uma específica e excecional subsidiariedade entre os dois institutos, como seja no caso do condenado pagar a vantagem que auferiu, impossibilitando a fase executiva; ou se a pagou em sede cível (no âmbito execução tributaria) e desde que a vantagem não seja superior à quantia executada.

O que não pode suceder é que o Estado receba duas vezes a mesma quantia atenta a coincidência de credor e prestação, nunca podendo o arguido ser executado duplamente.²⁷ Contudo tal questão, por ser tratada numa fase de tramitação posterior, a fase executiva, em nada interfere com a declaração da perda de vantagem, que deve ser sempre promovida, apreciada e declarada, se verificados os seus requisitos e pressupostos de aplicação.²⁸

²⁵ Cunha, Filipa Nunes, ob. cit., pág. 185.

²⁶ Na mesma ordem de razão, veja-se o Acórdão de Fixação de Jurisprudência STJ1/2013, que ao admitir a cumulação do pedido de indemnização civil e do processo de execução fiscal, deverá admitir-se também, a sua cumulação com o pedido de perda de vantagens.

²⁷ Neste sentido: TRP, de 22/3/2017, 26/10/2017 e de 11/4/2019, disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁸ Por condensar tudo o que vem de ser exposto, vide o sumário do acórdão do TRP, de 25/9/2019 (relatado pelo Desembargador Jorge Langweg).

Capítulo II

4. Gestão e prática processual

Nos termos do artigo 241.º do Código de Processo Penal, “[o] Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia”.

E perante a notícia de um crime, o Ministério Público dá início à fase de inquérito, nos termos do artigo 262.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, e simultaneamente com as medidas investigatórias destinadas a apurar a responsabilidade criminal do(s) agente(s), o Ministério Público deve desenvolver as diligências necessárias a apurar e detetar vantagens passíveis da decisão de perda.

Só assim se consegue alcançar o intuito subjacente ao instituto da perda de vantagens: restituir o arguido à situação anterior à prática do crime, evitando-se que o criminoso mantenha na sua posse os proventos que logrou à custa do mesmo.

O apuramento de vantagens constitui um mecanismo de **natureza prioritária**, de acordo com o Despacho n.º 2/19, de 06-03-2019, da Procuradora-Geral da República²⁹ (sem prejuízo da Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, que definiu os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019), e determinou que a recuperação de ativos constitui uma das áreas prioritárias e objetivos estratégicos do Ministério Público, para o triénio 2019-2021.³⁰

Assim, é essencial que se investigue de forma a se apurar a vantagem e se promova o confisco da mesma, ou da sua importância (uma vez que na maioria das vezes está em causa um mero valor).

Isto significa que nos inquéritos relativos a crimes em que é suscetível de se verificar uma vantagem económica ou patrimonial para o(s) agente(s), ou para terceiro, o Ministério Público deve, para além dos procedimentos habituais atinentes ao início de um inquérito, e no que ao crime e ao procedimento criminal digam respeito, deve o magistrado planear e desenvolver diligências no sentido de apurar vantagens, e se for o caso, iniciar uma investigação patrimonial/financeira, uma vez que as vantagens podem revestir-se de diversas formas e encontrarem-se na titularidade de terceiros.

Para tanto é ponderoso, além de se reforçar a efetiva direção do inquérito, planificar a investigação patrimonial/financeira, determinando objetivos, diligências e a afetação de recursos, se for o caso, em coordenação com o Órgão de Polícia Criminal (OPC) a quem será delegada a competência para a investigação criminal.

Nesta fase inicial do inquérito, o magistrado do Ministério Público titular do mesmo deverá ponderar (nos termos e para os efeitos previstos no **artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal**) a eventual necessidade de sujeição do inquérito ao regime do **segredo de justiça**, não

²⁹ https://simp.pgr.pt/circulares/cir_ficha.php?nid_circular=10874&nid_especie_selected=0&lista_resultados=10874,10625,9969,9440,9043&stringbusca=%22recupera%E7%E3o+de+a%22#topo

³⁰ Também a Diretiva n.º 1/17, de 13-10-2017.

apenas para proteger os interesses da investigação, mas essencialmente tendo em conta as necessidades de se proceder à investigação patrimonial, identificando vantagens, acautelando a dissipação, ocultação ou destruição das mesmas, devendo fundamentar adequadamente a opção de o fazer.

Contudo, a investigação financeira/patrimonial nem sempre se coaduna com o tempo da investigação criminal, uma vez que aquela congrega necessidades específicas, ritos e tempo, muitas vezes incompatíveis com esta.

Mas, ainda assim, a recuperação de ativos não pode ficar esquecida, devendo o magistrado compatibilizar meios, utilizando a investigação criminal também para recolha de elementos que permitam identificar as referidas vantagens.

4.1. A investigação patrimonial ou financeira

Identificar vantagens na posse do arguido/suspeito, ou de terceiros, não é uma tarefa fácil, pelo que só com uma completa, exaustiva e eficiente investigação patrimonial ou financeira, sustentada em meios humanos, financeiros e materiais adequados, e apoiada em medidas cautelares, é possível lograr tais objetivos.

Para tais desígnios, foram criados o Gabinete de Recuperação de Ativos e o Gabinete de Administração de Bens.

4.1.1. Gabinete de Recuperação de Ativos – GRA

O Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA) foi criado pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho³¹, e tem como missão proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados – artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011 – competindo-lhe proceder à investigação financeira ou patrimonial, por determinação do Ministério Público, que determina a intervenção do GRA nesta matéria, sempre que, cumulativamente, se trate de instrumentos, bens, produtos ou vantagens relacionadas com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e quando o seu valor estimado seja superior a 1000 unidades de conta (102.000€), de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho.

Pode igualmente ser acionado nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011³², ou pode ainda assumir a forma genérica de recolha de informação considerada relevante e que conste nas bases de dados dos serviços presentes no GRA (PJ, IRN, AT).

³¹ Ver Portaria 269/2012, de 3.IX, relativa à composição e coordenação; e a decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6.XII, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados membros no domínio da deteção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime.

³² Mediante prévia autorização do Procurador-Geral da República ou, por delegação, dos Procuradores-gerais Distritais (hoje, Regionais), pode o GRA proceder à investigação financeira ou patrimonial, em

4.1.2. Gabinete de Administração de Bens – GAB

É um gabinete do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça a quem compete a administração dos bens apreendidos, recuperados ou declarados perdidos a favor do Estado, no âmbito de processos nacionais ou de atos de cooperação judiciária internacional – artigo 10.º, n.º 1, DL n.º 45/2011, de 24 de junho.

Compete-lhe, a pedido do GRA ou das autoridades judiciárias, quando o valor do bem apreendido exceda as 50 unidades de conta (€5.100,00) ou, independentemente desse valor, quando se trate de veículo automóvel, embarcação ou aeronave (artigo 11.º), a administração daqueles bens, designadamente proteger, conservar e gerir esses bens, determinar a venda, afetação ao serviço público ou destruição dos bens e proceder ao seu exame, descrição e avaliação para efeitos de fixação de eventual indemnização – artigo 10.º, n.º 3.

Assim, sempre que se verificarem estes requisitos, o magistrado do Ministério Público deve fazer intervir o GRA e o GAB, devendo para tanto seguir as recomendações constantes do Despacho da PGR n.º 3/13, de 30-07-2013.³³

4.2. Localização e deteção de vantagens

Estabilizada a investigação, em termos de identificação dos agentes do crime e da sua atividade criminosa, estando assim delimitado o objeto do processo, é essencial apurar-se que vantagens o(s) suspeito(s) alcançaram com a prática do ilícito típico, em que as mesmas consistiram e se estão na posse do agente ou de terceiro.

Já vimos que as vantagens podem ser de várias espécies e revestirem-se de várias formas e tipos.

Se umas são diretas e facilmente alcançáveis, como por exemplo a vantagem obtida nos crimes contra a propriedade e contra o património, ou nos crimes fiscais, como sejam os objetos/montantes que constituíram vantagem para o(s) agente(s), facilmente identificáveis³⁴; noutras situações, como seja no caso de identificar bens, valores ou direitos em que as vantagens se transformaram, ou quando se trate de recompensas, ou quando a vantagem constitua um mero valor ou algo incorpóreo, as mesmas não são de fácil identificação, e há que proceder a uma verdadeira investigação no sentido de as identificar, e localizar, procedendo-se posteriormente à sua apreensão, ou então, no mais comum dos casos, apurar o respetivo valor.

Sempre que possível, e assim a situação o exija, como supra se mencionou, esta investigação deve ser feita através do GRA, adotando-se os procedimentos descritos.

casos não abrangidos pelo número anterior, considerando o estimado valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade da investigação.

³³ Posteriormente reclassificado como instrução da PGR n.º 1/2013, de 30-07-2013), que define orientações de procedimentos a observar relativamente à intervenção destes institutos.

³⁴ V. g. os bens provenientes de um furto, o dinheiro da burla ou do abuso de confiança; o valor do imposto que não foi pago.

Quando tal não seja possível, deve o magistrado do Ministério Público encetar todas as diligências, e utilizar todos os meios ao seu dispor para identificar vantagens.

Assim sendo, há que lançar mão de todos os meios de obtenção de prova disponível, desde que se verifiquem os respetivos requisitos de admissibilidade.

Nas palavras de Conde Correia, “*poderá dizer-se que a investigação financeira comporta todos os meios de obtenção de prova que a investigação criminal pode utilizar*”.³⁵

O magistrado deve aproveitar para a identificação de vantagens **todos os meios de prova e de obtenção de prova** – cfr. artigos 128.º a 190.º do CPP – designadamente, prova documental – sem esquecer a prova documental digital – artigos 15.º e 16.º Lei do Cibercrime – prova testemunhal, buscas (e apreensões), e escutas, desde que admissíveis, para obter informação relevante para identificar e localizar vantagens, assim como obter informação acerca do património do(s) arguido(s)/suspeito(s) e sua efetiva titularidade, ou identificar terceiros que se encontrem na posse das mesmas.

O magistrado pode realizar pessoalmente as diligências mais relevantes, designadamente a inquirição das testemunhas, ou no caso de delegar tais diligências, indicar as concretas questões que deverão ser colocadas, designadamente todas aquelas que permitam identificar e localizar vantagens obtidas com o crime.

Pode igualmente, solicitar ao OPC que diligencie no sentido de apurar a situação financeira – patrimonial do(s) suspeito(s), e identificar bens na posse dos mesmos.

Pode ser necessário estabelecer-se um perfil pessoal e financeiro do(s) suspeito(s), apurando-se os núcleos familiar (informação civil), social e profissional do mesmo, e de terceiros com ele relacionado, e bem assim, apurar os bens de que o suspeito é titular, possuidor, detentor ou beneficiário.

É também importante identificar rendimentos e a sua proveniência, estabelecer relações societárias, caso existam, identificar contas bancárias, consultar registo criminal e listagem de processos onde possa(m) constar.

Para tanto, o Ministério Público deve fazer uso das **bases de dados** disponíveis, nomeadamente do registo civil, predial, comercial, automóvel e IMTT.

Tratando-se de pessoa coletiva, solicitar a respetiva certidão permanente e toda a documentação que possa ser útil e necessária, assim também quando se consiga estabelecer qualquer ligação do(s) agente(s) a sociedades comerciais.

É igualmente importante solicitar apoio às entidades administrativas, recorrendo-se às **bases de dados da Autoridade Fiscal e Aduaneira e da Segurança Social**, uma vez que as informações aí recolhidas espelham o rendimento lícito do(s) suspeito(s), devendo para tanto, o magistrado determinar a **quebra do segredo profissional** – cfr. artigo 64.º, n.º 2, alínea d), da LGT – solicitando-se :

³⁵ Correia, João Conde, ob. cit. pág. 134.

- Documentos relativos a rendimentos declarados,
- Atividades exercidas e de sociedades a que possam estar ligados o(s) suspeito(s), e demais informações atinentes às mesmas;
- Apurar o cumprimento das obrigações fiscais e determinar quem as pagou,
- Existência de transações comerciais documentadas,
- Veículos automóveis dos quais sejam proprietários, ou que paguem Imposto Único de Circulação;
- Identificação de moradas fiscais.

Muito relevantes no apuramento de ativos são também as **informações bancárias**, a ser solicitadas ao abrigo da **Lei n.º 36/2010, de 02 de setembro**, e **artigo 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, DL 298/92, de 31 de dezembro**, pelo que também aqui é necessário o magistrado determinar a **derrogação do sigilo bancário**, efetuando o pedido de todos os elementos necessários, como por exemplo:

- Identificação das contas em nome do suspeito(s), assim como dos beneficiários das mesmas e eventuais procurações e registos de assinaturas;
- Movimentos das contas, nomeadamente certificados de depósitos;
- Detalhes de todos os itens creditados naquela conta com vista a conhecer a fonte de cada depósito (incluindo todas os documentos relativos a transações e transferências, estas com referência à entidade bancária, titular e número da conta de onde provêm);
- Detalhes de todos os itens referentes ao débito (identificando os beneficiários das transferências),
- Documentos relacionados com empréstimos;
- Registos do cartão de crédito e histórico de todos os pagamentos;
- Fundos de investimento, produtos financeiros e cofres.

Pode ainda obter-se informação relativa a instrumentos financeiros junto de **instituições não financeiras**:

- Como o IGCP – Instituto de Gestão de Crédito Público, apurando se existem certificados de aforro titulados pelo(s) suspeito(s);
- À Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, apurando a existência de contas de seguros ou seguros de vida, ou ainda
- À Comissão de Mercado de Valores Imobiliários, determinado a existência de outros ativos relevantes.

Apurar junto de **seguradoras** eventuais apólices de seguros relativos a bens (v.g. automóveis) que o(s) suspeito(s) detenha(m) na sua posse ou titularidade.

Se necessário para a correta análise da documentação e informação alcançada, deve o magistrado do Ministério Público **determinar realização de perícia económico-financeira**, ou outra, assim como promover a intervenção de peritos na identificação e avaliação dos bens.

Todos estes passos poderão ser importantes para localizar e determinar vantagens, mas também para estabelecer a sua necessária conexão ao ilícito e aos agentes, a eventuais terceiros com ele relacionados, ou a quem tenha retirado vantagens com a sua prática.

Pese embora esta tarefa seja difícil, e muitas vezes inglória, quando se trata de apurar o que resultou da dádiva ou do preço inicial, contudo, o magistrado deve ter sempre presente que pode, e deve, ainda assim, recorrer a todos dos meios de investigação de que disponha para descobrir, apurar e localizar vantagens decorrentes do ilícito, de forma a poder efetuar o pedido da sua perda a favor do Estado.

4.3. Cálculo do valor da vantagem

Neste mecanismo mais generalista, a perda das vantagens pressupõe uma demonstração de obtenção das vantagens, quer de uma forma direta ou indireta, através do resultado da prática de um facto ilícito típico, determinando uma relação de conexão entre o facto ilícito criminal e o correspondente proveito patrimonial conseguido.

Assim, a par de identificar e localizar espacialmente a vantagem, recompensa, bem ou direito, há também que a localizar temporalmente de forma a se estabelecer a mencionada conexão com o facto ilícito.

E quando se trata de confiscar apenas um valor, há que o determinar.

O momento para o cálculo do valor deverá ser o da sua integral constituição, e o valor imputado deverá ser líquido, medido pela diferença entre o que o arguido tem e aquilo que ele teria se não tivesse cometido o facto ilícito típico.

Pelo que, para se apurar o valor deve-se recorrer ao método comparativo: comparar valores/património apresentado antes e depois do facto ilícito típico.

Conde Correia defende que *“a investigação deve comparar a situação anterior e posterior à prática do facto ilícito típico, sem considerar os ganhos que o arguido teria obtido com um comportamento legal”*.³⁶

Paulo Pinto de Albuquerque, defende o *“princípio do ganho líquido”*³⁷, devendo ser deduzido da vantagem obtida pelo agente o valor que ele despendeu para obter essa vantagem.

Entendemos, assim como a maioria da doutrina, que o método comparativo será aquele que melhor de coaduna e facilita a determinação.

Se no decurso da investigação foram apreendidos bens que revestiram uma vantagem para o agente, desde logo o valor da mesma deve ser subtraído ao valor total da vantagem.

De igual modo, e tratando-se de vantagem decorrente de ilícitos fiscais, deve o magistrado solicitar, previamente à dedução do pedido, informação acerca de eventual recuperação, total ou parcial, das quantias que constituíram a vantagem.

³⁶ Correia, João Conde Correia, ob. cit., pág. 198.

³⁷ In, anotação ao artigo 110.º, “Código Penal, Parte Geral e especial”, M. Miguez Garcia e J.M. Castela Rio, Almedina, 3.ª Edição, 2018.

No que concerne ao cálculo do valor da recompensa prometida (v.g. se a promessa pela prática de um crime constitui num determinado bem – moradia, automóvel), Paulo Pinto Albuquerque entende que se faz “*de acordo com o valor de mercado da coisa, posição ou vantagem, dada ou prometida*”³⁸, não podendo ser de outra forma.

4.4. Garantias processuais do confisco – Medidas cautelares

Depois de identificadas as vantagens do crime, é necessário aplicar uma medida de garantia patrimonial que assegure a eficácia da futura declaração de perda.

Para isso existem mecanismos processuais preventivos, de natureza cautelar, destinados a garantir a possibilidade futura de executar a sentença, ou seja, de concretizar a perda.

Entre as diferentes formas, estão a apreensão – artigo 178.º CPP – a caução económica – artigo 227.º CPP – e o arresto preventivo – artigo 228.º CPP.

Estas medidas não se confundem, uma vez que têm campos de aplicação próprios, e a utilização de cada uma delas é vinculada.

4.4.1. Apreensão

Visa a apreensão dos objetos que constituam vantagem, lucro, preço ou recompensa do facto ilícito típico. Pode ser ordenada pelo Ministério Público ou pelos OPC's (sujeita a validação); deve ser efetuada o mais cedo possível, isto é, logo que identificados, e o juiz só intervirá posteriormente e apenas se o interessado o requerer.

E pode ser realizada com a exclusiva finalidade de assegurar a futura declaração de perda a favor do Estado (artigo 110.º, n.ºs 1-3, CP), não sendo exigível qualquer finalidade probatória, ainda que também a tenha.³⁹

No fundo, visa apreender a própria coisa, ou o provento direto que constituiu a vantagem, e guardá-la como garantia.

A apreensão **apenas pode incidir sobre o património ilícito** (em que há uma conexão entre o objeto e o crime), no caso, sobre as vantagens, sejam diretas e indiretas, e do sucedâneo – artigo 110.º, n.ºs 1-3 – e que sejam propriedade de um suspeito (ainda não constituído arguido), do arguido ou de um terceiro, quando haja indícios que apontem ser o arguido o seu efetivo titular ou beneficiário – sem prejuízo da proteção dos direitos de terceiros de boa fé.

³⁸ Albuquerque, Paulo Pinto, ob. cit., pág. 461.

³⁹ Assim, Ac. TRL 25.10.2017, P.586/15.5TDLSB-H.L1-3, MARIA DA GRAÇA SANTOS SILVA, onde se lê: “a apreensão é o meio próprio para os fins de garantia da manutenção do produto do crime na esfera do Estado, dando suporte a um eventual confisco, a decidir unicamente em sede de sentença”; e ACÓRDÃO N.º 387/2019, do Tribunal Constitucional.

A apreensão tem como exigência a existência de um vínculo/conexão entre o objeto a apreender e um facto ilícito culposo – pelo que, **no despacho do Ministério Público**, é necessário demonstrar o vínculo da vantagem ao facto ilícito típico.

É ainda necessário demonstrar a existência de fundadas suspeitas da prática de um facto ilícito típico e da proporcionalidade da medida.

Se a apreensão foi indevidamente realizada sobre o património lícito, pode ser convertida em arresto, desde que verificados os respetivos pressupostos – cfr. artigo 186.º, n.º 5, CPP.

Se não forem encontrados já esses objetos que constituem a vantagem, deve proceder-se à **perda pelo valor**, sendo que aqui já estamos no âmbito do património lícito – artigo 110.º, n.º 4, Código Penal – e os mecanismos de garantia a observar são, já não a apreensão, mas o arresto preventivo e a caução económica.

4.4.2. Arresto preventivo e caução económica

São da competência exclusiva do juiz – cfr. artigo 268.º, n.º 1, al. b), do CPP ou do juiz de julgamento, consoante a fase processual - **incidem sobre o património lícito** dos visados e visam acautelar o ressarcimento derivado da prática de um facto ilícito típico, e é um meio processual penal apto para assegurar a perda do valor correspondente às vantagens, que venham a ser declaradas perdidos a favor do Estado – cfr. artigo 227, n.º 1, al. b) e n.º 5 e 228.º, n.º 1, do CPP.

O arresto consiste numa apreensão judicial de bens, a caução pode ser prestada por meio de qualquer garantia, real ou pessoal.

Tratando-se de medidas de garantia patrimonial devem obedecer, em primeiro lugar, aos princípios substanciais da necessidade, adequação e proporcionalidade – artigo 193.º, n.ºs 1 e 4, CPP.

Quanto aos pressupostos específicos, e para além dos indícios da existência de crime, o “*fumus commissi delicti*”, é necessário, para a aplicação da **caução económica**, de acordo com o n.º 1 do artigo 227.º do CPP, **o fundado receio de que falem ou diminuam as garantias de pagamento do valor**, o “*Periculum in mora*”; para o **arresto preventivo** o justificado receio da perda da garantia patrimonial, por aplicação das regras processuais civis – cfr. artigos 228.º, n.º 1, do CPP e artigos 391º a 393º, e 365º “*ex vi*” artigo 376º, todos do Código do Processo Civil.⁴⁰

Quanto aos requisitos formais – cfr. artigo 194.º, n.º 6, do CPP – **a promoção do Ministério Público deve conter:**

⁴⁰ Existe receio que as garantias falem, nomeadamente, sempre que o valor das vantagens seja superior ao valor património do visado. Existe receio que as garantias diminuam sempre que o visado tenha alienado ou se prepare para alienar uma parcela do seu património. O receio de perda de garantia patrimonial poderá ser afirmado por via da natureza dos crimes praticados pelo arguido, ou de atos concretos de dissipação do património.

- a) A descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo;
- b) A enunciação dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime;
- c) A qualificação jurídica dos factos imputados;
- d) A referência aos factos concretos que preenchem os pressupostos de aplicação da medida, incluindo os previstos nos artigos 193.º e 227.º/228.º, designadamente o “periculum in mora”, a existência do perigo efetivo de falta ou diminuição das garantias de pagamento do valor, ou a existência de atos de dissipação do património, assim como os elementos do processo que o sustentam.

Deve ainda **indicar-se os termos e modalidades** em que deve ser prestada, **no caso da caução económica** – cfr. 227.º, n.º 2 – e que podem ser: depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, penhor, hipoteca, fiança bancaria, ou, desde que o fiador renuncie ao benefício de excussão prévia, fiança; assim como se deve **indicar o valor**, que será o do montante cujo pagamento se visa garantir.⁴¹

O arguido deve sempre ser ouvido previamente, a não ser que, por decisão fundamentada, essa audição seja considerada impossível – 194.º, n.º 4, CPP.

No caso do **arresto preventivo**, indicar os bens concretos a arrestar.

Deve igualmente, assegurar-se de que os despachos/promoções não são comunicados ao arguido, ou visados, antes de se executar a medida e efetuar os registos.

E face às suas características próprias e de forma a garantir o seu êxito, deve ser decretada antes da constituição de arguido – cfr. n.º 3 artigo 192.º CPP.

Não deve haver audição prévia – sem prejuízo de possibilidade posterior de contraditório – uma vez que o seu sucesso depende do seu sigilo; e por força do direito processual civil – artigo 393.º do CPC.⁴²

Nestes termos, conforme a medida cautelar que se entenda ser de aplicar, e tendo igualmente em conta a necessidade de se efetuar a investigação patrimonial/financeira de modos a se identificar vantagens, a **constituição de arguido** deve ser das últimas diligências a ser realizada, podendo acontecer aquando do seu 1.º interrogatório judicial – artigo 141.º CPP – momento em que pode igualmente ser promovida a aplicação das medidas de garantia patrimonial supramencionadas – 194.º, n.º 4, CPP.

4.5. Encerramento do Inquérito

Quanto ao encerramento do inquérito, há que atender a que o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, deve determinar qual a melhor forma de a exercer.

⁴¹ Neste sentido, TRP, 30.05.2018, P. 3487/16, Ernesto Nascimento.

⁴² O Tribunal Constitucional considerou essa posição não inconstitucional – Ac. TC n.º 724/2014.

A perda de vantagem pressupõe, ao nível formal, a prática de um facto ilícito típico, que terá, forçosamente, de ser imputável a uma pessoa concretamente identificada, exigindo-se pelo menos uma acusação ou ato equivalente, ficando, desde logo inviabilizado com um arquivamento com dispensa de pena (280.º) e com a suspensão provisória do processo (281.º). Em todas as outras hipóteses, a opção por uma solução alternativa à acusação impede o confisco formal. Sem a comprovação judicial do facto ilícito ele não é possível.⁴³

Assim sendo, a acusação deve conter todos os elementos constantes do artigo 283.º, n.º 3, do CPP, e igualmente os factos que consubstanciam o confisco e as disposições legais aplicáveis.

- Tratando-se de recompensas dadas ou prometidas, pelo facto de estas envolverem muitas das vezes terceiros, alheios ao crime, mas beneficiários do mesmo, da acusação deve, por isso, constar *“os factos que consubstanciam o crime, as recompensas dele emergentes ou para ele oferecidas e quem as recebeu ou devia receber”*⁴⁴, ou seja, deve indicar a concreta relação sinalagmática entre o facto ilícito e o bem, ou direito recebidos ou prometidos.
- Se estivermos perante vantagens diretas ou indiretas, o Ministério Público basta alegar e demonstrar que o benefício resulta da prática do facto ilícito.
- Se sucedâneos, nestas surge a necessidade de explicar na acusação o “trato sucessivo” da coisa, desde o momento inicial, até ao momento final, não bastando indicar que o bem é um mero sucedâneo.
- Tratando-se do confisco do valor, basta indicar a impossibilidade de confiscar a própria coisa e acrescentar o seu valor.
- Em caso de co-autoria, se for possível determinar com precisão a vantagem de cada um, cada um ficará responsável pela sua parte; caso contrário a responsabilidade será solidária – cfr. artigo 497.º do Código Civil.
- Tratando-se de pessoa coletiva, se criminalmente responsável nos termos do artigo 11.º do Código Penal, ou noutro diploma que preveja a responsabilidade penal de pessoa coletiva, pode ser igualmente objeto da declaração da perda.

4.6. O requerimento da perda de vantagem

Deduzida a acusação, feita a imputação, segue-se o requerimento de declaração de perda da vantagem, seguido do elenco da prova e a promoção de uma medida cautelar, se necessária.

Exemplo:

O Ministério Público, em processo comum e perante Tribunal Singular deduz acusação contra:

⁴³ Correia, João Conde, ob. cit., pág. 134.

⁴⁴ Correia, João Conde, ob. cit. pág. 136.

– Manuel José Ribeiro Santos, filho de António Santos e de Rosa Ribeiro, natural de lugar da cidade, nascido em 01.01.1970, documento de identificação n.º xxxxxxx, solteiro, desempregado, com residência em Lugar da Cidade, e

– “xxxxxx, Lda.,” NIPC xxxxxxx, com sede em Lugar da Cidade.

Porquanto:

(...)

Praticou o arguido Manuel José Ribeiro Santos, em autoria material e na forma consumada, conforme o disposto nos artigos 14.º, n.º 1, 26.º do Código Penal, **um crime de burla qualificada**, previsto e punido nos termos do **artigo 217.º, n.º 1 e 218.º, n.º 1, por referência ao artigo 202.º, alínea a), todos do Código Penal.**

A sociedade “xxxx, Lda”., é criminalmente responsável nos termos do **artigo 11.º do Código Penal**, pela prática de, **um crime de burla qualificada**, previsto e punido nos termos dos artigos 217.º, n.º 1 e 218.º, n.º 1, por referência ao artigo 202.º, alínea a), todos do Código Penal.

**

Da declaração de perda das vantagens do facto ilícito típico a favor do Estado

O Ministério Público, nos termos do disposto no artigo 110.º, n.º 1, alínea b) e n.º 4, do Código Penal, requer se declare a perda das vantagens obtidas pelos arguidos Manuel José Ribeiro Santo e “xxx, Lda”, com a prática dos factos descritos na acusação supra, o que faz com os seguintes fundamentos de facto e de direito:

1. Dão-se aqui por integralmente reproduzidos, para todos os legais efeitos, os factos objeto da acusação que antecede e bem assim a qualificação jurídica respetiva.
2. Os arguidos, com a sobredita conduta criminosa, obtiveram uma vantagem patrimonial no valor de pelo menos € xxxxx (xxxx euros), equivalente ao montante com que se locupletaram.
3. O referido montante corresponde, nos termos do artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal, à vantagem da atividade criminosa que os arguidos obtiveram com a prática do crime, na medida em que traduz o incremento patrimonial direto que os mesmos conseguiram com a sua conduta criminosa supra descrita.
4. De facto, tal vantagem não teria sido obtida pelos arguidos caso não tivessem praticado os factos ilícitos típicos descritos na acusação que antecede.
5. O que ocorreu em consequência do correspondente empobrecimento do património de xxxx.
6. Os arguidos não restituíram os montantes obtidos em razão da sua conduta criminosa, no valor de € xxxx.
7. Por se tratar de um ativo fungível, não resulta agora possível a apropriação em espécie daquela vantagem, uma vez que os arguidos lhes deram destino não concretamente apurado.
8. Pelo que, em consequência deverá o valor global da vantagem do crime, ser declarado perdida a favor do Estado, nos termos do artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal.

Nestes termos, o Ministério Público requer que se condene os arguidos a pagar solidariamente ao Estado, o valor de € xxxx, que correspondem à vantagem da atividade criminosa desenvolvida pelos mesmos, nos termos do artigo 110.º, n.º 1, alínea b) e n.º 4, do Código Penal, sem prejuízo dos direitos do lesado, caso venham a ser exercidos, e sem prejuízo da eventual anulação da vantagem do crime atualmente apurada mediante devolução de parte ou da totalidade do montante apurado.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONFISCO – Conclusão

A remoção das vantagens obtidas com o facto ilícito típico é obrigatória e não está sujeita a critérios de oportunidade ou conveniência.

Assim sendo, é essencial desde o início do inquérito, ter bem presente a obrigatoriedade de identificar vantagens e tomar medidas de garantia processual.

Fazer intervir o GRA, sempre que possível, de forma a se realizar a investigação patrimonial de vantagens e, quando não seja possível, utilizar os meios próprios da investigação, como sejam todos os meios de recolha de prova que se encontram ao dispor do magistrado para identificar, localizar e quantificar vantagens, sejam elas coisa ou bens, direitos, valores ou recompensas.

E posteriormente formular o pedido de perda de vantagem na acusação, designadamente do seu valor, sempre que se verifique que da prática do ilícito resultou para o agente uma vantagem patrimonial, suscetível de se conectionarem com aquela prática.

E esta obrigação é geral, e sobrepõe-se à vontade de qualquer indivíduo, daí que o pedido pode e deve coexistir com o pedido de indemnização civil deduzido pelo lesado, mesmo no caso do lesado e o Estado se confundirem, ou ainda quando o lesado prescinde do mesmo, contudo, sempre no respeito dos direitos de terceiros.

Tudo isto em ordem ao Princípio Constitucional da Legalidade, previsto no artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa, que conforma o processo penal e ao princípio subjacente ao presente mecanismo: **“o crime não pode compensar”**.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Referências bibliográficas

- Correia, João Conde, “Da proibição do confisco à perda alargada”, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.
- Cunha, José Manuel Damião da, “Da perda de Objetos Relacionados com o Crime”, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1999.
- Dias, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal Português, as consequências Jurídicas do Crime”, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.
- Albuquerque, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica, 2015.
- Caeiro, Pedro, “Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Rediticia (em especial, os procedimentos de Confisco In Rem e a Criminalização do Enriquecimento “Ilícito””, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2, Coimbra Editora, 2011.

- Correia, João Conde e Rodrigues, Hélio, “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários”, *Julgar On Line*, janeiro de 2017.
- Correia, João Conde, “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 25, Coimbra, 2015.
- Cunha, Filipa Nunes, “A admissibilidade de (co)existência do confisco e outros mecanismos de recuperação de vantagens no âmbito dos crimes tributários”, *Revista do Ministério Público*, 151, julho-setembro, 2017, páginas 171-196.
- Garcia, M. Miguez, e Rio, J.M. Castela, “Código Penal, Parte Geral e Especial”, Almedina, 3.ª Edição, 2018.

4. A Perda de Vantagens do Crime no Código Penal: Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual

Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. A PERDA DE VANTAGENS DO CRIME NO CÓDIGO PENAL: ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares*

I. Introdução
II. Objetivos
III. Resumo
1. Enquadramento jurídico
1.1. “A perda clássica”: quadro normativo
1.2. A perda “clássica” (<i>versus</i> perda “alargada”) e sua (in)distinção do confisco
1.2.1. Natureza jurídica da perda/confisco de vantagens
1.2.2. Relevância político-criminal: finalidades da declaração de “perda” ou “confisco”
1.3. As vantagens e as formas de confisco
1.3.1. Conceito de “vantagens”
1.3.2. O confisco das “vantagens”: diretas, indiretas ou sucedâneas; recompensa; valor
1.3.3. O confisco de vantagens de terceiro
2. Abordagem prática e gestão processual
2.1. A investigação: o caminho a percorrer no inquérito – especificidades
2.2. Ponderação: segredo de justiça e derrogação de sigilo bancário
2.3. Diligências de investigação – breve percurso e algumas especificidades práticas
2.4. Investigação financeira e patrimonial
2.5. Encerramento do inquérito – particularidades
2.6. Garantias processuais do confisco
2.7. Compatibilização do confisco de vantagens com outras formas de ressarcimento
2.7.1. O confisco das vantagens e o pedido de indemnização civil
2.7.2. O confisco das vantagens, o pedido de indemnização civil e a pretensão da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários
2.8. O requerimento de declaração da perda de vantagens – proposta de modelo prático
IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

No ordenamento jurídico nacional, a declaração de perda de vantagens resultantes da prática de um facto ilícito típico é uma consequência jurídica imperativa, com previsão expressa no artigo 110.º do Código Penal, não estando dependente de critérios de discricionariedade ou oportunidade.

O estudo que enformou a realização do presente trabalho, conjugado com a experiência profissional prévia, faz-nos concluir que o regime atual é o que melhor serve as finalidades preventivas que lhes estão subjacentes.

Neste conspecto, não pode olvidar-se que a intervenção do Ministério Público no domínio do exercício da ação penal, sempre em obediência ao princípio da legalidade processual e da objetividade, encerra não só o dever da sua promoção no que concerne à responsabilização criminal do agente, mas também nas matérias relacionadas com o confisco.

* *Agradecimento:* A todos os que conheci na Diretoria do Norte da Polícia Judiciária com quem tive o privilégio de aprender, trabalhar e conviver, o meu profundo agradecimento pelos contributos dados para o desenvolvimento do presente trabalho temático.

Sabemos que esta tarefa não é isenta de obstáculos. Note-se que não existe ainda um acervo normativo global válido e comum para todas as situações.

Para além dos preceitos de natureza substantiva relativos à perda de vantagens a favor do Estado, encontramos uma panóplia diversificada de normas processuais que são complementares ou instrumentais daqueles, assim se criando dificuldades teóricas e práticas que são transversais a todo o sistema.

A crescer, dada a progressiva complexidade e dimensão das investigações, a recuperação de vantagens obtidas pela prática do facto ilícito típico exigirá, mormente no campo da criminalidade económica, uma investigação financeira e patrimonial, inexistindo ainda normas específicas a reger esta matéria.

Porém, tais obstáculos não inviabilizam uma postura firme e dedicada no sentido de se alcançar declaração de perda das vantagens na sentença, e assim aniquilar o sentimento de compensação material e gratificação que o agente possa sentir com a prática do facto ilícito típico, dissuadindo-o da sua comissão.

Há que afastar, em definitivo, na nossa *praxis* jurídica, os resquícios históricos de um confisco associado ao poder absoluto, aos quais reagiu o iluminismo (*era encarado como uma sanção desumana e violadora do carácter intransmissível das penas*), e olhar com determinação os desafios que, na atualidade, lança ao sistema de justiça, designadamente no que respeita à recolha de prova do nexo de causalidade com o facto ilícito típico, sua determinação e localização.

É preciso que a comunidade interiorize com seriedade que “*o crime não (DEVE) compensa(R)!*”, tendo os Magistrados do Ministério Público um papel fundamental na demonstração e concretização efetiva desta afirmação, em toda a fase de inquérito, desde a aquisição da notícia do crime: no planeamento, articulação multidisciplinar e estímulo conducentes – a final – à declaração de perda das vantagens a favor do Estado.

II. Objetivos

O presente guia tem como objetivo primordial facultar um quadro referencial no que concerne a algumas das principais questões que se têm colocado em torno do regime da Perda de Vantagens que se encontra previsto no Código Penal.

Preende-se possibilitar a fácil consulta e rápida perceção de um conjunto de elementos considerados pertinentes, de natureza legislativa, doutrinal, jurisprudencial e prática.

Dito de outro modo, a nossa meta consistiu em conformar uma ferramenta útil na resolução de problemas com que os Magistrados se deparam nesta matéria e, em consequência, favorecer boas práticas na sua abordagem inicial, investigação, articulação e gestão processual.

Nesta medida, o guia em apreço é dirigido, em primeira linha, aos Auditores de Justiça, Magistrados do Ministério Público e Órgãos de Polícia Criminal, visando uma abordagem

teórico-prática das problemáticas concretas ínsitas ao Regime da Perda de Vantagens, bem como alertar para a necessidade de ser adotada – em particular, pelos Magistrados do Ministério Público – uma postura proativa na efetiva aplicação deste instituto, não olvidando o caráter multidisciplinar dos conhecimentos e técnicas convocados.

Pretende-se assim sensibilizar e alertar os destinatários do presente estudo não só para a obrigatoriedade (que decorre do texto da lei), mas também para a relevância de o Magistrado do Ministério Público dirigir o inquérito, desde o seu início, não apenas com o desiderato de alcançar as finalidades vertidas no artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (C.P.P.), mas também com o propósito firme e prático de identificar, determinar, localizar, apreender e requerer a perda a favor do Estado das vantagens provenientes da prática do facto ilícito típico.

III. Resumo

Em ordem a tratar o tema a que nos propomos, o presente guia desenvolve-se ao longo de dois segmentos distintos.

O primeiro, visa um breve enquadramento jurídico global do regime de perda de vantagens: a apresentação do respetivo quadro normativo, diferenciando o regime geral que se encontra previsto no Código Penal; a (mera) enunciação dos regimes específicos de natureza substantiva e/ou processual, e bem assim, o quadro dos instrumentos jurídicos internacionais aplicáveis.

Uma vez efetuado o referido enquadramento, proceder-se-á à definição do instituto da Perda de Vantagens – “Perda Clássica”, sua natureza, finalidades e relevância político-criminal, operando ainda uma breve distinção com o regime da “perda alargada”.

Passaremos à noção do conceito de vantagem, e abordaremos as respetivas formas de confisco: de vantagens diretas, indiretas e sucedâneos; de recompensas; do valor da vantagem (quando não possa ser apropriada em espécie) e ainda o confisco de vantagens pertencentes a terceiros.

Após, no segundo segmento, será efetuada a abordagem prática e gestão processual.

Em primeiro lugar, centrar-nos-emos na investigação, procurando apontar alguns “caminhos” que se adequem às respetivas especificidades e às problemáticas inerentes.

De seguida, passaremos a escaupelizar de forma sintética as garantias processuais da efetivação do confisco de vantagens.

Será analisada a compatibilização do confisco das vantagens com outras formas de ressarcimento de direitos, para, por fim, se apresentar uma proposta de modelo prático de requerimento de perda de vantagens a favor do Estado.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. “A Perda Clássica”: quadro normativo

No ordenamento jurídico-penal português, o regime da perda encontra-se regulado tanto no Código Penal como em diversa legislação avulsa.

O nosso estudo centrar-se-á, tão-só, no regime consagrado no Código Penal, sobejamente identificado como “**Perda Clássica**” (“Comum” ou “Tradicional”).

Daqui resulta haver desde logo uma primeira distinção a fazer, entre:

a) O **regime geral**, que se encontra previsto nos artigos **109.º a 112.º-A do Código Penal** (regime substantivo), e artigos **178.º a 186.º, 191.º a 194.º e 227.º e 228.º do Código de Processo Penal** (regime processual) – a declaração de perda de vantagens constitui uma consequência jurídica que se insere no direito substantivo (ou material) e que é efetivada por mecanismos de natureza processual.

b) Os **diversos regimes especiais**, de natureza substantiva e/ou processual, alguns dos quais passaremos a elencar¹:

- **Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro** – estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira – artigos 7.º a 12.º-A (perda alargada) e 12.º-B (perda de instrumentos);
- **Lei n.º 15/2001, 05 de junho** – aprova o Regime Geral das Infrações Tributárias (R.G.I.T.) – artigos 18.º a 20.º;
- **DL n.º 28/84, de 16 de janeiro** – rege a matéria relativa às infrações antieconómicas e contra a saúde pública – artigos 9.º, 46.º, 76.º;
- **DL n.º 15/93, de 22 de janeiro** – define o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas – artigos 35.º a 39.º;
- **Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro** – Lei do Cibercrime – estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico – artigo 10.º;
- **Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro** – aprova o regime jurídico das armas e suas munições – artigo 94.º.

É também extenso o **quadro dos instrumentos jurídicos internacionais** nesta matéria², alguns dos quais serão mobilizados no decurso da presente exposição.

¹ **DL n.º 11/2007** – define o regime jurídico da avaliação, utilização, alienação e indemnização de bens apreendidos pelos Órgãos de Polícia Criminal no âmbito de processos crime e contraordenacionais, que sejam suscetíveis de vir a ser declarados perdidos a favor do Estado e regula os respetivos procedimentos); **Lei n.º 88/2009** – aprova o regime jurídico da emissão e execução de decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime; Lei 25/2009 – Estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na UE) – [parcialmente revogada]; **DL n.º 422/89, de 02 de dezembro** – reformula a Lei do Jogo – artigos 116.º e 117.º; **DL n.º 110/2018, de 10 de dezembro** – **Código da Propriedade Industrial** – artigo 329.º, **DL n.º 63/85, de 14 de março** – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – artigo 201.º.

Por razões de brevidade, mencionamos por ora apenas a **Diretiva 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho**, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

O artigo 4.º, n.º 1, determina que o confisco das vantagens do crime, concretizado através do respetivo valor, constitui um imperativo, impondo a adoção de regras mínimas em matéria de confisco em todos os Estados Membros, ao mesmo tempo que pressupõe a interpretação do direito interno vigente em conformidade com o direito europeu.

1.2. A Perda “Clássica” (*versus* Perda “Alargada”) e sua (in)distinção do Confisco

Elucidemos em primeiro lugar uma questão que, apesar da sua simplicidade, consideramos dever ser o ponto de partida: a (in)distinção dos conceitos de “perda” e “confisco”.

Na verdade, a designação de “Perda” [de vantagens a favor do Estado] é conferida na perspetiva de quem era o proprietário dos bens (ablação) e se vê despojado dos mesmos, e por seu turno, a designação “Confisco” é atribuída na perspetiva do Estado, que adquire a propriedade das vantagens (aquisição), declaradas perdidas a seu favor.

Os conceitos têm o mesmo conteúdo material: trata-se da decisão definitiva que *“instaura o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objeto (v.g., a posse)”*. Nesta conformidade, tais expressões serão utilizadas indistintamente ao longo do presente trabalho, na medida em que constituem sinónimos e traduzem a mesma realidade, ainda que de diferentes perspetivas³.

A doutrina distingue duas categorias onde os regimes legais enunciados se inserem:

² Assinalamos: **Regulamento (UE) 2018/1805**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018; **Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI**, do Conselho, de 6 de outubro; **Decisão-Quadro 2005/212/JAI** do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005; **Decisão-Quadro 2003/577/JAI**. No que diz respeito a **Convenções Internacionais**: A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (1988) – [artigo 5.º, n.º 7], a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000) – [artigo 12.º, n.º 7]; Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (2005) – [artigo 3.º, n.º 4] prevê a possibilidade, mas não o dever, de os Estados imporem o ónus de provar a origem lícita dos bens ao seu detentor, dentro do respeito pelos respetivos ordenamentos jurídicos internos; Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida – 2003) – artigo 31.º.

³ Também assim, Pedro Caeiro, segundo o qual as expressões “perda de bens a favor do Estado” e “confisco” exprimem adequadamente a mesma noção. Para melhor compreensão *vide* 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”, Ano 21, n.º 2, Abril-Junho 2011, Coimbra Editora, pp. 269 e seguintes.

a) a **“Perda Clássica”** (ou comum), em que tem que se verificar uma relação causal entre o facto ilícito típico praticado e as vantagens que deverão ser declaradas perdidas a favor do Estado.

O seu regime está sistematicamente inserido no Capítulo IX, sob a epígrafe *“Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens”*, do Título III – *“Das Consequências Jurídicas do facto”* do Livro I do Código Penal – **artigos 110.º a 112.º-A**.⁴

Nas palavras de Hélio Reitor Rodrigues, *“Perda clássica ou tradicional é aquela que exige a demonstração do vínculo existente entre o facto ilícito típico em investigação e aquele bem concreto, suscetível de ser declarado perdido, de que é instrumento paradigmático a perda dos instrumentos, produtos e vantagens previstas nos artigos do Código Penal, ou a perda de objetos, 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”*⁵.

b) a **Perda “alargada”** (ou “ampliada”): regime previsto nos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em que não se exige a sobredita relação causal.

Consiste em estender o confisco a vantagens de origem desconhecida que se encontram na posse ou titularidade do agente, através de presunções que assentam na condenação por certos crimes tipicamente rendosos.

A natureza deste instituto tem igualmente gerado divergência na Doutrina⁶.

João Conde Correia preconiza que se trata de um mecanismo civil, enxertado no processo penal, que tem como finalidade a reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito⁷, posição com a qual tendemos a concordar, e que é igualmente veiculada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 476/2015⁸.

4 Dela fazem parte, também outros regimes de perda de bens, que acima elencámos, e de que é exemplo paradigmático o regime previsto nos artigos 35.º a 38.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (tráfico e consumo de estupefacientes).

⁵ RODRIGUES, Hélio, in *“Gabinete de Recuperação de Activos, O que é, para que serve e como actua”*, Revista do CEJ, 2013, pág. 71.

⁶ Divisão entre a sua natureza eminentemente penal de medida não penal (no sentido de que nada tem a ver com a prática de um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança, que tem como alicerce as mesmas considerações de prevenção geral e especial do artigo 110.º do Código Penal, “mas com duas especialidades interligadas: a medida é fundada num facto ilícito e culposo, mas admite prova em contrário; nas palavras de Damião da Cunha, trata-se de uma “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”; Pedro Caeiro defende que se trata de uma medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal, pois a sua causa não está na existência de um facto ilícito típico, mas sim na existência de um património incongruente.

⁷ In CORREIA, João Conde, *“Da Proibição do Confisco à Perda Alargada”*, 2012, INCM, pp. 139-141.

⁸ AC TC n.º 476/2015: *“(…) Embora enxertado naquele processo penal, o que está em causa neste procedimento, repete-se, não é já apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa. Daí que, quer a determinação do valor dessa incongruência, quer a eventual perda de bens daí decorrente, não se funde num concreto juízo de censura ou culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo concreto de perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes, mas numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos.”*[sublinhado nosso].

O Tribunal Constitucional já se pronunciou concluindo pela não inconstitucionalidade deste regime, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2015.

Este regime encerra em si regras especiais em relação ao regime da perda “clássica” – objeto do presente trabalho – contudo, partilha da mesma natureza. Baseia-se na presunção legal ilidível de que a diferença entre o valor do património do arguido, e aquele que seja congruente com o seu rendimento, consubstancia uma vantagem que deriva de um ou mais crimes previstos no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.⁹ Assenta nos três pressupostos cumulativos vertidos nos artigos 7.º a 12.º do normativo citado,¹⁰ e não será determinada se o arguido demonstrar a origem lícita do seu património, apesar da incongruência com os rendimentos apresentados¹¹.

1.2.1. Natureza jurídica da perda/confisco de vantagens

A definição da natureza da perda de vantagens objeto da nossa análise – «Perda Clássica» – continua a gerar muita controvérsia e dúvida na doutrina.

Damião da Cunha considerava-a uma pena acessória, dependente da pena principal. Nesta medida, sem condenação, não poderia haver a declaração de perda das vantagens do crime.¹²

Figueiredo Dias¹³ perfilha a posição de que a finalidade desta providência é eminentemente preventiva (demonstrar que o crime não compensa) e seria absolutamente contrário a tal finalidade “*que ela não tivesse lugar só porque o agente atuou (...) sem culpa. O benefício resultante da prática de um facto ilícito típico deve ser anulado e a ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito restaurada*”.

⁹ Na doutrina têm sido apontadas críticas do catálogo de crimes da Lei, designadamente Hélio Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues, 2013: “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-financeira – viagem pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão, Lisboa: SMMP, pp. 2016 e 2017, incluindo nele o crime de recebimento indevido de vantagem.

¹⁰ Vide “Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.ª Edição atualizada, p. 463: i) condenação por um ou mais crimes elencados no catálogo legal do artigo 1.º no mesmo processo em que a perda alargada é requerida; ii) existência de um “património” do arguido, nos termos previstos no artigo 7.º, n.º 2, da mesma Lei, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; iii) a existência de uma diferença entre o valor do património do arguido (avaliado de acordo com o valor de mercado à data da aquisição do património) e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, tal como consta da declaração apresentada para efeitos fiscais.

¹¹ Neste sentido, Jorge Duarte, in “*Branqueamento de Capitais, O Regime do D.L. 15/93, de 22 de janeiro, e a Normativa Internacional*”, Porto, Universidade Católica, pp. 151 a 153; Conde Correia, 2012, *ob. cit.*, pp. 110 e 111; e Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, 2013, *ob. cit.*, p. 231: i) condenação por um ou mais crimes elencados no catálogo legal do artigo 1.º no mesmo processo em que a perda alargada é requerida; ii) existência de um “património” do arguido, nos termos previstos no artigo 7.º, n.º 2, da mesma Lei, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; iii) a existência de uma diferença entre o valor do património do arguido (avaliado de acordo com o valor de mercado à data da aquisição do património) e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, tal como consta da declaração apresentada para efeitos fiscais.

¹² Desde já acompanhamos, neste ponto, a opinião de João Conde Correia quando contrapõe que, já que a declaração de perda não está dependente do cometimento de um crime, mas da prática de um facto ilícito típico (em que inexistente culpa), a perda de vantagens não poderá revestir a natureza de pena acessória.

¹³ In Direito Penal Português, Parte Geral II, “As Consequências Jurídicas do Crime”.

A perda constituiria assim uma «*providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança*», em que «*o que está em causa primariamente é um propósito de prevenção da criminalidade em globo*», "ideia que se deseja reafirmar tanto sobre o concreto agente do ilícito típico (*prevenção especial ou individual*), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (*prevenção geral*), mas sem que neste último aspeto deixe de caber o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (*prevenção geral positiva ou de integração*)».

Tal construção veio a ser acolhida pela Reforma do Código Penal de 1995, que lhe deu força de Lei, e é hoje aceite pela maior parte da doutrina¹⁴, e também na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 336/2006, de 18 de maio de 2006 adere a esta posição.

Por sua vez, Pedro Caeiro define a perda de vantagens como uma reação de *tertium genus* dentro da panóplia das reações penais, uma vez que «do ponto de vista das finalidades prosseguidas, a perda encontra-se mais próxima das penas do que as medidas de segurança, porque a mensagem “o crime não compensa” é primordialmente dirigida à comunidade (prevenção geral), e só em segundo plano ao visado (prevenção especial).¹⁵

Quanto a nós, após análise e reflexão em face das teses em confronto, tendemos para concordar com a posição e argumentação que atribui à perda de vantagens a natureza de providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança.

1.2.2. Relevância político-criminal: finalidades da declaração de “perda” ou “confisco”

Acentuamos desde já que o regime da perda de vantagens não serve qualquer finalidade punitiva, conquanto se pretende colocar o agente na situação patrimonial em que se encontraria no caso de não ter praticado o facto ilícito típico.

Na Doutrina e jurisprudência¹⁶ vem sendo apontado, em sentido unânime e de forma veemente, que a perda/confisco de vantagens tem como **finalidade primordial remover os incentivos económicos subjacentes à prática do crime e obtenção das respetivas vantagens**, constituindo o único modo verdadeiramente eficaz de combater a atividade ilícita que visa o lucro, reforçando na Comunidade que o crime não compensa.

São finalidades de prevenção geral e especial que fundamentam a perda/confisco de vantagens pelo Estado, **devendo os agentes de crimes ser privados de usufruir de todos os proventos obtidos com as atividades por eles desenvolvidas** – o crime não deve compensar, e

¹⁴ Jorge Godinho e Paulo Pinto de Albuquerque, trata-se de uma medida sancionatória análoga à da medida de segurança, uma vez que se fundamenta na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes, “mostrando ao agente e à generalidade que, em caso de prática de um facto ilícito típico, é sempre e em qualquer caso instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito decorrente do objeto”.

¹⁵ CAEIRO, Pedro – “Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção a Criminalidade Reditícia (em especial os Procedimentos de Confisco IN REM e a Criminalização do Enriquecimento Ilícito”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 21, n.º 2, Abril-Junho do ano de 2011, pp. 267 a 321.

¹⁶ Vide, entre outros, Acórdão TRP de 10/07/2019, Relatora Maria Élia São Pedro, e Acórdão TRP, de 31/05/2017, Relatora Lígia Figueiredo, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

atreve-mo-nos a ir mais além, ao afirmar que o crime *não pode*, de forma alguma, compensar o infrator. Perante a afirmação que acabamos de assumir – que é, no que nos diz respeito, um propósito profissional – há que adotar mecanismos substantivos e de prática e gestão processual que travem o reinvestimento das vantagens obtidas na prática de novos factos ilícitos típicos, matéria que abordaremos *infra*.

Sendo esta a finalidade primordial, coexistem finalidades secundárias:

– O confisco de vantagens provenientes da prática de um facto ilícito permitirá que lhes seja atribuído um escopo restaurativo, na medida em que poderão ser destinadas a indemnizar as vítimas, ou adstritas a instituições de combate ao crime – escopo preventivo –, nos seus segmentos mais ativos e danosos.

Aliás, como resulta do quadro normativo que acima sintetizamos, Portugal subscreveu e comprometeu-se a observar várias convenções internacionais (a título exemplificativo, *vide* artigo 25.º, n.º 2, da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Terrorismo)¹⁷ que incentivam ao confisco de instrumentos, produtos e vantagens do crime como forma indispensável e necessária para o combater, mas também como forma de os afetar à indemnização das próprias vítimas, caso existam.

– A redução dos riscos de concorrência desleal no mercado, concorrência desleal que será potenciada caso o agente invista as vantagens (os lucros) nas atividades empresariais, comerciais e económicas, visando a dissimulação da sua proveniência ilícita.

Em síntese, com a perda de vantagens a favor do Estado/confisco, visa-se colocar o agente do facto ilícito típico na situação patrimonial em que estaria se não o tivesse praticado, numa finalidade restaurativa e não punitiva, assim retificando a situação patrimonial ilícita que teve origem no facto ilícito típico¹⁸, extinguindo e anulando todo o ganho e benefício patrimonial.

Subscrevemos na íntegra a afirmação de que o combate ao crime «(...) só poderá ser eficaz se conseguir neutralizar os seus lucros avultados. Só dessa forma, através da asfixia económica, se poderá combater essa criminalidade, impedir que ela se consolide, reinvesta os seus lucros,

¹⁷ *Cfr.* artigo 25.º, n.º 2, da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Terrorismo (aberta à assinatura em 16 de maio de 2005) segundo o qual o Estado Parte que tenha declarado perdidos certos bens «deverá, na medida em que o seu direito interno o permita e se tal lhe for solicitado, procurar restituir à Parte requerente, com carácter prioritário, os bens declarados perdidos, por forma a que esta possa indemnizar as vítimas da infração ou restituir tais bens ao seu legítimo proprietário». É também o caso do artigo 8.º, n.º 4, da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo; artigo 14.º, n.º 2, da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, e artigo 57.º, n.º 3, alínea c) da Convenção contra a Corrupção, que aconselha os Estados a considerar prioritária a restituição dos bens declarados perdidos “aos seus anteriores legítimos proprietários ou a indemnizar as vítimas do crime”.

¹⁸ Uma breve nota para referir que deverá ser adotada, em rigor, a designação facto ilícito típico (e não crime), na medida em que o confisco tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz – artigos 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5, do Código Penal.

diversifique as suas operações, colocando em perigo a sobrevivência do próprio Estado de Direito (...).¹⁹

1.3. As vantagens e as formas de confisco

1.3.1. Conceito de “vantagens”

Visando uma exposição clara em matéria de perda “Clássica”/“Confisco” de vantagens do facto ilícito típico, partimos do preceito que a regula e, subseqüentemente (subcapítulo 1.3.2), nos dedicamos às formas de confisco.

Artigo 110.º

Perda de produtos e vantagens

«1 – **São declarados perdidos a favor do Estado:**

a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e

b) **As vantagens de facto ilícito típico**, considerando-se como tal **todas as coisas, direitos ou vantagens** que constituam **vantagem económica, direta** ou **indiretamente** resultante desse facto, para o agente ou para outrem.

2 – **O disposto na alínea b) do número anterior** abrange a **recompensa** dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem.

3 – A **perda** dos produtos e das vantagens referidos nos números anteriores tem lugar **ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior**, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado.

4 – Se os produtos ou vantagens referidos nos números anteriores **não puderem ser apropriados 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, com os limites previstos no artigo 112.º-A.

5 – O disposto nos números anteriores tem lugar **ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto**, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

6 – O disposto no presente artigo **não prejudica os direitos do ofendido**».

Antes de nos debruçarmos, em concreto, quanto ao conceito de vantagem, cabe realizar uma brevíssima distinção com os conceitos de *instrumentos* e *produtos*.

A noção de *instrumentos* encontra-se prevista no artigo 109.º, n.º 1, do Código Penal, tratando-se dos objetos que serviram ou estavam destinados a servir a prática do facto ilícito típico.

¹⁹ João Conde Correia/Hélio Rigor Rodrigues, in “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1” (pedido de indemnização e confisco), JULGAR ONLINE.

A título exemplificativo, são instrumentos do crime:

- i) A balança de precisão utilizada para pesar o produto estupefaciente a ser vendido;
- ii) O computador empregue para partilhar ficheiros com conteúdo de pornografia de menores;
- iii) A arma utilizada num homicídio²⁰.

A finalidade da perda de instrumentos assenta na prevenção de utilização dos mesmos para a prática criminosa.

O artigo 110.º do Código Penal, acima transcrito, sob a epígrafe “Perda de Produtos e Vantagens”, determina que são perdidos a favor do Estado os produtos e vantagens aí enunciados.

No conceito de produtos, previsto no artigo 110.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, incluem-se todos os objetos que tiverem sido criados pelo facto ilícito típico, ou seja, os objetos que não existiam antes do crime, e passaram a existir da sua prática. *Exemplos*: o documento e moeda contrafeita; o produto estupefaciente cultivado.

Aqui chegados, centramo-nos agora no conceito de VANTAGENS vertido no artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

Estipula este preceito que são declaradas perdidas a favor do Estado as vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem.

Assim, considera-se *vantagem* tudo o que o agente não teria obtido se não fosse o facto ilícito típico, ou seja, as vantagens incluem, nomeadamente, objetos corpóreos ou incorpóreos, benefícios de uso e até a poupança de gastos.

Nesta medida, as vantagens resultantes do facto ilícito típico podem ser:

✓ **Diretas** – consistem nas próprias coisas ou montantes que o agente do facto ilícito típico imediatamente obtém – aqui se incluindo as recompensas –, quais sejam:

- i) Coisas ou montantes pecuniários obtidos pela prática dos crimes contra a propriedade e contra o património, de que são exemplo os crimes de furto (artigos 203.º e seguintes do C.P.), abuso de confiança (artigo 205.º do C.P.), roubo (artigo 210.º do C.P.) e burla (artigos 217.º e seguintes do C.P.);
- ii) A vantagem, patrimonial ou não patrimonial, que é inerente ao crime de corrupção e é recebida (artigos 373.º e 374.º do C.P.);
- iii) O imposto devido à Autoridade Tributária e Aduaneira, e não liquidado, no crime de abuso de confiança fiscal (artigo 105.º do R.G.I.T.);

²⁰ iv) a impressora utilizada para criar ex novo um documento de identificação falso; v) a navalha na ofensa corporal; vi) o automóvel no qual se transporta o contrabando, ou a vítima para o local em que é violada, etc.

- iv) As quantias ou outros bens recebidos pelo agente como contrapartida da venda de produto estupefaciente (crime de tráfico e outras atividades ilícitas, artigo 21.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro);
- v) A quantia recebida como contrapartida pela venda, cedência e partilha de ficheiros com conteúdos de pornografia de menores (artigo 176.º do C.P.), entre muitos outros exemplos que poderíamos apontar.

Com a mais recente alteração ao artigo 110.º do Código Penal, as “recompensas” foram definitivamente consideradas uma subespécie das vantagens, uma vez que o **artigo 110.º, n.º 2, do Código Penal** estipula que, no conceito de vantagens, se incluem as recompensas dadas ou prometidas, sujeitando-as ao mesmo regime.

Sintetizando a distinção entre vantagem e recompensa, diremos que esta última não pressupõe a prática de um crime pelo beneficiário, sendo legítimo confiscá-la antes que tenha lugar algum crime.

Por outro lado, no caso da “recompensa” dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, o agente atua manifestamente com dolo.

No caso das “coisas, direitos ou vantagens”, o agente pode atuar com dolo ou negligência, ou mesmo sem culpa.

✓ **Indiretas** [também apelidadas na Doutrina de “vantagens em cadeia do crime”] – são aquelas que resultam do reinvestimento das vantagens diretas, enunciando-se como exemplo os juros, lucros e outros acréscimos obtidos ou benefícios obtidos com as vantagens diretas, bem como os prémios de jogo obtidos através da utilização do dinheiro da vantagem direta.

Vertendo em esquema prático²¹:

- (1.) O agente pratica o facto ilícito típico, de que decorre uma quantia monetária, a vantagem “A”;
- (2.) A vantagem “A” é investida em produtos financeiros, investimento de que resulta a quantia monetária – vantagem “B”;
- (3.) A qual, por sua vez, é novamente reinvestida, originando a vantagem (por exemplo, juros) “C”.

Poderão ser declaradas perdidas a favor do Estado as vantagens “B” e “C”, porquanto constituem **vantagens indiretas** da prática do facto ilícito típico.

✓ **Sucedâneos das vantagens diretas** – as coisas ou direitos obtidos mediante transação ou troca com as vantagens diretas, ou seja, as coisas que passaram a ocupar o lugar das vantagens diretas. Por exemplo, o automóvel ou habitação adquirido com os montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património.

²¹ Numa vertente prática (com Paulo Pinto de Albuquerque) se o agente pratica um facto ilícito típico, faz um investimento em produtos financeiros com o dinheiro (vantagem) que adquiriu pela sua prática, e posteriormente, volta a investir o produto ganho na primeira transação, poderá ser declarado perdido a favor do Estado o montante ganho nas segundas e terceiras transações.

Cumpra ainda diferenciar a vantagem patrimonial instantânea, continuada e diferida.

Com efeito, o benefício patrimonial será instantâneo se for imediatamente realizado com a prática do facto ilícito típico.

A concretização da vantagem será, assim, contemporânea à consumação do crime, a qual ingressa diretamente no património do agente e é suscetível de ser logo quantificada.

Quanto à vantagem patrimonial continuada, assim será classificada quando o benefício proveniente da prática do crime se prolongar no tempo²².

Neste caso, a quantificação do valor do benefício patrimonial só poderá ser feita a final.

O benefício patrimonial diferido será aquele que apenas se concretiza no futuro, em momento posterior à prática do ilícito típico.

São exemplos ilustrativos os casos em que o agente pratica um crime a título de contrapartida da promessa de uma vantagem futura.

Cumpra ainda aludir a uma questão trazida pela atual redação do artigo 110.º do C.P.,²³ uma vez que procede à alteração da designação do vocábulo “vantagem patrimonial” (anterior artigo 111.º, n.º 2,) para vantagem económica, indo ao encontro do termo ínsito na Diretiva 2014/42/EU (artigo 2.º, n.º 1).

A questão prática que se coloca, na ausência de menção expressa pelo texto legal, é se estão aqui contempladas as chamadas vantagens de natureza não patrimonial (lacuna que, como é bom de ver, existia já na redação anterior). *Trará a alteração legislativa a resposta a esta questão?*

Há quem defenda que a atual redação da declaração de perda de vantagens, com a expressão vantagem económica, tem no fundo o mesmo alcance do anterior preceito (que se referia a vantagem patrimonial) apelando a uma mensurabilidade do ponto de vista económico.

No fundo, era a substância económica que servia à diferenciação entre vantagem patrimonial (por exemplo, o pagamento de refeições, viagens e alojamento, e o perdão de dívidas) e não patrimonial (a atribuição de um louvor, honras, ou não exercer ação disciplinar ou civil).

Nesta decorrência, menções elogiosas, louvores e honras que não tenham um valor económico, direta ou indiretamente, não poderão ser consideradas uma vantagem económica²⁴.

²² Será, por exemplo, o caso do uso continuado de um veículo automóvel furtado.

²³ Dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

²⁴ A propósito do crime de recebimento indevido de vantagem, previsto no artigo 372.º do C.P., quanto à vantagem do crime, Paulo Pinto de Albuquerque (*ob. cit.*) define-a da seguinte forma: “é uma prestação, patrimonial ou não patrimonial, que beneficia objetivamente a situação do funcionário, nelas se incluindo as seguintes ações típicas, entre outras: (1) entregar dinheiro em qualquer forma ao funcionário, (2) fornecer quaisquer bens corpóreos ou incorpóreos e serviços ao funcionário, como refeições, viagens, alojamento em hotéis ou serviços de um massagista ou de uma prostituta, (3) conceder descontos ao funcionário, (4) saldar ou considerar saldadas dívidas ao funcionário, (5) aumentar a reputação social ou profissional do funcionário, como pareceres favoráveis, louvores, honras ou títulos, e (6) manter o status quo do funcionário, não exercendo ações criminais, civis ou disciplinares que teriam fundamento legal contra ele(...)”.

Com Conde Correia, parece-nos que é de incluir a atribuição de louvores, honras e títulos na noção de vantagem patrimonial constante da anterior redação relativa ao regime da perda de vantagens [artigo 111.º do Código Penal], – logo, no conceito de vantagem económica que hoje consta do texto da lei – sendo declarado perdido *“tudo o que signifique um enriquecimento patrimonial do visado”*, excluindo-se apenas *“os bens puramente imateriais, sem qualquer valor comercial (v.g. os afetos ou os interesses pessoais)”*.

Para terminar, sublinhamos que a perda de vantagens inclui todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime, quer haja VÍTIMA, quer não haja.

A título ilustrativo de possibilidade de declaração de perda nos processos em que não existe vítima, apontamos:

- Os benefícios adquiridos pela prática do crime de corrupção (parágrafo 94 do relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa);
 - As vantagens adquiridas pela prática de crimes tributários, o preço ou recompensa que alguém entrega a outrem para que cometa o crime,
- E, tal como resulta do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 336/2006, as vantagens adquiridas pela prática do crime de abuso de informação²⁵.

1.3.2. O confisco das “vantagens”: diretas, indiretas ou sucedâneas; recompensa; valor

O artigo 110.º do Código Penal ordena que sejam perdidas a favor do Estado todas as vantagens que o agente não teria obtido se não tivesse praticado o facto ilícito típico.

Como ensina Conde Correia, *“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”*²⁶(caráter preventivo).

Reforçamos que o conceito de vantagens previsto no **artigo 110.º, n.º 1, al. b), do Código Penal** inclui as **vantagens diretas, indiretas, sucedâneas e recompensas**.

À expressão «vantagem» deve dar-se um sentido amplo, abrangendo tanto a recompensa dada ou prometida aos agentes, como todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado, com um propósito de *“(…) prevenção de criminalidade em globo, ligada à ideia – antiga, mas nem por isso menos prezável – de que «o crime não compensa”*.

E que formas existem de confiscar as vantagens decorrentes do facto ilícito típico?

²⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 336/2006: *“A aplicabilidade do regime constante de tal preceito do n.º 2 do artigo 111.º do Código Penal aos factos ilícitos típicos definidos no tal artigo 378.º do CVM encontra, porém, claramente, apoio verbal no disposto no artigo 8.º do Código Penal, segundo o qual “as disposições deste diploma são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar e da marinha mercante e pela restante legislação especial, salvo disposição em contrário” (...) Nessa legislação especial se incluem, seguramente, os artigos 378.º a 380.º do CVM (...)”*.

²⁶ CORREIA, João Conde, ob. cit.

- Confisco das **vantagens** (diretas, indiretas e do sucedâneo – vantagens em espécie);
- Confisco do **valor** das vantagens;
- Confisco do **valor do património incongruente** (na perda alargada, matéria que não é objeto da presente análise).

Pressuposto essencial da declaração da perda de vantagens é a prática de facto um ilícito típico, prescindindo da culpa e da efetiva condenação do agente, tanto mais que a perda de vantagens poderá ser declarada:

- 1 – Quando o facto ilícito típico foi cometido por um inimputável;
- 2 – Em caso de morte do agente;
- 3 – Caso o crime não tenha sido consumado; e
- 4 – Caso o agente tenha sido declarado contumaz, tal como preceitua o artigo 110.º, n.º 1, alínea b) e n.º 5, do Código Penal.

Em suma, a declaração da perda de vantagens pressupõe:

- (1) A prática de um facto ilícito típico;
- (2) A existência da vantagem, direta, indireta ou sucedânea; e
- (3) A prova do nexo de causalidade entre o facto perpetrado e a própria vantagem – prova de que o agente adquiriu determinada vantagem em resultado da prática daquele facto ilícito típico.

Não é imprescindível uma condenação e imposição de uma pena, mas sim que tenham sido recolhidos indícios que, caso não venham a ser postos em causa em audiência de discussão e julgamento, determinem a aplicação de uma pena ou medida de segurança ao arguido ou a um terceiro.

1.3.2.1. Detenhamo-nos agora em particular no confisco da RECOMPENSA.

Dispõe o n.º 2 do artigo 110.º do Código Penal que as vantagens do facto ilícito típico abrangem a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido, ou a cometer, para eles ou para outrem.

A expressão «recompensa dada ou prometida» tem, pois, um sentido amplo, de qualquer vantagem dada ou prometida aos agentes do facto ilícito típico.

Configurando uma **subespécie dentro das vantagens**, a **declaração de perda/confisco seguirá o mesmo regime de perda das vantagens em sentido restrito e de produtos.**

Há que distinguir, de forma elucidativa, entre a recompensa (aquilo que compensa, ou premeia o agente que pratica o crime) e a **vantagem** (aquilo que **é adquirido** em resultado da prática do crime).

No que concerne em particular à recompensa prometida, cabe aludir ao entendimento perfilhado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08/11/2017²⁷, que acompanhamos, em que se decidiu que **a perda da recompensa a favor do Estado não depende da prova inequívoca de o promitente estar (ou ter estado) na posse da mesma.**

1.3.2.2. Por sua vez, determina o **artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal, que se as vantagens não puderem ser apropriadas em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo VALOR.**

Ora, as vantagens não poderão ser confiscadas em espécie quando são fungíveis, o agente as consumiu, não foi possível apurar a sua localização ou destino, foram transferidas para terceiro de boa fé ou consistem no mero gozo de uma coisa.

Estamos aqui perante um mecanismo subsidiário (e não alternativo) ao confisco da vantagem em espécie.

A *ratio* deste preceito reside na circunstância de o Estado não poder ficar dependente do maior ou menor engenho do agente para esconder ou dissimular as vantagens obtidas.

Por outro lado, pretende-se que, quem tenha consumido ou dissipado todas as vantagens obtidas com o facto ilícito típico, não seja beneficiado em face daquele que as armazenou sem ter tido tal engenho e preocupação (por exemplo, guardando-as em casa ou numa instituição bancária).

Assim, sempre que não seja possível proceder à apreensão e, conseqüente, confisco da vantagem – quer se verifique tal impossibilidade *ab initio* quer a posteriori – deverá o arguido ser condenado no pagamento ao Estado do correspondente valor²⁸.

E qual o critério que deverá alicerçar a determinação do valor da vantagem, considerando que o legislador apenas estabeleceu que “a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor” não definindo o momento em que deverá ocorrer? ²⁹

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08/11/2017, Relator Orlando Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt: «I- A expressão recompensa dada ou prometida tem um sentido amplo, de qualquer vantagem.(...) VI- Não resulta minimamente do texto legal que a perda da recompensa prometida aos agentes de um facto ilícito típico deve ser declarada perdida a favor do Estado se ficar provado que os promitentes tiveram na sua posse a recompensa prometida.” Em síntese, estavam em causa os crimes de tráfico de estupefacientes agravado e corrupção ativa (recluso de estabelecimento prisional) e passiva (guarda prisional). Aquando da detenção em flagrante dos suspeitos, foi apenas encontrada e apreendida uma parte da quantia monetária que o recluso havia prometido ao guarda prisional, tendo o Tribunal da Relação de Coimbra decidido **declarar a perda a favor do Estado da totalidade do montante prometido a título de recompensa**, muito embora não estivesse na posse do recluso naquele momento, nem tenha sido detetada posteriormente na posse de qualquer dos arguidos.

²⁸ Há aqui dificuldades acrescidas, uma vez que nada se retira da letra da lei quanto: i) ao período temporal a considerar, designadamente, se deve relevar o momento da aquisição da vantagem ou o da condenação; ii) à perspetiva a adotar, mormente, se económico-objetiva (o valor da vantagem é aferido de acordo com as regras de mercado) ou objetiva-individual (o valor da vantagem é apurado considerando a situação patrimonial do arguido, seguindo critérios objetivos de natureza económica); ou iii) ao valor final a atender (líquido ou bruto).

Como é consabido, há vários fatores externos que poderão fazer oscilar o valor da vantagem, desde a data em que foi adquirida até ao momento de declaração da respetiva perda. Inexistindo um critério definido na letra da lei, propendemos para considerar que, também aqui, a solução passará pela *ratio* inerente ao confisco: recuperar todos os proventos do crime e colocando o arguido na situação patrimonial em que estaria caso não o tivesse perpetrado, evitando assim que o crime compense.

Conde Correia, na obra já citada, preconiza que, em face do silêncio da Lei, a investigação deverá **comparar a situação anterior e posterior à prática do facto ilícito típico**, sem considerar os ganhos que o arguido teria obtido com um comportamento legal, pois só deste modo é possível identificar, com objetividade, o benefício que alcançou pela prática do crime.

Tal comparação contabiliza todos os ganhos e perdas associados à prática de um determinado facto ilícito típico, ainda que eles não estejam integrados no património do visado.

Não sendo possível o confisco em espécie, nos termos aludidos, adiantamos desde já que a respetiva garantia processual não passará pela apreensão, mas sim pelo arresto ou caução económica, que adiante abordaremos.

1.3.3. O confisco de vantagens de terceiro

Quanto ao confisco de bens de terceiro rege o **artigo 111.º do C.P.**, sendo a regra a de que a perda de vantagens a favor do Estado não terá lugar se as mesmas não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada (n.º 1).³⁰

A exceção a esta regra encontra-se vertida no n.º 2 do mesmo preceito, que determina que é **decretada a perda, ainda que as vantagens pertençam a terceiro, quando:**

- a. O seu titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios;

²⁹ E outra questão se coloca: na falta dos elementos necessários à determinação do valor da vantagem, é legalmente admissível ao julgador **proceder à respetiva quantificação por meio de estimativa?** É certo que não existe qualquer previsão legal que o admita. Porém, uma vez comprovada a prática do facto ilícito típico, estamos em crer – acolhendo o entendimento de João Conde Correia (obra supra, p. 85) – que nada obstaculiza a que o juiz se socorra de estimativas com o objetivo de determinar o valor da vantagem.

³⁰ Nesta matéria, a Diretiva 2014/42/EU determina, no **artigo 6.º** - Perda de bens de terceiros: 1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos produtos ou dos bens cujo valor corresponda a produtos que, direta ou indiretamente, foram transferidos para terceiros por um suspeito ou arguido, ou que foram adquiridos por terceiros a um suspeito ou arguido, pelo menos nos casos em que o terceiro sabia ou devia saber que a transferência ou a aquisição teve por objetivo evitar a perda, com base em circunstâncias e factos concretos, nomeadamente o facto de a transferência ou aquisição ter sido feita a título gracioso ou em troca de um montante substancialmente inferior ao do valor de mercado. 2. O n.º 1 deve ser interpretado de forma a não prejudicar os direitos de **terceiros de boa-fé.**

- b. Os instrumentos, produtos ou vantagens forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência;
- c. Os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo ser tal finalidade por ele conhecida.

No caso de as vantagens referidas no número anterior não poderem ser apropriados 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, com os limites previstos no artigo 112.º-A (n.º 3).

A «*Bona Fide*» será aferida à luz dos critérios alternativos vertidos no n.º 2 do artigo 111.º do C.P. e a que já fizemos alusão.

No conceito de «*Terceiro*» cabe todo aquele que não seja participante no crime de que decorrem as vantagens, ou que não as utilizou, por exemplo, no âmbito dos crimes de recetação (artigo 231.º do C.P.) e auxílio material (artigo 232.º do C.P.).

Apenas será considerado terceiro quem seja proprietário do bem que constitui a vantagem (e não quem possua sobre o mesmo qualquer direito real) uma vez que o artigo 111º, n.º s 1 e 2, do C.P. e artigo 178.º, n.º 9, do C.P.P. expressamente referem “pertença”.

Considerando que o crime nunca será título legítimo de aquisição da propriedade, os credores do arguido insolvente não podem satisfazer os seus créditos com as vantagens que o arguido obteve através da sua prática.

Nesta decorrência, se existirem **credores do arguido insolvente, os mesmos não assumirão a qualidade de terceiros**, para efeitos do disposto no artigo 111.º, n.º 1, do C.P. e, desse modo, não poderão impedir o confisco das vantagens obtidas pelo arguido – *cf.* artigo 36.º, n.º 1, alínea g), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março (CIRE) – “*o juiz, na sentença, decreta a apreensão, para imediata entrega ao administrador da insolvência, dos elementos da contabilidade do devedor e de todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos*”.

Os «terceiros» poderão reagir ao confisco no âmbito da apreensão, nos termos previstos no artigo 178.º do C.P.P., requerendo ao juiz a modificação ou a revogação da medida (n.º 7).

Já na fase de julgamento, é-lhes garantido o exercício do direito de exercer o contraditório e a prestação de declarações, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis (artigo 347.º-A, n.º 1, do C.P.P.).

No âmbito do arresto preventivo, é-lhes concedida a possibilidade de deduzir embargos de terceiro (artigo 228.º, n.º 1, do C.P.P e artigo 342.º e seguintes do Código Civil).

2. Abordagem prática e gestão processual

2.1. A investigação: o caminho a percorrer no Inquérito – especificidades

Reforçamos: a declaração da perda de vantagens carece da comprovação judicial da prática de um facto ilícito típico. Tal circunstância pressupõe que no decurso do inquérito sejam recolhidos indícios suficientes para a dedução da acusação contra um concreto arguido e, subsequentemente, se requerer a declaração de perda da vantagem adquirida.

Como é consabido, o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, e descobrir e recolher as provas – artigo 262.º, n.º 1, do C.P.P.. Para tal, nos termos do disposto no artigo 267.º do C.P.P, o Ministério Público pratica os atos e assegura os meios de prova necessários à realização das finalidades do inquérito.

Uma vez adquirida a notícia do crime (por conhecimento próprio, por intermédio dos OPC ou mediante denúncia – artigo 241.º do C.P.P.), para alcançar a declaração de perda, há um caminho a percorrer tendente a identificar, determinar, localizar e fazer prova no nexo causal entre as vantagens e o facto ilícito típico.

A determinação e prova das vantagens resultantes do facto ilícito típico, e sua perda a favor do Estado – artigo 110.º C.P. – encerra em si necessidades particulares, estratégias e *timings* específicos. Partindo desta premissa, ao dirigir a investigação – assistido pelos Órgãos de Polícia Criminal, que atuam sob a sua orientação e na sua dependência funcional – compete ao Magistrado do Ministério Público praticar os atos e assegurar os meios de prova necessários à realização das específicas finalidades do inquérito, visando a deteção, localização e apreensão de vantagens decorrentes do facto ilícito típico – *vide* artigos 53.º, n.º 1, alínea b), 263.º e 267.º, todos do Código de Processo Penal.

Nos termos do artigo 270º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o Ministério Público pode conferir aos Órgãos de Polícia Criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas aos factos denunciados; e nos termos do n.º 4 do mesmo preceito, a delegação de competências em apreço poderá ser efetuada por despacho de natureza genérica.

Ora, em investigações desta natureza – e em particular no que diz respeito à criminalidade de natureza económico-financeira organizada e muitas vezes transnacional, de elevada complexidade – revela-se (ainda mais) fundamental a articulação entre o Magistrado do

Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal³¹ que a executam, numa perspetiva de coordenação, planeamento e estratégia comum.

Note-se que, dado o caráter velado e de reserva que habitualmente enformam este tipo de ilícitos, a cumplicidade entre os agentes (pactos de silêncio ou de encobrimento) e os comportamentos subtis que não deixam “rasto” ou vestígio substancial, é difícil a recolha de prova da comissão de tais crimes e, em consequência, das vantagens ilícitas deles decorrentes.

Posto isto, **desde o início do inquérito, há que ter sempre presente que a remoção das vantagens do facto ilícito típico é obrigatória, não estando sujeita a critérios de oportunidade ou conveniência – cfr. artigo 110.º, n.º 1, do C.P..**

Assim, num processo penal sustentado no Princípio da Legalidade (artigo 219.º da C.R.P.), **ao Ministério Público cabe promover a declaração de perda a favor do Estado das vantagens decorrentes da prática do crime.**

Para tal, há que percorrer um caminho – reforçamos, assente na proatividade por parte do Magistrado Titular na definição de diligências e estratégias de investigação, e afetação de recursos, em estreita articulação com os OPC – que **conduza à determinação e localização das vantagens, evitando a sua dissipação por parte do agente do facto ilícito típico.**

Isto sem nunca esquecer que, em cada situação concreta, deverá lançar-se mão do mecanismo que mais se coadune à norma e regime material que procura acautelar, necessário se tornará recorrer e conjugar **todos os meios de prova (artigos 128.º a 170.º do C.P.P.) e meios de obtenção de prova (artigos 171.º a 190.º do C.P.P.)** legalmente admitidos e técnicas específicas de investigação, de que **procuraremos fazer uma (singela) exposição.**

2.2. Ponderação: Segredo de Justiça e derrogação de sigilo bancário

Pois bem: pretende-se determinar, localizar e acautelar a vantagem proveniente do facto ilícito típico, com vista à sua perda – o que o agente, inversamente, procurará evitar.

Assim, o Ministério Público deverá ponderar, nos termos legais, a manutenção do secretismo da investigação e, sempre que possível, a realização de diligências que acautelem tal sigilo. Considerando os prejuízos que a publicidade de um processo desta natureza pode acarretar para a investigação, cremos que um dos mecanismos que deverá ser ponderado no início do inquérito será a sua sujeição a segredo de justiça, nos termos do artigo 86.º, n.º 3, do C.P.P..

Não raras vezes, ocorrem situações em que o património do suspeito – no qual já integrou a vantagem – é extremamente volátil, havendo que levar a efeito diligências de execução imediata, e em segredo, sob pena de ser completamente frustrada a sua eficácia – *v.g.*, realização de buscas (artigos 174.º a 178.º do C.P.P.), interceções telefónicas (artigo 187.º e

³¹ Nos termos do artigo 1.º, alínea c), do C.P.P., Órgãos de Polícia Criminal são “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código”.

seguintes do C.P.P.), vigilâncias e seguimentos, entre muitas outras que o Magistrado determinar em articulação com o elementos do Órgão de Polícia Criminal a quem a competência para investigação tenha sido delegada (detentores de conhecimentos técnicos e autonomia técnica e tática).

Em face do concreto objeto da investigação, e atendendo ao que *infra* se exporá no que diz respeito ao *modus operandi* inerente à ocultação de vantagens ilícitas, será de apreciar, ao abrigo do disposto no **artigo 79.º, n.ºs 1 e 2, alínea e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Entidades Financeiras**, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 144/2009, de 16 de setembro), em conjugação com o disposto no artigo 263.º, n.º 1, do C.P.P., que se determine que as **instituições bancárias e financeiras** (que venham a ser contactadas pelos Órgãos de Polícia Criminal e/ou Gabinete de Recuperação de Activos), prestem todas as informações e procedam a entrega de toda a documentação (em suporte de papel, digital, ou ambos) solicitada – derrogação do dever de sigilo bancário.

2.3. Diligências de investigação – breve percurso e algumas especificidades práticas

Iniciado um inquérito, reveste desde logo interesse primordial a realização de **pesquisas nas bases de dados acessíveis/pedido de informação** a autoridades públicas, visando identificar cabalmente o(s) suspeito (s), localizar o seu património móvel e imóvel que esteja sujeito a registo, e bem assim, o dos seus ascendentes, descendentes, cônjuge, bem como outras pessoas das suas relações próximas, com o intuito de detetar, *ab initio*, eventuais conexões e correlações que possam vir a conduzir à localização das vantagens.

A título meramente exemplificativo, temos: bases de dados da Autoridade Tributária e Aduaneira, Institutos de Registos e Notariado, do Registo Civil e do Registo Comercial, Segurança Social, Instituto de Mobilidade e Transportes, Registo de Viaturas e Contratos de Seguro (entre outros), e pedidos de informação ao Banco de Portugal, e instituições bancárias e financeiras.

A título ilustrativo:

- O Magistrado do Ministério Público poderá obter deste modo **declarações de rendimentos** das pessoas singulares e coletivas (e identificação das respetivas entidades pagadoras);
- **Informações várias relativas ao Registo Civil e Comercial** – Assentos de Nascimento (*contém o regime de casamento e dissolução do mesmo*), Certidões de Registo Permanente de Sociedades Comerciais (*assim se alcançando informação pertinente no que concerne a quotas societárias detidas pelo suspeito*);
- Identificação de obrigações acessórias, escrituras publicas de aquisição de imóveis e registos de viaturas, entre outros – em suma, adquirir o quadro patrimonial (móvel e imóvel) e financeiro do suspeito/arguido, e recolha dos elementos referentes aos seus rendimentos lícitos, declarados à Autoridade Tributária.

Tal permitirá a obtenção de um perfil do suspeito/arguido na sua vertente patrimonial, familiar, social e comercial, procurando aquilatar da eventual ocultação ou dissipação de vantagens resultantes do facto ilícito típico.

No que diz respeito em particular à **criminalidade de natureza económico-financeira organizada**, dita a experiência prática que estaremos na maior parte das situações **em face de vantagens indiretas (v.g. juros e lucros obtidos por via do reinvestimento das vantagens diretas)** cuja circulação permanente dificulta a sua determinação, localização e apreensão.

Atendendo aos especiais conhecimentos técnicos intrínsecos à investigação e apreciação dos factos, e bem assim, a recolha de elementos de prova das vantagens obtidas (tendentes à futura declaração de perda), será muitas vezes necessário definir e recorrer **a meios de assessoria técnica** e/ou **determinar a realização de perícias** – meio de prova regulado nos artigos 151.º a 163.º do C.P.P. – em particular **perícias de natureza económico-financeira**.

Aqui, acentuamos o contributo essencial e muitas vezes imprescindível que poderá ser prestado pela Unidade de Perícia Financeira e Contabilística (UPFC) e Unidade de Informação Financeira (UIF) da Polícia Judiciária.

Destaque também para a relevância que, nesta matéria, assume a **prova documental** – a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal (artigo 164.º, n.º 1, do C.P.P.): comprovativos de transferências, depósitos, toda a documentação resultante das pesquisas iniciais acima enunciadas, registos fotográficos, entre muitos outros, a ser posteriormente submetidos a análise e correlação com as demais informações e elementos de prova reunidos.

Um breve apontamento para a conhecida relevância que assumem, na atualidade, os documentos “digitais” – todos aqueles que se encontram armazenados num equipamento informático e/o de telecomunicações (computador, *tablet*, telemóvel, *pen drive*, disco externo, etc.). Assim, e para os obter, há que ter presente o regime de pesquisa e apreensão de dados informáticos previsto no artigo 15.º e seguintes da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), em conjugação com todas as normas processuais penais aplicáveis relativas aos meios de obtenção de prova.

Vejamos uma hipótese prática: realização de busca domiciliária a suspeito da prática de crime de abuso de confiança qualificada, por ser ter apropriado ilicitamente da quantia monetária de € 35.000.00 (trinta e cinco mil euros), pertença da Sociedade em que exerce funções de contabilista.

Será aconselhável (se não imprescindível!) para identificar, localizar e apreender a vantagem (com vista a determinação de perda a favor do Estado) realizar pesquisa em todos os equipamentos de informática e telecomunicações suscetíveis de conter elementos relativos a faturas, recibos, transferências e depósitos bancários, pelo que será útil a emissão de mandado de pesquisa informática – artigos 15.º a 17.º da Lei do Cibercrime (pesquisa e apreensão de dados informáticos).

O recurso a interceção de comunicações – artigo 187.º e seguintes do C.P.P. e artigo 18.º da Lei do Cibercrime – poderá revelar-se muito útil quando ainda se está numa fase embrionária da investigação e se pretende recolher prova suficiente do envolvimento dos suspeitos na prática do facto ilícito típico, determinação e localização das vantagens dele recorrentes.

Em suma, e como sobredito, reforçamos que devem ser mobilizados e conjugados **todos os meios de prova e meios de obtenção de prova** legalmente admissíveis e adequados ao crime em investigação, sempre com vista a identificar, detetar e localizar a vantagem obtida. A recuperação de ativos é prioritária nas orientações de política criminal (veja-se o artigo 16.º da Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto; Diretiva PGR n.º 1/2017 e o Despacho PGR n.º 3/2013)

A acrescer às pesquisas já mencionadas, permitimo-nos enunciar alguns dos “passos” a dar no caminho para a determinação, localização e apreensão das vantagens:

- (1) Recolher registos contabilísticos;
- (2) Reconstituir circuitos e fluxos financeiros que a vantagem tenha realizado, determinar eventuais fundos encobertos (sua origem, circulação e integração);
- (3) Articular com o OPC a pertinência e viabilidade de realização de ações de vigilância;
- 4) Recolher demais provas documentais, como cartas, mails, faxes, extratos bancários, certificados de depósito e transferência, talões de multibanco, faturas, recibos, guias de transporte;
- (5) Reconstituir circuitos de documentos e mercadorias, quando existam;
- (6) Ainda no âmbito do setor bancário e financeiro, obter informação no que concerne, em particular a:
 - (i) depósitos em numerário de quantias avultadas/transferências para o estrangeiro;
 - (ii) amortizações antecipadas de créditos;
 - (iii) subscrição de aplicações financeiras;
 - (iv) aumento substancial de saldos sem causa conhecida.

A experiência mostra ainda que, não raras vezes, o agente do facto ilícito, para manter intocável a vantagem e a “proteger” do alcance do sistema de justiça, recorre igualmente ao setor imobiliário (adquirindo bens imóveis, e solicitando o pagamento em numerário), presença em leilões de venda de obras de arte e antiguidades, entre outras estratégias de circulação das vantagens obtidas.

Ciente desta realidade, caberá ao Magistrado do Ministério Público proceder e/ou determinar, em face do objeto da investigação e concreto suspeito, a recolha de informação pertinente junto dos responsáveis destas entidades.

Para terminar este capítulo, versando o presente trabalho sobre o regime da perda de vantagens do crime no Código Penal, aludimos a uma **breve hipótese prática** – crime de **pornografia de menores agravado**, p. e p. pelos artigos 176.º, n.ºs 1 e 2, e 177.º do Código Penal ³²: visando obter vantagem económica, o aguido, pelo menos no período

³² Tem por base elementos do Processo n.º 577/17.1TELSB, que correu termos no DIAP de Gondomar, investigação realizada na Diretoria do Norte da Polícia Judiciária – Secção de Investigação de Crimes Sexuais – tendo já sido deduzida acusação e respetiva decisão final.

compreendido entre abril de 2017 e julho de 2018 **partilhou e vendeu** a clientes de diversos países, ficheiros de imagem e vídeo em que eram retratadas crianças em poses e práticas sexuais explícitas e de caráter intrusivo – algumas de tenra idade, e outras seguramente menores de 14 anos, atenta a sua fisionomia e estrutura anatómica.

O arguido disponibilizava tais ficheiros com recurso a aplicações e páginas de internet, tendo adquirido uma contrapartida monetária de 4805,52 USD (quatro mil oitocentos e cinco dólares e cinquenta e dois cêntimos).

Os pagamentos das quantias monetárias solicitadas eram efetuados pelos clientes através de uma **conta paypal do arguido, que veio a ser objeto de análise e exame pericial, e também com recurso a bitcoins** (moeda virtual que é um meio de troca e integra valor).

No decurso da investigação foram realizadas buscas e apreendidos equipamentos informáticos e de telecomunicações, submetidos posteriormente a perícia no Setor de Telecomunicações e Informática (com detalhada análise e correlação de informação técnica/digital), entre outros. Foi possível assim reunir prova da **vantagem direta** que resultou do crime de pornografia de menores agravado perpetrado pelo arguido, uma vez que, em resultado das diligências elencadas, **se logrou associar, de forma inequívoca, os pagamentos efetuados à venda de concretos ficheiros.**

Um brevíssimo apontamento para mencionar que nos termos do artigo 19.º, n.º 1, alínea b), da Lei do Cibercrime, é admissível o recurso a ações encobertas (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto) em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

2.4. Investigação Financeira e Patrimonial

De tudo o exposto decorre a relevância que a investigação financeira e patrimonial assume na deteção e apreensão de vantagens obtidas pela prática do facto ilícito típico.

Num mundo cada vez mais global e “digital”, a tarefa de identificar e recuperar ativos na posse do arguido ou de terceiros torna-se cada vez mais complexa.

Assim, forçoso se torna concluir que a obtenção de resultados positivos só será possível através de uma investigação eficiente, sustentada em meios humanos, financeiros e materiais adequados, em conjugação com a adoção de medidas cautelares adequadas (*matéria de abordaremos infra*).

Em face desta realidade global contemporânea, e nos termos preconizados pelo Conselho da União Europeia³³, o legislador português criou **Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA)** – Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, que funciona na dependência da Polícia Judiciária.

³³ Cfr. Decisão-Quadro n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da deteção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime.

Este diploma não define, em concreto, a noção de investigação financeira ou patrimonial³⁴, retirando-se tal conceito da conjugação do disposto nos seus artigos 3.º e 4.º.

Com efeito, o GRA tem como missão (no que aqui mais releva) **proceder à identificação, localização e apreensão de bens e produtos relacionados com crimes** a nível interno e internacional, e assegurar a cooperação com os Gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados – artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2001, de 24 de junho.

Estando na dependência da Polícia Judiciária e detendo “atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal”, todos os meios de obtenção de prova, definidos no Código de Processo Penal e valoráveis pela investigação criminal, poderão ser aqui utilizados – o artigo 2.º da Lei n.º 45/2001, de 24 de junho confere ao GRA atribuições de investigação análogas às dos Órgãos de Polícia Criminal e como tal, poderá também, em sede de investigação financeira e patrimonial, “(...) utilizar as ferramentas processuais penais que aqueles utilizam”³⁵.

No que concerne à **competência** – e diremos nós, na ótica do Magistrado do Ministério Público titular da investigação – **pressupostos para que possa ser determinada a sua intervenção** – rege o artigo 4.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, destacando-se, no n.º 1, que o GRA procede à **investigação financeira e patrimonial** (missão vertida no artigo anterior) **por determinação do Ministério Público** e, em regra:

- a. Quando se trate de instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com **pena de prisão igual ou superior a três anos; e**
- b. Quando o valor estimado dos mesmos seja superior a 1000 unidades de conta, ou seja, **€ 102,000 (cento e dois mil euros).**

A deteção de ativos que estejam na esfera patrimonial do arguido, e que sejam suscetíveis de vir a ser declarados perdidos a favor do Estado, não terá qualquer efeito prático se o processo não tiver mecanismos processuais aptos a garantir a efetividade da decisão (de perda) que vier a ser prolatada.

Nesta conformidade, o GRA pode apreender vantagens provenientes de factos ilícitos típicos, que será realizada nos termos do Código de Processo Penal³⁶ – artigo 4.º, n.º 3, daquele diploma, e artigo 178.º do C.P.P..

Para prosseguir a missão atribuída, é dotado de meios técnicos e humanos aptos a realizar uma investigação financeira e patrimonial, na sequência de determinação do Ministério Público, e que visa apurar e recuperar as vantagens do facto ilícito típico (tal como

³⁴ Diversamente do que sucede com o conceito de investigação criminal, que se encontra legalmente definido no artigo 1.º da Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, alterada pela Lei n.º 57/2015, de 23 de junho): mesma compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo.

³⁵ CORREIA, João Conde, “Gabinete de Recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português”, p. 57.

³⁶ A este propósito, Conde Correia considera que estão aqui abrangidas, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, a apreensão em sentido estrito, o arresto preventivo ou o arresto para efeitos de perda alargada.

os instrumentos e produtos do crime; e no caso de se tratar de crime de catálogo previsto na Lei n.º 5/2002, todos os elementos necessários à perda alargada).

Ora, procedimentos realizados pelo GRA são documentados **em apenso ao processo-crime – artigo 4.º, n.º 5** – sendo a investigação financeira e patrimonial que lhes subjaz realizada com alguma autonomia, e com objetivos específicos.

Há o recurso primordial à prova documental, e os seus membros têm acesso a informação proveniente das bases de dados da Autoridade Tributária e Aduaneira e Instituto de Registos e Notariado.

Distingue-se da investigação criminal que é realizada no inquérito³⁷, e ainda que sejam paralelas e não possam ser dissociadas, as duas investigações não se confundem³⁸.

Apesar de serem autónomas, **não devem ser estanques ou fechadas em si mesmas, sendo de fomentar e permitir a troca recíproca de informação obtida.**

Para fazer face a esta dificuldade de ordem prática, alertamos para o facto de, embora não legalmente consagrado, **assumir particular relevância o papel a desempenhar pelo Ministério Público enquanto entidade com papel de coordenação de ambas as investigações, visando garantir a respetiva concordância prática e eficácia.**

No âmbito do processo crime, quando é determinado o confisco de um montante, o passo seguinte reside em identificar e liquidar os bens do arguido aptos a completar o concreto *quantum*, para impedir que o arguido dissipe as vantagens do crime a fim de beneficiar livremente das mesmas.

Assim, a **investigação financeira e patrimonial deverá ter lugar a todo o tempo**: note-se que aqui não se pretende, “apenas”, a recolha de indícios que, a manterem-se em julgamento, determinem a perda de vantagens a favor do Estado/confisco, mas também “(...) a concretização de condições que permitam executar uma decisão passada ou futura”.

Poderão ser recolhidos indícios de que o arguido possui ativos no estrangeiro, ou, num processo externo, surgirem ativos sediados em Portugal.

Nestas situações, para combater a atual criminalidade de carácter transnacional, é fundamental a utilização dos mecanismos de cooperação administrativa e judiciária internacional consagrados na Lei n.º 144/99, de 31 de agosto.

³⁷ Como preconiza Vítor Paiva, in “Apologia da estratégia na investigação criminal (Branqueamento e Criminalidade Económico-Financeira”, Revista do Ministério Público, 158, Abril: Junho 2019, pp. 222-224, “(...), nenhuma lei define a investigação criminal do posto de vista material, metodológico e epistemológico. O investigador não encontra na lei qual o método e/ou as estratégias que deve utilizar para investigar um determinado crime. “(...) Investigar um crime implica assim “abordar o facto, a norma e a técnica, numa visão global, transversal, interativa e interdisciplinar. (...) É necessário conhecer a norma que o tipifica e o regime jurídico-processual que o condiciona e limita a sua demonstração probatória, numa palavra, saber agir/saber fazer em tempo útil, utilizando com rigor técnicas e procedimentos adequados” (...).”

³⁸ Cfr. João Conde Correia, ob. cit., p. 193.

Aqui chegados, apresentamos uma (mera) **proposta de modelo prático de despacho inicial em situações em que é legalmente admissível a intervenção do G.R.A.:**

CONCLUSÃO: .../.../...

=CLS=

«I. Efetue pesquisa, por recurso a todas as bases de dados disponíveis, dos elementos de identificação dos denunciados [...] e [...]

II. Iniciaram os presentes autos em denúncia apresentada por ..., gerente da Sociedade ..., Lda., com sede em ..., por via da qual são comunicados factos suscetíveis de integrar a prática do crime de burla qualificada, previsto e punido pelos artigos 217.º e 218.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, e /ou do crime de abuso de confiança qualificada, previsto e punido pelo artigo 205.º, n.º 1 e 4, alínea b), do Código Penal, ilícitos puníveis com pena de prisão até 8 anos.

Com efeito, de acordo com o teor da denúncia, na sequência de auditoria financeira às contas da referida Sociedade, apurou-se que [A] e [B], funcionários administrativos, na sequência de plano previamente delineado, e em conjugação de esforços, no período compreendido entre .../.../... e .../.../..., ter-se-iam ilicitamente apropriado da quantia de € 126.450,00 (cento e vinte e seis mil, quatrocentos e cinquenta euros), pertencente àquela Sociedade.

Assim, com vista a acautelar, no futuro e de forma efetiva, a eventual perda das vantagens obtidas em resultado da prática do crime em apreço, **entende o Ministério Público ser indispensável fazer intervir o Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA).**

Nesta decorrência, com vista à futura declaração de perda das vantagens ilicitamente obtidas, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 2.º e 3.º, n.º 1, e estando cumpridos os pressupostos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, determino que o Gabinete de Recuperação de Ativos proceda:

- À investigação financeira e patrimonial dos bens dos denunciados [A] e [B];
- Bem como dos seus ascendentes, descendentes, e pessoas com eles relacionadas.

III. Mais determino que, considerando os tipos legais de crimes em investigação nos autos, por se considerar imprescindível à descoberta da verdade material e realização da justiça, ao abrigo do disposto no artigo 79.º, n.ºs 1 e 2, alínea e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Entidades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 144/2009, de 16 de setembro) em conjugação com o disposto no artigo 263.º, n.º 1, do C.P.P., as instituições bancárias e financeiras que venham a ser contactadas pelo GRA, prestem todas as informações e procedam a entrega de toda a documentação (em suporte de papel, digital, ou ambos) solicitada.

IV. Face ao exposto, remeta-se ao Gabinete de Recuperação de Ativos, criando-se apenso para o efeito (artigo 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho), contendo:

- a) Certidão do presente despacho;
- b) Certidão da Denúncia apresentada.

Aguarde pelo prazo de 120 dias, e após, conclua.

V. Por se tratar de matéria que se insere no âmbito da competência reservada, nos termos no disposto no artigo 7.º, n.º 3, alínea c), da Lei n.º ..., delega-se na **Polícia Judiciária** a competência para a realização das diligências de investigação, nos termos do disposto no artigo 270.º, n.º 1, do C.P.P..

Remeta-se à Polícia Judiciária – Diretoria [...] para realização das competentes diligências de investigação, no prazo de 120 dias, deixando traslado.

Findo o aludido prazo, se nada for enviado, solicite-se informação sobre o estado do Inquérito.

VI. Prazo de prescrição: [...] – artigos (...) do Código Penal».

Uma breve menção ao **Gabinete de Administração de Bens (GAB)**, previsto no artigo 10.º, n.º 1, Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, gabinete do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça a que compete a administração dos bens apreendidos, recuperados ou declarados perdidos a favor do Estado, no âmbito de processos nacionais ou de atos de cooperação judiciária.

2.5. Encerramento do Inquérito – particularidades

Nos termos do artigo 276.º, n.º 1, do C.P.P., “*O Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação*”, estando tal decisão na dependência de ter sido, ou não, recolhida prova bastante de se ter verificado crime e de quem foram os seus agentes. Quando deduz acusação o Ministério Público deve tratar a questão penal e a questão patrimonial, pois ambas são essenciais ao completo exercício da ação penal.

Aqui chegados: é requisito fundamental do decretamento da perda de vantagens a “*(...) a comprovação judicial do facto, em audiência de discussão e julgamento, na sequência do impulso processual prévio do Ministério Público*”. Do ponto vista processual, a perda de vantagens pressupõe uma **ACUSAÇÃO** e a posterior comprovação judicial da prática do facto ilícito típico.

Nesta conformidade, **alerta-se para a necessidade de que a acusação contenha, sob pena de nulidade, todos os elementos vertidos no artigo 283.º, n.º 3, do C.P.P.**, sobretudo os factos que estão na base do confisco, bem como as disposições legais aplicáveis (284.º, n.º 3, do C.P.P.). O Magistrado o Ministério Público deve consolidar o objeto do processo nas suas vertentes fáctica e jurídica, pois apenas dessa forma se viabilizará a defesa do arguido (também) quanto aos factos relativos ao pedido de declaração de perda das vantagens.

Quanto ao **confisco das vantagens direta ou indiretamente resultantes do facto ilícito típico**, cabe ao Ministério Público alegar e demonstrar o **nexo de causalidade entre a vantagem e o facto ilícito típico**. Note-se que o valor da vantagem não é estanque, podendo oscilar desde a prática do crime até à dedução da acusação, daí que sejam exigidas ao Ministério Público especiais tarefas de alegação e demonstração.

No que concerne ao confisco de recompensas, o processo pode tornar-se complexo, na medida em que podem existir eventuais terceiros, que ainda que alheios à prática do crime, beneficiam do mesmo (por exemplo, os pais, ou os filhos do arguido).

Deste modo, **na acusação, deve haver o cuidado de fazer constar os factos que integram a prática do crime, as recompensas dele emergentes ou para ele oferecidas, quem as recebeu, e as normas aplicáveis**

Quando estivermos perante o **confisco de um sucedâneo da vantagem direta** (por exemplo, o confisco de um automóvel que foi adquirido com o dinheiro furtado de uma residência), **verifica-se a necessidade de narrar, na acusação, o “trato sucessivo” da coisa**, ou seja: se o arguido comprou uma viatura com o dinheiro que furtou do interior de uma residência, a acusação terá que descrever toda a cadeia ininterrupta de transmissões, com início na quantia furtada e termina na viatura adquirida, que a substitui.

2.6. Garantias processuais do Confisco

Percorrido o caminho que conduziu à identificação das vantagens do crime, o Ministério Público terá que ponderar a aplicação de mecanismos processuais preventivos, de natureza cautelar, que assegurem e garantam a possibilidade futura de executar a sentença, ou dito de outro modo, que a futura declaração de perda a favor do Estado será efetiva. Vejamos:

a) Apreensão – artigo 178.º do C.P.P.

O regime jurídico da apreensão encontra-se previsto no artigo 178.º do C.P.P.. Indica no seu n.º 1, como bens suscetíveis de serem apreendidos **os instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico**, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime **ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova**. Quando possível, os mesmos são juntos ao processo e, quando não, confiados à guarda de funcionário judicial ou de um depositário, de tudo se fazendo menção no auto (artigo 178.º, n.º 2, do C.P.P.).

Centrando-nos na apreensão de vantagens, pode a mesma ser ordenada pelo Ministério Público ou pelos Órgãos de Polícia Criminal (aqui, sujeita a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de setenta e duas horas) – artigo 178.º, n.º s 3, 4 e 5.

Com a redação atual do **artigo 110.º, n.º s 1 a 3 do Código Penal, é hoje inequívoco e dado como assente que a apreensão pode ser realizada com a exclusiva finalidade de assegurar a**

futura declaração de perda a favor do Estado, não sendo exigível qualquer finalidade probatória³⁹.

Veja-se a este propósito Germano Marques da Silva, ao defender que “(...) *apreensão não é apenas um meio de obtenção e conservação de provas, mas também de segurança de bens para garantir a execução, embora na grande maioria dos casos esses objetos sirvam também como meios de prova*”.⁴⁰

A apreensão apenas pode incidir sobre o património ilícito, ou seja, aquele em que existe um nexo de causalidade entre as vantagens (diretas ou indiretas) e o crime.

No caso de já não serem encontrados tais objetos/vantagens, deve proceder-se à perda pelo **valor** (artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal).

Aqui, para a perda do valor, apenas o arresto preventivo e a caução económica poderão ser mobilizados (não a apreensão).

Se a apreensão tiver sido indevidamente realizada sobre o património lícito do arguido, pode ser convertida em arresto (se estiverem preenchidos os respetivos pressupostos, que infra abordaremos – artigo 228.º do C.P.P.).

Cumprе sublinhar que o artigo 186.º, n.º 5, do C.P.P. prevê expressamente esta possibilidade de não haver restituição nos casos em que a apreensão dos objetos pertencentes ao arguido, ao responsável civil ou ao terceiro deva ser mantida a título de arresto preventivo, nos termos do artigo 228.º C.P.P..

b) Caução económica (artigo 227.º do C.P.P.) e arresto preventivo (artigo 228.º do C.P.P.)

Estas garantias processuais são da competência exclusiva do juiz, e incidem sobre o **património lícito** dos visados (o património ilícito deve ser apreendido).

O Ministério Público requer a prestação de caução económica, que é prestada pelo visado, quando haja fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias da perda de vantagens de facto ilícito típico ou do pagamento do valor a estas correspondente (artigo 227.º, n.º 1, alínea b), do C.P.P.)⁴¹.

³⁹ Veja-se, a este propósito, o entendimento vertido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/10/2017, Processo n.º 586/15.5 TDLSB – H.L1-3, Relatora Maria da Graça Santos Silva, disponível em www.dgsi.pt: “(...) O instituto processual da apreensão tutela a necessidade de recolha e conservação de prova para efeitos de instrução dos processos mas tem igualmente aplicação nas situações em que importa, única e exclusivamente, a segurança dos bens apreendidos, tendo em vista a sua disponibilização para efeitos de confisco, ou seja, é um meio ao serviço da eventualidade da declaração de perda de instrumentos, produtos ou vantagens dos crime, previstas no artigo 109.º e seguintes do CP”.

⁴⁰ Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal II”, 2.ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1999, p. 197.

⁴¹ Caução: artigo 624.º, n.º 1, do Código Civil: se alguém for obrigado ou autorizado por negócio jurídico a prestar caução, ou esta for imposta pelo tribunal, é permitido prestá-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal.

O requerimento indica os termos e as modalidades em que deve ser prestada a caução económica e esta garantia mantém-se distinta e autónoma relativamente à caução referida no artigo 197.º do C.P.P., subsistindo até à decisão final absolutória ou até à extinção das obrigações.

Em caso de condenação, será paga pelo seu valor, sucessivamente, nos termos do n.º 5 do artigo 227.º do C.P.P..

Quanto ao arresto preventivo rege o artigo 228.º do C.P.P., que deverá ser conjugado com os artigos 619.º e seguintes do Código Civil e artigos 391.º e seguintes do Código de Processo Civil.⁴² Aqui, há apreensão de bens pelo Tribunal.

No que concerne ao âmbito de aplicação destas garantias processuais, salienta-se que ambas visam garantir, sucessivamente:

- i) O pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o estado relacionado com o crime;
- ii) A **perda** dos instrumentos, produtos e **vantagens** de facto ilícito típico ou o **valor** a este correspondente, ou seja, o valor do montante cujo pagamento se visa garantir.

Têm como requisitos substanciais gerais de aplicação, de acordo com o estipulado no artigo 193.º, n.ºs 1 e 4, do C.P.P., a obediência aos Princípios da Necessidade, Adequação e Proporcionalidade; e específicos, a verificação de indícios da existência de crime (*fumus commissi delicti*) e o perigo que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento do valor (*periculum in mora*).

Quanto aos requisitos formais rege o artigo 194.º, n.º 6, do C.P.P.: o despacho que aplicar qualquer medida de garantia patrimonial deve conter, sob pena de nulidade [requisitos a que a promoção do Ministério Público igualmente deverá obedecer, sem ser cominada a nulidade]:

- a) A **descrição dos factos** concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo;
- b) A enunciação dos **elementos do processo que indiciam dos factos imputados**, sempre que a sua comunicação não puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime;
- c) A **qualificação jurídica** dos factos imputados;
- d) A referência aos factos concretos que preenchem **os pressupostos de aplicação da medida**, incluindo os previstos nos artigos 193.º e 227.º e 228.º do C.P.P. (*periculum in mora* e elementos do processo que o fundamentam).

Como **diligências prévias** à aplicação destas medidas de garantia patrimonial, assinalamos:

- i) A constituição de arguido (artigo 192.º, n.ºs 2 a 5, do C.P.P.)

⁴² No âmbito da perda alargada, o arresto encontra-se previsto no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

- ii) Audição prévia (artigo 194.º, n.º 4, do C.P.P.) – aqui, se não existir arguido já constituído, tal diligência não tem razão de ser; se essa audição prévia colocar em causa as finalidades da medida, não deverá ser realizada, porquanto não faria sentido dispensar a constituição como arguido, e manter a obrigação de audição prévia⁴³.

2.7. Compatibilização do confisco de vantagens com outras formas de ressarcimento

2.7.1. O Confisco das vantagens e o Pedido de Indemnização Civil

Às vantagens obtidas pelo autor do facto ilícito típico corresponde, inversamente, o prejuízo patrimonial do ofendido, daqui resultando a necessidade de articulação prática entre o confisco das vantagens do crime e o eventual pedido de indemnização civil⁴⁴.

Partindo da letra da lei, no n.º 6 do artigo 110.º do Código Penal ressalva que «*o disposto no presente artigo [regula a perda a favor do Estado dos produtos e vantagens do crime] não prejudica os direitos do ofendido*».

Neste ensejo, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05/02/2019, proferido no âmbito do Processo n.º 131/13.7 PEPDL-A.L1-5, Relator José Adriano, disponível em www.dgsi.pt, estando em causa a prática pela arguida de um crime de furto qualificado, foi decidida a devolução ao ofendido não só dos bens que foram diretamente subtraídos, mas também daqueles bens que foram posteriormente adquiridos pela autora do facto ilícito típico com dinheiro furtado ao mesmo ofendido, considerados vantagem indireta do crime, de acordo com o artigo 110.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3, do Código Penal. De acordo com a fundamentação aduzida, só deste modo será reparado tanto quanto possível, o dano sofrido com o crime⁴⁵.

Contudo, sendo a recuperação das vantagens obtidas com o facto ilícito típico obrigatória, como vimos (artigo 110.º, n.º 1, C.P.), tal recuperação/confisco não fica dependente da vontade do lesado.

⁴³ Veja-se, neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 724/2014, que não julgou inconstitucional a norma constante do artigo 228.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual, uma vez que tal disposição remete para o regime processual civil, se permite o decretamento do arresto preventivo sem a audição prévia do arguido.

⁴⁴ Numa noção muito breve, temos que ofendido, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do C.P.P. é o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, posição que lhe confere legitimidade para se constituir assistente; e Lesado, de acordo com o previsto no artigo 74.º, n.º 1, do C.P.P., é a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05/02/2019, proferido no âmbito do Processo n.º 131/13.7 PEPDL-A.L1-5, Relator José Adriano

Na verdade, as finalidades do confisco, já escarpelizadas (e que aqui sintetizamos na necessidade de afirmar, junto da Comunidade, que o crime não compensa) não poderão ficar da dependência da vontade do lesado e ser prejudicadas pela sua inércia⁴⁶.

A questão que ora se enuncia terá acuidade apenas nas situações em que estejamos perante concurso entre a execução de pedido de indemnização civil e a execução do valor da perda de vantagens determinado, ou seja, no momento em que já estão atribuídos e delimitados quer os valores da indemnização do lesado ou de terceiro, quer o da perda de vantagens.

Tais valores, não raras vezes, não são coincidentes, devendo neste caso prevalecer o pedido de indemnização civil – veja-se, nesta matéria, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18/06/2019, Processo n.º 2706/16.3 T9FNC.41-5, Relator Cid Geraldes⁴⁷.

Em face do regime legal aplicável, cabe compatibilizar os interesses do Estado (colocar agente do facto ilícito típico na situação patrimonial em que estaria se não o tivesse praticado e evitar que beneficie das vantagens que dele advieram) com os direitos do lesado.

Assim, poderemos estar perante duas situações, que reclamam tramitações específicas:

- a) Se as vantagens obtidas consistirem em coisas ou objetos que pertencem ao lesado e que, no decurso da investigação, **foi possível recuperar** – por exemplo, uma viatura ou obra de arte furtada ou roubada – deverão ser restituídos ao lesado, nos termos do artigo 186.º, n.º 1, do C.P.P..
Nada mais haverá a realizar se, com tal restituição, o lesado for colocado na exata situação em que estaria caso não tivesse ocorrido o facto ilícito típico.
Porém, se as vantagens obtidas forem superiores ao prejuízo que foi causado ao lesado, cumpre declarar a perda/proceder ao confisco do valor remanescente.
- b) Se **não tiver sido possível recuperar esses bens** (ou o seu sucedâneo), há que confiscar o respetivo valor, de acordo com o previsto no artigo 110.º, n.º 4, do C.P.P..

⁴⁶ João Conde Correia e Hélio Reitor Rodrigues In “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários”, Anotação ao Acórdão do TRP, de 23/11/2016, Processo n.º 905/15.4IDPRT.P1, JULGAR Online, janeiro de 2017.

⁴⁷ Tal como se decidiu no Acórdão TRL 18/06/2019, Processo n.º 2706/16.3T9FNC.41-5, Relator Cid Geraldes, disponível em www.dgsi.pt. “(...) concorrendo a execução do pedido de indemnização civil com a do valor da perda de vantagens prevalecerá a primeira delas, remetendo-nos para uma fase de tramitação posterior em que já estão atribuídos e devidamente delimitados quer os valores da indemnização do ofendido ou de terceiro e o da perda de vantagens que, como é bom de ver, poderão nem sequer ser inteiramente coincidentes e no mesmo sentido vai a estatuição do art.130.º, n.º 2, do Cód. Penal”. De sublinhar ainda, reforçando os elementos *supra* expostos, que aqui é afirmado que «- O direito ao pedido de indemnização civil não pode contender ou substituir o direito de o Estado ser de imediato reintegrado na sua esfera patrimonial com os bens/direitos/vantagens que lhe foram subtraídos com a prática do crime. – Não há qualquer incompatibilidade entre o requerimento ou promoção de perda de vantagens formulado pelo Ministério Público e o pedido de indemnização civil cuja apresentação caberia à Segurança Social».

A este propósito, veja-se por exemplo a frequência com que, em situações de furto ou roubo de viaturas, as mesmas são desmontadas, com a finalidade de serem vendidos os respetivos componentes, assim se inviabilizando a sua localização e apreensão.

Neste caso, deverá ser confiscado o valor da viatura em causa.

Se o lesado não deduziu pedido de indemnização civil, deverá sempre haver confisco pelo valor.

No caso de ter deduzido, deverá igualmente haver confisco do valor, contudo o Tribunal poderá atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, as vantagens declaradas perdidas a favor do Estado ao abrigo do artigo 110.º do Código Penal, incluindo o valor a estes correspondente ou a receita gerada pela venda dos mesmos – artigo 130.º, n.º 2, do C.P..

O que acabámos de expor, num enquadramento breve e esquemático, resulta do que colhemos da Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 01/12/2014⁴⁸ realizada por João Conde Correia e Hélio Reitor Rodrigues⁴⁹.

E porque cabe ao Ministério Público um relevante e proativo papel nos esforços a erigir sentido de demonstrar e fazer à Comunidade que, efetivamente, o crime não compensa, e de conformar a *praxis* diária neste mesmo sentido, é fundamental que «(...) *comprometa o Tribunal com a necessidade de se pronunciar quanto à perda das vantagens na sentença, independentemente da possibilidade ou da probabilidade de dedução do respetivo pedido e indemnização civil pelo lesado (...)*».

2.7.2. O Confisco das vantagens, o Pedido de Indemnização Civil e a Pretensão da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários

Em conformidade e na sequência do exposto no ponto anterior, a jurisprudência não é unânime na reposta a dar quanto à articulação e simultaneidade de confisco de vantagens, pedido de indemnização civil e execução fiscal.

⁴⁸ In JULGAR, Online, já citada.

⁴⁹ «(...) Quando os bens não puderem ser restituídos ao lesado, o Estado deverá proceder ao seu confisco, sem qualquer constrangimento, independentemente de um qualquer pedido de indemnização civil. Nestes casos, todavia, se o lesado puder beneficiar do regime oficioso de reparação da vítima (artigo 82.º-A do C.P.P.), tiver deduzido pedido de indemnização civil ou beneficiar da possibilidade de o deduzir em separado, nos termos do artigo 72.º do Código de Processo Penal, tudo se passará como que se o Estado, no que tange ao que foi declarado perdido a seu favor, e havendo uma vítima a ressarcir, ficasse como fiel depositário, isto por via da aplicação do disposto no artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal.(...) Nas restantes situações, isto é, quando o lesado não beneficiar daquele regime oficioso, não tiver deduzido pedido de indemnização civil ou não gozar da faculdade de o fazer em separado, o confisco opera plenamente, nos termos do artigo 111.º do Código Penal [atualmente, artigo 110.º do Código Penal]. A inércia da vítima – repetimos mais uma vez – não prejudica o confisco e a reposição da legalidade da situação patrimonial do condenado».

Reforçamos o Princípio de que o confisco de vantagens é obrigatório, não ficando dependente da vontade do lesado.

Quanto à **dedução do pedido cível**, resulta da análise e pesquisa nesta matéria que, mais recentemente, os Tribunais superiores se têm pronunciado maioritariamente no sentido de o Ministério Público, agindo por direito próprio e exercendo o *ius puniendi* estadual no interesse *supra* individual da Comunidade, poderá sempre promover a declaração de perda de vantagens do crime fiscal, mesmo que a Autoridade Tributária e Aduaneira nada venha dizer, ou, de forma expressa, indique não pretender que seja deduzido pedido cível.

O mesmo sucederá caso tal autoridade deduza pedido de indemnização civil, ou tenha usado outros meios para cobrança do imposto em dívida, isto porque:

- i) O Estado só pode executar uma vez a mesma quantia;
- ii) A perda de vantagens decorrentes do facto ilícito típico, prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 110.º do C.P. é determinada por finalidades de prevenção geral associada à ideia de que o crime não compensa⁵⁰.

No que concerne à execução fiscal: sendo distinta a sua finalidade (visa garantir a efetividade da cobrança do imposto em dívida), das finalidades do confisco, esta última não poderá ser prejudicada pela inércia do lesado ou pela (eventual) iniciativa de interposição de uma ação autónoma, civil ou tributária, e dela ficar dependente – *cf.* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26/06/2019⁵¹.

Note-se, a título exemplificativo, que poderá ocorrer a prescrição do título executivo já existente, ou haver oposição bem sucedida do executado, e nessa medida, resultar frustrada a pretensão executiva da Autoridade Tributária.

Num outro vetor, a responsabilidade tributária e a respetiva cobrança de impostos assenta numa lógica de responsabilização do sujeito passivo a título principal (artigo 18.º, n.º 3, da LGT), e responsabilização de outros sujeitos (por exemplo, administradores e gestores) apenas a título subsidiário (artigo 24.º da LGT).

⁵⁰ Cumpre ainda fazer referência ao Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ 1/2013, que determinou que em processo penal decorrente de crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, p. e p. no artigo 107.º, n.º 1, do R.G.I.T, é admissível, de harmonia com o artigo 71.º do C.P.P., a dedução de pedido de indemnização civil tendo por objeto o montante das contribuições legalmente devidas por trabalhadores e membros dos órgãos sociais das entidades empregadoras, que por estas tenha sido deduzido do valor das remunerações, e não tenha sido entregue, total ou parcialmente, às instituições da segurança social.

⁵¹ Acórdão TRP, de 26/06/2019, Processo n.º 1267/17.0 T9PRD.P1, Relator José Piedade. «Considerando a diferente natureza da relação jurídica subjacente à prática do crime de abuso de confiança fiscal ou contra a Segurança Social e da obrigação de restituição da vantagem patrimonial indevidamente obtida com a prática desse crime, a existência de uma execução fiscal no domínio da responsabilidade tributária subjacente à prática do crime de abuso de confiança fiscal ou contra a Segurança Social não constitui impedimento à declaração de perda de vantagem patrimonial obtida com a prática desse crime».

Assim, e como é frequente, não estando as vantagens diretas (ou seu sucedâneo) na esfera patrimonial do agente do crime (ou do sujeito passivo), os procedimentos de execução fiscal (tal como o pedido de indemnização civil) não estão aptos a assegurar as finalidades do confisco de vantagens.

Esta circunstância reforça o entendimento de que o Ministério Público, seja qual for a posição assumida (ou a assumir) pela autoridade tributária, não deverá abster-se de promover em processos de natureza tributária a declaração de perda a favor do Estado das vantagens resultantes da prática do facto ilícito típico, até porque se trata de uma das vertentes do exercício do *ius puniendi* estadual, não sujeito a qualquer poder discricionário na sua declaração – estamos perante uma formulação imperativa que, uma vez reunidos os demais pressupostos, deve desencadear a respetiva consequência legal.

O confisco só não terá lugar no caso de o processo de execução fiscal ter já findado, e se se verificar que a vantagem a liquidar, decorrente da prática do facto ilícito típico, não ser superior à quantia executada.

Uma vez mais seguimos aqui de perto João Conde Correia e Hélio Reitor Rodrigues e a posição vertida na sua Anotação ao (já citado) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23/11/2016⁵², que acompanhamos, socorrendo-nos dos ensinamentos aqui veiculados.

- O legislador português optou por um sistema misto, em que o Estado deverá articular o confisco com a integral proteção dos direitos da vítima, o que resulta da conjugação deste regime com a letra e o espírito do artigo 130.º, n.º 2, do C.P., pois que (...) *a obrigação de confisco é geral, sobrepondo-se à vontade egoística de qualquer indivíduo, mas salvaguarda, igualmente, os seus direitos, nomeadamente através da adjudicação dos bens declarados perdidos ou do produto da sua venda às vítimas*»;
- Quando deduz a acusação, o Ministério Público deve tratar a questão penal e a questão patrimonial, porquanto ambas são vitais ao completo exercício da ação penal;
- Assim, deverá acionar a pretensão confiscatória estadual, ainda que não tenha conhecimento de como a Autoridade Tributária se vai comportar (se deduzirá, ou não, pedido de indemnização civil);

⁵² In “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários”, Anotação ao Acórdão do TRP de 23/11/2016, Processo n.º 905/15.4IDPRT.P1, JULGAR Online, janeiro de 2017. Aqui se decidiu: “I - *Só podem ser declaradas perdidas a favor do Estado as coisas, direitos e vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridas pelo agente e representem uma vantagem patrimonial, com fundamento no artigo 112.º, n.º 2, do C.P..* II. *A perda de vantagens não pode prejudicar o direito de reparação do património do titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação e que sofreu danos ocasionados pelo facto ilícito.* III. *Nos casos em que a perda de vantagens corresponda à obrigação de indemnização civil decorrente da prática do facto ilícito típico apenas pode ser decretada se o titular dos danos causados pelo mesmo se desinteressar pela reparação do seu direito.* IV. *Não pode ser decretada a pena de perda de vantagens (quantia correspondente ao IVA apropriado pelo arguido) nos casos em que a Autoridade Tributária e Aduaneira comunicou ao M.P. que não pretendia deduzir pedido de indemnização civil por considerar suficiente os meios legais previstos para a execução fiscal da vantagem”.*

– A declaração de perda em nada prejudica a proteção da eventual vítima (na hipótese *sub iudicio*, também o próprio Estado), antes reforça e confirma a validade e vigência da norma jurídica violada.

2.8. O requerimento de declaração da perda de vantagens – proposta de modelo prático

Do ponto de vista sistemático, o requerimento *infra* deverá suceder ao despacho de acusação, considerando que a declaração da perda de vantagens carece da comprovação judicial da prática de um facto ilícito típico.

O requerimento deverá ser elaborado em articulado e do seu cabeçalho deverá constar o normativo legal que sustenta a declaração da perda e a identificação do visado.

Na peça processual a elaborar pelo Ministério Público deverão ser descritas na acusação as vantagens obtidas pelo arguido em resultado da prática do facto ilícito típico e seu valor.

Após a descrição dos factos e indicação das normas penais aplicáveis, é aconselhável a elaboração de um despacho onde se exponham as circunstâncias que impõem e fundamentam a declaração de perda através do valor equivalente (fatores que descrevam a impossibilidade objetiva de apropriação em espécie) e se sugira o valor que deverá ser pago ao Estado, indicando as razões e os critérios que foram mobilizados na sua determinação.

Em jeito de esquema, o articulado deverá conter:

- (1) A factualidade que indicia suficientemente a prática do facto ilícito típico, que poderá ser substituída pela expressão “*dão-se por integralmente reproduzidos os factos vertidos na acusação que precede o presente despacho, bem como a respetiva qualificação jurídica*”;
- (2) A identificação das vantagens provenientes do facto ilícito típico;
- (3) A factualidade da qual resulte a justificação da impossibilidade de apreensão das vantagens em espécie, caso se verifique.

O requerimento deverá findar com a **promoção de declaração da perda da vantagem**.

Caso se esteja perante uma situação de comparticipação, quando esteja em causa a declaração da perda do valor da vantagem, dever-se-á determinar e indicar no requerimento a responsabilidade de cada co-autor.

Assim, se for possível determinar com precisão e em concreto a vantagem individual de cada participante, cada um ficará responsável pela sua parte.

Caso contrário, a responsabilidade será solidária – artigos 497.º do Código Civil e 514.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

A final, deverá ser indicada a **prova** que sustenta o requerimento.

Proposta de modelo prático:

“Nos termos do disposto no artigo 110.º, n.º 1, alínea b) e n.º 4, do Código Penal, vem o Ministério Público requerer se declarem perdidas a favor do Estado Português, as vantagens obtidas pelo arguido A, pela prática dos factos *supra* narrados, o que o faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

1. Dão-se por integralmente reproduzidos os factos vertidos na acusação que precede o presente despacho, bem como a respetiva qualificação jurídica.

2. Em resultado da prática dos factos que *supra* se imputam, o arguido A integrou no respetivo património os objetos acima identificados, os quais ascenderam, na sua globalidade, ao valor comercial de cerca de 3.070,00 € (três mil e setenta euros).

3. Acresce, que o arguido recebeu, ainda, a quantia monetária de 171,60 € (cento e setenta e um euros e sessenta cêntimos), que obteve como contrapartida pela venda de um fio de ouro de 17,3 quilates, ornamentado com uma cruz, com 8,66 gramas, o qual havia sido subtraído nas circunstâncias de tempo, modo e lugar acima explanadas.

4. Com efeito, os objetos subtraídos e a quantia monetária descrita em 3. que aquele recebeu como contrapartida pela venda do dito fio, consubstanciam vantagens patrimoniais diretas e sucedâneas obtidas pelo arguido A com a prática do facto ilícito típico.

5. Todavia, os objetos em causa nunca foram restituídos a X e a Y, tampouco foram recuperados.

6. Considerando que as vantagens obtidas com a prática do facto ilícito típico não puderam ser apropriadas em espécie, a perda das mesmas deverá ser substituída pelo pagamento ao Estado do valor correspondente.

7. Assim sucede no caso *sub judice*, considerando que se desconhece o paradeiro de todos os objetos subtraídos, em conjugação com a circunstância de a quantia monetária obtida com a venda da dita pulseira consubstanciar um bem fungível (dinheiro).

8. Assim, por não se afigurar possível a apropriação de tais vantagens em espécie, deverá tal perda ser substituída pelo pagamento ao Estado Português do respetivo valor.

9. Face ao exposto, nos termos do disposto no artigo 110.º, n.º 1, alínea b) e n.º 4 do Código Penal, **promove-se que o arguido A seja condenado a pagar ao Estado Português a quantia monetária de 3.070,00 € (três mil e setenta euros), correspondente à vantagem da atividade criminosa por aquele praticada**, sem prejuízo do direito de dedução do pedido de indemnização civil que assiste às ofendidas X e a Y – *cf.* artigo 110.º, n.º 6, do Código Penal e 71.º e 74.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

*

PROVA: a indicada na acusação.

IV. Referências bibliográficas

- CAEIRO, Pedro – “Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção a Criminalidade Reditícia (em especial os Procedimentos de Confisco IN REM e a Criminalização do Enriquecimento Ilícito)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 2, abril-junho do ano de 2011, pp. 267 a 321.
- DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, “Perda de Bens a favor do Estado, Arts. 7.º-12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)”, in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários*, Vol. III, pp. 138 e seguintes.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal Português, Parte Geral II, “As Consequências Jurídicas do Crime”*, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 1002.
- GODINHO, Jorge, “Brandos Costumes? O Confisco Penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, 2003.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3.ª Edição atualizada, 2015, pp. 459 a 464.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2.ª Edição, 2008, pp. 489 e seguintes.
- COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito, “A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio”, *Dissertação de Mestrado, Universidade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2018.
- CORREIA, João Conde, “Da Proibição do Confisco à Perda Alargada”, INCM, 2012.
- CORREIA, João Conde, “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, *Revista de Investigação Criminal e Ciências Forenses, IC3F, n.º 1 (outubro 2017), Lisboa, ASFIC/PJ, 2017*.
- DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias, “Branqueamento de Capitais, O Regime do D.L. 15/93, de 22 de janeiro, e a Normativa Internacional”, Porto, Universidade Católica, pp. 151 a 153;
- RODRIGUES, Hélio Rigor, “Gabinete de Recuperação de Activos, O que é, para que serve e como actua”, *Revista do CEJ, N.º 1 (1.º Semestre 2013), Coimbra, Edições Almedina, 2013*, p. 66.
- RODRIGUES, Hélio Rigor, “A acusação e a vertente patrimonial do crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes – Uma proposta de solução”, *Revista do Ministério Público*, 152: Outubro:Dezembro 2017, pp.187-206.
- RODRIGUES, Hélio Rigor, “Perda de Bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *Revista do Ministério Público*, 134, Abril: Junho 2013, pp. 189-244.
- PAIVA, Vítor, “Apologia da estratégia na investigação criminal (Branqueamento e Criminalidade Económico-Financeira)”, *Revista do Ministério Público*, 158, Abril: Junho 2019.

- CORREIA, João Conde, e RODRIGUES, Hélio Reitor, “O Confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos Crimes Tributários – *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/11/2016*”, Revista JULGAR ONLINE.
- CORREIA, João Conde, e RODRIGUES, Hélio Reitor, “*Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1*” (pedido de indemnização e confisco), Revista JULGAR ONLINE.
- BRAVO, Jorge dos Reis, “Investigação Financeira ou Patrimonial Postecipada – Um Lugar Estranho no Sistema de Recuperação de Ativos”, Lisboa, INCM, 2018, pp. 331-332.

5. A Perda de Vantagem no Código Penal

Norte: **Carla Sofia Morais Cunha** (Porto)

Centro: **Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares**
(Coimbra)

Lisboa: **Ana Patrícia Bernardo Cabaço** (Loures)

Sul: **Ângela Maria de Sá Nogueira Varela** (Setúbal)



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. A PERDA DE VANTAGEM NO CÓDIGO PENAL

Carla Sofia Morais Cunha
Maria Teresa da Silva Rodrigues Soares
Ana Patrícia Bernardo Cabaço
Ângela Maria de Sá Nogueira Varela



O Regime da Perda

QUADRO NORMATIVO

Regime geral

•Código Penal – artigos 109.º a 112.º-A

- art.º 109.º a regular a "perda de instrumentos",
- art.º 110.º, a "perda de produtos e vantagens",
- art.º 111.º o regime dos "instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro"
- art.º 112.º o "pagamento de valor declarado perdido a favor do Estado".

•Código de Processo Penal – artigos 178.º a 186.º, 191.º a 194.º, 227.º e 228.º



▪ Perda:
é a ablação dos bens, na perspectiva do proprietário

▪ Confisco:
consiste na aquisição, pelo Estado, desses bens.



▪ Vantagens são todos os benefícios, diretos e indiretos, que o agente retirou do crime, suscetíveis de possuírem um valor económico; - cfr. art.º110.º n.º 1 alínea b) do código penal

▪ Tudo o que o agente não teria obtido se não fosse o facto ilícito típico,

▪ O que é adquirido através do crime.

Tipos de Vantagens:

Diretas:

- São as próprias coisas ou montantes imediatamente obtidos:
 - Coisas ou montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património
 - A vantagem, patrimonial ou não patrimonial, recebida na corrupção
 - As quantias recebidas pela venda de estupefaciente
 - A quantia entregue ao correio de estupefacientes como pagamento
 - O imposto devido e não pago
 - O valor que deveria ter sido despendido com a realização dos atos de licenciamento necessários à realização de uma obra
 - O valor que deveria ter sido despendido na realização de uma obra exigida pela legislação de ordenamento de território

Indiretas:

- São aquelas que resultam do reinvestimento das vantagens directas:
 - Juros, lucros e outros acréscimos obtidos com as vantagens directas
 - Prémios de jogo obtidos através da utilização do dinheiro da vantagem directa

Sucedâneos das vantagens diretas:

- São as coisas ou direitos obtidos mediante transação ou troca com as vantagens diretas (ou seja, as coisas que passaram a ocupar o lugar das vantagens diretas)
 - automóvel ou habitação adquirido com os montantes obtidos através dos crimes contra a propriedade e contra o património

A vantagem patrimonial pode ser:

Instantânea: o benefício surge e concretiza-se totalmente com a prática do facto ilícito típico

Continuada: vantagem não se esgota logo, prolongando-se no tempo

Diferida: deferida para um momento posterior



Finalidades

Demonstrar que o crime não compensa, retirar ao agente os benefícios resultantes ou alcançados através da prática do facto ilícito típico



Requisitos

Facto ilícito típico

Vantagens, diretas ou indiretas

Natureza Jurídica da Perda das Vantagens

- Várias posições se foram perfilhando:
 - pena acessória, dependente da aplicação de uma pena principal
 - providência sancionatória de natureza análoga à medida de segurança
 - um "tertium genus" dentro da panóplia das reações penais
- *Finalidades preventivas, demonstrando à comunidade que o facto ilícito típico não compensa, isto é, que o crime não seja fonte de constituição de riqueza*

Perda Clássica

É o mecanismo mais generalista, aplicável à criminalidade em geral, em que a perda pressupõe uma demonstração de obtenção das vantagens, quer de uma forma direta ou indireta, através do resultado da prática de um facto ilícito típico, bastando-se uma relação de conexão entre o facto ilícito criminal e o correspondente proveito patrimonial conseguido.

Formas de Confiscar

- Confisco dos instrumentos
- Confisco dos produtos
- **Confisco das vantagens (diretas e do sucedâneo - vantagens em espécie)**
- **Confisco do valor das vantagens**
- Confisco do valor do património incongruente (na perda alargada)

Vantagens – “ todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem” - cfr. artigo 110.º n.º 1 al. b) do CP

Inclui: vantagens diretas, indiretas, sucedâneos e recompensas

Confisco pode ser :

- Espécie
 - Valor
- Há perda ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto - art.º 110.º n.º 5 do Código Penal.

Recompensa

- As vantagens do facto ilícito típico] abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem- cfr. art.º 110.º n.º 2 do CP;
- É uma subespécie dentro das vantagens;
- Segue o mesmo regime de perda das vantagens em sentido restrito e de produtos;
- Não depende de o promitente estar (ou ter estado) na posse da recompensa.

Confisco do Valor

- Quando não é possível proceder ao confisco dos instrumentos, produtos ou vantagens em espécie, confisca-se o respetivo valor – artigo 110.º n.º 4 CP

O CONFISCO DE BENS DE TERCEIRO

- O confisco pode ser realizado ainda que a vantagem esteja com um terceiro
- O art.º 111.º n.º 1 do Código Penal estabelece uma regra geral :

"a perda não tem lugar se as vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada"

- A perda não deve prejudicar os direitos de terceiros de boa-fé.



Quem poderá ser considerado terceiro e que direitos são merecedores de tutela?

O proprietário, e o direito de propriedade.

- Boa -fé – apurada segundo os critérios alternativos do art.º 111.º n.º 2 do Código Penal.

O CONFISCO E OS DIREITOS PATRIMONIAIS DO LESADO

- A perda não pode prejudicar os direitos do ofendido – cfr. n.º 6 do art.º 110.º CP
- Necessidade de articulação entre o confisco e os direitos das vítimas, através da salvaguarda dos efeitos preventivos do confisco, reduzindo o arguido ao estado patrimonial anterior à prática do crime, e do respeito pelos direitos da vítima.
- Mas a reserva do 110.º /6 não concede poderes derogatórios das medidas de perda de vantagens.
- Confisco é obrigatório e geral, não pode ficar dependente da vontade do lesado.



Como compatibilizar?

Interesses lesado
e Perda

- Se as vantagens constituem coisas/objectos que pertencem ao lesado e que foi possível recuperar (vantagens em espécie)
- Devem ser restituídos ao lesado – artigo 186/1 CPP
- Finalidades da perda realizadas
- Se não foi possível recuperar esses bens ou seu sucedâneo
- Há que confiscar o seu valor – artigo 110/4 CP
- Se o lesado não deduziu PIC, deverá sempre haver confisco pelo valor
- Se o lesado deduzir PIC, deverá na mesma haver confisco pelo valor + artigo 130/2 CP

Abordagem Prática e Gestão Processual

- Ao dirigir a investigação - assistido pelos órgãos de polícia criminal - compete ao Magistrado do Ministério Público **praticar os atos e assegurar os meios de prova necessários à realização das finalidades do inquérito** - artigos 53.º, n.º 1, alínea b), 263.º e 267.º, todos do C.P.P.
- **Objetivo:** declaração de perda a favor do Estado das vantagens resultantes do facto ilícito típico (110.º C.P.) havendo que as identificar, localizar e apreender.
- **Especificidades!** Determinação e prova das vantagens convoca estratégias e momentos particulares - **carácter multidisciplinar** - definir e recorrer a meios de **acessória técnica!**

Abordagem Prática e Gestão Processual - INVESTIGAÇÃO

Muito Importante:

- **Pesquisa** exaustiva em todas as bases de dados acessíveis ao Ministério Público com vista à completa **identificação** do suspeito/arguido e seu **património** móvel e imóvel [Registo Civil, Registo Comercial, IMTT, *Segurnet*, entre outros]
- Deve estender-se ao cônjuge casado em regime de comunhão de bens, ascendentes e descendentes do arguido?
- Conjugar todos os meios de prova (artigos 128.º a 170.º do C.P.P) e meios de obtenção de prova (artigos 171º a 190.º do C.P.P.) legalmente admitidos, técnicas especiais de investigação e ferramentas.

Abordagem Prática e Gestão Processual - INVESTIGAÇÃO

- **Ponderar desde logo:**
- Aplicação de segredo de justiça - artigo 86.º do C.P.P.
- Sigilo bancário: determinar a prestação de informações e entrega de documentação pelas instituições bancárias e financeiras que venham a ser contactadas pela investigação - artigo 79.º, n.ºs 1 e 2, alínea e) do Decreto-Lei n.º 298/92 de 31/12 (Regime das Instituições de Crédito e Entidades Financeiras)

Abordagem Prática e Gestão Processual - INVESTIGAÇÃO

- **Exemplo prático:**
- furto qualificado - viatura furtada - artigo 203.º, e 204.º do C.P. Vantagem direta: viatura.
- Utilização de todos os meios de prova e obtenção de prova com a finalidade de localizar, apreender a vantagem.
- Imaginemos que o suspeito, para não "deixar rasto", regista a viatura em nome de um amigo.
- Porém, utilizando o suspeito a viatura, se for ele quem figura como titular do contrato de seguro, tal é detetado pelo magistrado titular, **em resultado de pesquisas efetuadas nas bases de dados. Seguir-se-á a mobilização dos meios de prova (eventualmente, recolha do testemunho do titular do registo de propriedade da viatura) e meios de obtenção de prova (realização de buscas) tidas por adequadas ao caso concreto.**

Abordagem Prática e Gestão Processual Criminalidade económico- financeira

Criminalidade económico-financeira organizada:

- É fundamental a articulação entre o Magistrado do Ministério Público e os OPC - definição de estratégia, coordenação e planeamento.
- Carácter velado dos comportamentos nos crimes de corrupção - artigos 372.º a 374.º do C.P. - não deixam vestígio substancial, difícil a recolha de prova da prática do crime e da vantagem ou recompensa associada.
- Localização de Vantagens indiretas (v.g. juros e lucros obtidos no reinvestimento de vantagens diretas) - exige investigação patrimonial e financeira

Abordagem Prática e Gestão Processual Metodologias

- **Proposta de metodologias de investigação** - determinar o valor /detetar e localizar a vantagem obtida com a prática do facto ilícito típico:
- - recolher registos contabilísticos;
- - reconstituir circuitos e fluxos financeiros que a vantagem tenha "percorrido", e determinar eventuais fundos encobertos (origem, circulação, integração)
- - recolher prova documental

Abordagem
Prática e Gestão
Processual
Metodologias

- A investigação e apreciação dos factos, e recolha de elementos de prova das vantagens obtidas, exigem **especiais conhecimentos técnicos**:

↓

- realização de perícias - artigos 151.º a 163.º do C.P.P. - em particular **perícias de natureza económico-financeira** - relevância da Unidade de Perícia Financeira e Contabilística (UPFC) e Unidade de Informação Financeira da **Policia Judiciária**;
- Prova documental (artigo 164.º do C.P.P);

Abordagem
Prática e Gestão
Processual
Metodologias

- Relevância que assumem, na atualidade, os **documentos “digitais”** – todos aqueles que se encontram armazenados num equipamento informático e/ou de telecomunicações – pesquisa e apreensão de dados informáticos! Artigos 15.º a 17 da Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de Setembro).
- **Hipótese prática** : realização de busca domiciliária - crime de abuso de confiança qualificada – apropriação ilícita da quantia monetária de € 35.000.00 (trinta e cinco mil euros). Para localizar, determinar e apreender a vantagem, com vista a determinação de perda a favor do Estado:
- - realizar perícia a todos os equipamentos de informática e telecomunicações suscetíveis de conter elementos relativos a faturas, recibos, transferências e depósitos bancários, entre outros;
- - a emissão de mandado de pesquisa informática para eventual apreensão de dados informáticos (artigos 15.º a 17.º da Lei do Cibercrime).

Investigação
financeira e
patrimonial
GRA

Investigação Financeira e Patrimonial

- Criminalidade à escala global, transnacional e complexa, assume relevância fulcral.
- **Criação do Gabinete de Recuperação de Ativos - Lei n.º 45/11, de 24 de junho – GRA**
- Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6.XII
- **Missão do GRA: Proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes**, a nível interno e internacional, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados – art. 3.º, n.º 1, da Lei 45/2011. Para isso, procede à investigação financeira ou patrimonial por determinação do MP.
- Está na dependência da Policia Judiciária, e tem atribuições análogas às dos O.P.C.

Investigação
financeira e
patrimonial
GRA

Artigo 4.º

Competência

- “1 - O GRA procede à **investigação financeira ou patrimonial** mencionada no artigo anterior por determinação do Ministério Público:
- 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 [102.000€]**.
- 2 - Mediante prévia autorização do Procurador-Geral da República ou, por delegação, 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.
- 3 - **A apreensão de bens é realizada pelo GRA nos termos do Código de Processo Penal** dando o titular dos bens ou direitos requerer ao juiz de instrução, no prazo de 10 dias após notificação, modificação ou revogação da medida.

Investigação
financeira e
patrimonial
GRA

- 4 - A notificação a que se refere o número anterior é feita por edital ou anúncio quando o titular dos bens ou direitos não for encontrado.
- 5 - Os procedimentos realizados pelo GRA são documentados em apenso ao processo
- (...)”
- **A investigação financeira ou patrimonial visa quer os a identificação e apreensão dos Instrumentos, Produtos ou Vantagens, quer, se o crime for do catálogo da Lei 5/2002, tudo o necessário à perda alargada.**
- **Apreensões realizadas pelo GRA – artigo 3/1**
- Proposta de modelo prático (excerto) de despacho inicial:

Investigação
financeira e
patrimonial
GRA

(...)

- «Iniciaram os presentes autos em denúncia apresentada por ...» gerente da Sociedade ... Lda, com sede em ...» Por via da qual são comunicados factos suscetíveis de integrar a prática do crime de burla qualificada, previsto e punido pelo artigo 217.º, e 218.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal, e /ou do crime de abuso de confiança qualificada, previsto e punido pelo artigo 205.º, n.º 1 e 4, alínea b) do Código Penal, ilícitos puníveis com pena de prisão até 8 anos, sendo suspeitos (...) e (...).
- Assim, com vista a acautelar, no futuro e de forma efetiva, a eventual perda das vantagens obtidas em resultado da prática do crime em apreço, **entende o Ministério Público ser indispensável fazer intervir o Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA).**
- Nesta decorrência, com vista à futura declaração de perda das vantagens ilicitamente obtidas, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 2.º e 3.º, n.º 1, e estando cumpridos os pressupostos do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2011 de 24/06, determino que o Gabinete de Recuperação de Ativos proceda:
- - à investigação financeira e patrimonial dos bens dos denunciados [...] e [...];
- - bem como dos seus ascendentes, descendentes, e pessoas com eles relacionadas.(...)»

(...)

GARANTIAS PROCESSUAIS DO CONFISCO

- Garantias processuais do confisco de vantagens - diferentes formas:
- **A) APREENSÃO – artigo 178.º do C.P.P**
- Pode ser ordenada pelo Ministério Público ou pelos OPC's (sujeita a validação);
- **pode ser realizada com a exclusiva finalidade de assegurar a futura declaração de perda a favor do Estado** (artigo 110/1-3 CP), não sendo exigível qualquer finalidade probatória – artigo 178/1 (“ou quaisquer outros suscetíveis de servir de prova”)
- **apenas pode incidir sobre o património ilícito** (em que há um nexo de causalidade entre a vantagem e o crime): instrumentos, produtos ou vantagens (diretas e indiretas)

GARANTIAS PROCESSUAIS DO CONFISCO

- Se não forem encontrados já esses objetos, deve proceder-se à perda pelo valor – artigos 109/3 e 110/4 Código Penal.
- Se a apreensão foi indevidamente realizada sobre o património lícito, pode ser convertida em arresto (se estiverem verificados os respetivos pressupostos)
- **B) CAUÇÃO ECONÓMICA (227.º CPP) e ARRESTO PREVENTIVO (228.º CPP)**
- Estas garantias processuais são da competência exclusiva do juiz, e incidem sobre o **património lícito** dos visados (o património **ilícito** deve ser apreendido).
- visam garantir, sucessivamente: i) o pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o estado relacionado com o crime; ii) a **perda dos instrumentos, produtos e vantagens** de facto ilícito típico ou o valor a este correspondente, ou seja, o valor do montante cujo pagamento se visa garantir.

GARANTIAS PROCESSUAIS DO CONFISCO

- Têm como **requisitos substanciais gerais** de aplicação, - artigo 193.º, n.º 1 e n.º 4 do C.P.P.: a obediência aos Princípios da Necessidade, Adequação e Proporcionalidade; e **específicos**, a verificação de indícios da existência de crime (*fumus commissi delicti*) e o perigo que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento do valor (*periculum in mora*)
- Quanto aos **requisitos formais** rege o artigo 194.º, n.º 6 do C.P.P.
- **Diligências prévias** à aplicação destas medidas de garantia patrimonial:
- - a constituição de arguido (artigo 192.º, n.ºs 2 a 5 do C.P.P).
- audição prévia (artigo 194.º, n.º 4 do C.P.P).

Compatibilização do confisco de vantagens com as pretensões da AT e da SS nos crimes tributários e contra a Segurança Social

- Nos crimes tributários e contra a Segurança Social, em que o Estado é o próprio ofendido, tem havido controvérsia quanto à compatibilização do confisco de vantagens com as pretensões da Autoridade Tributária e Aduaneira e da Segurança Social.
- Simultaneidade do confisco de vantagens, pedido de indemnização civil e execução fiscal?
- Arestos recentes dos nossos Tribunais Superiores têm evidenciado a divisão existente na jurisprudência quanto a posição a adoptar nesses casos.
- Assim e a título exemplificativo, defendendo a incompatibilidade entre confisco de vantagens e "os direitos do Estado-ofendido":
 - ACTRP de 23.11.2016 (905/15.4IDPRT.P1; Rel. Des. João Pedro Nunes Maldonado);
 - ACTRL de 07.11.2019 (proc. 43/17.SIDFUN.L1-9; Rel. Des. Filipa Costa Lourenço);
 - ACTRP de 30.04.2019, (proc. 1385/17.179PRD.P1; Rel. Des. Élia São Pedro).

Compatibilização do confisco de vantagens com as pretensões da AT e da SS nos crimes tributários e contra a Segurança Social

- Por outro lado, defendendo a compatibilidade entre confisco de vantagens e os "direitos do Estado-ofendido":
 - ACTRP de 31.05.2019 (proc. 259/15.SIDPRT.P1; Rel. Des. Lúcia Figueiredo);
 - ACTRP de 25.09.2019 (proc. 984/15.SIDPRT.P1; Rel. Des. Jorge Langweg);
 - ACTRL de 04.04.2019 (proc. 1487/17.879FNC.L1-9; Rel. Des. Alameda Cabral);
 - ACTRL de 18.09.2019 (proc. 2706/16.879FNC.L1-5; Rel. Des. Cid Geraldo);
- Também com pertinência na defesa da compatibilidade entre confisco de vantagens e os "direitos do Estado-ofendido": anotação feita por JOÃO CONDE CORREIA e HÉLIO RIGOR RODRIGUES ao ACTRP de 23.11.2016 e voto de vencido do Des. Paulo Rocha no ACTRP de 30.04.2019;
- Em sintonia com o defendido nos acórdãos, na anotação e no voto de vencido acima referidos, entendemos que a posição que maior correspondência tem com as finalidades e a natureza jurídica do instituto da perda "cizânica" de vantagens é a que defende que não existe qualquer incompatibilidade entre o confisco e as pretensões da AT e da SS quando estão em causa crimes tributários ou contra a SS.

Compatibilização do confisco de vantagens com as pretensões da AT e da SS nos crimes tributários e contra a Segurança Social

- *"O facto de a A.T. ter ao seu dispor meios legais para ser ressarcida das quantias devidas, não é obstáculo à declaração de perda da vantagem patrimonial, porque: - existe autonomia entre a responsabilidade tributária e a responsabilidade civil originária na prática do crime; o decretamento da perda de vantagem não fica dependente do êxito ou não da cobrança tributária nem da dedução do pedido civil e a A.T. apenas poderá ser ressarcida uma vez das quantias em dívida cuja génese é o incumprimento da prestação tributária"* - ACTRP de 31.05.2019
- *"(...) A vontade do ofendido a propósito da obtenção do ressarcimento devido não pode afectar o exercício do poder de autoridade pública subjacente ao instituto em causa. A circunstância de o ofendido ser o próprio Estado, dotado de mecanismos de ressarcimento coercivo bem mais amplos que os concedidos aos particulares, não pode justificar solução diversa, sob pena de colocar em crise o ius imperium manifestado no aludido instrumento de política criminal e os fins preventivos do direito sancionatório.(...)"* - ACTRP de 25.09.2019

Compatibilização do confisco de vantagens com as pretensões da AT e da SS nos crimes tributários e contra a Segurança Social

- O confisco de vantagens é obrigatório, não ficando dependente da vontade do lesado, seja ele o Estado, seja outra entidade – **este deve ser o princípio**;
- As finalidades do confisco, do pedido de indemnização civil e da execução fiscal são distintas;
- As finalidades preventivas do confisco não poderão ser prejudicadas pela inércia do lesado ou pela hipotética acção autónoma (civil ou tributária);
- Uma vez que o título executivo já existente pode prescrever ou pode haver oposição procedente por parte do executado, o confisco da vantagem (e, em consequência, as suas finalidades) não pode ficar dependente disso;
- Só não deve haver confisco se a execução fiscal já tiver terminado e a vantagem não for superior à quantia executada;
- O agente do facto ilícito típico nunca será executado duas vezes pela mesma quantia.

Requerimento de perda “clássica” de vantagens

- Os factos a alegar serão os correspondentes aos pressupostos da perda de vantagens, ou seja:
 - A prática de facto ilícito típico (em regra, os factos serão coincidentes com os alegados na acusação e a respectiva qualificação jurídica);
 - A existência de proventos económicos resultantes da prática do facto ilícito.
- Se se verificar uma das situações previstas no artigo 111º, n.º 2 do CP, é, em que a perda pode ser declarada contra terceiro, há que alegar os correspondentes factos.
- Verificando-se, à data da elaboração do requerimento de perda, a situação em que o confisco das vantagens patrimoniais em espécie não é possível, tal facto pode logo ser alegado, para efeito do disposto no artigo 110º, n.º 4 e/ou 111º, n.º 3 do CP, consoante o caso.
- A prova a indicar será correspondente à indicada na acusação, acrescida de qualquer outra que se justificar, nomeadamente, as resultantes da investigação patrimonial e financeira realizada nos autos [quer tenha havido intervenção do GRA (caso em que essa prova constará do apenso de recuperação de activos) quer não se tenha verificado essa intervenção.

Requerimento de perda “clássica” de vantagens

- Se for de promover, nesse momento, o arresto preventivo (art. 228º CPP), deverão ser alegados:
 - os factos e os elementos do processo que fundamentam a necessidade de aplicação da medida de garantia patrimonial (em regra, serão os constantes da acusação e do requerimento da perda de vantagens);
 - o fundamento do arresto e os requisitos de aplicabilidade da medida de garantia patrimonial (ou seja requisitos substanciais gerais da necessidade, adequação e proporcionalidade; e específicos, a saber a verificação de indícios da existência de crime (*animus committendi delicti*) e o perigo que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento do valor (*periculum in mora*));
 - a eventual necessidade de aplicação imediata da medida de garantia patrimonial sem prévia avaliação do valor.
- Se, no âmbito da investigação patrimonial e financeira, tiver sido identificados bens passíveis de ser arrestados, para assegurar a eficácia do confisco de vantagens, deverão os mesmos ser cabalmente identificados.
- Em caso de diferimento da providência cautelar, deverá ser acatada a prévia execução e registo da medida de garantia patrimonial decretada (a cargo do GRA), antes de dar cumprimento a qualquer outra formalidade, notificação ou diligência.

Requerimento de perda "clássica" de vantagens

- Estando em causa um requerimento de perda de vantagens decorrentes de um crime fiscal ou contra Segurança Social, pode, desde logo, ordenar-se a notificação à AT ou Segurança Social do requerimento apresentando, solicitando:
 - que informem os autos do eventual pagamento do imposto/contribuição devido pelos arguidos, ou da eventual satisfação total ou parcial dos montantes em dívida por qualquer outra via, nomeadamente execução fiscal ou pagamento voluntário, com vista a confirmar se a vantagem patrimonial que obrigatoriamente deve ser confiscada deixou de existir e, em consequência, deixe de ser considerada total ou parcialmente a promoção quanto ao confisco do respectivo valor.
 - que, na eventualidade de recuperarem os montantes (por qualquer via) comuniquem tal circunstância de imediato aos autos.

Requerimento de perda "clássica" de vantagens - Modelo

- Segue o modelo de requerimento de perda "clássica" de vantagens e de promoção de arresto preventivo de bens, da autoria do Dr. Hélio Rigor Rodrigues, disponibilizado no artigo "*A acusação e a vertente patrimonial do crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes - Uma proposta de solução*", in Revista do Ministério Público, nº 152 : Outubro : Dezembro 2017, pp. 187 e seguintes.

Obrigada pela vossa atenção!

Título:

O Regime da Perda de Vantagens do Crime no Código Penal. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Ano de Publicação: 2021

ISBN: 978-989-9018-68-6

Série: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt