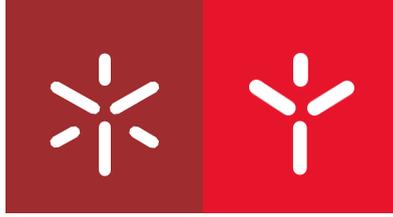


Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Sampaio

**O transvase da investigação
financeira e patrimonial: a
(in)constitucionalidade da perda
alargada**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Sampaio

A O transvase da investigação financeira e patrimonial: a (in)constitucionalidade da perda alarga

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Flávia Novera Loureiro

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

À memória da minha querida Avó.

Agradecimentos

Vejo o meu reflexo nas palavras de John Donne: *“nenhum homem é uma ilha, isolado em si mesmo”*¹, como tal, esta materialização de pensamentos para além de ter uma parte minha, tem uma parte vossa.

Obrigada Mãe e Pai.

Obrigada Prof^a. Doutora Flávia Novera Loureiro.

Obrigada Prof. Doutor Nuno Brandão.

Obrigada Petó.

Obrigada Inês Viana.

Obrigada Ritinha.

E um especial obrigada, a ti, Braga.

¹ Um dos maiores poetas da língua inglesa (22 de janeiro de 1572 – 31 de março de 1631).

² “Nenhum homem é uma ilha, isolado em si mesmo; todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra firme. Se um torrão de terra for levado pelo mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar dos teus amigos ou o teu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do género humano, e por isso não me perguntes por quem os sinos doam; eles doam por ti”.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter actuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO³

Com a presente dissertação, pretendemos desencadear uma análise cuidada e aprofundada dos problemas e debilidades que a investigação financeira e patrimonial apresenta, com especial enfoque no instituto da perda alargada. Neste sentido, discutimos os pontos sensíveis que tal investigação comporta, designadamente os conflitos constitucionais que surgem nos moldes com que esta vertente investigatória é realizada.

Assim, começamos por localizar a questão definindo o que é o crime económico, quando surgiu e quais as suas componentes lucrativas. Nesse conspecto, surge no pensamento do legislador, quer internacional, quer europeu, a vontade de inculcar no universo jurídico o aforismo de que: o «crime não compensa». Destarte, dedicamos uma parte desta reflexão de ideias à análise de diplomas internacionais e europeus que impulsionaram a criação de mecanismos de combate à criminalidade económica; e que, de certa forma, motivaram o nosso ordenamento jurídico a criar um Gabinete de Recuperação de Activos, porquanto não importará ao criminoso cumprir uma pena de prisão efectiva, se poderá conservar todos os lucros gerados através da prática de actividade ilícita.

Acontece que, para colher estes resultados tão almejados, o nosso legislador criou com a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, a medida sancionatória da perda alargada, todavia, tal criação olvidou alguns princípios penais com base constitucional. E como bem sabemos, a verdade material deve ser descoberta, mas não a todo custo.

Apresentaremos a posição do Tribunal Constitucional, e ainda, as principais vozes doutrinárias que com muito rigor discutem estas questões que nos inquietam bastante.

Terminaremos este debate de ideias com uma solução apresentada por nós em prol do respeito pelos princípios constitucionais, dado que não é por acaso que estão consignados num diploma, ao qual intitulamos como a Lei Fundamental do nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: crimes económicos; *follow the Money*; perda alargada; ónus da prova; recuperação de activos.

Nota: A Autora redige o texto conforme o Acordo Ortográfico anterior ao actualmente em vigor. A objecção de consciência da Autora na recusa da adopção do Novo Acordo Ortográfico tem como fundamento as consequências que o mesmo carrou para Portugal e para a sua identidade enquanto “casa-mãe” da língua portuguesa. Vejamos um exemplo prático: a expurgação das sílabas mudas veio retirar a essencialidade e tradicionalismo da grafia portuguesa, e, de algum modo, aproximar a nossa autenticidade gráfica ao português do Brasil, retirando um pouco à nossa essência. Deste forma, a Autora opta por conservar o antigo Acordo Ortográfico, de maneira a que o mesmo permaneça vivo entre nós, pelo menos, durante a sua existência.

ABSTRACT

With this dissertation, we intend to trigger a careful and in-depth analysis of the challenges and weaknesses that financial and patrimonial research present, with a special focus on the institute of extended loss.

Subsequently, we start by discussing the specific points that this research entails, such as the constitutional conflicts that arise along the lines with which this investigative slope is carried out.

Therefore, we begin to locate the issue by defining what the economic crime is, when it arose and what its profitable components are; in this regard, the will to the legal universe, the aphorism through which «crime doesn't pay off». Thus, we dedicate a part of this reflection to the analysis of International and European diplomas that impelled the creation of mechanisms to fight economic crime which, in a way, motivated our legal system to create an Assets Recovery Office.

Inasmuch as, it will not matter to the criminal if he/she serves an effective prison sentence, if all the gains generated by the practice of illegal activity can be preserved.

It so happens that, in order to reap these longed-for results, our legislator created, with Law no. 5/2002, January, the sanctioning measure of the extended loss; however, such creation neglected some constitutionally based penal principles.

And as we well know, material truth must be discovered, but not at all costs.

We will present the position of the Constitutional Court, and also, the main doctrinal voices that very rigorously discuss these issues of vital importance to us.

We will end this debate of ideas with a solution presented by us in favor of respect for constitutional principles, given that it is not idly that they are enshrined in a diploma that we call the Fundamental Law of our Legal System.

Key-words: assets recovery; burden of proof; economic crimes; extended forfeiture; follow the money

ÍNDICE

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
LISTA DE ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS	x
PROLEGÓMENOS. CONSIDERAÇÕES GERAIS	7

Capítulo I – O crime económico e investigação patrimonial

1. Criminalidade económico-financeira no Direito Penal e Processual Penal.....	12
1.1 A idiosincrasia da criminalidade económica.....	18
1.2 A vítima na criminalidade económico-financeira.....	20
1.3 “O crime não compensa”: amplitude e finalidade.....	22
2. Produção normativa internacional e europeia na repressão da criminalidade económico-financeira	25
3. União Europeia: o impulso das Decisões-quadro do Conselho, na criação do Gabinete de Recuperação de Activos português.....	34
3.1 Projecto FÉNIX	39
3.2 As Boas Práticas do Projecto FÉNIX no âmbito da perda alargada – conformidade com o sistema penal português.....	43

Capítulo II – Enquadramento normativo: do confisco à Perda Alargada. Origem e evolução

1. A origem do confisco como forma de repressão penal.....	49
2. Do confisco à perda na Constituição da República Portuguesa	53

3.	De uma perda clássica a uma Perda Alargada	54
3.1	Perda Clássica.....	54
3.2	O Gabinete de Recuperação de Activos	55
4.	A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro	63
4.1	A consagração da Perda Alargada.....	69
4.2	Regime jurídico: noções e amplitude.....	71

Capítulo III – A problemática do transvase da investigação financeira e patrimonial: a inconstitucionalidade da Perda Alargada

1.	Da execução da perda alargada de bens: a questão de actividade criminosa	75
1.1	A natureza jurídica da Perda Alargada.....	77
1.2	Presunção de ilicitude do património incongruente e inversão do ónus da prova	83
1.3	A presunção de inocência e o <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	85
1.4	A posição do Tribunal Constitucional.....	92
2.	Solução apresentada: uma recuperação de activos legitimada sem desvirtuar os princípios basilares do processo penal em prol do respeito pelos direitos do arguido	97
	Conclusão	101
	Bibliografia	104
	Jurisprudência.....	109

LISTA DE ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

Ac. – Acórdão

Al. – Alinea

Art. – Artigo

BOOM – *Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie*

CARIN – Rede Camden Inter-serviços de Recuperação de Bens

Cf. – Conferir

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

etc. – entre outro (*et caetera*)

GAB – Gabinete administrativo de bens

GAFI – Grupo de Acção Financeira

GRA – Gabinete de Recuperação de Activos

GRECO – Grupo de Estados Contra a Corrupção

IGFEJ, I. P. – Instituto da Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P.

JO – Jornal Oficial (da União Europeia)

MP – Ministério Público

n.º - número

n.ºs – números

Op. cit. – obra citada (*opus citatum*)

Op. ult. cit. – última obra citada

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

p. – página

PGR – Procuradoria Geral da República

PJ – Polícia Judiciária

pp. – páginas

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

SMMP – Sindicato dos Magistrados do Ministério Público

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

V. – *Vide*

v.g – *Verbi gratia*

Vs. – *Versus*

PROLEGÓMENOS. CONSIDERAÇÕES GERAIS

É inegável que a evolução da criminalidade económico-financeira muito deve ao avanço da tecnologia e consequentes facilitismos que esta carregou, nomeadamente, na facilidade de dissipar o património para *offshore*, na facilidade de comunicação permitindo que o crime seja cometido à distância, na facilidade de criar uma rede organizada com o intuito de cometer o crime tendo elementos espalhados por todos os cantos do globo, etc. Neste contexto, o Direito – como ciência jurídica que vem de tempos tão longínquos e que tem a honrosa função de regular a vida em sociedade, permitindo a todos nós viver em paz jurídica e conforme um paradigma justo – careceu de evolução para acompanhar esta realidade, que de certa forma, começou a assombrar a vida em comunidade.

Nesta senda, o legislador consciente de que era necessário promover recursos para combater este tipo de criminalidade com um carácter tendencialmente transnacional e dotada de especiais dificuldades investigatórias, tentou solucionar o problema com remédios extremamente fortes que levantaram muitas questões e que ainda hoje subsistem sem uma resolução.

Destarte, atendendo à índole internacional destes crimes, vários Estados aliaram-se de forma a encontrar uma espécie de “cura” que se mostrasse eficaz para sanar este mal. De facto, a criminalidade organizada e o fenómeno da globalização são conceitos indissociáveis, e por isso, o remédio para esta patologia necessita também da mesma união. Assim, nesta esteira, assistimos à criação de diversos diplomas internacionais com principal enfoque em quebrar a obtenção de lucro através da prática do crime, sendo que, Portugal também não ficou alheio a tais trabalhos e promoveu a criação de barreiras que alcançassem o mesmo desiderato. Acontece que, os aludidos trabalhos legislativos vieram dotados de desconformidades com o nosso sistema penal, designadamente em matéria processual, desconformidades essas, que deram lugar a acesos debates doutrinários e jurisprudenciais em busca de um equilíbrio jurídico – isto é, a efectiva aplicação de uma sanção que veda ao agente a obtenção de lucro através da prática do crime, sem que a mesma fira os princípios basilares do nosso sistema penal!

Esta ânsia de reformar o sistema penal dotando-o com meios mais eficazes (e consequentemente mais agressivos!) teve como pano de fundo o seguinte facto: os mecanismos clássicos que tínhamos para combater a criminalidade organizada e económico-financeira deixaram de surtir efeito. O crime continuava a compensar e, pese embora os agentes do crime fossem condenados a uma prisão efectiva e à perda prevista no Código Penal – artigo 109.º a

111.º - mantinham ainda avultadas quantias que teriam acumulado ao longo dos anos através de uma carreira criminosa, sendo que o MP não conseguia estabelecer uma conexão entre esse património amealhado e o(s) crime(s) que constava(m) da acusação.

Para ultrapassar este entrave investigatório foi criado um instituto bastante necessário de combate a esta realidade criminal, porém, na nossa perspectiva, e com o devido respeito, não obstante a sua necessidade, o mesmo apresentou um défice enorme no rigor da sua elaboração legislativa.

Ora, de forma perfunctória, este instituto de perda alargada permite a inversão do ónus da prova no sentido de ser o próprio arguido (enquanto está a ser investigado) a levar para o processo provas que demonstram que o seu património tem proveniência lícita. Questão, naturalmente, a que não podemos ficar alheios e que nos inquietou ao ponto de fazermos o presente estudo.

Antes de chegarmos ao epicentro acerca do problema da dignidade constitucional do mecanismo de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, trilhámos um percurso necessário desde o despoletar da ânsia de criar um gabinete em Portugal que pudesse assegurar a materialização desta medida, o instituto de perda alargada nasce em 2002, no entanto, só em 2011 é criado um gabinete de recuperação de activos – como também a evolução do confisco à perda alargada.

Essencialmente, faremos as pegadas fundamentais até chegarmos ao confronto entre as especificidades da perda alargada e os princípios basilares da Constituição da República Portuguesa⁴.

Partindo destas considerações iniciais, dedicar-nos-emos, acima de tudo, à inconstitucionalidade (na nossa visão) do instituto da perda alargada, neste sentido, iremos aferir o seu alegado efeito útil na sequência da prática de um crime de catálogo (elencado no art. 1.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro) e que para nós levanta muitas interrogações. Desde logo, porque o património incongruente do arguido condenado pela prática de um dos crimes de catálogo, não significa que tenha sido adquirido através de uma carreira criminosa, como o legislador presume. E nos termos em que a lei se apresenta, é indubitável a promoção da violação dos direitos fundamentais do arguido em prol de uma tutela penal precipitada e desvirtuada de todos os seus princípios base⁵.

⁴ Doravante, CRP.

⁵ Como explica PALMA, Maria Fernanda, Conceito Material de Crime e Reforma Penal, *in* Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 0, Julho-Dezembro, 2014, p. 20, “o Direito Penal, não pode intervir *in dubio contra*

Além do mais, muitas dúvidas pairam acerca do objectivo deste regime. Senão vejamos: por diversas vezes, o legislador português apresentou propostas, com a pretensão de tipificar o enriquecimento ilícito, contudo, tais propostas foram sempre vedadas pelo Tribunal Constitucional com fundamento na sua desconformidade com a Constituição. Ora, que direito tem o Estado de tirar o património a um cidadão só por este não se apresentar devidamente justificado? Possuir riqueza e deter bens integra o direito de propriedade consagrado na Lei Fundamental⁶, que por sua vez, é assegurado a todos os cidadãos.

Por isso, como é aceite por todos, criar um tipo legal de crime que se baseie na posse/detenção de um património injustificado, e por essa razão presumivelmente ilícito, não respeita as exigências constitucionais, designadamente os “princípios da legalidade/tipicidade, da necessidade da pena e carência da tutela de bens jurídicos a proteger, e, da presunção de inocência”⁷.

No entanto, se esta fundamentação é válida para vedar a incriminação do enriquecimento ilícito porque legitima a perda alargada? Na verdade, a perda alargada não estará a camuflar o enriquecimento ilícito, utilizando como pano de fundo a condenação por um crime de catálogo da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro?

Assim, definindo o nosso âmbito de análise, são as especificidades deste regime que nos ocuparão ao longo deste estudo. Queremos, pois, com esta investigação, constatar se a perda alargada é realmente útil para uma eficaz e cabal repressão da criminalidade económico-financeira, ou se por outro lado, estamos perante um retrocesso jurídico, e esta não é mais do

libertatem, convertendo em regra o que não pode passar de uma excepcional antecipação da tutela, sempre justificada no plano empírico. A selecção de novas condutas a serem incriminadas é, assim, um aspecto em que se joga um conceito material de crime, na ponderação dos limites constitucionais que condicionam a legitimidade de uma intervenção penal, em função do equilíbrio entre a segurança e a liberdade. Liberdade e segurança são, de resto, configuradas como direitos fundamentais na mesma norma da Constituição da República Portuguesa, como expressão de uma relação de interdependência funcional, que desafia o legislador a um constante balanceamento que promova a concordância prática entre os dois direitos”. Na verdade, o que se verifica *in casu* não versa numa intervenção penal que zela pelo equilíbrio entre liberdade e segurança, antes pelo contrário, a figura da perda alargada, vista do nosso prisma, sobrepõe em larga escala o princípio da segurança ao princípio da liberdade! A redação legislativa deste instituto prima por uma sociedade económica sã, desprovida de toxicidades que os crimes económicos possam gerar através da contaminação do mercado com “dinheiro sujo”, ou indo um pouco mais longe, este instituto prima a título preventivo de uma futura violação de um bem jurídico, ou seja, retira-se o património que se presume ilícito ao agente condenado pela prática de um crime de catálogo, para que este não se socorra do mesmo investindo na prática de novos crimes. Mas, e o princípio da liberdade? Todo o arguido tem a liberdade de ter património, e o simples facto de ser titular de um património avultado não significa que o mesmo tenha origem na prática de crimes. Pelo que, não concebemos o falta de ponderação entre os princípios aquando a redação deste instituto. Mas, iremos desenvolver melhor esta ideia, ao longo deste estudo, em momento apropriado.

⁶ V. art. 62.º, da CRP.

⁷ DIAS, Maria do Carmo Silva, *Enriquecimento ilícito/injustificado*. Revista Julgar. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 28 Janeiro-Abril (2016), p. 292.

que um verdadeiro confisco⁸. Na verdade, a pergunta fulcral da reflexão que pretendemos aqui empreender, não é se não a seguinte: o mecanismo da perda alargada está constitucionalmente conforme?

Mais, a perda alargada veio resolver os problemas da perda clássica, ou por outro lado, levantou ainda mais dificuldades? É admissível restringir a presunção de inocência em prol do direito fundamental de segurança? Se a perda alargada tem natureza penal, não deveria obedecer aos princípios informadores do nosso processo penal?

Para que possamos responder ao problema levantado prosseguimos a metodologia seguinte: começamos por explicar o crime económico em si, a evolução da criminalidade económico-financeira face à globalização da economia e consequentemente, da própria criminalidade organizada, sempre com especial enfoque na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Passamos por descortinar o aforismo de que “o crime não compensa” e o seu papel essencial na criação de medidas de combate a este tipo de criminalidade.

Figura-se também necessário fazer uma viagem por entre os diplomas internacionais e europeus que discutem esta criminalidade, a definem e apresentam propostas para a controlar. Pelo que isso implica trazemos para a discussão as diversas convenções internacionais, protocolos internacionais, decisões-quadro e directivas; e discutir tais diplomas, ainda que dentro de critérios delimitados e não para além do objecto deste estudo; nesta sede, iremos tecer considerações necessárias, até chegarmos à produção normativa do nosso legislador, influenciada, naturalmente, pelos diplomas internacionais.

De tudo isto trataremos, no primeiro capítulo desta dissertação, deixando para o segundo capítulo o enquadramento legal da perda alargada, expondo a evolução da figura do confisco desde

⁸Acerca deste problema, o Ministério Público levanta a mesma interrogação no seu Parecer sobre a proposta de Lei n.º 51/XIII que teve em vista a transposição da Directiva n.º 2014/42/UE: “(...) comparando a referida Directiva com as alterações ora propostas e reflectindo sobre a técnica legislativa utilizada, verifica-se que existem algumas insuficiências, sobretudo ao nível das alterações (ou na falta delas) ao regime substantivo e processual penal de recuperação de activos, que nalguns casos destroem a lógica do sistema, provocando um retrocesso considerável. Sem a sua correção – insistimos – a lei dificilmente poderá cumprir as finalidades que se propõe, transformando-se em mais uma oportunidade perdida, a reclamar urgente correcção legal. Em vez de, transpondo plenamente a Directiva, resolver os problemas há muito identificados, ressuscita questões já superadas pela lei actual e pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional (...). Na base destas insuficiências parece estar a reacção adversa que o confisco ainda suscita e que muitas vezes é mais impulsiva do que fruto de uma verdadeira ponderação de interesses conflitantes em jogo (...) como já referimos variadíssimas vezes, temos medo que os excessos do passado se repitam e, por isso, esquecemos que o confisco num Estado de direito é muito diferente do confisco num Estado absoluto. Por isso mesmo centramos toda a nossa discussão no âmbito simbólico do «enriquecimento ilícito» e esquecemos que adopção de consistentes políticas de confisco permite resolver a generalidade daqueles problemas, sem os custos jurídico-constitucionais que aquele crime convoca” disponível em: [Pareceres do CSMP | Portal do Ministério Público - Portugal \(ministeriopublico.pt\)](https://www.ministeriopublico.pt) [consultado a 07 de Janeiro de 2021].

os primórdios, passando pela sua abolição com a Revolução Francesa, e ainda, pela sua integração nos ordenamentos jurídicos de forma lenta e disfarçada. Na verdade, o confisco só deixou de existir em Portugal por um curto período histórico – actualmente, ele está presente entre nós, porém, camuflado com nomes menos penosos – chegados a este ponto, focar-nos-emos na transição da perda clássica para a perda alargada e no impacto que a última teve nomeadamente na criação do Gabinete de Recuperação de Activos. Deste modo, desenvolveremos, com sentido crítico, a forma como esta instituição está estruturada, quem a dirige e que peso tem numa investigação financeira e patrimonial. Findamos a temática deste capítulo tocando no ponto sensível do objecto deste estudo: a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Esta lei culminou em todos os *inputs* do direito internacional, e de facto, o nosso legislador criou o tão almejado remédio forte para um problema grave de que se reclamava. É neste momento que introduzimos as idiossincrasias do regime da perda alargada conflitantes com os princípios basilares da nossa Constituição.

Em fecho, discutiremos a natureza da perda alargada e enunciaremos as várias posições doutrinárias acerca deste problema, e nesse momento, iremos apontar qual a nossa posição relativamente à natureza deste instituto, sendo que, após definirmos a nossa posição relativamente ao problema, seguir-se-á o debate acerca da desconformidade deste instituto com a nossa Lei Fundamental face à nossa posição. Rematamos comentando a posição do Tribunal Constitucional acerca desta problemática de (in)constitucionalidade que gira em torno do regime da perda alargada. E, numa última nota, exporemos como solução urgente: o divórcio entre a perda alargada e o processo penal, admitindo que este mecanismo de repressão à criminalidade económica se concretize num procedimento autónomo e (possivelmente) administrativo.

Parece-nos certo é que, seja qual for a natureza do procedimento a adoptar para a concretização deste regime, urge quebrar a associação umbilical com o processo penal.

Capítulo I – O crime económico e investigação patrimonial

1. Criminalidade económico-financeira no Direito Penal e Processual Penal

Antes de pisarmos a linha actual da criminalidade económico-financeira no sistema penal – quer no sentido substantivo, quer no processual –, importa referir que muito se discute acerca desta modalidade criminal, porém, não há uma definição concreta sobre o que efectivamente é, sobre o que significa isto, sendo que a referência que comumente se faz comporta “uma noção com contornos muito fluidos e pouco precisos, dotada de grande plasticidade”⁹, o que dificulta o seu estudo, porquanto, não há formas de estabelecer registos e estatísticas desta espécie de criminalidade que sejam fiáveis e, por essa razão, dificulta ainda mais a apresentação de propostas para actuação.

Importa ainda referir que o prelúdio do direito penal económico coincidiu com as drásticas alterações económico-sociais que o progresso industrial e o desenvolvimento técnico-científico carrearam em si no século XX. Este cenário conjugado com os resultados da I Grande Guerra reflectiu-se numa situação de elevado desemprego e miséria que reclamou a intervenção estatal. Entretanto, no decurso do século XX, sucederam-se acontecimentos como *Wall Street Crash*¹⁰ e a II Guerra Mundial que vieram agudizar a necessidade de impor um Estado social protecionista que reivindicasse a intervenção do Direito de forma a regular todas as alterações sociais e económicas a que se assistiram.

Em consequência desta intervenção do Direito, são tipificadas uma série de condutas no âmbito do direito sancionatório com a pretensão de assegurar o cumprimento das normas económico-sociais¹¹, normas essas que abandonam a sua finalidade clássica de protecção de bens

⁹ Cf. LOUREIRO, Flávia Noversa – “A indeterminabilidade da vítima e a posição do assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira” in AA. VV. – *IV Congresso de Processo Penal: I Congresso luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 195.

¹⁰ Também conhecida por *Black Thursday*, este acontecimento ocorreu a 24 de Outubro de 1929, em Nova Iorque; em poucas palavras, o *Wall Street Crash* resume-se ao *crash* na Bolsa de Valores, isto é, devido à pouca procura de investidores, os accionistas colocaram as suas acções à venda em grande volume, por um preço muito diminuto, que por sua vez, levou a que o valor nominal das acções caísse em queda livre. Concomitantemente, os Estados Unidos assistiam também a uma superprodução agrícola cujo o esvaziamento de stock não sucedeu devido à falta de comprador quer para exportação, quer para venda dentro de fronteiras; e ainda, assistiu-se uma drástica diminuição do consumo, ou seja, as indústrias desenvolviam-se, contudo, o poder aquisitivo da população não acompanhava este crescimento industrial. Assim, deu-se um aumento abrupto de oferta e um decréscimo a pique do consumo que, naturalmente, originou uma grande depressão económica alastrada à escala mundial.

¹¹ É certo que numa perspectiva sociológica, o Direito actua sempre para resolução de situações problemáticas, isto é, o que a vida real lhe põe.

jurídicos individuais, mas, por outro lado, encetam numa nova vertente normativa, que tem como pretensão tutelar os bens jurídicos supra-individuais¹².

A expansão do Direito neste sentido, teve como pano de fundo e, de certa forma, como rampa de lançamento, o gigantismo industrial e financeiro das últimas décadas do milénio anterior, pelo que, trouxe juntamente consigo também a tomada de consciência dos novos riscos globais¹³ que careciam de uma especial atenção por parte do Estado. Dessa consciencialização dos novos riscos globais, resulta a reflexão de que a criminalidade económica deixou de ter *locus delicti*. Destarte, é cada vez mais frequente que este tipo de criminalidade não tenha um espaço físico em concreto, nem tampouco uma nação onde se desenvolva. Pelo contrário, verifica-se muitas das vezes de forma concomitante, entre diversas fronteiras.

Ademais, a criminalidade económica muito se afasta de outros tipos de crimes, pela sua valência de organização minuciosa, trata-se de uma premeditação metódica por parte dos agentes do crime antes da efectiva prática dos ilícitos.

Daí que, este tipo de criminalidade requeira uma análise relativamente à sua estrutura organizativa por parte do legislador, para que lhe seja possível sanar as patologias que a mesma comporta na vida em sociedade. Desta análise, o legislador depreendeu que a teia criminosa que ora se tece, tem uma estrutura devidamente organizada para que possibilite aos seus agentes desencadear lucros avultados.

FARIA COSTA defende que a organização na criminalidade económica de amplitude transnacional passa por três grupos independentes, mas que naturalmente têm conexões entre si¹⁴, ora, comecemos pelo grupo central, que tem a finalidade fulcral de transportar e distribuir os bens ilegais; segue-se um outro grupo, com um carácter eminentemente de protecção institucional, que serve toda a rede criminosa no sentido de, através do estatuto dos seus representantes, quer a nível de expressão política, económica ou até mesmo a nível de justiça, criar espaços onde seja concretizável a actuação criminosa; e, finalmente, surge o terceiro grupo, que tem como fim primordial lavar todo o dinheiro adquirido com a prática de actos ilícitos¹⁵.

De facto, da análise aprofundada dos actuais comportamentos criminosos resulta num afunilar

¹² V. DIAS, Jorge de Figueiredo, "O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, nº 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 524-525. O autor refere-se aqui, a bens jurídicos colectivos relacionados com a estabilidade económica e financeira, o correcto funcionamento das sociedades comerciais e os interesses laborais.

¹³ *Idem ibidem*. p. 525.

¹⁴ V. COSTA, José de Faria, "O Fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico", in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 103.

¹⁵ *Idem ibidem*. p. 103.

de toda a matéria para uma “tendência globalizante”¹⁶, o que comporta, *ab initio* um conflito com a dogmática penal, (dado que partimos do pressuposto que estamos perante fortes indícios da prática de ilícito, isto é, tem-se como adquirido que tal conduta preenche em princípio um tipo legal de crime), porquanto, torna-se necessário aferir, desde logo, a aplicação da lei penal no espaço e qual o Estado legítimo para aplicar a sanção. É, portanto, neste ponto que se levantam algumas questões relativamente ao objectivo de potenciar uma maior eficácia punitiva em relação à criminalidade económica, isto é, evitar a todo custo que uma infração fique sem punição.

Neste sentido, defende FIGUEIREDO DIAS que o princípio basilar de aplicação da lei penal no espaço (na generalidade dos sistemas legislativos penais) prende-se com o princípio da territorialidade e não com o da nacionalidade¹⁷, sendo esta também a posição do direito penal português, sem prescindir, naturalmente, que tais infrações devem estar tipificadas no nosso código penal. Pretende-se, com isto, um maior rigor e eficácia punitiva face às circunstâncias que se observam nos dias de hoje, destarte, o Estado nacional continua a ser a pedra de toque¹⁸ indispensável para um combate cabalmente eficaz contra a criminalidade económica e como tal, é necessário que esteja dotado de condições e mecanismos para reprimir este tipo criminal, porquanto, bem sabemos que o mesmo se aproveita de vazios normativos, incertezas e inibições relativamente à atempada aplicação da lei penal¹⁹.

Assim, em conformidade com a matéria substantiva sobre este tipo de criminalidade enunciaremos a título exemplificativo os crimes de catálogo da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – (diploma que se mostra essencial e onde orbita todo o nosso estudo) – com vista a proteger o normal funcionamento do mercado e que, por isso, preenchem o tipo legal de crime económico²⁰:

- i) *Tráfico de estupefacientes*²¹ - (para além do objectivo primordial de aniquilar o incentivo ao consumo dos estupefacientes, em termos de carácter económico, revela-se fulcral evitar a utilização de fortunas ilicitamente geradas que possibilitam as organizações transnacionais contaminar e corromper as estruturas do Estado, bem como todas as actividades comerciais da sociedade);

¹⁶ Expressão utilizada por FARIA COSTA, cf. COSTA, José de Faria, op. cit., p. 103.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 209.

¹⁸ Expressão utilizada por FARIA COSTA, cf. COSTA, José de Faria, op. cit., p. 105.

¹⁹ *Idem ibidem*. p. 105.

²⁰ Naturalmente que existem mais crimes de carácter económico no nosso ordenamento jurídico, quer previstos no Código Penal (doravante, CP), quer tipificados em diplomas avulsos. Todavia, enunciamos apenas os crimes que preenchem o catálogo do art. 1.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, pela óbvia razão de que o presente diploma está na base de toda a nossa investigação.

²¹ Cf. art. 21.º, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

- ii) *Terrorismo*²² (pese embora, a organização deste crime seja de um perigo abstrato²³ e o terrorismo em si mesmo não gere proventos económicos; a sua tipificação neste catálogo pretende privar os terroristas de recursos económicos que possuam, no sentido, de não ser possível demonstrar a prática, pelo condenado, de outros crimes tendentes a obter esse financiamento à actividade terrorista²⁴);
- iii) *Tráfico de armas*²⁵ - (este crime demonstra também uma componente económica bastante vincada, dado a sua intrínseca ligação com outros crimes como o terrorismo, tráfico de estupefacientes, etc. A prática do ilícito de tráfico de armas, gera, de facto, avultados lucros para o agente do crime);
- iv) *Tráfico de influência*²⁶;
- v) *Recebimento indevido de vantagem*²⁷;
- vi) *Corrupção*²⁸;
- vii) *Peculato*²⁹;
- viii) *Participação económica em negócio*³⁰;
- ix) *Branqueamento de capitais*³¹ - (essencialmente, a sua punição visa garantir a protecção de interesses económicos e financeiros, dos quais se destaca prevenir a contaminação de instituições financeiras que se desejam credíveis e sólidas);
- x) *Associação criminosa*³²;

²² Cf. arts. 2.º a 5.º, da Lei 52/2003, de 22 de Agosto.

²³ Como defende JORGE GODINHO negando a compreensão deste tipo de crime no catálogo de crimes que geram avultados proventos económicos. Neste sentido, afirma que o crime de organização terrorista é um crime de perigo abstrato e o crime de terrorismo é um crime de dano cujo o resultado muito de distância do teor económico e da obtenção de lucros. Cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – *Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes*. Revista Julgar Online. [Em linha]. Fevereiro (2017), [consultada a 25 de Outubro de 2020]. p. 22. Disponível em: <file:///C:/Users/jessica/Downloads/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversa%CC%83o-o%CC%81nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf> *apud* GODINHO, Jorge - Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova *in Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 1339-1340.

²⁴ Cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – *op. cit.* Revista Julgar Online. [Em linha]. Fevereiro (2017), [consultada a 25 de Outubro de 2020]. p. 24. Disponível em: <file:///C:/Users/jessica/Downloads/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversa%CC%83o-o%CC%81nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>

²⁵ Cf. arts. 86.º e 87.º, da Lei 5/2006, de 23 de Fevereiro.

²⁶ Cf. Art. 335.º do CP.

²⁷ Cf. art. 372.º do CP.

²⁸ Cf. arts. 372.º a 374.º do CP.

²⁹ Cf. art. 375.º do CP.

³⁰ Cf. art. 377.º do CP.

³¹ Cf. art. 368.º - A do CP.

³² Cf. art. 299.º do CP. Também aqui, JORGE GODINHO defende que este é um crime de perigo abstrato, pelo que, não pode ser considerado que gere lucros. No entanto, posição diversa é a de DUARTE NUNES, declarando que maioritariamente a finalidade de uma associação criminosa é a obtenção de lucros ilícitos através da prática do crime. Cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – *op. cit.* Revista Julgar Online. [Em linha]. Fevereiro (2017), [consultada a 25

- xi) *Pornografia infantil e lenocínio de menores*³³;
- xii) *Dano relativo a programas ou outro dado informático (cibercrime)*³⁴;
- xiii) *Trafico de pessoas*³⁵;
- xiv) *Contrafacção de moeda*³⁶;
- xv) *Lenocínio*³⁷;
- xvi) *Contrabando*³⁸; e
- xvii) *Tráfico e viação de veículos furtados*³⁹.

Em termos substantivos, denota-se que há consciência legislativa espelhada na descrição exaustiva das mais variadas condutas ilícitas, evitando não deixar “pontas soltas” na malha incriminatória, quer no que toca ao diploma geral (CP), quer em vários diplomas avulsos que integram o nosso ordenamento jurídico. Tem-se por certo que o crime económico não se subsume apenas à matéria prevista numa única norma, antes pelo contrário, está reflectido em várias matérias de diversas normas, desde que a consumação do ilícito em causa gere avultados lucros para os seus agentes, e em consequência da sua circulação contaminem o sector económico de um Estado ou vários Estados em simultâneo.

Não obstante o direito penal substantivo representar por si só uma barreira repressiva à criminalidade económico-financeira, encontramos uma maior eficácia quando aliamos esta matéria ao direito processual penal. Ora, no universo processual penal, o ponto sensível que nos releva interesse para o objecto desta investigação circunscreve-se tão-só ao direito probatório⁴⁰. E é precisamente aqui que nasce o problema.

De facto, a criminalidade económico-financeira é vista como uma das maiores preocupações de um Estado, cuja solução passa pelo esforço contínuo do legislador em

de Outubro de 2020], p. 28. Disponível em: <file:///C:/Users/jessica/Downloads/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversa%CC%83o-o%CC%81nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf> *apud* GODINHO, Jorge - Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova *in Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 1339-1340.

³³ Cf. arts. 175.º e 176.º do CP.

³⁴ Cf. arts. 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

³⁵ Cf. art. 160.º do CP.

³⁶ Cf. art. 262.º do CP.

³⁷ Cf. art. 169.º do CP.

³⁸ O crime de contrabando é definido, numa das suas condutas típicas, pela introdução ou acto de retirar mercadorias do território nacional, sem as apresentar às estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela autoridade aduaneira para cumprimento das formalidades de despacho ou para pagamento da prestação tributária e aduaneira legalmente devida *V.* art. 92.º, n.º 1, al. a), do RGIT.

³⁹ Cf. art. 208.º do CP.

⁴⁰ É na verdade, o direito processual penal divorciado do direito probatório é meramente dogmático. É através da recolha de prova que a matéria processual penal ganha forma e corpo.

procurar meios capazes de diminuir e sancionar esta vertente criminal. Todavia, tais esforços têm-se reflectido numa leviandade para com a Constituição da República Portuguesa⁴¹ inconcebível, *maxime*, no que toca ao desrespeito pelos direitos fundamentais do arguido, os quais não podemos tolerar.

Começemos por fazer uma sinopse do nosso sistema processual penal. Assim, temos como princípio basilar herdado da Revolução Francesa de 1789, a consagração da presunção de inocência⁴² que veio quebrar a presunção de culpa que existira outrora no processo inquisitório medieval. Esta tónica trouxe ao processo criminal a inexistência de uma espécie de ónus da prova, ao contrário do que se verifica no processo civil – em que há efectivamente este ónus, onde a dúvida sobre determinado facto converte-se na decisão contra a parte a quem a sua prova interessava, ou seja, nestes termos, quem pretender reivindicar um direito terá de proceder à prova dos factos constitutivos, modificativos ou extintivos. E, no âmbito da natureza privada do processo, isto é legítimo, porquanto as partes que estão em confronto têm igualdade de armas. No entanto, o mesmo não se poderá verificar no âmbito do processo penal, dada a assimetria entres os sujeitos processuais.

No processo de natureza penal o órgão que acusa – o MP, não é de forma substancial «parte» no processo, pelo que, a sua pretensão é apenas e só a realização da justiça, não podendo, nestas circunstâncias, ser uma situação de dúvida resolvida pela consideração de que o facto terá de se dar como provado contra a parte a quem interessava⁴³. Isto é, em processo penal, graças à consagração da presunção de inocência⁴⁴, a dúvida que possa ser suscitada no julgador acerca da situação de facto terá de ser decidida a favor da defesa (conforme prevê o princípio *in dubio pro reo*).

Acresce, ainda, um poder-dever de investigação a cargo das autoridades judiciárias que as obriga a carrear para o processo todo o material probatório que se figure necessário e indispensável para a produção de uma decisão justa. Sendo que a ineficácia com que as autoridades judiciárias cumpram esta obrigação em nada poderá desfavorecer o arguido⁴⁵. Ora, se não se admite sequer a existência da repartição do ónus probatório, não nos parece

⁴¹ Doravante, CRP.

⁴² Previsto no art. 9.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*”. V. COSTA, José de Faria, op. cit., p. 107.

⁴³ Neste sentido, COSTA, José de Faria, op. cit., p. 108.

⁴⁴ Cf. art. 32.º, n.º 2 da CRP.

⁴⁵ COSTA, José de Faria, op. cit., p. 108.

legítimo promover a sua inversão.

Acontece que o nosso legislador não pensou desta forma e, por isso, abriu uma frecha em torno desta matéria ao criar o mecanismo da perda alargada (conceito que iremos abordar de forma mais aprofundada nos capítulos II e III desta dissertação) para os crimes de carácter económico previstos na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, em que é permitido, precisamente, a inversão do ónus da prova.

Temos por certo que a criminalidade económico-financeira reclama mecanismos fortes e mais rigorosos para o seu combate, e por isso, pode justificar alguma limitação aos princípios tradicionais do processo penal, todavia, essa limitação não deve comportar uma total “abolição” dos mesmos, mas uma restrição adequada, proporcional e constitucionalmente fundamentada⁴⁶.

1.1 A idiosincrasia da criminalidade económica

A especificidade da criminalidade económica muito se distancia da malha do tradicional universo criminoso. De uma perspectiva sociológico-criminológica, percebemos que os agentes deste tipo de criminalidade ocupam na esmagadora maioria dos casos estratos sociais muito elevados. E a ideia do delinquente integrado numa classe social baixa, motivado pelas circunstâncias sociais e económicas em que está inserido (como pobreza extrema, falta de recursos para investir na educação e desenvolvimento cognitivo, etc) é posta um pouco de parte. Na verdade, esta espécie de criminalidade quebra todos os pré-conceitos formulados acerca do mundo criminoso e surge, então, uma nova realidade “ligada à actividade profissional das elites económicas”⁴⁷.

Ressalva-se, todavia, que naturalmente há agentes do crime que pertencem a um elevado estrato social e que praticam uma série de crimes que não se consubstanciam na vertente económica da criminalidade (*v.g.* ofensa à integridade física, violência doméstica, violação, etc), todavia, o que aqui se discute não é a exclusiva inserção num estrato social, mas “a criminalidade ocupacional dele decorrente”⁴⁸. Assim, os «crimes de colarinho branco» preenchem o seu tipo

⁴⁶ CUNHA, José M. Damião da, “*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)*”, Lisboa: CEJ. 2002, p. 51.

⁴⁷ V. LOUREIRO, Flávia Noversa, *Direito Penal da Concorrência: a tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 214.

⁴⁸ *Idem ibidem*. p. 215.

legal, não por quem os pratica, mas pela profissão que exerce.

A par deste problema de delimitação de matéria, surgem outras dificuldades, designadamente acerca da detecção e investigação do crime em si, devido à elevada organização e cautela de praticidade (por norma, são crimes bastante premeditados antes da sua efectiva execução), como ainda, a aplicação de sanções adequadas. A natureza destes ilícitos requer conhecimento bastante especializado, quer ao nível técnico, quer ao nível científico, pelo que, muitas vezes o nosso sistema não tem disponível os meios suficientes para que seja admissível detectar a prática destes crimes atempadamente, de forma a evitar a continuidade da sua prática. A razão também, de muitas das vezes, o facto ilícito praticado ter origem dentro de empresas, impõe ao investigador muitos obstáculos na recolha de prova⁴⁹. Pelo que, se assiste com cada vez mais frequência, no campo da criminalidade económico-financeira, a uma legitimação investigatória pelas autoridades administrativas que a lei lhe confere. Como é evidente, muitas questões surgem face a este novo modelo de investigação em que a Polícia Judiciária (órgão de polícia criminal principal no que concerne à delegação de funções investigatórias do MP) é colocada de parte nestes inquéritos⁵⁰.

Outra dificuldade pertinente que a criminalidade económico-financeira exprime, versa sobre a sanção aplicar ao agente. Na verdade, sempre foi palco entre as vozes dos doutrinários o efeito útil de uma pena privativa da liberdade. Contudo, se por um lado, durante muito tempo sempre se afirmou que a pena de prisão efectiva neste tipo de criminalidade mostrava-se pouco adequada, porquanto, estavam em causa “criminosos pertencentes a camadas sócio-económicas elevadas, com laços familiares e comunitários, profissionalmente válidos e inseridos na sociedade”⁵¹, ou seja, uma vertente punitiva que culminasse numa pena de prisão, não surtiria os efeitos pretendidos, atendendo a que neste caso, o agente do crime encontrava-se devidamente integrado na sociedade e a finalidade especial positiva não teria grande impacto; hoje em dia, esta perspectiva tem-se alterado. Nessa senda, uma notável parte da doutrina tem reflectido sobre tal raciocínio e conclui que é um erro crasso colocarmos a questão nesses termos. Senão vejamos, estamos apenas a dar enfoque à integração social do indivíduo por este apresentar ligações familiares e profissionais, olvidando o verdadeiro aferidor de tal inserção, que se circunscreve tão-

⁴⁹ Como explica FLÁVIA LOUREIRO, a prova dominante neste tipo de crimes é documental e pericial, versando sobre dados contabilísticos o que a torna especialmente morosa e complexa, cf. LOUREIRO, Flávia Novera – *A Justiça Restaurativa e a criminalidade económica: reforço ou afastamento do Direito Penal?* [em linha] E-book – Diálogos em torno da Justiça Restaurativa. Garantismos, activismos e legalidade como pretextos (2018), p. 70.

⁵⁰ FLÁVIA LOUREIRO dá o exemplo do que se passa em Portugal com a Autoridade Tributária e Aduaneira, que se destaca dia após dia na maiorias das investigações de criminalidade económico-financeira, acabando por «ocupar o lugar» da polícia de investigação. Cf. *Idem ibidem*. nota 23, p. 70.

⁵¹ *Idem ibidem*. p. 71.

só ao respeito pelos valores comunitários.

Face ao antedito, assistimos actualmente, entre a doutrina, a uma maior apologia na aplicação da pena de prisão como sanção punitiva, não obstante, ainda persistirem dúvidas no âmbito desta questão, dado que uma corrente doutrinária ainda está fixada na ideia de que a vertente preventiva da finalidade das penas não tem aqui grande expressão.

Contudo, FLÁVIA LOUREIRO⁵² admite que é possível elencar um conjunto de considerações onde há uma tendência consensual de posições doutrinárias, vejamos: longos períodos de prisão podem revelar-se, em especial neste tipo de criminalidade, desnecessários, como também, bastante dispendiosos. Em contrapartida, a aplicação de sanções pecuniárias, admite por um lado, uma forte probabilidade de não se revelar eficaz – isto é, por norma, os indivíduos que praticam crimes económicos são detentores de elevadíssima riqueza, pelo que, em bom rigor, não enfrentarão qualquer tipo de dificuldade no pagamento da multa que lhes é aplicada, e por tal motivo, os efeitos dissuasores e preventivos não irão ser surtidos. Na verdade, o paradigma de justiça penal na criminalidade económico-financeira ainda reclama arestas a limar.

1.2 A vítima na criminalidade económico-financeira

Um dos maiores obstáculos no combate da criminalidade económico-financeira, é sem dúvida, o vazio jurídico que há relativamente à vítima, porém, não nos vamos alargar nesta discussão, uma vez que a questão por si só, merece um estudo aprofundado próprio, por isso, de forma breve anotemos algumas considerações. Na senda desta área do crime, o conceito tradicional que temos da vítima «cai em desuso», isto é, aquela concepção formulada numa pessoa física e singular, que sofre directamente com o dano, não entra directamente neste tipo de crimes, dado a despersonalização e coletivização da vítima.

Na verdade, este tipo de crimes são praticados, com cada vez mais frequência, no seio de uma empresa que se apresenta revestida de meios bastante desenvolvidos que propiciam a disseminação da sua actuação “por um número mais ou menos indiferenciado de destinatários, situados em diversos países e que num grande número de vezes, não têm sequer a consciência de que são alvo de um crime. Em diversas circunstâncias, aliás a vítima do crime não é sequer uma pessoa física individual, mas antes uma organização, uma empresa, a própria sociedade ou

⁵² *Idem ibidem*. p. 72.

o Estado”⁵³. Acontece, porém, que o facto de estarmos perante uma espécie de crimes em que não haja um ofendido (no sentido jurídico-penal, designadamente, o titular de interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação), não significa que não haja vítimas na prática de tal ilícito.

No entanto, devido à sua difícil determinação no seio destes crimes a tendência é seguir pelo caminho da indeterminabilidade das suas vítimas, seja porque o ilícito praticado coloque em perigo um bem jurídico supra-individual que veda a identificação concreta dos indivíduos em que tal ofensa se reflecte, seja porque a própria vítima nem saiba que o é, ou na eventualidade de ter essa percepção, não lhe é possível identificar o agente infractor ou como proceder de forma a responsabilizar o mesmo⁵⁴.

Entre nós, é certo que cabe ao MP a perseguição penal, ao abrigo dos princípios da oficialidade e da legalidade⁵⁵, no entanto, bem sabemos que a presença da vítima no processo revela um papel essencial, *maxime* quando esta se constitui assistente. Quer no que concerne ao sentimento de reposição de justiça, através do acompanhamento do processo até à aplicação de uma sanção, quer no que concerne ao seu papel de “testemunha privilegiada do facto criminoso”⁵⁶, uma vez que pode trazer para o processo elementos essenciais para o apuramento da verdade material.

Ora, é evidente a importância da constituição da vítima como assistente, contudo, é também evidente a dificuldade que a mesma – constituição de assistente – compreende quando estamos perante processos-crime de natureza económico-financeira. Ao abrigo do disposto no art. 68.º, n.º 1, al. a), do CPP, depreendemos o seguinte: se estivermos na presença de um crime de natureza económico-financeira em que o tipo legal se destina a proteger os interesses jurídicos de uma pessoa determinada, esta pode constituir-se assistente, desde que seja maior de 16 anos; se, inversamente, estivermos perante um crime económico-financeiro em que o preenchimento do tipo vise tutelar exclusivamente bens jurídicos supra-individuais, a possibilidade de constituição de assistente é vedada, ficando neste caso a vítima afastada do processo-crime, podendo somente

⁵³ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera – “A indeterminabilidade da vítima e a posição do assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira” in AA. VV. – *op. cit.* Coimbra: Almedina, 2016, p. 198. A par desta reflexão, a autora acrescenta ainda, que “a construção científica em torno da ideia de vítima nasceu do pressuposto de que para uma verdadeira e proficiente análise do fenómeno criminal teria de partir-se não, como até aí, exclusivamente da pessoa do delinvente, mas antes do conceito de parilha criminal, de *partnership* entre delinvente e vítima”, ou seja, só obtendo uma compreensão sólida da relação entre estes dois sujeitos processuais é que é possível obter uma compreensão do próprio crime e pensar em formas de actuação para o prevenir.

⁵⁴ Neste sentido, LOUREIRO, Flávia Novera – “A indeterminabilidade da vítima e a posição do assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira” in AA. VV. – *op. cit.* Coimbra: Almedina, 2016, p. 202.

⁵⁵ Conforme decorre da letra da lei, nomeadamente, do art. 48.º, do CPP.

⁵⁶ Cf. LOUREIRO, Flávia Novera – “A indeterminabilidade da vítima e a posição do assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira” in AA. VV. – *op. cit.* Coimbra: Almedina, 2016, p. 203.

intervir no processo na eventualidade de ocupar o lugar de testemunha⁵⁷.

Todavia, o código de processo penal apresenta ainda uma outra hipótese, muito embora delimitada para casos específicos, apesar do art. 68.º, do CPP estar pensado na concepção do ofendido suportada pelo Código Penal, permite através da sua al. e), ampliar a noção de ofendido, aproximando-o à da vítima. Significa isto, que a sobredita alínea permite que qualquer pessoa se constitua assistente quando estejam em causa crimes contra a paz e a humanidade, e ainda, nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação da justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; no entanto, fora dos crimes enunciados fica um número bastante considerável de casos em que não é admitido à vítima, a sua intervenção no processo. Problema que nos faz reflectir, contudo, por uma questão de coerência investigatória, não nos podemos desenvolver muito mais, deixando desta forma, este pequeno apontamento.

1.3 “O crime não compensa”: amplitude e finalidade

O crime, numa visão generalista, é um acto altamente reprovável pela sociedade, que o proíbe através “do seu instrumento mais poderoso em tempo de paz: o direito penal”⁵⁸.

PEDRO CAEIRO defende que o crime é uma auto-gratificação e que nitidamente, nos crimes dolosos, este adjectivo sobressai, porquanto o agente sobrepõe de forma consciente o seu interesse em prol do bem jurídico comum. No entanto, o mesmo se verifica nos crimes negligentes, no sentido em que a falha do agente que se materializa numa conduta proibida que está intimamente conectada à vontade de prosseguir determinado interesse próprio⁵⁹. Significa isto que, mesmo que o crime não comporte uma auto-gratificação puramente egoísta por parte do seu agente, este por si só compensa, ou seja, não obstante, não se verifique a intenção de seguir determinada conduta, existe a vontade satisfazer um interesse diverso, cuja satisfação implica a prática ou a omissão de tal conduta proibida.

E é precisamente por este facto que o direito penal intervém, impondo obstáculos contra a

⁵⁷ *Idem ibidem*. pp. 203-204.

⁵⁸ 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)*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, 2011, p. 273.

⁵⁹ *Idem ibidem*. p. 273.

prática criminosa, através da cominação de penas. Significa isto que, através da aplicação de uma pena ao agente do crime, pretende-se de certa forma «educa-lo» de maneira a que o próprio deixe de ver vantagens na sua prática. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS defende que a finalidade da pena aplicada ao agente só poderá ter uma natureza preventiva (quer seja geral, quer seja especial), com o propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros⁶⁰. Destarte, o risco de cumprir uma pena que seja privativa de liberdade, coloca na visão do Estado que a possível gratificação que é adquirida na consumação do crime, seja destruída. E dessa forma, o crime «perde a sua graça» e legitimamente espera-se o seu aniquilamento⁶¹.

Todavia, ainda há casos em que o criminoso não acata a finalidade da pena, isto é, o seu cumprimento não frustra a prática de um novo crime, quando o mesmo vê a sua liberdade restituída. Na visão de PEDRO CAEIRO, tal realidade tem como pano de fundo três factores que apoiam o infractor a manter-se numa carreira criminosa⁶². O primeiro factor, e também mais frequente, traduz-se na percepção que o infractor tem acerca da baixa probabilidade de efectiva punição; o segundo factor versa no prazer individual que o infractor sente com a prática do crime, muitas das vezes, é até mesmo encarado como um dever moral, pelo que, torna-se impossível desmotivar a sua prática através da cominação de uma pena; por último, e que para nós se revela o factor mais importante, versa sobre a compensação material trazida pelo crime. Significa isto, que a sujeição à pena pelo o facto praticado funciona apenas como um eventual risco de um benefício económico bastante compensador. E, ao contrário, dos outros dois factores *supra* enunciados, este destaca-se no sentido de a compensação aqui presente poder ser eliminada pelo Estado.

Ora, como já temos vindo a afirmar, o crime económico está vocacionado para gerar elevados proventos materiais e a sua repressão não poderá subsumir-se tão-só à cominação de penas para anular a sua compensação, terá de voltar-se para a recuperação dos activos gerados pela prática desse crime. Significa isto, que os bens e produtos adquiridos pela actividade ilícita não poderão manter-se ao alcance do infractor, após o cumprimento de uma pena de prisão efectiva. Ou seja, para além de um sancionamento através da aplicação de uma pena adequada, concomitantemente terá também de haver um abalo económico dos bens ou produtos que tenham sido adquiridos.

Essa recuperação de activos só é possível através de instrumentos que permitam asfixiar o

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Pp. 78-79.

⁶¹ CAEIRO, Pedro, op. cit., *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, 2011, p. 275.

⁶² *Idem ibidem*. p. 275.

património do agente do crime, neste sentido, o legislador tem ao seu alcance mecanismos como o confisco, que ao longo do tempo veio evoluindo o seu conceito conforme a evolução da dimensão da criminalidade económica. E dessa forma, assistimos a uma transição do confisco direccionado numa perda de instrumentos, produtos e vantagens⁶³ resultantes de um crime cuja prática seja provada por um tribunal, (conforme resulta dos artigos 109.º, 110.º e 111.º do CP); para uma perda alargada (instituto previsto no artigo 7.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro), que permite o confisco dos benefícios ou activos resultantes de uma conduta criminosa genérica, tendo por base uma conduta criminosa passada. Assim, este confisco materializa-se quando não é possível apurar o valor total do lucro obtido, seja por este se afigurar demasiado complexo, seja por estar revestido de vários escudos que o impossibilite de o definir em concreto. Neste sentido, o legislador estipulou que todo o valor que fosse incongruente com o rendimento lícito, teria de ser o arguido a provar que o adquiriu de qualquer outra fonte que não criminosa – caso não seja provado (pelo arguido) a proveniência lícita do património, este é declarado perdido a favor do Estado. E pelo andar da carruagem, tememos que estejamos a caminhar para admissibilidade de uma *actio in rem*.

Ora, a instituição de procedimentos *in rem* têm a pretensão de obter o confisco de bens provenientes de uma actividade ilícita e não necessariamente criminosa. Isto é, este instrumento permite que certos bens sejam declarados perdidos a favor do Estado em situações em que o sujeito processual não apresente uma justificação válida da sua licitude, independentemente de a este vir a ser ou não imputada qualquer tipo de responsabilidade pela prática de crimes. Aqui, a culpa reside no bem e não no seu proprietário⁶⁴. Este modelo já vigora em alguns países e teve como paradigma o *civil forfeiture* criado nos Estados Unidos da América no combate ao tráfico em todas as suas valências (drogas, armas, pessoas, *etc.*), porém, foi questionada a legitimidade do seu princípio, pelo que, em 25 de Abril de 2000, entrou em vigor o *Civil Asset Forfeiture Reform Act*⁶⁵, cujo diploma trouxe uma reforma ao paradigma do *civil forfeiture*, com vista a primar por um maior respeito pelos direitos do interessado e de terceiros inocentes.

Contudo, este procedimento, por enquanto, ainda não é admitido no nosso ordenamento jurídico, mas, já esteve mais longe de o ser.

⁶³ Conhecida por: perda tradicional.

⁶⁴ Neste sentido, SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem*”, Revista Julgar online. Maio (2010), p. 35. [Consultado a 9 Novembro de 2019]. Disponível em: <http://julgar.pt/recuperacoes-de-activos-da-perda-ampliada-a-actio-in-rem/>

⁶⁵ CAEIRO, Pedro, op. cit., *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, 2011, p. 292.

2. Produção normativa internacional e europeia na repressão da criminalidade económico-financeira

Com a globalização a que se tem vindo a assistir nos últimos anos e a expansão das novas tecnologias, deparámo-nos com uma realidade em que a circulação de informação se expande a nível global. É certo que o crime assume uma nova expressão no mundo actual e se despe da anterior veste que outrora assumira. Destarte, o *modus operandi* com que somos confrontados relativamente ao crime reclama mecanismos com maior amplitude de intervenção do que as tradicionais barreiras territoriais impõem. De facto, a ascensão da globalização económica e financeira veio impulsionar a abertura de fronteiras para circulação de pessoas e bens, que consequentemente se esbateu na liberdade de circulação dos próprios criminosos.

Face a este cenário, a reclamação para uma consciencialização de cooperação internacional com o objectivo de promover o exercício do *ius puniendi* estadual e encetar na total recuperação dos proventos do crime⁶⁶ começou a ser uma das preocupações dos Estados. Nas últimas décadas o tema mais debatido, quer a nível europeu, quer a nível internacional, reflete-se na necessidade de otimizar os mecanismos de confisco dos proventos económicos do crime⁶⁷, de forma a combater com maior resultado a criminalidade mais gravosa. O princípio que impulsionou todo o desenvolvimento da investigação de crimes económicos, e que, por sua vez, se manifesta por todo o globo, traduz-se no *follow the money*. Para que fosse concretizável o alcance de tal objectivo, os Estados começaram por criar normas que neutralizassem as vantagens do delito, ou seja, o lucro, através da construção de um espaço penal comum, na implantação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões dos Estados, bem como na possibilidade de confisco dos bens⁶⁸.

Uma vez que a criminalidade económica organizada internacional é geradora de avultados lucros, que, na maioria das vezes, se destinam no reinvestimento de novas práticas delituosas, ou na colocação da circulação desse lucro de forma lícita, a figura da perda alargada ou confisco alargado⁶⁹ mostrou-se para o legislador internacional a medida mais eficaz no que concerne na

⁶⁶ CORREIA, João Conde, *Cooperação judiciária internacional em matéria de Recuperação de Activos*, in *Anatomia do Crime*, n.º 7, Coimbra: Almedina, 2018, p. 228.

⁶⁷ BORGES, Francisco, *Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa* Vol. I. Coimbra, Instituto Jurídico FDUC, 2017, p. 215.

⁶⁸ Cf. LINHARES, Sólon Cícero, “*Os limites do confisco alargado*”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, n.º 2 (2019), p. 1734-1735, [consultado a 6 de Fevereiro de 2020]. Disponível em: file:///C:/Users/acer/Desktop/Tese/Solón%20Cícero_RJLB.pdf

⁶⁹ O conceito de “confisco alargado” de bens foi adoptado entre a doutrina pelo João Conde Correia. Cf. CORREIA, João Conde – *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.

interferência directa no património do arguido, mediante a presunção de ilicitude na origem desses bens⁷⁰. Face a isto, o problema que orbitou e orbita no pensamento da comunidade internacional para fazer frente à evolução da actividade criminosa geradora de rendimentos em grande escala espelhou-se na “implementação de medidas realmente eficazes, que possam de facto trazer um risco considerável aos criminosos quando praticam os delitos”⁷¹.

Esta mentalidade vocacionada para a recuperação de activos começou a ganhar forma na senda das Nações Unidas, na década de oitenta, com a elaboração de Convenções Internacionais, que, de certa forma, impuseram um leque de obrigações de actuação aos Estados Parte, no sentido em que os ordenamentos jurídicos internos sujeitaram-se às adaptações que tais instrumentos internacionais reclamavam. Mesmo nos casos em que não se tratava de uma obrigação no sentido técnico-jurídico, as meras recomendações previstas nas Convenções acabavam por suscitar uma inquietação em cada país pelo o eco global que causavam⁷².

Começemos por fazer uma resenha breve à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas⁷³ – também conhecida por Convenção de Viena. Logo nos considerandos iniciais, é referido que as Partes estão “conscientes de que o tráfico ilícito é fonte de rendimentos e fortunas consideráveis que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades (...) financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis”, denotando-se *ab initio* a preocupação em reprimir a vertente lucrativa da prática deste tipo de crime. Nesta medida, o art. 5.º do referido instrumento dedica-se à questão da perda de bens relacionados com o tráfico de substâncias de estupefacientes, desde logo estabelecendo que “as Partes adoptam as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do art. 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos; b) de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados, por qualquer forma, na prática das infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º”⁷⁴. No entanto, a sobredita Convenção não é

⁷⁰ LINHARES, Solón Cícero, op. cit. *in* Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 5, n.º 2 (2019), p. 1737.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1737.

⁷² Neste sentido, LOUREIRO, Flávia Novosa - *A recuperação de ativos na política de prevenção e repressão da criminalidade económico-financeira: linhas essenciais do modelo português no atual quadro de cooperação internacional*. UNIO E-book Vol. I - Workshops CEDU 2016. [Consultado a 21 de Fevereiro de 2020]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%20I%20-%202016.pdf>

⁷³ Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 6 de Setembro.

⁷⁴ Os Estados Parte, na sua vinculação a esta Convenção, comprometeram-se a prestar o mais amplo auxílio judiciário mútuo possível, no que respeita aos activos do crime (identificação, localização, demonstração, congelamento e perda dos produtos do crime, sendo permitida a sua recusa em casos muito pontuais, nomeadamente nas situações em

profícua suficiente no que concerne à definição das medidas de investigação que cada Estado Parte está obrigado a adoptar no seu ordenamento jurídico. Tal como é referido no artigo anteriormente citado as Partes estão obrigadas a implementar mecanismos que se figurem necessários para a permissão de perda, à excepção de habilitar os tribunais ou autoridades competentes na apreensão ou em ordenar a apresentação de documentação bancária, as restantes referências ao modo investigatório são de competência genérica⁷⁵.

Na esteira de concretizar o princípio *follow the money*, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000⁷⁶, vulgarmente conhecida por Convenção de Palermo, utiliza uma formulação muito similar à Convenção anteriormente mencionada relativamente à perda, todavia nesta instância este conceito é estendido à perda de bens relacionados com a criminalidade organizada internacional. Assim, prevê o art. 12º, referente à perda e apreensão de bens, a possibilidade de uma «perda alargada», isto é, aí se estabelece que “os Estados Partes adoptarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir a perda: (...) [os Estados] poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais”.

De facto, foi através da Convenção de Palermo que surgiu a questão da insuficiência das formas tradicionais de perda, e conseqüentemente, deu origem à criação do mecanismo de perda alargada. E se, no entanto, o legislador idealizou que este mecanismo ia ser “o remédio forte para uma patologia grave”⁷⁷, os efeitos colaterais do mesmo carregaram problemas ainda hoje bastante polémicos, dos quais merecem a nossa melhor atenção. Ora, a grande questão que orbita na perda ampliada traduz-se no seguinte: nos casos em que o património do arguido é de elevado valor e não corresponde ao seu rendimento lícito, o legislador criou a presunção que as vantagens,

que o auxílio requerido conflitua com a ordem pública, segurança ou qualquer interesse essencial do Estado em causa.

⁷⁵ Cf. 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 em expansão*. Lisboa: SMMP, 2013, p. 73.

⁷⁶ Aprovada pela Resolução n.º 32/2004 da Assembleia da República e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril.

⁷⁷ Expressão utilizada por SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F., *Recuperação de Activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes de remédios fortes para patologias graves)*. Revista Julgar Online [Em linha]. (2010). Actual Maio de 2010. [Consultado a 1 de Ago de 2020]. Disponível em: [file:///C:/Users/acer/Downloads/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/acer/Downloads/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem%20(1).pdf)

produtos e/ou instrumentos do agente não foram obtidas apenas na prática do acto ilícito pelo qual é investigado, mas estende esta figura de perda a outros activos, que possivelmente ou presumivelmente ainda provêm daquele crime ou têm a sua génese em crimes semelhantes praticados pelo mesmo agente⁷⁸.

Idênticas conclusões retiram-se da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁷⁹, também baptizada por convenção de Mérida, no entanto ressalva-se o n.º 3 do art. 46.º do respectivo diploma, epigrafado de “assistência judicial recíproca”, que estabeleceu uma série de medidas⁸⁰ que poderão ser solicitadas no decorrer de uma investigação que tem como fim recuperar o activo. Este diploma reflecte a consciência da restituição à sociedade dos activos gerados pelo crime e, nesta medida, prevê mecanismos para que os activos possam ser utilizados em benefício de todos e não de um só. A *actio in rem* encontrou nesta convenção o seu primeiro impulso internacional⁸¹.

Entretanto a preocupação de encontrar uma forma de repressão que se mostrasse eficaz na criminalidade económico-financeira colheu a atenção de outros areópagos e, nesse sentido, dentro das fronteiras do continente europeu foi criada, em 1990, a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime⁸², também apelidada de Convenção de Estrasburgo. Esta Convenção assumiu um carácter mais concretizador em relação às medidas de investigação patrimonial tendo como fim a perda de bens, e por outro lado teve em vista a introdução de medidas nos sistemas nacionais. Nessa conformidade, logo no art. 3.º é estabelecido uma regra geral em que é referido o seguinte: “cada uma das Partes adopta medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para lhe permitirem identificar e proceder à detecção dos bens sujeitos a perda em conformidade com o n.º 1 do artigo 2.º e impedir qualquer operação, transferência ou alienação relativamente a esses bens”. O Conselho da Europa

⁷⁸ CORREIA, João Conde, *Cooperação Judiciária internacional em matéria de recuperação de activos*. In Anatomia do Crime, Coimbra: Almedina. N.º 7, 2018, p. 229.

⁷⁹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 31/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007.

⁸⁰ Das medidas previstas no citado artigo temos: a) Receber testemunhos ou tomar declarações de pessoas; b) Apresentar documentos judiciais; c) Efectuar inspecções, incautações e/ou embargos preventivos; d) Examinar objectos e lugares; e) Proporcionar informação, elementos de prova e avaliações de peritos; f) Fornecimento de originais ou de cópias certificadas de documentos e de processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros, ou comerciais e documentos de empresas; g) Identificação ou localização dos produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios; h) Facilitação da comparência voluntária de pessoas no Estado Parte requerente; i) Prestação de qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido.

⁸¹ Cf. CORREIA, João Conde, op. cit., in Anatomia do Crime, Coimbra: Almedina. n.º 7, 2018, p. 235.

⁸² Resolução da Assembleia da República n. 71/97, de 16 de Dezembro: Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (n. 141).

cria desta forma um regime muito amplo, que, em regra, é aplicável aos casos de forma mais abrangente. Ou seja, em comparação à referida Convenção de Viena que antecede a ora mencionada, que se destinava tão só aos casos de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, a Convenção de Estrasburgo vai mais longe em termos de catálogo de crimes. Quer isto dizer, que apesar do seu âmbito geográfico estar limitado à fronteira da Europa, revelou-se o primeiro sistema de perda internacional de activos provenientes da prática de actos ilícitos⁸³, no sentido em que se mostrou o instrumento mais utilizado no escopo de auxílio judiciário mútuo no ramo de direito penal. É importante notar, todavia, que esta concretização apenas foi possível devido à ratificação de todos os Estados Membros da União Europeia⁸⁴.

Na circunstância desta Convenção, que veio incitar o auxílio judiciário mútuo, foi elaborado um Protocolo⁸⁵ pelo Conselho em 2001, com o objectivo de canalizar a investigação patrimonial para uma futura declaração de perda. Este protocolo tinha em vista a concentração das mais variadas diligências específicas de investigação, que fossem de fácil acesso e estivessem operacionais ao serviço das autoridades de investigação dos respectivos Estados Membros, destarte, os Estados têm que adoptar concretas diligências em sede de investigação quando são solicitadas por outro Estado Membro, sem olvidar o seu carácter de obrigatoriedade⁸⁶.

Ora, este protocolo tornou-se uma válvula de escape para uma interferência desastrosa na vida privada do investigado, como se pode constatar por três medidas que estão previstas no referido diploma e que aqui destacamos: o acesso a informações sobre contas bancárias; as informações sobre transações bancárias e o controlo das respectivas transações. É clarividente o nível de intromissão na esfera da intimidade da pessoa investigada, bem como a necessidade de protecção de dados da mesma e, por esse motivo, o legislador europeu restringe este pedido de investigação aos seguintes crimes:

- a) Que a infração em apreço seja punível com pena de prisão efectiva ou medida de segurança restritiva de liberdade, sendo a moldura penal máxima não inferior a quatro anos no Estado requerente e no estado requerido não inferior a dois anos;

⁸³ CORREIA, João Conde, op. cit., *in* Anatomia do Crime, Coimbra: Almedina, n.º 7, 2018, p. 234.

⁸⁴ Doravante, UE.

⁸⁵ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 61/2006.

⁸⁶ Cf. 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 em expansão*. Lisboa: SMMP, 2013, p. 77.

- b) Que integre o catálogo de crimes do art. 2.^o⁸⁷ da Convenção de 1995, relativa à Criação de Um Serviço Europeu de Polícia (Convenção EUROPOL) ou que esteja previsto no catálogo do anexo⁸⁸ da referida Convenção, onde foi atribuída nova redação;

Além dos requisitos supramencionados, o Estado requerente ao socorrer-se desta medida terá de cumprir uma série de exigências para justificar tal necessidade. Destas exigências resultam:

- A *ratio* que fundamenta a indispensabilidade das informações pedidas para a concretização da investigação da infração; e

- A *ratio* que leva à presunção do Estado requerente na existência de contas mantidas pelo investigado no Estado requerido, e se possível, indicar quais os bancos que poderão estar envolvidos.

Face ao antedito, resulta que este instrumento legislativo não pode ser utilizado para a concretização de uma simples *inquisitio generalis*, quer isto dizer que o acesso a informações das contas bancárias tem que ter como base a existência de indícios fundados, não bastando uma simples suspeita da prática do acto ilícito.

Assim, ultrapassada a barreira imposta pelo art. 1.^o do Protocolo da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em matéria penal entre os Estados Membros da UE e concedido o acesso a informações sobre contas bancárias ao Estado requerente, segue-se consequentemente a segunda medida, também bastante impactante na intromissão da vida privada do investigado – informação sobre transações bancárias. Nesta medida, o Estado requerente identifica *a priori* as contas que servem de objecto para a investigação e solicita as

⁸⁷ Cf. art. 2.^o da Convenção EUROPOL e RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, op. cit., Lisboa: SMMP, 2013, p. 77. O catálogo aqui previsto subsume-se aos crimes de: terrorismo, tráfico de estupefacientes e outras formas graves de criminalidade internacional, quando haja indícios concretos da existência de uma estrutura ou de uma organização criminosas e que afecte dois ou mais Estados-Membros. É também referenciado a criminalidade ligada a material radioactivo e nuclear, as redes de imigração clandestina, o tráfico de seres humanos, e ainda o tráfico de veículos roubados.

⁸⁸ O anexo que veio a ser integrado na presente Convenção, acrescenta ao catálogo de infrações: homicídio voluntário, ofensas corporais graves – tráfico de órgãos e tecidos humanos – rapto, sequestro e tomada de reféns; racismo e xenofobia. Isto relativamente aos crimes atentados contra a vida, a integridade física e a liberdade.

No que concerne a crimes que atentem ao património e aos bens públicos e fraude, enumera-se os seguintes: roubo organizado, tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte, burla e fraude, extorsão de protecção e extorsão de fundos, contrafacção de produtos, falsificação de moeda e de meios de pagamento, bem como falsificação de documentos administrativos., cibercrime e corrupção de comércio ilegal.

Por último, estão também elencados crimes contra o ambiente, tais como: tráfico de armas, munições e explosivos, tráfico de espécies animais ameaçadas, tráfico de espécies e essências vegetais ameaçadas e tráficos de substâncias hormonais e outros factores de crescimento.

Desta forma, como a lei legitima a EUROPOL para investigar as várias formas *supra* referidas de criminalidade, também lhe dá competência para se ocupar do branqueamento de capitais ligado ao âmbito da prática destes crimes.

informações sobre as transações que nelas se tenham verificado. Por sua vez, no momento em que esta solicitação é concedida, o Estado requerido fornece todos os pormenores relativos às contas bancárias especificadas e suas correspondentes transações realizadas num determinado período de tempo. Deste leque de informação, resulta detalhadamente as contas de origem e de destino dos fundos.

No entanto, a importância desta diligência consubstancia-se somente no que concerne à investigação da identificação e localização do produto do crime e não para a investigação da infracção. E, ainda assim, o legislador admite através deste diploma a violação da vida privada⁸⁹, mesmo que o fim de tal diligência não se subsuma na investigação da alegada prática do acto ilícito.

Desta forma, o controlo das transações bancárias assumido neste Protocolo revelou-se um método bastante valioso e eficaz na recuperação de activos. Como prevê o art. 3º, n.º 1, o Estado requerido deverá num determinado período de tempo controlar as contas bancárias que foram especificadas pelo o Estado requerente, sendo comunicado a este último os devidos resultados.

O problema que parece relevar a nossa atenção circunscreve-se à delimitação e alcance desta medida, isto é, no diploma não é balizado o entendimento de «controlo». Neste sentido, o controlo que se pretende terá um efeito preventivo e investigatório⁹⁰, ou seja, o Estado requerente tem a possibilidade de em «tempo real» acompanhar as contas bancárias que designou, e ainda, impedir a concretização de transferências de alegados activos para *offshore* ou para outros destinos, cuja a sua recuperação se revele complexa.

Mais tarde, o Conselho da Europa, ao reconhecer como altamente vantajosos os progressos que o Protocolo 2001 no âmbito da UE trouxe à investigação, elabora, em 2005, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo,⁹¹ que tem como objectivo estender a técnica

⁸⁹ Cf. art. 26.º da CRP, nrs. 1. e 2.: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. O legislador ao admitir esta intromissão na vida privada do investigado, restringe este direito fundamental constitucionalmente protegido. Teoricamente as exigências que o Estado requerente tem que cumprir visam comprovar as exigências do princípio da proporcionalidade, no entanto, várias dúvidas pairam em torno desta questão, pelo facto de, como já foi referido, esta diligência ter como fim somente a investigação acerca da identificação e localização do produto do crime e não a investigação da infracção.

⁹⁰ No mesmo sentido, RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, op. cit., Lisboa: SMMP, 2013, p. 80.

⁹¹ Adoptada em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, e aprovada pela resolução da Assembleia da República n.º 82/2009, de 27 de agosto.

legislativa prevista na Convenção de 1990 a todo o âmbito do Conselho da Europa. Todavia, neste último diploma destaca-se um duplo plano de actuação, a nível interno e relativamente à cooperação judiciária entre os Estados.

O referido diploma é um exemplo expresso da mais ampla cooperação possível entre as partes, respeitando os tramites do direito interno de cada Estado, na medida em que “as Partes que solicitem a execução de medidas equivalentes à perda e que conduzam à privação da propriedade, mas que não constituam sanções penais, desde que tais medidas tenham sido ordenadas por uma autoridade judicial da Parte requerente, com referência a uma infracção penal e na medida em que se constate que os bens constituem produtos”⁹².

Por fim, ressalva-se o facto desta Convenção dar a possibilidade a uma Parte de espontaneamente transmitir informações acerca de instrumentos e produtos a outra Parte, sempre que considere que cujas informações serão úteis na investigação para a parte destinatária ou ainda, que possam dar origem a uma formulação de um pedido por essa parte⁹³.

Ora, para além das Convenções já referidas, destaca-se a resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa⁹⁴ de 1997, que prevê os 20 princípios directores para a luta contra corrupção, e a sua elaboração teve como objectivo reforçar a cooperação entre os Estados membros do Conselho da Europa para a necessidade de prosseguir, primordialmente, uma política penal comum que promova a protecção das sociedades contra a prática deste acto ilícito – a corrupção. Desta forma, esta resolução inclui a adopção de medidas legislativas e preventivas adequadas.

Mais tarde, em 1999, é elaborada mais uma resolução do Comité do Conselho de Ministros⁹⁵ vindo criar o Grupo de Estados contra a Corrupção – GRECO⁹⁶, esta instituição tem como fim aperfeiçoar a capacidade dos seus membros na luta contra a corrupção, concretizando este objectivo através do acompanhamento dos Estados membros na execução das medidas de combate à prática deste acto ilícito.

Verificamos que todos os diplomas aqui referidos tinham um objectivo comum aquando da sua criação: a necessidade de cooperação judiciária internacional, incutindo a ideia de que

⁹² Cf. art. 23º, n.º 5, da Convenção de Varsóvia, 2005.

⁹³ Cf. art. 20º, da Convenção de Varsóvia, 2005.

⁹⁴ Adoptada a 6 de novembro de 1997.

⁹⁵ Adoptada a 1 de maio de 1999.

⁹⁶ Cf. “Resolução (99) do Comité dos Ministros do Conselho da Europa”, Conselho da Europa, consultado a 11 de março de 2020. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp

a recuperação dos proventos do crime não pode estar limitada apenas às fronteiras nacionais, uma vez que os activos surgem, são ou estão colocados no estrangeiro. Concluindo, esta cooperação é essencial quer o crime tenha contornos internacionais, quer somente os seus proventos estejam deslocalizados⁹⁷.

⁹⁷ Cf. CORREIA, João Conde, op. cit., *in* Anatomia do Crime, Coimbra: Almedina, N. 7, 2018, p. 228.

3. União Europeia: o impulso das Decisões-quadro do Conselho, na criação do Gabinete de Recuperação de Activos portugueses

A necessidade de criar um Gabinete de Recuperação de Activos teve, sobretudo, como pano de fundo as Decisões-quadro do Conselho, aprovadas pela UE. Na verdade, dentro das fronteiras da União, já há muito que se discutia a necessidade de agir de forma cabal e eficaz em matéria de criminalidade económico-financeira organizada, concretamente, num aprofundamento de investigação em matéria de recuperação de activos.

A 15 e 16 de outubro de 1999, o Conselho Europeu reuniu em sessão extraordinária em Tampere⁹⁸ para debater a criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça na União Europeia. De entre todos os pontos de conclusões que resultam desta sessão extraordinária do Conselho Europeu, destacamos os pontos 51⁹⁹ e 55¹⁰⁰, que sublinham o branqueamento de capitais como o epicentro da criminalidade organizada, pelo que deverá (tentar) ser extinguido em qualquer lugar que se vier a verificar. A fim de atingir esta pretensão, o Conselho Europeu apelou à aproximação do direito penal e dos procedimentos relativos à luta contra os branqueamentos de capitais entre os Estados-Membros para que fosse possível detectar, congelar, apreender e declarar perdidos os proventos do crime.

Volvidos dois anos, partindo do pressuposto que os Estados-Membros aderiram à matéria prevista, e ainda, aos princípios consignados na Convenção de 1990 do Conselho da Europa, referente ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, foi adoptada na UE a decisão-quadro 2001/500/JAI, do Conselho¹⁰¹, que veio estabelecer, logo no seu art. 1.º, que não fossem feitas ou mantidas quaisquer reservas à Convenção de 1990, no sentido de reforçar as acções de combate à criminalidade organizada. Desta forma, o art. 2.º da referida decisão-quadro amplia o regime sancionatório que a Convenção de 1990 dispunha para a prática daquelas infrações, de modo a que, conforme o sistema repressivo de cada Estado-Membro,

⁹⁸ Cf. *“Conselho Europeu de Tampere 15 e 16 de Outubro de 1999. Conclusões da Presidência”*. [consultado a 14 de Março de 2020]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

⁹⁹ “O branqueamento de capitais está no cerne da criminalidade organizada, pelo que deverá ser erradicado onde quer que ocorra. O Conselho Europeu está decidido a garantir que sejam tomadas medidas concretas para detectar, congelar, apreender e confiscar os produtos do crime”.

¹⁰⁰ “O Conselho Europeu apela à aproximação do direito penal e dos procedimentos relativos à luta contra o branqueamento de capitais (designadamente detecção, congelamento e confiscação de fundos). A definição das actividades criminosas que constituem infracções principais em relação ao branqueamento de capitais deverá ser uniforme e suficientemente abrangente em todos os Estados-Membros”.

¹⁰¹ JO L 182 de 5 de Julho de 2001.

fossem tomadas as medidas necessárias para que as sanções aplicadas à infração em causa fossem passíveis de penas privativas da liberdade de uma duração máxima igual ou superior a quatro anos.

No entanto, com o avançar do tempo, o Conselho entendeu que, apesar do empenho do legislador internacional e europeu em criar diplomas que prevejam mecanismos de combate à criminalidade económico-financeira, os instrumentos existentes não eram ainda suficientes para se verificar uma verdadeira cooperação internacional relativamente à perda. Isto é, ainda existiam vários Estados cujo direito interno não estava apto a declarar perdidos os produtos de todas as infrações punidas com pena privativa de liberdade superior a um ano¹⁰², pelo que, tendo consciência de que o motivo impulsionador do infractor na criminalidade organizada transnacional é o seu lucro e de que todas as tentativas de prevenção e combate deverão orbitar em torno da sua detecção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime, adoptou a decisão-quadro 2005/212/JAI¹⁰³, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.

Ora, a finalidade desta decisão-quadro era “de assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras efectivas que [regulassem] a perda dos produtos do crime, nomeadamente no que respeita ao ónus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infracção relacionada com a criminalidade organizada”¹⁰⁴. Este instrumento, para além de caminhar no sentido do reconhecimento mútuo das decisões relativas à perda dos produtos do crime, dentro da União Europeia, consagrou pela primeira vez a necessidade de perda dos proventos do crime ser alargada. Isto é, nos termos do art. 3.º, n.º 2, al.ºs. a) e b), verifica-se a criação de poderes de perda alargada, tendo o legislador previsto que “cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para permitir a perda (...) pelo menos: a) [q]uando um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de actividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito (...) que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie: ou b) [q]uando um tribunal nacional, com

¹⁰² Cf. decisão-quadro 2001/500/JAI, 26 de Junho, 2001; e LOUREIRO, Flávia Novera, *op.cit.*, UNIO E-book Vol. I - Workshops CEDU 2016. [Consultado a 21 de Fevereiro de 2020]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%20I%20-%202016.pdf>

¹⁰³ JO L 68, de 15 de março de 2005. Esta decisão-quadro teve a sua génese numa iniciativa do Reino da Dinamarca, que por sua vez, apresentou dois outros projectos: relativos à execução das decisões de confisco na UE e o combate à corrupção do sector privado – JO C 184, de 2 de Agosto de 2002.

¹⁰⁴ Considerando 10 da decisão-quadro 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro de 2005.

base em factos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de actividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito” – eis a primeira expressão de uma medida de combate à criminalidade económica que amplia em larga escala a finalidade da conhecida perda clássica entre os Estados-Membros, sendo que *infra* falaremos com mais rigor deste mecanismo.

Entretanto, entre a decisão-quadro de 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a decisão-quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, a UE havia sido adoptada uma decisão-quadro 2003/577/JAI¹⁰⁵, do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Este instrumento debruçou-se sobre o dever de cooperação entre os Estados-Membros, que tem como base o princípio do reconhecimento mútuo na execução imediata das decisões judiciais, que assenta numa base de confiança, em que se acredita que as Partes decidem sempre em conformidade com os princípios da legalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, para que seja legítimo o reconhecimento das mesmas e a sua conseqüente execução¹⁰⁶. Destarte, este instrumento pretende “estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de congelamento tomada por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro no âmbito de um processo penal”¹⁰⁷, sem nunca olvidar a obrigação de respeito pelos direitos e princípios jurídicos fundamentais consagrados no Tratado da União Europeia de 1992¹⁰⁸.

Retomando a linha cronológica, em 2007, de forma a trilhar com maior distância o caminho que já vinha a ser percorrido, o Conselho aprovou a decisão-quadro 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro¹⁰⁹, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da detecção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime. No âmbito deste instrumento acordou-se que os Estados-Membros da UE têm de proceder a um rápido intercâmbio das informações que possam conduzir à detecção e apreensão dos

¹⁰⁵ JO L 196, de 22 de Julho de 2003, 45.

¹⁰⁶ Cf. considerando 4 da decisão-quadro 2003/577/JAI, de 22 de Julho de 2003.

¹⁰⁷ Nos termos do art. 1.º da decisão-quadro 2003/577/JAI, de 22 de Julho de 2003.

¹⁰⁸ Nos termos do art. 6.º do TUE de 1992: “1. A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros.

2. A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

3. A União respeita as identidades nacionais dos Estados-Membros.

4. A União deve dotar-se dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas”.

¹⁰⁹ JO L 332, de 18 de Dezembro de 2007, 103.

produtos do crime, contudo para que este objectivo fosse alcançável, reclamava-se que todos os meios de aplicação da lei dispusessem das capacidades necessárias para investigar e analisar as pistas das operações financeiras relacionadas com a actividade criminosa¹¹⁰, sublinhando a necessidade de uma “estreita cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-Membros a quem incumbe detectar os produtos e outros bens ilícitos susceptíveis de ser objecto de uma ordem de perda e tomar medidas que permitam a comunicação directa entre essas autoridades”¹¹¹, para o efeito, foi utilizado como modelo a Rede Camden Inter-serviços de Recuperação de Bens (CARIN), criada na Haia, em 22 e 23 de Setembro de 2004, pela Áustria, Bélgica, Alemanha, Países Baixos, Reino Unido e Irlanda. Sucede que, para ser materializável este modelo eleito, era necessário haver uma base jurídica para o intercâmbio de informações entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros. Nestas circunstâncias, esta decisão-quadro no seu considerando 7 definiu que o intercâmbio de informações deveria tramitar nos moldes dos “procedimentos e prazos previstos na decisão-quadro 2006/960/JAI do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-Membros da União Europeia”.

E, ainda, no art. 1.º do referido instrumento concebe-se a efectivação de tal intercâmbio, fixando-se que “cada Estado-Membro cria ou designa um gabinete nacional de recuperação de bens, para efeitos de facilitar a deteção e identificação dos produtos e outros bens relacionados com o crime suscetíveis de serem objeto de uma ordem de congelamento, apreensão ou perda emitida por uma autoridade judiciária competente no decurso de um processo penal ou, tanto quanto possível ao abrigo da legislação nacional do Estado-Membro em causa, durante um processo civil”.

Uma vez definido o objectivo de tal decisão e sua efectiva concretização através de uma referência do modelo a seguir, bem como a instituição de uma base legal, segue-se um conjunto de regras respeitantes ao dever de cooperação e intercâmbio de informações entre gabinetes de recuperação de bens. Neste sentido, os Estados-Membros devem cooperar, garantindo que os seus gabinetes de recuperação de bens procedem a boas práticas na troca de informações, quer sejam a pedido, quer seja espontaneamente. Assim, independentemente de a integração destes gabinetes estar sob a égide de autoridade administrativa, policial ou judiciária, o estatuto que lhes foi conferido através da legislação nacional nunca deverá constituir um obstáculo à sua cooperação

¹¹⁰ Neste sentido, considerando 1 da decisão-quadro 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro de 2007.

¹¹¹ Conforme o considerando 3 da referida decisão-quadro.

entre os mesmos¹¹².

Esta cooperação exige, essencialmente, que os Estados-Membros procedam ao intercâmbio de boas práticas no que se refere aos meios destinados a melhorar a eficácia de acção entre eles, relativamente à detecção e identificação dos produtos que sejam objecto de uma ordem de congelamento, apreensão ou até mesmo perda, não olvidando a garantia de protecção de dados, prevista no art. 5.º do referido instrumento (“a utilização de informações que tenham sido objecto de intercâmbio directo ou bilateral ao abrigo da presente decisão fica subordinada às disposições nacionais de protecção de dados do Estado-Membro que os recebe, no qual as informações devem estar subordinadas às mesmas regras de protecção de dados aplicáveis aos dados e informações recolhidos nesse Estado-Membro”)¹¹³.

Portanto, de facto, este instrumento foi o último impulso para que Portugal constituísse um gabinete destinado à recuperação de activos, dentro dos trâmites fixados pelos diplomas europeus. Assim nasceu, através da lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e o Gabinete de Administração de Bens (GAB).

Concedeu-se ao GRA a missão de “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 e exercer as demais atribuições que lhe sejam legalmente atribuídas”¹¹⁴. Por outro lado, a administração dos bens apreendidos, recuperados ou declarados perdidos a favor do Estado é assegurada pelo GAB, que integra a estrutura do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P. (IGFEJ, I. P.).

Ora, percorrido todo o caminho dos instrumentos europeus que motivaram e impulsionaram a criação desta instituição em Portugal, ressalva-se ainda o projecto comunitário *Prevenir e Combater a Criminalidade* (2007-2013) criado pela decisão-quadro 2007/125/JAI, de 12 de Fevereiro¹¹⁵, sendo que a Procuradoria-Geral da República (PGR), apresentou a sua candidatura tendo um elevado peso na balança, uma vez que foi através deste financiamento comunitário que surgiu o Projecto FÉNIX e, conseqüentemente, a materialização do gabinete de recuperação de activos.

De facto, podemos concluir que o legislador nacional cedeu à pressão da UE ao criar este gabinete, não obstante, este ser há muito almejado pelos vários intervenientes na prática judiciária,

¹¹² De acordo com o art. 2.º da decisão-quadro 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro de 2007.

¹¹³ Cf. art. 5.º da decisão-quadro 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro de 2007.

¹¹⁴ Nos termos do art. 3.º da lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

¹¹⁵ JO L 58, de 24 de Fevereiro de 2007.

e não restarem dúvidas que foi um avanço importante na investigação patrimonial dos activos do crime.

3.1 Projecto FÉNIX

Ora, aqui chegados, daremos continuidade à linha cronológica de todo o percurso trilhado, em busca de atingir o princípio *follow the Money*, desde o regime instituído pela decisão-quadro 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro, que sensibilizou os Estados-membros para a criação de gabinetes de recuperações de bens e a cooperação entre si, (tema já discutido *supra*) até aos dias de hoje. Assim, relevamos a importância do Projecto FÉNIX¹¹⁶ no desenvolvimento de medidas de combate à criminalidade económico-financeira transfronteiriça. Este Projecto contou com a participação de equipas multidisciplinares de três Estados-Membros da UE: Espanha, através da Fiscalía General del Estado; Holanda, representada pelo Gabinete de Recuperação de Activos – BOOM (*Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie*); e Portugal, através da Polícia Judiciária e da Procuradoria-Geral da República, sendo que o último órgão foi a entidade promotora deste Projecto.

O Projecto FÉNIX tomou como ponto de partida o facto de se verificar em vários Estados-membros da UE que a reacção penal somente se encontrava circunscrita à aplicação da sanção ao arguido e, por outro lado, que a perda quer dos instrumentos, quer dos bens e produtos gerados pela actividade criminosa era uma questão que havia sido pouco aquilatada. Os Estados participantes neste Projecto estipularam o foco na consciencialização de que a perda seria uma medida estritamente necessária ao combate à criminalidade com expressão económica, isto é, à perda subjazem interesses como os de prevenção geral e especial, no sentido de impedir um investimento desses ganhos ilegais na prática de novos crimes, ou ainda na utilização desses lucros para intervir na economia lícita, branqueando¹¹⁷ dessa forma o dinheiro.

Para os devidos efeitos, o Projecto sensibilizou várias entidades da Justiça para o tema de

¹¹⁶ O Projecto FÉNIX teve início em Novembro de 2009 e o respectivo Seminário de Encerramento realizou-se em Dezembro de 2011. Este projecto teve em vista o reforço do sistema de justiça, no que concerne à área de recuperação de activos mais concretamente no âmbito de combate à criminalidade mais grave que gere proventos substanciais. Neste sentido, a fim de alcançar os objectivos que definiu com sucesso, concomitantemente, reforçou a cooperação judiciária internacional neste domínio. Cf. Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf

¹¹⁷ Nos termos do art. 368.º, n.º 2 do Código Penal, o crime de branqueamento pune “quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal”.

recuperação de activos e, conseqüentemente, para o aumento do volume e valor económico das decisões de perda, utilizando o regime legal de perda ampliada e estimulando a cooperação, tanto a nível interno como internacional, tendo em vista uma maior eficácia e agilização no que toca à formulação de pedidos de auxílio a outros Estados-membros para apreensão de bens “ou elementos de prova e para perda de instrumentos, produtos ou vantagens do crime com base no princípio do reconhecimento mútuo de decisões”¹¹⁸.

Neste sentido, foram desenvolvidos dois pilares dentro deste Projecto para que os fins ambicionados fossem de possível alcance, pilares esses que, para além de sustentarem todo o estudo acerca de crimes que geram um lucro avultado, demonstraram ser impulsionadores indispensáveis na matéria de recuperação de activos. Ora, vestiram eles a figura, por um lado, de Manual de Boas Práticas, com o objectivo de fixar toda a tramitação procedimental a adoptar para atingir as metas definidas, e, por outro, de Canais Dedicados de Comunicação, pretendendo melhorar a integração de órgãos internos e internacionais que actuassem no campo de recuperação de activos.

As soluções apresentadas neste Manual tiveram em consideração os documentos já existentes sobre o tema e a informação dada pelos práticos (nomeadamente magistrados, agentes de forças policiais e até mesmo de instituições como a Rede CARIN) de como agiram em tais circunstâncias. Tais conhecimentos convencionaram-se em «boas práticas», pese embora não sejam de toda novidade absoluta, uma vez que muitos deles haviam já sido adoptados por alguns Estados. No entanto, revelou-se o primeiro empenho em sintetizar num único documento um conjunto de mecanismos de combate ao lucro aferido através da prática de crimes.

Assim as propostas lançadas tanto abrangeram a perda clássica como as soluções mais vanguardistas, como é o caso da perda alargada. E como o nosso estudo versa sobre esta figura no sentido de ser uma forma de transvase da investigação financeira e patrimonial, apenas nos vamos cingir às medidas relativas à perda alargada que resultaram deste Manual de Boas Práticas. Ressalvar-se-ão, ainda, as recomendações feitas aos Estados (somente nos casos em que tais eram reclamadas¹¹⁹) para aplicação destas condutas, denominadas, como já se referiu, de «boas

¹¹⁸ Neste sentido, Projecto FÉNIX, Recuperação de activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, p. 11. [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf

¹¹⁹ Nomeadamente, nos casos em que se revelava necessário a conformação dos sistemas legais com as boas práticas propostas.

práticas¹²⁰.

Ora, assim os trabalhos encetados pelos Estados integrantes do Projecto começaram por analisar quais as dificuldades existentes relativamente à recuperação de activos a fim de as eliminar. De facto, esta tarefa revelou uma certa complexidade, e talvez seja por isso que as propostas apresentadas levantassem bastantes dúvidas e questões para «a cura» do problema. Tal análise debruçou-se pelas duas fases do processo: investigação com a consequente acusação;¹²¹ e julgamento.

Começamos pela investigação. Ora, em sede desta fase preliminar do processo as dificuldades apuradas reflectiram-se nos seguintes aspetos: *i)* obstinação por parte de bancos e demais instituições financeiras em colaborarem; *ii)* utilização de regimes *offshore*, como “empresas fantasma” em que as informações são escassas; *iii)* face à utilização do sistema sobredito, quis também ultrapassar-se a complexidade em identificar o real proprietário dos bens apurados; *iv)* ofuscação na vertente probatória que liga os crimes indiciados aos bens a serem apreendidos, frequentemente porque tal património está registado ou a posse encontra-se na esfera jurídica de terceiros; *v)* protecção acentuada no segredo profissional; *vi)* escassez de meios especializados em investigações financeiras nos prazos de duração do inquérito; *vii)* acresce ainda, a cooperação internacional morosa; e por último, *viii)* as dúvidas operacionais relativas à legalidade das apreensões/arrestos realizados no decurso do inquérito com vista à sua liquidação na acusação¹²².

Entretanto, na acusação – consequência da fase preliminar de investigação –, verificaram-se também várias dificuldades no que respeita ao património relativamente à identificação, qual o património que é lícito para declaração de perda ou liquidação, a sua localização e forma de recolha, isto é, pode o bem ser apreendido ou arrestado. As dificuldades aferidas passaram ainda pelo investigado, uma vez que este não tem o dever de colaboração¹²³ ou informação. Terminando na formulação de convicção acerca do esclarecimento da boa fé de terceiro. A par deste panorama, não fosse já suficiente a existência do conflito entre o instrumento da perda alargada e os direitos constitucionais, os magistrados revelavam formação insuficiente sobre esta matéria¹²⁴.

¹²⁰ Cf. Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, p. 15. [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf

¹²¹ Delimitando o objecto do processo.

¹²² Cf. art. 10.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

¹²³ Num momento posterior desta dissertação analisaremos esta problemática acerca do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. E o conflito que pode surgir entre este e a investigação patrimonial.

¹²⁴ Neste sentido, Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, p. 17. [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf

Também a fase de julgamento não trouxe melhor ânimo a este cenário dotado de adversidades. O Projecto destacou como óbices a serem corrigidos: a indefinição quanto à natureza jurídica da perda alargada, o facto deste instrumento ser colocado num segundo plano em relação ao tema *decidendum*, delimitado pela acusação ou pronúncia (nos casos em que houvesse lugar à mesma), e a conseqüente decisão de perda apenas versar sobre os bens elencados nestas decisões intercalares deixando de fora os bens que estão na posse de terceiros. Assumi, ainda, como obstáculo a exigência de diversos Estados na demonstração do nexu causal entre o(s) crime(s) e os bens apreendidos com vista à execução de perda; dificuldades em apurar o património incongruente, e, por último, os dois pontos que mais importam para o objecto desta dissertação e que, por sua vez, este Projecto enunciou como impedimentos à recuperação de activos: o questionamento da constitucionalidade do regime de perda alargada de bens e a ausência de um sistema que admita a perda alargada sem dependência de condenação. Factores que achamos estritamente necessários e em relação aos quais discordamos da posição assumida pelo referido Projecto, como em momento posterior iremos demonstrar minuciosamente¹²⁵.

Relativamente à cooperação, tanto na vertente interna como internacional, os Estados integrantes desta análise encontraram algumas arestas a ser limadas. A nível interno, foram identificadas, nomeadamente, a frequente invocação do sigilo e segredo profissional por parte de diversas entidades envolvidas no âmbito da investigação ou a diversidade da natureza das autoridades envolvidas para a identificação, apreensão e guarda dos bens, que dava origem a uma morosidade de resposta às solicitações efectuadas. Ou seja, foi verificada a falta de uma solução pragmática que evidenciasse o valor e a utilidade a ser dada aos bens apreendidos. Na verdade, pairava no pensamento deste Projecto consciencializar os Estados para a necessidade de criarem no seu sistema legal interno uma única instituição em que a sua missão se destinasse apenas à resolução deste problema – ou seja, a criação de um gabinete de recuperação de activos.

Por outro lado, na vertente internacional, as adversidades que se denotaram espelharam-se, acima de tudo, na falta de formação dos magistrados de alguns Estados relativamente aos instrumentos mais recentes, o que se depreendeu numa constante utilização de instrumentos obsoletos na senda dos tribunais, e na falta de cooperação em cumprir os pedidos de *non conviction based confiscation*¹²⁶ nos Estados em que não admitem essa solução, como é o caso de Portugal, apesar do legislador nacional ser pressionado para caminhar tendencialmente para

¹²⁵ *Idem ibidem*. p. 17.

¹²⁶ Significa isto, pedidos de perda/confisco não baseados numa decisão de condenação.

uma espécie de *actio in rem*.

Entretanto, houve ainda a verificação de contratempos relativos à conservação dos bens apreendidos, abrangendo a deterioração e desvalorização dos bens decorrentes da morosidade acentuada entre a verificação dos factos e a efectiva decisão judicial de perda; as condições deficientes de guarda e armazenamento tendo, no entanto, o Estado que suportar os seus custos, não se verificando o retorno com a venda destes bens, ou a venda que se verificara revelava pouca eficácia, a par disto, acresce a utilização diminuta dos bens apreendidos antes da decisão final sobre o seu destino.

Por fim, quanto à execução das decisões, as dificuldades apreendidas versaram “em tornar efectiva a decisão nos sistemas que prevêem a perda em valor (e não de bens concretos) ou que permitem uma investigação autónoma após o procedimento penal, nas seguintes situações: a) [q]uando não se haja previamente procedido à adopção de meios cautelares ou de garantia; b) [q]uando o património que responda pela decisão esteja inacessível, por se encontrar em poder de terceiro de boa fé, ou lhe haver sido validamente transmitido, e que deva ser protegido; c) [e]m jurisdição que não reconheça a decisão de perda ou esteja em condições de negar a cooperação na fase executiva”¹²⁷.

Em suma, o Projecto FÉNIX acolheu um estudo bastante complexo na análise dos obstáculos existentes no âmbito da recuperação de activos e, não obstante a dificuldade aferida, esta análise pretendeu a criação de um sistema padronizado e conforme a legislação interna dos Estados Membros da UE, cujo destino seja a aplicação no maior número possível de ordenamentos jurídicos.

3.2 As Boas Práticas do Projecto FÉNIX no âmbito da perda alargada – conformidade com o sistema penal português

Sucedem que, as «boas práticas» impostas no Manual do Projecto FÉNIX, que pretendiam a devida integração no sistema legal interno dos Estados Membros da UE, poucas novidades trouxeram ao sistema penal português, porém os traços inovadores que com elas advieram deixaram algumas questões em aberto.

¹²⁷ De acordo com, Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, pp. 18 e 19. [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf

Na verdade, no ano de 2002 a legislação portuguesa acolheu a figura da perda alargada no nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro¹²⁸, sendo que este diploma tinha nitidamente presente a ampliação de vários instrumentos de recuperação de activos como a quebra do segredo profissional, um procedimento célere na troca de informação relativamente a instituições de crédito ou sociedades financeiras, bem como o controlo de contas bancárias. Todavia, já desde os inícios do segundo milénio, aquando a criação do diploma *supra* mencionado, o instrumento da perda alargada na recuperação de activos vinha suscitando várias discussões sobre a sua adequação relativamente aos princípios e garantias processuais penais, debate que se alastrou até aos dias de hoje!

Não obstante o sistema penal português ter-se assumido pródigo na investigação patrimonial, os mecanismos de que estava dotado não eram suficientes para alcançar os objectivos delineados pelo Projecto FÉNIX. No entanto, através da adopção de boas práticas e recomendações emanadas pelo referido Projecto, os Estados integrantes deste crêem que os alcances de tais metas seriam concretizáveis. Contudo, resta-nos aferir se adopção das demais condutas conflituaram ou não com o sistema penal português.

Ora, comecemos por fazer uma breve referência à prática da presunção ilícita do património do arguido¹²⁹ - que o art. 7º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro¹³⁰ - já previa no âmbito da investigação patrimonial. No ponto 1.1.5.2 da secção de Boas Práticas¹³¹ é admitido que na qualificação da origem criminosa dos bens possam ser usadas presunções sobre a mesma. É certo que, conforme a matéria prevista no art. 7º da lei *supra* mencionada, esta presunção assume, dentro do ordenamento jurídico português, o expoente da seu alcance, isto é, para a sua aplicação basta que o condenado tenha cometido um dos crimes do catálogo (previsto no art. 1º do referido diploma) e que haja um património incongruente com os rendimentos lícitos do mesmo, desde que, não se tenha verificado as hipóteses previstas no art. 9º, da Lei n.º 5/2002.

Discordarmos totalmente da aplicação desta presunção e, apesar da mesma ser utilizada no sistema penal português e de existir jurisprudência que não aponte para a sua inconstitucionalidade, achamos que os moldes em que se verifica a sua aplicação estão

¹²⁸ A referida lei será analisada com maior detalhe no Capítulo II, desta dissertação.

¹²⁹ Por uma questão de coerência de exposição da temática abordada nesta investigação, a autora optou por fazer um breve apontamento relativamente à presunção ilícita do património do arguido presente no regime de perda alargada neste momento dissertação, pelo que, irá o mesmo ser aprofundado no Capítulo I, da Parte III.

¹³⁰ Doravante, Lei n.º 5/2002.

¹³¹ Cf. Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, p.21. [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrerecuperacaoactivos_final.pdf

desconformes com os princípios constitucionais e, conseqüentemente, com o nosso sistema penal¹³². Contudo, fundamentar-se-á devidamente esta posição num ponto posterior desta dissertação.

Segue-se a «boa prática» em que o sistema jurídico deve reger-se pelo princípio segundo o qual a pessoa por quem decorre a investigação, deverá ser colocada na situação patrimonial em que se encontrava antes do crime¹³³, sendo este o critério para fixar todo o património ilícito.

No entanto, se, por um lado, o fim desta boa prática está conforme os ditames penais na repressão da criminalidade económica, primando pelo o aforismo de que o crime não compensa, por outro lado, os meios utilizados para atingir esta meta levantam alguns problemas, porquanto o facto de haver uma margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar figura-se como uma potencial dificuldade na harmonia com o sistema penal português.

Vejamos, o art. 7.º, n.º 1, da Lei 5/2002, estabelece na sua presunção meramente uma relação aritmética para apurar o valor do condenado a ser confiscado, ou seja, ao valor do património do arguido subtrai-se o valor do património congruente com o rendimento lícito. O resultado desta aritmética representa o património a ser perdido a favor do Estado.

Acontece que a liberdade que é dada no cálculo do valor a ser declarado perdido a favor do Estado tem que ter como base uma investigação financeira adequada e eficaz, mormente dirigida por um gabinete de recuperação de activos, para que não se verifiquem arbitrariedades na previsão do valor a ser confiscado indicado na acusação¹³⁴, dado que a estipulação de um valor exacerbado (não tendo por detrás uma investigação financeira sólida) poderá consubstanciar-se numa apropriação de património lícito do condenado¹³⁵, não obstante o mesmo fazer uso da ilação da presunção, mostrando a licitude do património.

Outra questão que se comporta na recolocação do agente na posição anterior ao ilícito típico prende-se à possibilidade de execução universal do património do agente, permitindo ainda o arresto a montante do confisco. Esta «boa prática» permite a utilização proactiva de mecanismos cautelares conferidos pela lei, no decurso da investigação. E nada tem que ver com o instrumento

¹³²De acordo com a posição que a doutrina defende, a vertente processual do direito penal é verdadeiramente direito constitucional aplicado.

¹³³ Cf. Ponto 1.1.5.3 das Boas Práticas *in* Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, p.21. [consultado a 25 de Março de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoactivos_final.pdf

¹³⁴ Cf. art. 8º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

¹³⁵ Neste sentido, BARIN, Érico Fernando *Alargar a perda alargada: o Projecto FÉNIX*. *In* Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, ano 4, n.º 16 (Outubro-Dezembro 2013), p. 82.

pretérito de confisco geral de bens¹³⁶, isto é, a adopção de tal hipótese tem a seguinte pretensão: uma vez provado que todo o património do condenado é ilícito, nada obsta à sua execução universal. Na verdade, no resultado assemelha-se ao confisco geral de bens, todavia, em tudo o resto diverge do instrumento ora referido.

Esta «boa prática» está em consonância com a nossa legislação interna, no sentido em que o art. 10º da Lei nº 5/2002 também prevê a figura do arresto para garantia do pagamento do valor do património ilícito apurado. E, de facto, o legislador não impõe nenhuma limitação do valor sobredito, podendo o mesmo versar sobre o património universal do condenado.

Entretanto, o Projecto aconselha os diversos Estados a procederem à autonomização dos procedimentos da perda de bens do processo-crime com o objectivo de permitir que a perda possa ser decretada segundo um *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, sem que seja necessário haver uma sentença a declarar tal confisco. Aqui, pelo contrário, há a pretensão de aplicar este instrumento apenas com a vertente exclusivamente patrimonial, sem que haja uma condenação para cumprimento de pena ou medida de segurança.

Porém, esta visão não pode, de todo, ser acatada pela nossa legislação. Vejamos, a questão que está presente nesta recomendação do Projecto FÉNIX versa, essencialmente, sob a natureza jurídica da perda alargada, sendo que, existe uma enorme dificuldade em dar uma resposta concreta a tal questão, porquanto, não existe uma posição unânime acerca da sua natureza jurídica. Antes pelo contrário, a doutrina diverge bastante.

Não obstante, o legislador português prevê na Lei nº 5/2002 um entrave ao procedimento *in rem*, já que o requisito essencial para aplicação da perda alarga no sistema penal português prende-se na condenação do arguido por um dos crimes de catálogo previstos no art. 1º do referido diploma. Logo, desde já, é obstado a possibilidade de divorciar a perda alargado do processo penal.

Por fim, ressalva-se ainda a seguinte recomendação: a criação de “mecanismos que obstem ou desincentivem a utilização de terceiros, nomeadamente pessoas colectivas, para ocultar o produto proveniente de actividades criminosas e adoptem medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado”¹³⁷. Tal recomendação pretende enfatizar, uma vez mais, o aforismo de que o crime não compensa. Neste

¹³⁶ Posteriormente, será feito nesta dissertação um apontamento sobre esta matéria.

¹³⁷ Cf. Projecto FÉNIX, Recuperação de Activos. *Project FENIX, Assets Recovery*, p.31. [consultado a 19 de Maio de 2020]. Disponível em: http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrerecuperacaoactivos_final.pdf

contexto, tal conduta permite que haja responsabilidade penal não só para o agente directo do crime, mas também para aqueles que compactuaram de alguma forma na realização do mesmo.

Em Portugal, a lei vigente faz referência relativamente a terceiros¹³⁸ no que concerne ao pagamento do valor declarado perdido, uma vez que, consideram património do arguido para além daquele que é titular e está presente na sua esfera jurídica, aquele que foi transferido para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido. Ou seja, a possibilidade que o legislador português definiu, traduz-se no sentido de uma responsabilidade patrimonial.

¹³⁸ Nomeadamente no art. 7º, nº 2, al. b), da Lei nº 5/2002.

Capítulo II – Enquadramento normativo: do confisco à Perda Alargada.

Origem e evolução

1. A origem do confisco como forma de repressão penal

Se recuarmos no tempo, a épocas mais remotas, encontramos em todas elas a figura do confisco como um dos instrumentos sancionatórios «estaduais»¹³⁹. Começamos pela civilização romana, logo na transição da *vindicta privata* para uma reação estadual devidamente estruturada e organizada surge a primeira expressão do confisco sob a figura da *consecratio*, que consistia na expulsão do réu da comunidade quando este infringia as condutas do império e bem assim, via também todos os seus bens a serem apreendidos, ficando sem qualquer património.

Este conceito foi evoluindo, e mais tarde, ainda no direito romano, o confisco expressou-se em duas formas: a primeira foi sob a forma de *publicatio bonorum*, com efeito, os bens eram devolvidos ao povo, por efeito de uma condenação, ou ainda, haveria a hipótese de haver um confisco com bens de heranças vagas; por sua vez, a segunda forma, foi incorporada pela figura do *fiscus*, como o próprio nome alude, aqui, os bens eram devolvidos ao fisco, sendo que nestas situações o confisco ocorria na sequência de uma apreensão oficial¹⁴⁰. Acontece que, ao longo dos séculos, estas duas figuras unificaram-se e a sua aplicação reflectiu-se nas situações de crimes contra o reino e como sanção acessória à pena de morte. Ora, as vantagens do confisco começaram a ter peso no pensamento do Estado, sobressaindo a sua dimensão de «recolha de fundos» para sustentar um Império que se encontrava numa iminente decadência, e, nesse sentido, o confisco para além de assumir uma vertente punitiva para o agente que cometia uma infração, assumiu também uma espécie de fundo de financiamento que suportava os encargos do Estado.

Entretanto, alguns séculos volvidos e já na Idade Média, o confisco não caiu em desuso. Nesta época, este instrumento era utilizado como pena acessória aos crimes mais graves, contudo, sem olvidar a sua vertente económica, que se demonstrava bastante útil no enriquecimento das autoridades que administravam a justiça¹⁴¹.

¹³⁹ É evidente que no Direito Romano, na Idade Média e até mesmo na época do jusracionalismo iluminista a figura de Estado não tinha a mesma concepção que hoje tem – no entanto, o que pretendemos afirmar é que o confisco sempre foi um instrumento sancionatório utilizado pelo órgão de poder soberano de cada povo.

¹⁴⁰ V. CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 30-31.

¹⁴¹ *Idem ibidem*. p. 31.

Sucedem que toda esta concepção de possibilitar o enriquecimento estadual explodira com o jusracionalismo iluminista, que deixou de idolatrar a figura do confisco passando a repugná-lo, *maxime* pela burguesia, classe que se afirmara naquela época e que pretendia assegurar os seus direitos e evitar a perda dos seus bens. Os abusos e prepotências que outrora ocorreram não eram compatíveis com o espírito iluminista – nesse sentido, CESARE BECCARIA afirmou na sua célebre obra *Dei delitti e delle pene* “se alguns jurisconsultos sustentaram que as confiscações punham um freio às vinganças dos particulares banidos, tirando-lhes o poder de ser nocivos, não refletiram que não basta uma pena produzir algum bem para ser justa. Uma pena só é justa quando necessária. Um legislador não autorizará nunca uma injustiça útil, se quer prevenir as invasões da tirania, que vela sem cessar, que seduz e abusa pelo pretexto falaz de algumas vantagens momentâneas, e que faz deperecer em pranto e na miséria um povo cuja ruína prepara, para espalhar a abundância e a felicidade sobre uma minoria de homens privilegiados”¹⁴².

Isto posto, depreende-se que a protecção do direito de propriedade, a pessoalidade das penas e a reclamação de direitos fundamentais do cidadão começavam a ganhar forma no pensamento da época. O desejo de banir as arbitrariedades assumidas no uso do confisco era notório. A aplicação do confisco geral, sem considerar o carácter pessoal das penas, nem tampouco as liberdades individuais e a responsabilidade do indivíduo enquanto pessoa singular revelava, maioritariamente, um fim mais político do que jurídico. Como tal, a emergência de travar estas proporções assolou o pensamento jurídico-filosófico da época e trouxe com ele a consagração da propriedade privada como um direito natural e inalienável¹⁴³, que só poderia ser restringido respeitando os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, fazendo a nuance de que o mesmo poderia ser limitado, mas nunca retirado na totalidade.

Sincronizando-nos no mundo actual, depreendemos que todos os esforços realizados na época iluminista parecem estar cada vez mais longe da nossa realidade e, talvez, o confisco esteja a regredir ao invés de evoluir. Isto porque, por todo lado, são apresentadas propostas para a implementação do confisco no combate à criminalidade económico-financeira, como se se tratasse de uma espécie de antídoto contra um vírus causador de uma enorme pandemia (alegoricamente: o confisco seria o antídoto salvador do vírus que é a criminalidade económico-financeira, com

¹⁴² V. E-book, BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas* [Em linha]. Edição electrónica: Riendo Castigat Mores. p. 37. [Consultado a 14 de Setembro de 2020]. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>

¹⁴³ De acordo com o artigo 17.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indemnização”.

efeito de travar a pandemia que representa os lucros gerados no cometimento do crime).

Priorizar o adágio de que o crime não compensa é a maior preocupação político-criminal que se assiste, deste modo, uma condenação cuja punição seja uma prisão efectiva, pouco efeito surtirá em termos de prevenção geral e especial, se, após o cumprimento desta pena, o condenado puder conservar toda a fortuna proveniente do crime¹⁴⁴. De facto, há certos tipos de criminalidade que pelas suas proporções enormíssimas carecem de outra forma de repressão para além das penas clássicas. Isto é, barrando a possibilidade da prática do crime (condenando o agente a cumprir uma pena privativa de liberdade), este também não deve compensar, acautelando deste modo, a não reutilização dos seus proventos na prática de novos crimes, e assim, evitar a contaminação da economia.

Entretanto, dentro do nosso território estas realidades não foram excepção, assim, Portugal também assistiu a estas mutações do confisco ao longo dos séculos, pelo que, em tempos mais remotos, o confisco era utilizado como um instrumento de política económica pretendendo dissuadir a prática de crimes políticos, como por exemplo, na idade média, os crimes que eram considerados de lesa-majestade viam os seus bens a serem confiscados para a Coroa do Reino¹⁴⁵.

Este instrumento atingiu as mesmas dimensões que se verificaram no resto da Europa e, em pouco tempo, evoluiu para um confisco geral com fins idealmente políticos, que visavam essencialmente o enriquecimento do Estado, e assim permaneceu em toda a época absolutista. Entretanto, deu-se Revolução Liberal de 24 de Agosto de 1820 que veio alterar todo o paradigma político, e conseqüentemente, trouxe repercussões para o referido instrumento. Assim, a primeira Lei fundamental portuguesa¹⁴⁶ aboliu o confisco e mais tarde, a Carta Constitucional de 1826 assumiu expressamente a pessoalidade das penas. Não obstante da proibição do confisco geral, o Estado português ainda assim, não se inibiu de tipificar normas que permitissem a perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, ocultando o *nomen iuris* de confisco, mas, na verdade, com um efeito muito próximo desse instituto. Esta forma de confisco especial foi consagrada no Alvará de 4 de junho de 1825 e mantido no Código Penal de 1852. Uns anos mais tarde, no Código Penal de 1886 “surgiu como efeito não penal da condenação, sob equívoca denominação de perda (...) demonstrada a prática de um crime os *instrumenta e producta sceleris*, ou mesmo as suas vantagens (...) deviam ser declarados perdidos a favor do Estado. O alegado carácter desumano e impessoal do confisco não o inviabilizou totalmente, permitindo a sua

¹⁴⁴ V. CORREIA, João Conde, op. cit., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 36-37.

¹⁴⁵ *Idem ibidem*. p. 32.

¹⁴⁶ Constituição de 1822.

sobrevivência limitada e disfarçada”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cf. CORREIA, João Conde, op. cit., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 36.

2. Do confisco à perda na Constituição da República Portuguesa

Tal como se referiu no ponto anterior, o legislador português desde o século XIX, esforçou-se no sentido de abolir o instituto do confisco em prol da protecção do direito de propriedade e da pessoalidade das penas. Não obstante, este mecanismo repressivo ter-se mantido presente – ainda que de forma camuflada¹⁴⁸ – no nosso ordenamento jurídico, até aos dias de hoje.

Actualmente, o nosso sistema prevê duas realidades diversas de confisco, neste contexto, temos por um lado a perda clássica¹⁴⁹, e por outro, temos a perda alargada. Ou seja, é clarividente que os esforços de proibição do confisco na lei fundamental em pouco surtiram efeito, porquanto este instituto manteve a sua admissão, mas rotulado pela figura de perda. No entanto, a perda muito se distancia dos moldes do confisco geral e terá que respeitar o direito à propriedade privada¹⁵⁰ e a intransmissibilidade das penas¹⁵¹.

Relativamente à dignidade constitucional, a Constituição actual, ao contrário das anteriores leis fundamentais, não preceitua expressamente a vedação do confisco de bens, no entanto, perante as garantias previstas no art. 62.º da CRP e na senda do entendimento tradicional face à insusceptibilidade de transmissão das penas, depreende-se, desde já, que este instituto está impedido¹⁵².

Todavia, a figura de perda no seu sentido amplo¹⁵³ não deixa de configurar uma ingerência no património privado o que poderia levantar a questão se, efectivamente, o direito fundamental consagrado no art. 62.º da CRP é posto em causa, dado que a sua consagração tem a pretensão

¹⁴⁸ Como já foi referido, no Código Penal de 1886, designadamente, nos arts. 75.º, 240.º e 323.º, o confisco manteve-se como um efeito não penal da condenação. Todavia, o legislador baptizou este mecanismo de “perda”, não obstante de atingir os mesmos fins que o confisco outrora praticado.

Cf. art. 75.º, n.º 1 do CP de 1886: “o réo definitivamente condenado, qualquer que seja a pena, incorre: na perda, a favor de Estado, dos instrumentos do crime, não tendo o ofendido, ou terceira pessoa, direito à sua restituição.”

Art. 240.º § 1 do CP de 1886: “em todos os casos declarados nos artigos antecedentes, se o que testemunhou falso foi subornado com dávidas ou promessas, a pena, que nos termos dos mesmos artigos lhe for aplicável, será sempre agravada.

§ 1 O que se recebeu perder-se há a favor do Estado.”

E por fim, o art. 323.º do CP de 1886: “serão sempre perdidas a favor do Estado as coisas recebidas por efeito da corrupção ou o seu valor.”

¹⁴⁹ Que até então estaria compreendida entre duas realidades que não poderiam ser confundidas entre si, isto é, a perda dos instrumentos ou produtos do crime e a perda das vantagens do crime, no entanto com a transposição da Directiva 2014/42/UE através da Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio – a sua relevância prática em distinguir estas realidades deixou de surtir efeito, uma vez que, ambas passaram a estar sujeitas ao mesmo regime que está previsto no art. 110.º do CP.

¹⁵⁰ Cf. art. 62.º da CRP.

¹⁵¹ Cf. art. 30.º, n.º 3 da CRP.

¹⁵² Neste sentido, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 629.

¹⁵³ Quer isto dizer, que se refere à perda clássica como também à Perda Alargada.

de proteger a propriedade privada contra ingerências do Estado ou de terceiro. Contudo, o âmbito jurídico-constitucional desta norma permite-nos concluir que os patrimónios incongruentes não declarados não estão abrangidos pela tutela deste direito fundamental, isto é, as formas ilegítimas de aquisição não são protegidas¹⁵⁴.

Não obstante não existirem conflitos constitucionais neste ponto há, porém, diversas questões de carácter constitucional que são levantadas *maxime* com o mecanismo da perda alargada e que irão ser expostas em momento oportuno ao longo desta dissertação.

3. De uma perda clássica a uma Perda Alargada

É-nos impossível dar seguimento ao nosso estudo sem fazer uma breve resenha do instituto da perda clássica, uma vez que, até aos primeiros anos deste milénio, este mecanismo era o único existente no que respeita ao combate da criminalidade económico-financeira; tal figura está assente, no nosso Código Penal, nos artigos 109.º a 112.º, cuja finalidade se subsume à perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime.

3.1 Perda Clássica

Ora, de forma muito perfunctória, o âmbito da perda clássica subsume-se à existência de uma conexão entre o facto ilícito típico e as vantagens através dele adquiridas¹⁵⁵. Desde a entrada em vigor da Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio, a perda clássica deixou de diferenciar as coisas corpóreas das coisas incorpóreas, tendo sanado todas as dúvidas que surgiam à volta da perda, e de certa forma, expurgado do nosso ordenamento jurídico a posição doutrinária adoptada maioritariamente – que restringia a perda apenas às coisas corpóreas¹⁵⁶. Desta forma, o pressuposto material da perda clássica tem que ver com a perigosidade dos objectos que pela sua natureza se figurem especialmente vocacionados para a prática criminosa, pelo que a aferição de tal perigosidade não deve cingir-se apenas à natureza do objecto, mas às circunstâncias concretas do caso. Por outro lado, o pressuposto formal da perda clássica cinge-se à prática de um facto

¹⁵⁴ Neste sentido, CORREIA, João Conde, op. cit., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 120.

¹⁵⁵ BORGES, Francisco, *Perda Alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade*, in AA. VV. – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, p. 217.

¹⁵⁶ CORREIA, João Conde, *Reflexos da Directiva 2014/42/UE (do parlamento europeu e do conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito vigente*. Revista do CEJ. Coimbra: Almedina, n.º 2 Julho-Dezembro (2014), pp. 91-92.

ilícito-criminal, incluindo todo benefício patrimonial que resulte da prática do crime e ainda, à utilização dos instrumentos e produtos resultantes da prática do anterior ilícito-criminal numa actividade criminosa, não sendo necessário que esse crime se tenha consumado¹⁵⁷. Este instituto durante vários anos tornou-se suficientemente aceitável na prevenção ao aforismo de que o crime não pode compensar, mostrando à sociedade que em caso de prática de ilícito típico gerador de instrumentos, produtos e vantagens, há lugar a uma ordenação dos bens¹⁵⁸.

Acontece que as manifestações de criminalidade económica foram-se aprimorando de tal maneira que a dissimulação dos lucros provenientes da vida criminosa tornou insuficiente este mecanismo. As dificuldades em produzir prova suficiente para estabelecer a conexão entre o crime e o património ilícito tornaram-se uma constante e a percepção do legislador acerca desta circunstância de insuficiência do instituto de perda clássica levou à criação de rédeas mais rigorosas. Com efeito, o mecanismo que se apresentou mais competente para assumir esta função veio desprovido da pedra de toque do direito processual penal – o respeito pelos direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição. Falemos nós da perda alargada.

Todavia, antes de descortinamos cada característica deste instituto, importa deixarmos uma nota relativamente à sua concretização e aplicabilidade no ordenamento jurídico português.

3.2 O Gabinete de Recuperação de Activos

O regime da perda alargada tem como aliado na sua concretização o Gabinete de Recuperação de Activos e conforme foi referido no capítulo anterior, o GRA é criado em Portugal através da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho¹⁵⁹, sendo que o diploma sobredito estabelece que esta instituição funciona na dependência da Polícia Judiciária¹⁶⁰, com atribuições de funções análogas às dos órgãos de polícia criminal¹⁶¹.

Não poderemos, no entanto, seguir para a fase de apreciação insular do GRA sem antes tecer algumas considerações prévias imprescindíveis para a compreensão hermenêutica da sua almejada existência.

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 355-361.

¹⁵⁸ *Idem ibidem*. pp. 360-361.

¹⁵⁹ Doravante, Lei n.º 45/2011.

¹⁶⁰ Sendo que há doutrina que defende que o GRA deveria estar na dependência do Ministério Público (MP), cf. RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, *op. cit.*, Lisboa: SMMP, 2013, pp. 20-22, e RODRIGUES, Hélio Rigor, *Gabinete de Recuperação de Activos - O que é, para que serve e como actua*, Lisboa: Revista do CEJ, 1º semestre, n.º 1, 2013, pp. 67-69.

¹⁶¹ Nos termos do art. 2º, da Lei n.º 45/2011.

Ora, o objectivo fulcral da recuperação de ativos do crime prende-se em devolver ao Estado (ou às vítimas) os bens que foram adquiridos através de meios que causaram na sociedade danos consideráveis, no entanto, para ser feita essa tarefa é reclamada uma investigação própria e autónoma com objectivos heterogéneos quando comparados aos fins da própria investigação criminal¹⁶².

Assim, como já foi referido num ponto anterior desta dissertação, a missão de uma investigação financeira ou patrimonial visa à identificação e localização de activos susceptíveis de serem perdidos a favor do Estado, e ainda, adopção de meios necessários à sua recuperação – nos quais destacamos – por parte do GRA, a realização de actos de cooperação judiciária pertinentes, desempenhando uma função de coadjutor das autoridades judiciárias, nos termos do art. 9º, n.º 2 da Lei n.º 45/2011, como também, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados, e ainda, proceder à recolha, análise e tratamento de dados estatísticos sobre apreensão, assim como, proceder à aplicação de medidas de garantia patrimonial em processo penal, *“perda e destinação dos bens ou produtos relacionados com crimes e as demais atribuições que lhe sejam legalmente confiadas”*¹⁶³.

Ora, só há lugar a uma investigação financeira ou patrimonial quando esta seja determinada pelo MP¹⁶⁴, sendo que tal determinação não se reflecte numa ordem emanada pelo o MP em que o GRA se cinge à sua execução, antes pelo contrário, *ex vi* art. 270º do Código de Processo Penal¹⁶⁵, há a possibilidade de uma delegação de competências por parte do MP aos órgãos de polícia criminal¹⁶⁶, designadamente, permitir que estes procedam a “quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito”, ou seja, seguindo esta interpretação, e como aqui já foi dito, se a Lei n.º 45/2011 atribui ao GRA competências de investigação análogas às dos OPC, é clarividente que a delegação prevista em matéria processual também abarca a investigação financeira e patrimonial. Ressalva-se que nesta delegação de competências, o MP deverá identificar se se trata de um caso de perda clássica ou perda alargada, dada a importância da distinção para proceder às respectivas diligências de investigação.

Importa frisar que a investigação financeira não deverá ser transposta para uma fase posterior

¹⁶² *Idem ibidem* p. 65.

¹⁶³ *Idem ibidem* p. 70.

¹⁶⁴ Cf. art. 4, n.º 1, da Lei n.º 45/2011.

¹⁶⁵ Doravante: CPP.

¹⁶⁶ De ora em diante de OPC.

à investigação criminal¹⁶⁷, aliás, a mesma dever-se-á iniciar numa fase tão primordial quanto possível. Assim, uma vez promovida a investigação financeira os procedimentos realizados pelo GRA são apensados ao processo de investigação criminal.

Todavia, só é permitido ao MP solicitar uma investigação por parte do GRA nos casos em que se verifique uma condição cumulativa, isto é: quando os crimes pelos quais decorre a investigação criminal sejam puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos; e o valor dos instrumentos, bens ou produtos relacionados com esses mesmos crimes seja superior a 1000 unidades de conta¹⁶⁸, sem prejuízo de existindo dificuldade na verificação de tais requisitos, o MP poder socorrer-se do apoio dos elementos que integram o GRA da respectiva Delegação¹⁶⁹, a fim de confirmar se no caso em concreto, estão ou não reunidas as condições para a intervenção deste gabinete.

Para além da dupla condição sobredita, ainda é possível ser suscitada a intervenção do GRA na investigação de carácter patrimonial ou financeiro, graças a uma espécie de cláusula de salvaguarda prevista no art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, em que prescreve que “mediante prévia autorização do Procurador-Geral da República ou, por delegação, dos procuradores-gerais distritais, pode o GRA proceder à investigação financeira ou patrimonial, (...) considerando o estimado valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade da investigação”. Ou seja, o titular do inquérito poderá suscitar na mesma uma investigação por parte do GRA, nas situações em que não cabendo nas alíneas a) e b), do n.º 1, do art. 4.º da lei *supra* destacada, haja uma especial complexidade no processo.

Ora, no que concerne à composição e respectiva coordenação do GRA, veio a Portaria n.º

¹⁶⁷ Em regra, a investigação patrimonial inicia-se no inquérito, porém, ao invés da investigação criminal, não está limitada a essa fase processual. Aliás, o próprio legislador no art. 8.º, n.º 2 da Lei 5/2002, admite que se a liquidação não for possível no momento da acusação poderá ser efectuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a primeira audiência e julgamento. Significa isto, que a investigação patrimonial não tem obrigatoriamente que se concluir com a acusação, poderá, no entanto, revelar especificidades que reclamem o seu encerramento para um momento posterior a esse, até que seja alcançado objectivo de tal investigação. Sendo possível projectar-se até à fase executiva, tal como defende João Conde Correia. Repisando esta ideia, o autor refere que a investigação financeira deverá ocorrer a todo o tempo, até mesmo em fase executiva, de forma acompanhar todo o processo crime desde o início até ao seu termo, cfr. CORREIRA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 199. Nesse sentido aponta também Hélio Rigor Rodrigues o seguinte: “(...) assumimos fortes reservas quanto à possibilidade de suscitar a intervenção do GRA num momento posterior à dedução da liquidação do património incongruente. A arquitectura jurídica em que o GRA se alicerça apresenta um organismo marcadamente vocacionado para intervir na fase de inquérito, e entendemos que é nesta fase que a sua intervenção deve exclusivamente ser estimulada, sem prejuízo de se manter até final.” cfr. RODRIGUES, Hélio Rigor, *op. cit.*, Lisboa: Revista do CEJ, 1.º semestre, n.º 1, 2013, p. 85.

¹⁶⁸ Ora, se uma unidade de conta corresponde a 102,00€ de acordo com o art. 5.º do decreto-lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro (que estabelece o regulamento das custas processuais), - o lucro adquirido na prática do crime tem que ascender os 102.000,00€.

¹⁶⁹ Neste momento, existem em Portugal 3 Delegações do GRA. São elas: a Delegação do Norte, situada no Porto; a Delegação do Centro, localizada em Coimbra; e a Delegação do Sul, sita em Faro.

269/2012, de 3 de Setembro, fixar que este gabinete é composto por elementos que provêm da Polícia Judiciária, do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., da Direcção-Geral dos Impostos e a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo. A referida Portaria veio estabelecer ainda que compete ao Director Nacional da Polícia Judiciária – ou ao Director Nacional-Adjunto, mediante delegação – determinar, de acordo com as necessidades de investigação, o número de elementos que compõem o GRA, não podendo o número de elementos da Polícia Judiciária ser inferior ao total dos membros originários das outras entidades. Relativamente ao Instituto dos Registos e Notariado, I. P. e à Autoridade Tributária e Aduaneira, o seu número de elementos é fixado após consulta prévia aos dirigentes máximos das respectivas entidades, sendo que a sobredita portaria prevê um número máximo de dois elementos para o Instituto dos Registos e Notariado, I. P., e o máximo de sete elementos para a Autoridade Tributária e Aduaneira¹⁷⁰.

No que refere à sua coordenação esta é assumida por um elemento da Polícia Judiciária nomeado em comissão de serviço¹⁷¹, através de despacho do Governo responsável pela área da Justiça, sob proposta do Director Nacional. Contudo, reserva-se algumas dúvidas quanto a esta forma de nomeação: o próprio Sindicato dos Magistrados do Ministério Público¹⁷² emitiu um parecer no âmbito do projecto da referida Portaria onde foram levantadas algumas incertezas relativas a este ponto. Neste sentido, tal parecer pretendeu debruçar-se sob a questão de o GRA assumir a veste de coadjutor da autoridade judiciária, e desse modo, revelar-se-ia bem mais adequado estabelecer um regime de nomeação de coordenação do GRA em que estivesse na dependência do parecer favorável do Procurador-Geral da República. Ademais, é ainda sugerido que a direcção deste Gabinete deveria assentar num órgão de natureza colegial, em que o MP estivesse devidamente representado, sem descuidar a figura do coordenador com a função de assegurar a organização e regular funcionamento do Gabinete. Na verdade, com a forma de nomeação que consta da Portaria não fica garantida a não interferência política na escolha da pessoa que irá coordenar o Gabinete.

Outro aspecto a ressaltar, prende-se com a «figura soberana» que foi desenhada para o Coordenador do GRA, porquanto não existe nenhuma instância fiscalizadora que providencie uma

¹⁷⁰ Cf. art. 2.º, nrs.º 1 e 2, da Portaria 269/2012, de 3 de Setembro.

¹⁷¹ De acordo com o art. 5.º, n.º 1, da Portaria 269/2012, de 3 de Setembro, esta nomeação verifica-se de entre os Coordenadores Superiores de Investigação Criminal, Coordenadores de Investigação Criminal, Inspectores Chefes ou detentores de licenciatura adequada, sendo o requisito de nomeação a experiência profissional e se a sua competência é reconhecida.

¹⁷² De ora em diante, SMMP.

avaliação de como o gabinete está a ser coordenado, assim, do nosso prisma, defendemos que figurar-se-ia vantajoso a existência de órgãos autónomos capazes de dar resposta a este tipo reptos, tais como, constituir um possível «Conselho Superior de Recuperação de Activos». Com efeito, de fiscalizar a forma como o GRA está a ser dirigido e coordenado e com poder suficiente de destituir cargos e funções nas situações que assim o reclamassem.

Porém, estando o modelo de coordenação projectado para uma única pessoa que ostente sozinha, o controlo do GRA, a actuação deste está totalmente dependente da capacidade de quem assume esse lugar¹⁷³.

Feitas algumas considerações essenciais acerca da estrutura do Gabinete, cabe-nos neste momento desmistificar a relevância de uma investigação financeira – nesse sentido, começemos pela finalidade preventiva¹⁷⁴ do direito penal: ora, é certo que a aplicação de uma pena ao agente de um crime económico-financeiro sempre foi o objectivo principal no que toca à sanção da prática do acto ilícito, porém, a par desta, tem vindo a considerar-se igualmente relevante a perda dos produtos ou vantagens resultantes do ilícito em causa. Para que tal objectivo seja cumprido, impõe-se ao Ministério Público a dupla tarefa de dirigir a investigação criminal (que se empenha na cabal recolha de prova, a fim de provar se houve ou não a prática do crime, para que possa, em sede de julgamento, ser sustentada a aplicação de uma pena ou medida de segurança), e de suscitar uma investigação patrimonial e financeira destinada a identificar e localizar os activos do crime que possam vir a ser declarados perdidos.

Em relação à última, surgem algumas dúvidas acerca dos instrumentos e meios que o GRA tem ao seu alcance na tarefa de identificar e localizar os activos. Isto porque, em termos legais, é

¹⁷³ No mesmo sentido, aponta RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis, *op. cit.*, Lisboa: SMMP, 2013, pp. 39-40.

¹⁷⁴ Cf. art. 40.º, do CP. Tal como resulta da letra da lei, o nosso sistema penal está pensado na protecção de bens jurídicos e na reintegração do agente do crime na sociedade. Mais, em caso algum a pena aplicada ao agente pode ultrapassar a medida da culpa – *nulla pena sine culpa*. Ou seja, a aplicação de uma pena ao criminoso, visa não só prevenir a prática de novos crimes pelo agente, como também de educar a sociedade em geral, que a prática de tal facto está protegida pela tutela penal. Como ensina FIGUEIREDO DIAS “o direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal (*hoc sensu*, contratualista social) de subtrair à disponibilidade (e à “autonomia”) de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos, liberdades, e garantias indispensável ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais; e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade. Se assim é, então também a pena criminal – na sua ameaça, na sua aplicação concreta e na sua execução efectiva – só pode perseguir a realização daquela finalidade, *prevenindo a prática de futuros crimes*” cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. ult. cit.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 78. Posição oposta adopta FARIA COSTA no sentido de uma finalidade ético-retributiva da pena. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. ult. cit.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, nota 86, p. 78, *apud* COSTA, Faria, nota 7, p.373, e VELOSO, J.A., Pena Criminal, ROA 59, 1999, p.519.

possível utilizar, na investigação patrimonial, todos os meios de obtenção de prova que são admissíveis no ordenamento jurídico português, na senda da investigação criminal; ressalva-se, no entanto, a verificação da admissão da sua utilização, tendo em conta o momento processual e o crime investigado, como também a verificação das demais exigências que o instrumento em causa requer.

Sucedo que, para além do GRA poder socorrer-se de quaisquer meios de obtenção de prova admissíveis em processo penal, pode ainda aceder nos termos estabelecidos pelo artigo 11.º-B, da Lei n.º 45/2011, às plataformas de informação que estão disponíveis para os demais órgãos de polícia criminal – mais concretamente, as plataformas previstas na Lei n.º 73/2009 e na Lei n.º 74/2009, de 12 de Agosto, que destaca a Plataforma de Interoperabilidade de Informação Criminal, tanto a nível interno como internacional – prevendo ainda a Lei n.º 45/2011 a obtenção de informações por parte do GRA juntos da Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária e do Gabinete Nacional da Interpol.

Importa ainda ter presente que, quando se trata de informações bancárias, o GRA está dependente de autorização da autoridade judiciária, salientando que, no momento da delegação de competências por parte do Ministério Público ao Gabinete, haja já a existência de indícios que permitam concluir a necessidade de recolha de informações bancárias (tal delegação de competências deverá ser feita em conjunto com um despacho autorizador)¹⁷⁵.

Reservamos algumas dúvidas relativamente aos meios/instrumentos que estão disponíveis para o GRA, no decurso da investigação patrimonial. Denota-se *ab initio* que o legislador, ao permitir esta equiparação de atribuições na investigação, não deixa afastada a natureza absolutamente distinta que tem sido discutida entre ambas as investigações. Vejamos, a investigação que o GRA leva a cabo é autónoma e diversa da investigação criminal na sua génese; destarte, muitas reservas surgem na aceitação da utilização de meios particularmente intrusivos que estão destinados à averiguação de factos que provêm da prática do ilícito e dos seus agentes¹⁷⁶.

Relativamente à capacidade concedida ao GRA na forma como pode actuar sobre os bens, o legislador nacional destacou, no art. 4.º, n.º 3 da Lei n.º 45/2011, que a apreensão de bens é

¹⁷⁵ De acordo com o art. 8º, n.º 3 e 4, da Lei n.º 45/2011.

¹⁷⁶ Neste sentido, por exemplo, LOUREIRO, Flávia Novosa, *op.cit.*, UNIO E-book Vol. I - Workshops CEDU 2016, p. 149. [Consultado a 8 de Agosto de 2020]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%20I%20-%202016.pdf>, pese embora, a Autora possa ainda admitir que esta dificuldade entenda-se superada ou que não seja significativa, suscita outras questões nas quais têm especial interesse para a nossa investigação, como é o caso de ser ou não admissível a utilização de meios de obtenção de prova que exigem expressamente a sua indispensabilidade (atendendo ao carácter intrusivo que revestem) para descoberta da verdade material, na investigação financeira.

realizada pelo GRA, no entanto, o termo “apreensão” terá que ser interpretado de uma forma bastante abrangente. Isto é, a este vocábulo eleito na letra da lei ser-lhe-á também atribuído o significado que os instrumentos normativos comunitários imprimem. Ou seja, considerar-se-á nesta circunstância, por apreensão “qualquer medida tomada (...) para impedir provisoriamente operações de destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de bens que podem ser objecto de perda”¹⁷⁷. Significa isto, que ao GRA é permitido decretar a aplicação da apreensão, como também suscitar a aplicação por parte do juiz de instrução, de qualquer outra medida de natureza cautelar¹⁷⁸ com a pretensão de garantir a eficácia de uma futura declaração de perda¹⁷⁹.

No entanto, são também aqui reclamados os requisitos para aplicação de uma medida cautelar, ou seja, requer-se a verificação do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, devidamente adaptados à investigação financeira e patrimonial, neste sentido, terá de haver suspeitas fundadas da prática de um facto ilícito típico e o perigo de dissipação do património¹⁸⁰.

Assim sendo, a apreensão é a única medida que o GRA poderá aplicar sem a intervenção prévia de uma autoridade judiciária. Sendo que, da apreensão resulta a possibilidade de atribuição de carácter probatório ao bem apreendido no que respeita à investigação criminal, por outro lado, no que concerne aos bens arrestados, assumem exclusivamente funções de garantia patrimonial.

Por último, resta-nos destacar a intervenção do GRA nos mecanismos de cooperação judiciária em matéria de recuperação de activos, ora, como já afirmamos anteriormente, o GRA assume uma função de coadjutor das autoridades judiciárias, sendo que para além de lhe ser delegado pelo MP a investigação financeira ou patrimonial, o juiz pode também suscitar a sua intervenção na execução das decisões recebidas pelos tribunais portugueses¹⁸¹, e contrariamente ao que sucede no âmbito da investigação patrimonial não é necessário a verificação dos pressupostos previstos no art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011.

De facto, é inegável que a criação do GRA teve um impacto bastante positivo no ordenamento jurídico português, e acabou por colocar o nosso sistema no mesmo patamar que os pares internacionais, contudo, e como iremos continuar a discutir ao longo desta dissertação, os moldes em que o GRA está pensado e desenvolvido, deixa ainda bastantes arestas a limar, das quais

¹⁷⁷ Conceito definido no art. 2º, al. c), da Lei n.º 25/2009.

¹⁷⁸ Sendo que no nosso ordenamento jurídico designam-se por: apreensão, o arresto, o arresto preventivo e a caução económica.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Hélio Rigor, *op. cit.*, Lisboa: Revista do CEJ, 1º semestre, n.º 1, 2013, p. 79.

¹⁸⁰ *Idem ibidem* p. 80.

¹⁸¹ Cf. art. 9.º, n.º 2 do CPP e art. 202.º, n.º 3 da CRP.

colheram a nossa melhor atenção.

Pelo que, terminamos este ponto com a seguinte interrogação: é clarividente que este modelo está assente na ideia de perseguir o dinheiro com o objectivo fulcral de evitar que os activos do facto criminoso praticado não sejam utilizados no cometimento de novos crimes, no entanto, sendo certo que o direito penal existe com a pretensão de proteger bens jurídicos até onde será tolerável aceitar a autonomização de uma investigação financeira ou patrimonial, conferindo-lhe a utilização de meios e instrumentos próprios do direito criminal e que restringem altamente os direitos fundamentais¹⁸²?

¹⁸² Neste sentido, LOUREIRO, Flávia Novera, *op.cit.*, UNIO E-book Vol. I - Workshops CEDU 2016, p. 151. [Consultado a 8 de Agosto de 2020]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%201%20-%202016.pdf>. Não obstante, a Autora também deixe em aberto a mesma questão.

4. A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro

É com a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro¹⁸³, também epigrafada como «medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira», que a figura da perda alargada surge no nosso sistema penal, este diploma apresenta-se como uma lei eclética¹⁸⁴ dispondo de regras especiais relativamente a alguns meios de prova, estatui o reconhecimento do registo de voz e de imagem como meio de prova¹⁸⁵, determina um regime muito específico de arresto e cria o novo mecanismo repressivo de combate à criminalidade financeira e organizada denominada perda¹⁸⁶ de bens a favor do Estado.

Este diploma surge na sequência da Proposta de Lei n.º 94/VIII que reclamou meios mais rigorosos e uma maior eficácia na eliminação de lucros ilícitos e, dessa forma, expôs nos seus motivos que os mecanismos clássicos no combate a este tipo de criminalidade seriam insuficientes, porquanto, “havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado poder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respectivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa¹⁸⁷.”

Houve, de facto, a consideração destes motivos e foi materializado o tão almejado mecanismo eficaz: a perda alargada de bens a favor do Estado.

Porém, antes de avançarmos efectivamente para apresentação e discussão desse instituto, há que ressaltar algumas notas que nos parecem pertinentes relativamente a esta Lei. Assim sendo, muito embora, este seja um diploma em que vê a sua eficácia operar a par de uma investigação criminal, o legislador deixou algumas nuances quanto a certos meios de prova aqui

¹⁸³ De ora em diante, lei n.º 5/2002.

¹⁸⁴ Expressão utilizada pela autora: CONCEIÇÃO, Ana Raquel *O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado: descontinuidades e aplicação prática*. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), p. 17.

¹⁸⁵ Cf. art. 6.º do referido diploma.

¹⁸⁶ DAMIÃO DA CUNHA e CONDE CORREIA defendem que o vocábulo perda é erroneamente utilizado nesta sanção, porquanto, tratar-se de um verdadeiro confisco alargado, pelo que o conceito de perda apenas representa a execução da sanção e não a sanção em si mesma.

¹⁸⁷ Cf. exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII.

previstos que operam para fins de prevenção criminal¹⁸⁸, exemplo disso é a admissibilidade de registo de voz e de imagem que prevê o art. 6.º, da presente Lei¹⁸⁹.

Vejamos, o registo de voz e imagem revela-se um dos meios de obtenção de prova mais invasivos dos direitos fundamentais dos investigados, pelo que, a sua admissibilidade como meio de obtenção de prova terá de ter como pressuposto que pelo menos haja um suspeito no decurso do inquérito, seguindo este pensamento, como está a decorrer uma investigação, o crime já terá sido cometido, o que legitima à restrição proporcional dos direitos fundamentais atendendo à necessidade investigatória e da perigosidade do bem jurídico violado. No entanto, o mesmo já não se admite quando este registo de voz e imagem é utilizado para efeitos de prevenção criminal, sem que haja ainda um inquérito a suportar este meio de obtenção de prova, “servindo como forma de transmitir à comunidade segurança, libertando-a da criminalidade, contudo o crime ainda não existe. A restrição dos direitos fundamentais assenta apenas e tão só na potencialidade da prática de um crime que de facto, ainda não aconteceu, podendo perigar a sua legitimidade”¹⁹⁰. De facto, a legitimação destes actos são muito estreitas e têm que obedecer a necessidades investigatórias em conformidade com o carácter urgente e o perigo na demora.

Todavia, quando o registo de voz e imagem funciona como meio de obtenção de prova não o podemos comparar às reproduções mecânicas do art. 167.º, do CPP¹⁹¹, desde logo, porque o primeiro é um meio de obtenção de prova e o segundo um meio de prova, assim, no seio de uma investigação antes de procederem ao registo de voz e imagem é imprescindível aferir a sua admissibilidade, por outro lado, nas reproduções mecânicas a sua admissibilidade na integração do processo só é aferida após a sua realização, que em bom rigor, só nos casos desta preencher um crime é que não será admitida. Na verdade, a ressalva que pretendemos salientar é de que se no primeiro a ponderação de utilização é feita antes da autorização, no segundo a ponderação terá de ser ainda maior, porquanto, a lesão aos direitos fundamentais já aconteceu. De facto, e citando as palavras de MÁRIO MONTE, “(...) a verdade é que um dos aspectos positivos que o art.

¹⁸⁸ No mesmo sentido, CONCEIÇÃO, Ana Raquel *op. cit.*, /n Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), p. 15.

¹⁸⁹ Diz-nos o n.º 1, do art. 6.º, da Lei n.º 5/2002: “é admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado”.

¹⁹⁰ V. CONCEIÇÃO, Ana Raquel *op. cit.*, /n Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), p. 16.

¹⁹¹ Cf. art. 167.º, do CPP, n.º 1 – “As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título III deste livro”.

6.º, [da Lei n.º 5/2002] trouxe foi o de realçar a natureza constitucional, autónoma e juridico-penalmente relevante de tais interesses”¹⁹².

Relativamente à quebra de sigredo profissional prevista no art. 2.º, do presente diploma, salientamos o seguinte, a razão de ser do sigilo profissional prende-se tão-só em que o cliente (das entidades bancárias – dado que é acerca dessas instituições que a letra da lei alude) estabeleça confiança com as mesmas, a fim de revelar a sua vida privada, designadamente uma parte ou a totalidade do património que possui, com a segurança de que aquilo que revela está coberto por um dever sigiloso e «imperioso». Não obstante da finalidade que ora se descreveu, a lei aqui em análise permite que seja ferido este dever «imperioso» em prol das necessidades investigatórias sob um conjunto de crimes (devidamente elencados no art. 1.º, do sobredito diploma). Não restam dúvidas, de que nesta Lei prevalece de forma crassa as necessidades de investigação em detrimento do respeito pelos direitos fundamentais.

Feitas estas considerações, seguiremos para os últimos apontamentos do diploma ora em análise, que orbitam em torno de dois institutos que integram, sem dúvida, uma temática muito controversa, por conflituarem com princípios basilares da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal, são eles: o arresto preventivo e a perda alargada. Começemos pelo primeiro, embora, exista bastante controvérsia na doutrina em redor do referido arresto, exporemos de forma muito leviana os problemas que aqui orbitam, uma vez que tal não se configura no objecto deste estudo.

Ora, o referido arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado tem fundamento legal nos arts. 7.º a 10.º, da Lei n.º 5/2002, e tem o objectivo primordial – como temos vindo a reiterar ao longo destas páginas – de colocar o arguido no *status* patrimonial que estaria antes da prática do ilícito. Sucede que, este instrumento é motivo diversas discussões entre a doutrina devido à imputação da presunção de ilicitude sobre o património do arguido, cabendo a este o ónus de a ilidir. Assim, em resultado da análise do art. 10.º, da Lei n.º 5/2002¹⁹³, depreendemos

¹⁹² CONCEIÇÃO, Ana Raquel *op. cit.*, In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), p. 18, *apud* MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Lei n.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, Coimbra editora, 2004, p. 102.

¹⁹³ Art. 10.º, da Lei n.º 5/2002: “1 - Para garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, é decretado o arresto de bens do arguido.

2 - A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime, o Ministério Público pode requerer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa.

que o legislador prevê a possibilidade de arrestar os bens que integram o património do arguido que está a ser investigado pela prática de um ou mais crimes do catálogo do art. 1.º do mesmo diploma, por presumir que tal existe precisamente pela prática desse crime. Pelo que, terá de ser o próprio arguido a demonstrar junto aos autos a proveniência lícita de tal património. E é precisamente aqui que reside a origem do problema que se estende também ao instituto da perda alargada; de facto, quando há lugar a arresto, o processo, por natureza, ainda se encontra numa fase muito precoce – designadamente em fase de inquérito – na qual a presunção de inocência deveria ter uma maior incidência, visto que nem sequer há ainda uma acusação, no entanto, é aqui, que o arguido terá de exercer o ónus da prova se pretender evitar o arresto do seu património. Partindo desta perspectiva, parece-nos que esta imposição ao arguido é nitidamente violadora do modelo acusatório no qual é fundado o nosso processo penal, dado que, as garantias constitucionais destinadas ao arguido, como a presunção de inocência, o princípio da culpa e a proibição da não autoincriminação são descartadas com esta presunção de ilicitude¹⁹⁴.

Como ANA RAQUEL CONCEIÇÃO salienta, o facto de o arresto funcionar nestes moldes, permite que o arguido fique despojado dos seus bens logo em fase de investigação, cabendo-lhe ainda, provar a proveniência lícita do seu património, caso contrário, assistirá à manutenção deste cenário até que haja uma decisão final que pode até vir a ser absoluta – dando lugar à perda de bens a favor do Estado.

Bem se sabe que a razão de ser deste arresto versa no justo receio da perda patrimonial que o arguido apresenta, e a propósito disto CONDE CORREIA refere que “a criação de providências cautelares capazes de acautelar a perda do valor de vantagens pressupõe, todavia, outros equilíbrios. (...) A concordância prática entre os interesses contraditórios, dita, portanto, outras regras”¹⁹⁵, ora, se assim o é, atendendo à origem do referido arresto num processo penal e em consequência, como a sua eficácia implica a criação de um ónus probatório para um sujeito processual “que não pode ser obrigado a contribuir na investigação do crime que se suspeita ter praticado, consistirá numa diabólica *probatio*”¹⁹⁶. Aliás, considerando que o arresto se configura

3 - O arresto é decretado pelo juiz, independentemente da verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 do artigo 227.º do Código de Processo Penal, se existirem fortes indícios da prática do crime.

4 - Em tudo o que não contrariar o disposto na presente lei é aplicável ao arresto o regime do arresto preventivo previsto no Código de Processo Penal.”

¹⁹⁴ Neste sentido, CONCEIÇÃO, Ana Raquel *op. cit.*, *In* Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), pp. 26-27.

¹⁹⁵ CORREIA, João Conde, *op. cit.*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 524.

¹⁹⁶ CONCEIÇÃO, Ana Raquel *op. cit.*, *In* Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), p. 29.

numa providência cautelar é imprescindível a verificação dos pressupostos, nomeadamente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* que à luz do processo penal “se traduz em prova indiciária suficiente da incongruência do património do arguido e o justo receio da sua dissipação”¹⁹⁷.

Assim, de acordo com a posição de ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, quer a incongruência do património do arguido, quer o justo receio da sua dissipação carecem de ser demonstrados pelo MP, muito embora, a lei consagre presunções, a estrutura do processo penal não deve, nem pode prescindir o MP da prova desses pressupostos que, naturalmente, carecerá de ser comprovada pelo Juiz. No entendimento da referida autora “se as autoridades judiciárias aquando do arresto preventivo, demonstrarem de forma clara a existência de indícios de que o arguido praticou o crime sob investigação, demonstrarem também a existência de incongruência patrimonial e que existe perigo da sua dissipação, não há uma violação da presunção da inocência do princípio da culpa ou da proibição da sua autoincriminação pois, a prova que o arguido carece de fazer é, em bom rigor, o exercício do contraditório”¹⁹⁸. Conforme o entendimento da autora, o arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado é uma medida que carece de uma melhor concretização, nomeadamente, de uma concretização mais acautelada, porque embora tenha um fundamento legitimador, se não houver uma reformulação na letra da lei, este acaba por ser ilegítimo pondo em causa os princípios constitucionais.

Outro problema desta Lei eclética e no nosso entendimento, talvez o mais sensível, é sem dúvida, o regime *sui generis* da perda alargada. Intitulada como medida de combate à criminalidade económico-financeira, que foi e continua a ser palco de diversos debates doutrinários, como ainda, protagonista de jurisprudência divergente.

Destacamos, desde já, dois pontos caracterizadores deste instituto: o primeiro, numa perspectiva substantiva, aponta-se o facto de ter em vista a repressão de vantagens presumidas de uma actividade criminosa que está balizada entre o património incongruente do arguido e o seu rendimento lícito; o segundo versa sob uma perspectiva processual em que é reconhecida uma inversão do ónus da prova¹⁹⁹, deixando a cargo do arguido a prova da licitude dos seus rendimentos.

Numa primeira análise, parece-nos que o sentido político-criminal que o legislador pretendeu dar à perda alargada subsumiu-se ao conteúdo de um mecanismo sancionatório cujo objectivo é garantir com uma maior eficácia a repressão de lucros que podem ser adquiridos através da

¹⁹⁷ *Idem ibidem*.

¹⁹⁸ *Idem ibidem*, p. 30.

¹⁹⁹ Cf. art. 9.º, da Lei n.º 5/2002.

prática de um certo tipo de criminalidade – isto é, tal sanção visa atingir o património do agente que tenha cometido um ou vários crimes previstos no catálogo elencado no art. 1.º desta Lei. Na prática, o que acontece resume-se ao seguinte: o condenado que detenha um avultado património em que a proveniência daquele pareça ser de origem da prática criminosa, não havendo, contudo, provas para que possam ser imputados (esses lucros) como vantagens do crime pelo qual é condenado – na verdade, caso existissem tais provas estaríamos sob o mecanismo da perda clássica – terá que provar a origem lícita do mesmo.

Neste sentido, como defende DAMIÃO DA CUNHA, não se trata de vantagens de um crime, trata-se de vantagens presumidas de uma actividade criminosa, ou vantagens de uma provável actividade criminosa²⁰⁰. Pelo que, desde já, ressalvamos que o conceito «presunção» (a não ser a da inocência²⁰¹) e «probabilidade» nunca foram fundamentos para a descoberta da verdade material no processo penal.

Na verdade, o legislador, ao consagrar este instituto, não foi claro na sua concretização, deixando algumas pontas soltas, nomeadamente no que concerne à amplitude do pressuposto para a sua aplicação. Quer isto dizer o seguinte: de acordo com a letra da lei, quando se verifica a condenação do agente pela prática de um ou mais crimes previstos no art. 1.º, da Lei n.º 5/2002, infere-se, desde logo, que a prática desse(s) ilícito(s) constitui(em) obrigatoriamente uma carreira criminosa, e que o seu património terá génese nessa carreira. Ou seja, para que estejamos perante uma carreira criminosa basta a prática de um só crime ou terá necessariamente de ser uma actividade continuada²⁰²? A lei não parece ser muito clara neste aspecto, razão pela qual, nos iremos debruçar nas próximas páginas.

Última adenda introdutória, o legislador insiste em sugerir que este instituto é não mais que um aprofundamento da perda clássica/directa, no entanto, se assim o fosse, seria uma perda que abrangeria, para além dos bens directamente obtidos com a prática do crime de catálogo, abrangeria ainda, outros que se presumissem ser de anterior actividade criminosa. Contudo, não acolhemos esta visão. Na verdade, no nosso entendimento, o que se trata aqui é não mais, do que o pagamento de uma quantia pecuniária (que pode ser liquidada com bens ou não – conforme indica o art. 12.º, desta Lei). Nesse sentido, DAMIÃO DA CUNHA refere que, não há o nexo de

²⁰⁰ CUNHA, José M. Damião da – *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)*. Lisboa: CEJ. 2002, p. 9.

²⁰¹ Iremos nos debruçar sobre este princípio de forma mais aprofundada no capítulo seguinte desta dissertação.

²⁰² Cf. CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: CEJ. 2002, pp. 9-10.

continuidade entre o regime da perda clássica e “esta entidade designada por (pseudo)perda”²⁰³.

Características que não podemos nem devemos ficar alheios, uma vez que, conflituam com os princípios processuais penais. Por isso, seguir-se-á o descortino deste instituto através da indagação da sua constitucionalidade.

4.1 A consagração da Perda Alargada

Conforme temos recorrido nas páginas que antecedem, a perda alargada vem na sequência dos *inptus* do direito internacional, que advertem toda a comunidade de que o crime não pode compensar seja em que Estado for. Tal como defende CONDE CORREIA o legislador ao consagrar a perda alargada criou um novo caso de *non-conviction based confiscation*²⁰⁴, que muito embora, esteja associado a um processo penal e tenha como pressuposto a condenação do indivíduo pelos crimes elencados, (já aqui enunciados). Se analisarmos a perda alargada divorciada do processo penal, percebemos que se trata de uma medida de carácter sancionatório que prescinde da condenação penal, “ela [a condenação] é apenas um pressuposto para desencadear este mecanismo”²⁰⁵. O próprio Tribunal Constitucional defende que o que está em causa num procedimento de perda alargada circunscreve-se à verificação da existência de ganhos resultantes de uma presumível actividade criminosa, porquanto, a aferição de qualquer responsabilidade penal do arguido já foi apurada no momento da condenação do crime de catálogo, “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 de culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo de concreto 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”²⁰⁶. E se assim o é, torna-se imprescindível compararmos este regime ao regime do enriquecimento ilícito, que por duas

²⁰³ Vide CUNHA, José M. Damião da, – *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. A lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*. Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 13.

²⁰⁴ Cf. definições das Recomendações do GAFI, de Fevereiro de 2012 “*non-conviction based confiscation means confiscation through judicial procedures related to a criminal offence for which a criminal conviction is not required*”.

²⁰⁵ CORREIRA, João Conde – *Non-conviction based confiscations no direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?*, in Julgar. Coimbra: Coimbra Editora, n.º 32 (maio-agosto), 2017 p. 87.

²⁰⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, de 23 de Setembro de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/70361321/details/maximized> (link) [consultado a 14 de Janeiro de 2021].

vezes, o legislador português tentou concretizar a possibilidade de o criminalizar²⁰⁷, embora soçobrada pelo TC. Esta tentativa de tipificação do enriquecimento ilícito propunha como tipo legal o seguinte: quem dispusesse de bens incongruentes com o seu rendimento lícito seria punido criminalmente. Desta forma, transferir-se-ia para o arguido o dever de demonstrar a licitude dos bens que integrassem o seu património para evitar a sua condenação. Ora, na verdade, não é isto que acontece com a perda alargada? Uma vez que, ao invés do que defende CONDE CORREIA, entendemos que a perda alargada tem carácter eminentemente penal e é, de facto, uma medida sancionatória – porém iremos aprofundar esta posição em momento mais apropriado.

Posto isto, no nosso entendimento, há uma similitude muito forte entre o enriquecimento ilícito e o regime de perda alargada, e por isso, inquieta-nos o facto do Tribunal Constitucional ter-se pronunciado no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do enriquecimento ilícito, apresentando como fundamento a inexistência do bem jurídico claramente definido, na medida em que, o fim deste tipo legal versava sobre "crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente"²⁰⁸. Dessa forma, o TC aponta que essa indeterminação da ação ou omissão que configura o tipo legal proposto violava o preceituado do art. 29.º, n.º 1, da CRP que exige a determinação típica. Ora, e na perda alargada onde está a determinação típica? Sediada na presunção de que pelo arguido ter cometido o crime de catálogo (efectivamente provado) o património que possui, e que não está provado que foi fruto da prática desse crime, é presumivelmente gerado pela prática de outros crimes? Com o devido respeito, mas não nos parece plausível.

Por fim, outro fundamento também utilizado pelo TC para apontar a inconstitucionalidade do enriquecimento ilícito concerne na violação do princípio da presunção de inocência. Este tribunal considerou, e com razão, que o tipo incriminador previsto na matéria do enriquecimento ilícito não era conforme os ditames constitucionais, na medida em que, presume que o património do arguido é ilícito porque não é congruente com os seus rendimentos lícitos, no entanto, não é feita "a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita"²⁰⁹, impondo dessa forma, ao

²⁰⁷ Mais concretamente em 2012, o parlamento aprovou o crime de enriquecimento ilícito, previsto no artigo 335.º-A do Código Penal, na redação do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República. E 3 anos mais tarde, já em 2015, a Assembleia da República criou um crime de enriquecimento injustificado previsto no artigo 335.º-A do Código Penal (os tempos verbais em itálico foram, por nós, alterados), na redação do Decreto n.º 369/XII, da Assembleia da República.

²⁰⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, de 19 de Abril de 2012, relator Conselheiro J. Cunha Barbosa, disponível em [Acórdão do Tribunal Constitucional 179/2012, 2012-04-19 - DRE](#) (link) [consultado a 15 de Janeiro de 2021].

²⁰⁹ *Idem ibidem*.

arguido a demonstração da proveniência legítima do referido património. Bem sabemos que, uma condenação em matéria penal tem de assentar numa demonstração positiva da culpa do arguido, sendo que, tal demonstração não pode, em momento algum, sacrificar o suporte garantístico que orbita em torno do arguido, designadamente – a presunção de inocência.

Face a aludida exposição, lançamos a questão, à qual nos comprometemos a dar resposta: e na perda alargada, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, e o *nemo tenetur se ipsum accusare*, não são sacrificados?

4.2 Regime jurídico: noções e amplitude

Contextualizando, de forma breve, em termos de tramitação processual, verifica-se a aplicação do instituto da perda alargada quando decorre um processo pela prática de um dos crimes de catálogo elencados no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002: em sede de inquérito, o MP procede a uma avaliação do património do arguido e, se verificar que há uma incongruência nos últimos cinco anos entre rendimentos auferidos licitamente pelo mesmo e o seu património naquele momento (configurando-se este num valor patrimonial muito superior), liquida o valor da incongruência que deverá ser perdido a favor do Estado, conforme prevê o artigo 8.º, n.º 1. Chamemos a atenção para o facto desta liquidação só ser possível com o apoio de uma investigação financeira e patrimonial (que decorre paralelamente à investigação criminal) levada a cabo pelo Gabinete de Recuperação de Activos tal como referimos no ponto 3 do presente capítulo.

Tal liquidação tem lugar no momento da acusação pelo MP, sendo que, não havendo possibilidade de o ser nesse momento, o MP tem até ao trigésimo dia antes da primeira sessão da audiência de discussão e julgamento para apresentar o património a liquidar ao arguido²¹⁰. É, ainda, precisamente nesse hiato temporal concedido pelo legislador, que o MP tem a possibilidade de alterar o valor da liquidação sempre que descubra que tais valores não correspondem à verdade²¹¹. Uma vez apresentada e/ou alterada, o arguido e o seu defensor devem ser de imediato notificados²¹². Porém, findo o processo, se o arguido não for condenado, faltarão um pressuposto para a aplicação deste instituto, conforme decorre do artigo 7.º, n.º 1: “em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado,

²¹⁰ Nos termos do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2002.

²¹¹ Como prevê o art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2002.

²¹² Cf. o art. 8.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2002, note-se que este diploma não faz menção às excepções que o próprio processo penal admite, como os casos de segredo de justiça.

presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” (sublinhado nosso). Destarte, a perda alargada pressupõe sempre a condenação, no entanto, em parte nenhuma deste diploma é dito que a condenação em causa pressuponha a existência de uma anterior actividade criminosa. Vejamos, existindo este vazio normativo relativamente ao dever do MP em demonstrar que, de facto, há uma anterior actividade criminosa, cai sobre o condenado o excessivo ónus de ter que provar a licitude de bens ou rendimentos que nada têm a ver com os crimes de catálogo²¹³.

Sobre esta questão, defendemos a posição de DAMIÃO DA CUNHA no seguinte sentido: relativamente ao crime que vem objectivar o processo, são válidas as regras do processo penal; em relação à inferência para uma anterior actividade criminosa, ou até mesmo concomitante, a prova exigida não é tão concludente em relação à da condenação (questão principal do processo), consistindo tão-só na demonstração de indícios que permitam presumir a existência de actos anteriores, contudo, similares aos acusados²¹⁴. Problema que será analisado a seu tempo.

Mais, a lei define ainda, ao abrigo do art. 7.º, n.º 2, do diploma ora em análise, que o património objecto desta perda é constituído pelo conjunto de bens que estão na titularidade do arguido no momento da sua constituição, bem como, os que tenham estado, nos últimos cinco anos até ao referido momento, mas que foram transferidos para terceiro de forma gratuita ou por diminuto valor.

Por fim, esclarece o artigo 9.º que a presunção da incongruência do património do arguido, assenta numa presunção *iuris tantum*, que pode ser ilidida através da prova de origem lícita do património tido como incongruente. Nesse sentido, a norma prevê, ainda, que para o uso desse ónus probatório é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal²¹⁵.

Todavia, como decorre da letra da lei, esta ilisão da presunção não reclama necessariamente, apenas a prova da sua origem lícita. Vejamos: o n.º 3, do artigo 9.º do presente diploma refere três situações em que a presunção é ilidida, ora, (i) fazendo prova de que resultam de actividade lícita; (ii) estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; e (iii) foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período de cinco anos²¹⁶ antes da constituição como tal.

²¹³ Neste sentido, CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: CEJ. 2002, pp. 11-12.

²¹⁴ *Idem ibidem*. p. 13.

²¹⁵ Cf. art. 9.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2002.

²¹⁶ Este período é balizado no hiato temporal de 5 anos antes da constituição de arguido, porquanto, entende o legislador que tem que estar conforme o prazo da validade das declarações fiscais, e nesta senda, como existe uma presunção de veracidade sobre estas, ficou deste modo definido o período de 5 anos.

Com efeito, o fim deste instituto reporta-se essencialmente em facilitar o ónus probatório do MP em processos cujo crime seja económico ou organizado.

Na verdade, partindo desta nota introdutória e descritiva do regime jurídico da perda alargada, percebemos que, nos precisos termos em que a mesma está configurada, levanta, à luz do nosso entendimento, várias incompatibilidades com os ditames constitucionais. Concentremo-nos sobre esse aspecto no capítulo seguinte do presente trabalho.

Capítulo III – A problemática do transvase da investigação financeira e patrimonial: a inconstitucionalidade da Perda Alargada

1. Da execução da perda alargada de bens: a questão de actividade criminosa

Das breves considerações efectuadas, importa agora expor a razão pela qual defendemos que há um transvase na investigação de índole patrimonial e em que sentido esse excesso conflitua com os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico.

Começemos por fazer algumas considerações a nível substantivo que dão aso a bastantes dúvidas de interpretação. Ora, como já foi anteriormente afirmado, este instituto tem como pressuposto a condenação por um crime de catálogo para que possa ser aplicado, todavia fica em aberto saber se a «actividade criminosa» tem que ser demonstrada. Neste contexto, decorre da letra da lei o seguinte: “em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” [sublinhado nosso], isto é, a prática de um dos crimes de catálogo não parece implicar necessariamente que o condenado tenha uma carreira criminosa no seu passado.

Segundo DAMIÃO DA CUNHA, seria necessário que, após a prova da prática do crime previsto no artigo 1.º, da Lei n.º 5/2002, houvesse ainda a demonstração de que tal crime tem proveniência numa carreira criminosa, e só após essa demonstração de uma alegada actividade criminosa seria aceitável que o MP trouxesse ao processo, de facto, a existência de um conjunto de bens que não se mostram congruentes com o rendimento normal do condenado e, por isso, deveriam presumir-se como vantagens de actividade criminosa²¹⁷. Contudo, é indispensável ter em consideração a situação económica do condenado e qual a actividade profissional que exerce. Suponhamos a

²¹⁷ Cf. CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: CEJ. 2002, pp. 21. Posição diversa apresenta JOÃO CONDE CORREIA, na qual, discordamos totalmente. O invoca que essa “exigência suplementar, imposta apenas por via exegética, não tem em nosso atender grande justificação, acabando por redundar numa espécie de revogação interpretativa do novo regime legal. No fundo, significa repriminar a prova da relação entre o crime pressuposto adicional e o património que com este regime inovador se quis dispensar. Exigir esse pressuposto adicional, será impor ao Ministério Público uma *diabólica probatio*. é quase impossível demonstrar – ainda que com base em padrões probatórios menos exigentes – a probabilidade de uma actividade criminosa *maxime* de um crime do catálogo, quando se investigou e não se recolheram indícios suficientes da sua prática”. Cf. CORREIA, João Conde, Da proibição do confisco à perda alargada. Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 110.

seguinte situação hipotética: um condenado por tráfico de estupefacientes (crime que pertence ao catálogo previsto na Lei n.º 5/2002) que tenha a propriedade de uma moradia avaliada em largos milhares de euros, no entanto, os seus únicos rendimentos são concedidos através da Segurança Social, com o rendimento social de inserção; neste caso, não é difícil ao Ministério Público fazer a ilação que a diferença de património decorre da prática de uma actividade criminosa. Nestas circunstâncias, a presunção não é arbitrária e no fundo é normal em qualquer processo, em qualquer forma de discurso jurídico, atendendo que resulta das regras da experiência que, na situação hipotética *supra*, tratar-se-ia de um crime praticado de forma organizada e não constituía um acto isolado. Perante esta situação, podemos aceitar a utilização da expressão pelo Ministério Público nos termos que ora se expõe: “presume-se que” no sentido de ser a única explicação razoável – ou seja, no caso concretamente exposto o condenado tem um património manifestamente superior aos seus rendimentos lícitos, pelo que presumir-se-á que tal tem origem em actividade criminosa. Mas, não obstante, espera-se que o arguido traga ao processo os elementos que sejam úteis para a defesa – e daqui, resulta três hipóteses: a) o juiz cria a convicção de que o património é lícito; b) o juiz não cria a convicção de que o património é lícito e declara perdido a favor do Estado; ou c) o juiz fica em dúvida; e portanto, o ónus da prova surge precisamente nesta questão de dúvida. Todavia, não vemos nenhuma razão para que o legislador tenha invertido o ónus da prova nesse sentido.

Ainda relativamente à prova ou não da existência de uma carreira criminosa, FRANCISCO BORGES apresenta uma perspectiva diferente, isto é, o autor defende que, se não fosse necessário provar a actividade criminosa, o legislador não teria elencado o vocábulo na estatuição da norma. Desta forma, ao nomear a origem presumida do património em actividade criminosa, verifica-se claramente a *ratio* da sanção, ou seja, há lugar à perda alargada porque se presumiu que os bens provêm de uma actividade designadamente criminosa e não em razão da sua origem desconhecida ou puramente ilícita²¹⁸. Nesta senda, há claramente uma incongruência no diploma deste instituto²¹⁹, relativa aos pressupostos para presunção e da respectiva ilisão, com efeito, para ilidir a presunção figura-se ser necessário provar que a aquisição dos bens foi lícita, mas não há qualquer nuance na lei que imponha o ónus de provar que não há uma actividade criminosa ligada à aquisição desses bens. “Se é assim, a presunção (...) referir-se-ia (...) a uma proveniência ilícita dos bens, não tendo relevância a menção, aí incluída, a uma qualquer actividade criminosa. Esta

²¹⁸ BORGES, Francisco, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade” in AA. VV. – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, pp. 220-221.

²¹⁹ Cf. artigos 7.º, n.º 1 e 9.º, da lei n.º 5/2002.

não seria, sequer, presumida: pura e simplesmente, cairia fora do âmbito da perda alargada de bens, nem carecendo de ser provada nem podendo ser contestada. O legislador teria, porventura, assumido que, dados os crimes de catálogo (...) a origem ilícita dos bens corresponderia necessariamente a uma origem criminosa, resultando daí o seu equívoco”²²⁰.

O autor afirma ainda que a incongruência referida na norma não tem que ir no sentido de incluir a actividade criminosa nos parâmetros dos pressupostos da presunção de ilicitude, deste modo, basta interpretar a matéria prevista no artigo 9º do presente diploma da seguinte forma: se a origem dos bens é lícita, significa que a sua génese é não criminosa, salvaguardando a *ratio* da lei e cingindo somente ao seu sentido literal.

1.1 A natureza jurídica da Perda Alargada

Definir a natureza jurídica deste instituto é de facto, a caixa de pandora de toda a problemática em torno da (in)constitucionalidade da perda alargada. Na verdade, é em torno da questão da natureza que a doutrina mais diverge (há pelo menos três correntes doutrinárias diferentes) e é em consequência dessa definição, que se chega à posição da conformidade ou desconformidade com os princípios constitucionais.

Começemos pela corrente que vai no sentido de caracterizar o mecanismo da perda alargada como uma medida materialmente administrativa. Desde já, discordamos desta visão, porquanto, se analisarmos o objecto do direito administrativo, depreendemos que não se subsume à realidade que ora analisamos. Ou seja, o Direito Administrativo regula as relações próprias da Administração Pública, como também as relações entre a Administração Pública e os particulares. *In casu*, em parte alguma assistimos ao estabelecimento de uma relação entre a perda alargada e a Administração Pública. Contudo, FRANCISCO BORGES²²¹ ao defender a natureza materialmente administrativa, sustenta tal posição argumentado que, ainda que a finalidade preventiva da perda alargada vá de encontro às finalidades subjacentes do direito penal, os efeitos deste instituto não o são. Mais, afirma que a perda alargada não tem a pretensão de penalizar o arguido, mas somente retirar-lhe os benefícios que presume resultar da actividade criminosa.

Em sentido igual afirma PEDRO CAEIRO²²², embora, ressalve que os objectivos prosseguidos

²²⁰ BORGES, Francisco, op. cit., Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, p. 221.

²²¹ *Idem ibidem*. pp. 223-224.

²²² CAEIRO, Pedro, op. cit., *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, 2011, pp. 309-311.

pela perda alargada são de carácter especificamente político-criminal e que tal mecanismo se encontra configurado no âmbito de um processo penal. Todavia, o autor caracteriza tal medida como materialmente administrativa, ainda que aplicada na circunstância de um processo penal – porém, este instituto muito se distânciava do facto punível (no sentido de não se verificarem os pressupostos: ilícito, típico, culposos), pelo que, entende o Autor, não havendo ligação directa com o facto criminoso, não há como concebe-lo como uma reacção verdadeiramente penal.

Na mesma visão, DAMIÃO DA CUNHA²²³ caracteriza a perda alargada como uma medida de carácter não penal, isto é, o autor afirma que esta medida nada tem a ver com o crime, declara ter uma espécie análoga a uma medida de segurança, “uma sanção de suspeita, condicionada à prova de um crime”²²⁴, ou seja, uma sanção administrativa que tem origem numa condenação penal anterior.

Ainda, CONDE CORREIA²²⁵ afirma tão-só que a perda alargada não é uma pena acessória a uma condenação, “mas uma medida de carácter não penal que procura lograr uma ordem patrimonial conforme o direito”²²⁶.

Seguimos para análise de uma posição minoritária, que atribui natureza civil ao presente instituto, sendo que, também não acolhemos esta posição. Vejamos o fundamento utilizado por LOURENÇO MARTINS²²⁷: o autor declara que há uma linha que separa o procedimento criminal que leva o arguido a ser condenado pela prática de um determinado crime e, por outro lado, o procedimento especial de perda alargada que visa a perda dos bens a favor do Estado. Ora, na sua visão, tal linha verte-se na separação das naturezas jurídicas dos processos, não obstante ambas as realidades ocorrerem apenas dentro do mesmo processo, neste sentido, o autor concretiza a sua posição afirmando que a perda alargada é um excerto cível no interior de um processo penal. Na verdade, do nosso ponto prisma, é-nos inaceitável esta posição pelo simples facto dos pressupostos deste instituto nada terem que ver com os mecanismos presentes no Direito Civil, como a responsabilidade contratual e extracontratual. Nesta senda, a perda alargada tem por pretensão prevenir a violação de um bem jurídico (isto é, evita que o património amealhado com a prática de um ilícito típico sirva de base para a prática de novos crimes), por outro lado, os

²²³ CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: CEJ. 2002, p. 20.

²²⁴ *Idem ibidem*. p. 20.

²²⁵ CORREIA, João Conde, op. cit., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 116.

²²⁶ *Idem ibidem*. p. 116.

²²⁷ MARTINS, Lourenço, “Luta Contra o Tráfico de Droga: necessidades de investigação e sistema garantístico”, Lisboa, in Revista do Ministério Público, ano 28, Jul-Set, 2007, n.º 111, p. 50 e ss. *apud* MINAS, Manuel Picão – “O confisco alargado no ordenamento jurídico português”. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. Dissertação de Mestrado.

pressupostos que regem o Direito Civil subsumem-se a um acto ilícito, culposo que aferindo de nexos causais leva ao dano X, Y, Z. Não é este o caso. Aliás, se efectivamente a perda alargada apresentasse uma natureza civil, ela nunca poderia ser enxertada no âmbito de um processo penal, pelo contrário, seguia os tramites do procedimento *in rem*. Isto é, seria um procedimento autónomo que dispensava um processo penal como pressuposto (a condenação do arguido por um crime de catálogo), dado que, o seu objecto seria apenas e tão-só a propriedade determinada como incongruente. Vendo a questão desse ponto, a culpa nem recaía sob uma pessoa física, incidia apenas sob o património despojado de prova de origem lícita. Portanto, se a perda alargada surge no âmbito de um processo penal, a sua natureza não pode, de todo, ser divorciada deste.

Finalmente, discorreremos sobre a última corrente doutrinária que sustenta a natureza penal da perda alargada.

Assim sendo, comecemos por JORGE GODINHO que defende que o confisco alargado traduz-se numa reacção penal análoga a uma medida de segurança, ou seja, uma reacção penal que carece de facto, dado que, a mesma incide sobre um estado que não põe em risco qualquer bem jurídico pois não há prova que determinados bens jurídicos tenham sido violados, apenas se presume. Pelo que, na visão deste autor, a perda alargada visa recompor a ordem jurídica violada. Esta posição é inspirada na visão que FIGUEIREDO DIAS tem acerca da natureza da perda clássica, isto é, nessa senda, FIGUEIREDO DIAS defendeu que a perda clássica não era uma perda acessória, mas o uma “providência sancionatória de natureza análoga à de medida de segurança (...) 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; e que, por isso mesmo, esta instauração se verifica com inteira dependência de o agente ter ou não actuado com culpa”²²⁸.

Seguidamente, a posição de AUGUSTO SILVA DIAS, considera que a natureza da perda alargada é eminentemente penal e constitui um efeito patrimonial, contudo não automático, da pena. Nesta esteira, o autor considera que este mecanismo cumpre finalidades político-criminais idênticas à da perda clássica, que está intimamente relacionada à prática do crime, no sentido de promover o adágio de que o crime não compensa pela comunidade, evitando, desse modo, que tal património seja utilizado para a prática de novos crimes, ou ainda, que seja “investido” na economia legal²²⁹.

²²⁸ V. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 638.

²²⁹ DIAS, Augusto Silva, - “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 38-40.

Tendo presente este debate doutrinal, no qual já excluimos duas correntes (natureza administrativa e civil) que não estão conforme a nossa ideologia e visão sobre o problema, resta-nos fundamentar a nossa posição acerca da natureza penal do instituto da perda alargada. Recuemos até à proposta de Lei n.º 94/VII e façamos uma resenha da Exposição de Motivos, a que já anteriormente aludimos. Com efeito, um os motivos para a criação da perda alargada cingiu-se à insuficiência dos mecanismos clássicos no combate à criminalidade organizada, uma vez que, tratando-se de uma actividade continuada, tornar-se-ia difícil provar a conexão entre a prática do ilícito e os proventos do mesmo, “criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode, constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa”.

Mais, os requisitos que a lei n.º 5/2002 enuncia para a aplicação da perda versam sobre uma efectiva condenação por um dos crimes catalogados no próprio diploma, bem como a incongruência do património do arguido e o seu rendimento lícito.

Se conjugarmos estes enunciados com as matérias previstas no artigo 29.º da CRP e o artigo 40.º do Código Penal, é clarividente que estamos perante um instituto com natureza eminentemente penal. Se assim não fosse, não surgiria no âmbito de um processo penal, sendo que a condenação por um dos crimes catalogados com o propósito de gerar lucros é um dos pressupostos de aplicação. Destarte, fica desde já evidenciado o carácter de prevenção criminal, no sentido em que, para além de uma punição através de uma pena privativa de liberdade, quer-se também prevenir que o agente do crime possa utilizar tais proventos na retoma dessa actividade geradora de vantagens lucrativas.

Ademais, a nuance estabelecida no artigo 7.º, n.º 3²³⁰, do presente diploma, evidencia a mescla entre o instituto que ora se discute e a perda clássica, o que enaltece ainda mais a compatibilidade com os mecanismos de natureza penal²³¹.

Aqui chegados, caber-nos-á doravante explicar, dentro do direito penal, se este instituto é uma pena ou uma medida de segurança. Termos em que, desde já, afastamos a figura da pena, pois falta o pressuposto basilar: a culpa. Como já discutimos, a perda alargada apenas gira em torno do património incongruente do arguido que não é abrangido na culpa pelo crime condenado, caso

²³⁰ “Consideram-se sempre como vantagens de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal”.

²³¹ No mesmo sentido, MATOS, Maria José Dos Santos, - *A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica*. Porto: Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito.

assim fosse estaríamos perante a perda clássica.

Posto isto, consideramos que a perda alargada tem natureza penal, assumindo o mesmo fim que uma medida de segurança. Começamos por explicar a razão pela qual defendemos a natureza penal deste instituto, e depois, passaremos à explicação de entendermos que o regime da perda aqui em discussão assume o mesmo fim de uma medida de segurança.

Sendo assim, não foi aleatoriamente que na consagração da perda alargada, o legislador inseriu este regime dentro do contexto do Direito Penal, despojando-a de um processo autónomo. Deste modo, se o legislador pretendesse atribuir a este regime uma natureza administrativa ou até mesmo civil, teria articulado outros meios para que pudesse pôr em prática este instituto. Ora, se pelo contrário, este vem no âmbito de um processo penal, acrescentando que, para se admitir a sua aplicação é necessário verificar a condenação do arguido por um crime de catálogo, é clarividente que a sua natureza só pode ser penal.

Questão diversa é o fim deste regime. Conforme afirmamos *supra*, não consideramos que a perda alargada tenha a mesma finalidade que uma pena, isto porque, desde logo, falha o pressuposto da culpa que é substituído por uma presunção (de culpa). Logo, só nos resta tentar subsumir a concretização do regime dentro dos pressupostos da medida de segurança, e de facto, parece-nos a posição mais equilibrada²³². Vejamos, a sua aplicação tem por base a perigosidade inerente à situação patrimonial do condenado que está contrária ao Direito, sendo que, caso essa contrariedade não seja impedida, o individuo irá praticar novos crimes, atendendo ao não sancionamento por parte do Estado relativamente ao seu património, ou seja, nesses casos o crime continuaria a compensar. Ora, se assim o é, os pressupostos da medida de segurança estão verificados, no sentido em que se define a existência de um concreto perigo – o perigo de tais lucros serem investidos em novos crimes. Conforme ensina FIGUEIREDO DIAS quando “os princípios que presidem à culpa e, por via desta, ao limite máximo de medida da pena, se revelem *insuficientes* para ocorrer a uma especial perigosidade resultante das particulares circunstâncias do facto”²³³, ser-lhe-á aplicada ao condenado, também uma medida de segurança. Em suma, a aplicação da perda alargada a par de uma pena de prisão efectiva parece-nos pretender fazer jus

²³² Porém, há quem não concorde com esta posição: “(...) não é, tão pouco, uma reacção análoga a uma medida de segurança, não porque se exija a condenação por um ilícito-típico culposo – pois nada impede a aplicação de medidas de segurança não privativas de liberdade a agentes que actuam com culpa –, (...) falta a determinação de um pressuposto essencial das medidas de segurança, qual seja, o *concreto* perigo de as vantagens possuídas pelo condenado servirem para a prática de futuros crimes.”. V. CAEIRO, Pedro, op. cit., in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, p. 310.

²³³ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 87.

a uma prevenção geral positiva, no sentido de inculcar na comunidade o exemplo que, não obstante do agente enriquecer com a prática do crime, esse enriquecimento é-lhe retirado.

1.2 Presunção de ilicitude do património incongruente e inversão do ónus da prova

É com a perda alargada que o processo penal português assiste, pela primeira vez na história da sua existência, a uma presunção que vai contra a sua máxima essencial do *in dubio pro reo* e que rege toda a tramitação processual.

É ponto assente que, para se verificar tal presunção, são necessários dois pressupostos: a condenação por um crime do elenco catalogado ao abrigo do disposto no artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002; e uma incongruência entre o valor do património do arguido e o rendimento lícito declarado por este. Preenchidos estes requisitos, o MP presume que toda a incongruência patrimonial foi adquirida através da prática de actividade criminosa, uma vez que só tem que provar os elementos que constituem a presunção, e não a efectiva actividade criminosa. Esta presunção, não sendo ilidida, conduzirá a que o valor apurado seja declarado perdido a favor do Estado. Ou seja, não é exigido que o tribunal esteja convencido de que o valor em causa provém de actividade criminosa.

Defendemos que o legislador confundiu dois elementos de prova diferentes: uma coisa é o direito que o arguido tem dentro do processo para prestar declarações, (conforme prevê os arts. 343.º e 361.º, do CPP), isto é, de trazer ao processo elementos necessários à sua defesa no uso do contraditório, coisa diferente é trazer ao processo uma imputação do ónus da prova ao como critério para evitar uma espécie de *non liquet*²³⁴. Mas, afinal, qual é a credibilidade desta presunção? Qual é a probabilidade, segundo as regras de experiência de vida do Ministério Público, para presumir uma origem criminosa na incongruência patrimonial de uma pessoa condenada por um crime de catálogo? “Ora o valor abrangido pela presunção pode perfeitamente corresponder a bens adquiridos com rendimentos lícitos, mas desconhecidos. Desde logo, nem todos os rendimentos têm de ser declarados. Por outro lado, mesmo quando exista essa obrigação, é óbvio que a sua violação não torna ilícita a actividade de que provêm os rendimentos. Ilícita, nesse caso, será a omissão da declaração. (...) não está em causa (...) a origem meramente ilícita do património, mas sim a sua origem especificamente criminosa. Da mera verificação de uma

²³⁴ Cf. nota de rodapé n.º 12, CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: Revista CEJ. 2002. Acerca deste tópico, Duarte Nunes declara que havendo um *non liquet* relativamente à real origem dos bens “do período em que foram obtidos ou em que foram obtidos os rendimentos que permitiram a aquisição daqueles bens será resolvido em desfavor do arguido”. Cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – op. cit. Revista Julgar Online. [Em linha]. Fevereiro (2017), [consultada a 17 de Novembro de 2020]. p. 47. Disponível em: <file:///C:/Users/jessica/Downloads/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversa%CC%83o-o%CC%81nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>

incongruência entre o património e os rendimentos conhecidos do arguido não se pode concluir pela probabilidade de o valor em causa ter uma origem especificamente criminosa”²³⁵.

Outra questão, prende-se ao crivo que subjaz a prova oferecida pelo arguido. Como já referimos, trata-se de uma presunção estranha ao direito processual penal, pelo que, desde já, não encontraremos uma solução para ultrapassar esta lacuna processual. Todavia, não nos parece ser admissível colocar o arguido na posição que o Ministério Público ocupa no processo e, nestas circunstâncias, ser o próprio arguido a ter de provar para além da dúvida razoável os factos que invoca. Da mesma forma, não nos parece também legítimo transpor-se as regras que valem noutros ramos de direito para o processo penal, uma vez que, em sede deste âmbito processual, só em termos muito específicos e delicados é que há lugar a analogia, nomeadamente, quando a mesma é *favore reum* ou *in bonam partem*²³⁶. Excepcionando estes casos, a regra é a sua proibição, pelo que, todo o sistema penal deverá ser regido pelo princípio da legalidade. E, com o devido respeito, não entendemos que estejamos concretamente perante uma das exceções à proibição de analogia, pelo contrário, aqui o recurso à analogia só prejudicaria a posição do arguido no processo.

De facto, a presunção não tem uma base sólida que suporte o seu modo de funcionamento rígido, com efeito, não há a exigência de um grau de convencimento mínimo por parte do tribunal relativamente à origem criminosa do património a ser declarado perdido a favor do Estado. Uma vez que a presunção por si só não tem força suficiente de persuasão e deixa muitas questões sem resposta, exige-se, pelo menos, um grau mínimo de plausibilidade²³⁷.

Neste sentido, declara a Directiva n.º 2014/42/UE, de 3 de Abril de 2014, no seu considerando n.º 21, o seguinte: “deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras

²³⁵ V. BORGES, Francisco, op. cit., Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, p. 231.

²³⁶ Como ensina FIGUEIREDO DIAS “face ao fundamento, à função e ao sentido do princípio da legalidade a proibição da analogia vale relativamente a *todos* os elementos, qualquer que seja a natureza, que sirvam para *fundamentar a responsabilidade* ou para a *agrar*; a proibição vale pois *contra reum* ou *in malem partem*, não *favore reum* ou *in bonam partem*.” Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 192.

²³⁷ V. BORGES, Francisco, op. cit., Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, pp. 234-235.

atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso”. Neste contexto, afirma FRANCISCO BORGES, ainda que o legislador nacional dispense o tribunal de estar convencido da plausibilidade do caso concreto, os pressupostos desta presunção terão, em abstracto, de ser mais convincentes²³⁸.

De facto, citando JORGE GODINHO, “(...) afigura-se que o confisco «alargado» com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção da inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o *non liquet* contra o arguido”²³⁹.

1.3 A presunção de inocência e o *nemo tenetur se ipsum accusare*

Cabe-nos, agora, aferir em que medida é que a criação desta presunção de ilicitude que inverte o ónus da prova em desfavor do arguido conflitua com os princípios constitucionais que estão intrinsecamente ligados ao processo penal.

Conforme decorre do preceituado no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, todo o arguido se presume inocente até transito em julgado da sentença de condenação – tal princípio serve de base para o modelo acusatório que vigora no nosso ordenamento jurídico. Esta estrutura acusatória²⁴⁰ funciona em prol do respeito pela dignidade da pessoa humana, sendo sempre garantido ao arguido o princípio do contraditório em qualquer fase do processo. Mais, tal estrutura serviu de rampa de lançamento para a elaboração do Código Penal e Código de Processo Penal que estão pensados em todo o seu conteúdo em função da presunção de inocência do arguido.

Concebendo o exposto, comecemos por dividir a presunção de inocência em duas vertentes: subjectiva e objectiva. Do ponto de vista subjectivo tal presunção prende-se com o tratamento que o arguido, enquanto sujeito processual, tem no processo. Neste contexto, no decurso da

²³⁸ *Idem ibidem*. pp. 235-236.

²³⁹ V. GODINHO, Jorge, op. cit. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1359.

²⁴⁰ Cf. artigo 32.º, n.º 5 da CRP.

tramitação processual, é assegurado ao arguido que seja tratado apenas e tão-só como um sujeito processual que está indiciado num crime, significa isto que as autoridades judiciais (juiz, MP) não podem fazer valorações em relação aos factos enunciados na acusação, bem como não é admitido que a liberdade do arguido seja restringida, salvo as excepções dos artigos 201.º e 202.º do Código Processo Penal.

Ora, as normas previstas na Lei n.º 5/2002, no que diz respeito ao tratamento do arguido, nomeadamente, à garantia da presunção de inocência deixam algumas questões. Vejamos: se o processo de perda ocorre simultaneamente com o processo crime, sem que, contudo, haja ainda uma condenação, verifica-se que esta inversão do ónus da prova ocorre numa fase em que o arguido se deveria presumir inocente, o que poderá ter um peso bastante negativo para a formação de convicção do juiz. Com efeito, o princípio constitucional da presunção de inocência vê-se, nestes termos, efectivamente restringido.

De acordo com os ditames constitucionais, é admissível restringir direitos fundamentais, desde que tal restrição sirva para proteger outro bem jurídico (questão da proporcionalidade)²⁴¹. Na verdade, a perda alargada nos termos em que está estabelecida é no nosso entendimento, um mecanismo que assenta na concreta perigosidade do agente e que tem como objectivo cabal colocar o condenado no *status* patrimonial em que este se encontrava antes de enveredar pelo caminho de uma presumível carreira criminosa. No sentido de evitar que os lucros gerados através da prática de um crime, bem como, todos aqueles lucros que sejam incongruentes com o património lícito, (embora sem a sua ilicitude provada, porém presumida), conduzam a nova prática criminosa, ou, ainda, que sejam introduzidos na economia de forma legal e contaminando todo o sector económico.

Nestes termos, o legislador permite aplicar este mecanismo em prol da protecção do direito fundamental da segurança consagrado no artigo 27.º, n.º 1, da CRP. Será legítimo restringir a presunção de inocência em prol da segurança, promovida pelo instituto da perda alargada no combate ao lucro do crime?

Para aferimos da legitimidade é essencial atentarmos à questão da proporcionalidade e se o núcleo medular da presunção de inocência é atingido. Começemos pelo último, o legislador ao presumir na Lei n.º 5/2002 que o património incongruente do arguido provém de alegada actividade criminosa, atingiu a essencialidade da presunção de inocência que versa precisamente

²⁴¹ Segundo o artigo 18.º, n.2 da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

no oposto, ou seja, ao arguido é-lhe conferido um tratamento de total inocência até trânsito em julgado da sua condenação.

No entanto, nos termos em que a letra da lei está formulada, o juiz antes de proferir a decisão (sentença) no sentido de condenar o arguido confere, desde logo, um grau de culpabilidade pelo simples facto de este ter património que é incongruente com o seu rendimento lícito; é evidente que tal circunstância irá influenciar a criação da convicção do juiz.

Diversos autores²⁴² defendem que o núcleo essencial da presunção de inocência não é atingido nos termos expostos, fundamentado que os efeitos da perda alargada são exclusivamente patrimoniais. Contudo, não podemos acolher tal argumento, na medida em que, como já referimos, os efeitos da perda alargada no decurso do processo penal não têm exclusiva índole patrimonial. O facto de se discutir a situação do crime e também dos bens na mesma audiência de discussão e julgamento, afecta as garantias processuais do arguido e a imparcialidade do juiz. A questão ultrapassa a situação patrimonial do arguido, o problema que orbita nesta circunstância prende-se no facto do arguido ser tratado como um criminoso, quando deveria estar a ter um tratamento de presumido inocente e não o inverso.

Quanto à aferição da proporcionalidade em restringir a presunção de inocência em prol da protecção de segurança subjacente à perda alargada, cremos que é um mecanismo necessário para o combate deste tipo de criminalidade que provoca impactos drásticos na comunidade. Não obstante a sua necessidade, não vemos justificação para uma total subversão do princípio da presunção de inocência, atingindo o inconcebível tratamento do arguido (presumível inocente) como um criminoso. Atendendo que, estamos perante um princípio consagrado na Lei Fundamental, que suporta toda a produção normativa do sistema penal, consideramos que a presunção de inocência deve prevalecer²⁴³ e não o inverso.

Relativamente à vertente objectiva da presunção de inocência, é considerada a mãe do mais basilar princípio penal: *in dubio pro reo*. Isto é, em todas as circunstâncias de dúvida não solucionável sobre a matéria de facto, o juiz decide em favor do arguido e havendo dúvidas em relação à culpa, deve o arguido ser absolvido²⁴⁴. Porém, como já expusemos, na concepção da

²⁴² Pedro Caeiro defende que “a perda alargada não viola a presunção de inocência (...) não se trata da imputação de crimes: trata-se da determinação e confisco de um património com origem ilícita provada (através de uma presunção), que o legislador quis restringir às vantagens provenientes de actividade criminosa” cf. CAEIRO, Pedro, op. cit., *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, 2011, pp. 319-320.

²⁴³ No mesmo sentido, MINAS, Manuel Picão – O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. Dissertação de Mestrado. pp. 37-38.

²⁴⁴ A propósito disto, “(...) o direito à presunção de inocência significa que toda a condenação deve ser precedida de uma actividade probatória necessária a firmar a responsabilidade do arguido, não cumprindo a este a prova da sua

perda alarga tal e qual como está prevista no artigo 7.º, da Lei n.º 5/2002, o que acontece é precisamente o oposto.

O *in dubio pro reo* não admite a criação de presunções de ilicitude que ponham a cargo do arguido o ónus da prova, devendo ser apenas o Ministério Público o titular do ónus probatório. Com efeito, se o Ministério Público acusa o arguido pela prática de um crime, incumbe ao Tribunal no uso dos seus poderes de investigação, fazer prova dos factos pelos quais sustentam a acusação, não os podendo presumir.

DAMIÃO DA CUNHA expõe também as suas dúvidas relativamente ao respeito pela presunção da inocência e os direitos de defesa do arguido em sede de perda alargada. Com efeito, afirma o autor que a Constituição, ao prever para o arguido todos os direitos de defesa, significa que, a par desses direitos, o arguido goza ainda da liberdade de autonomia na conformação da sua defesa. Ora, tal princípio-garantia reflecte a possibilidade de o arguido, em plena liberdade, apresentar todos os elementos que lhe sejam favoráveis relativamente à culpabilidade do crime pelo qual é acusado, bem como relativamente à aplicação da perda alargada. “E, nestes termos, não se pode deixar de reconhecer que o arguido tem o direito, como forma de defesa, a admitir alguma responsabilidade no crime, em ordem a fazer valer aspectos que mitiguem ou mesmo eliminem a gravidade dos factos imputados. Só que, assim sendo, poderá haver casos em que o arguido, sob reconhecimento implícito da sua responsabilidade – e visando a atenuação da pena -, se tenha que confrontar com a possibilidade de se verificar a presunção estabelecida na lei. Pode, assim, o arguido ver-se no dilema de ter de enfrentar uma e outra questão, cuja defesa pode não ser coincidente”²⁴⁵.

Ademais, o dilema que pode surgir ao arguido levanta, ainda, a questão do respeito pelo princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Antes de avançarmos para os problemas de conflitualidade entra a perda alargada e o respeito pelo *nemo tenetur*, tecemos algumas considerações sobre este princípio. Embora, a Constituição não faça uma referência específica do direito ao silêncio, nem ao privilégio da autoincriminação, encontramos fundamentação constitucional pela garantia dos direitos de defesa e do princípio da presunção de inocência previstos no art. 32.º, da CRP; é unânime entre a doutrina e jurisprudência que o *nemo tenetur* assenta no respeito pela vontade do acusado assegurando a protecção deste “contra o exercício

inocência; na dúvida o arguido deve ser considerado inocente e em consequência absolvido.” V. SILVA, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português. Noções gerais. Sujeitos processuais e objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 320.

²⁴⁵ V. CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: Revista CEJ. 2002, p. 44.

impróprio dos poderes coercivos pelas autoridades”²⁴⁶, ou seja, este princípio permite ao arguido a não contribuir para a aferição da sua culpabilidade. No entanto, em termos infraconstitucionais o direito ao silêncio foi consagrado entre nós, muito antes de ser elaborada a nossa actual CRP, foi portanto, no Decreto de 28 de Dezembro de 1910 que ditou que o réu em processo penal só poderia ser obrigado a responder a questões relativas à sua identificação, em sede de audiência de julgamento. Apenas e tão-só. Feitas as contas, percebemos que o direito ao silêncio foi consagrado 2 meses após a implantação da República e viu a sua consagração expressa no Código Penal de 1929. Volvidos uns anos, só em 1987 é que o CPP veio trazer real efectividade a este direito, destacando-o como direito essencial do arguido [art. 61.º, n.º 1, al. d)], a par disto, o próprio CPP juntou uma série de normas que vieram trazer sentido prático ao silêncio e seu respectivo direito, tais como: a consagração de provas proibidas que impedem a valoração da prova quando o silêncio é violado (art. 126.º); a interdição da valoração negativa do silêncio (art. 343.º, n.º 1); e o dever geral de fundamentação das decisões judiciais (art. 374.º)²⁴⁷.

Neste contexto, realçou o aresto n.º 418/2013 do Tribunal Constitucional²⁴⁸ que “encontra-se [o *nemo tenetur se ipsum accusare*] sobretudo associado ao direito ao silêncio, ou seja, à faculdade de o arguido não prestar declarações autoincriminatórias, nomeadamente não respondendo a questões sobre os factos que lhe são imputados e cuja prova pode importar a sua responsabilização e sancionamento”, mais, o aresto n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional acolhe também a posição de que o *nemo tenetur se ipsum accusare* “além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a prestação de informações ou a entrega de documentos autoincriminatórios, no âmbito de um processo penal. Tal princípio intervém no processo penal sob duas formas distintas: preventivamente, impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação e repressivamente, obrigando à desconsideração de meios de prova recolhidos com aproveitamento duma colaboração imposta ao arguido”²⁴⁹.

²⁴⁶ V. LOUREIRO, Flávia Noversa – *O direito fundamental à não Autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono*. [em linha] E-book – Direito na lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono – Vol. II (2017), p. 23. [Consultado a 10 de Janeiro de 2021]. Disponível em: [3º Congresso em Direito na Lusofonia Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono Vol.II.pdf \(uminho.pt\)](#) .

²⁴⁷ *Idem ibidem*, p. 24.

²⁴⁸ Acórdão Tribunal Constitucional, n.º418/2013, de 15 de julho de 2013, relatora Conselheira Catarina Sarmento e Castro, disponível em www.tribunalconstitucional.pt (link) [em linha]. 3º Parágrafo do Ponto 4.

²⁴⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 340/2013, de 17 de junho de 2013, relator Conselheiro João Cura Mariana, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2013&numero_actc=418 [consultado a 18 de Janeiro de 2021].

Entre a doutrina, afirma COSTA ANDRADE que, muito embora o *nemo tenetur se ipsum accusare* não esteja expresso na Constituição, no que respeita ao direito processual penal a vigência deste princípio é unissonante. Significa isto que a malha desenvolvida na lei processual assegura o acolhimento do princípio *nemo tenetur*, desde logo, no artigo 61.º, n.º 1, alínea d), é garantido ao arguido “um total e absoluto direito ao silêncio (...) [ou seja], o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num indesejável e perverso *privilegium odiosum* proibindo a sua valoração contra o arguido”²⁵⁰. Nesta esteira, o legislador para reforçar a consistência do conteúdo material do *nemo tenetur* impôs às autoridades judiciais e aos OPC que fizessem a advertência ao arguido dos seus direitos quando este é chamado a prestar declarações²⁵¹.

Na visão de FLÁVIA LOUREIRO, o direito à não autoincriminação tem duas vertentes completamente distintas e autónomas uma da outra, ou seja, dentro da não autoincriminação há a vertente do direito ao silêncio do arguido, de que já falamos, contudo, para a autora há ainda a vertente (a qual, baptiza de direito à não autoincriminação em sentido estrito) que versa sobre as obrigações de acção ou omissão que podem “impender sobre o arguido, de apresentar, prestar, entregar ou sujeitar-se à obtenção de certos elementos probatórios”²⁵². E na esteira do que refere a autora, os problemas agudizam-se quando ligamos o âmbito material deste princípio ao âmbito normativo, pelo que, deixamos esta interrogação: estará assegurado o *nemo tenetur* no art. 9.º, da Lei n.º 5/2002, quando refere expressamente “pode o arguido provar a origem lícita dos bens”? Entendemos que não.

Isto posto, o arguido tem o direito a não prestar declarações em qualquer fase do processo, sem que o seu silêncio possa ter um valor negativo para a decisão²⁵³. Ora, do que resulta da

²⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. 1ª Ed. (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 126.

²⁵¹ Cf. artigos 58.º, n.º 2; 61.º, n.º 1, al. g); 141.º, n.º 4 e 343.º, n.º 1, do CPP.

²⁵² Cf. LOUREIRO, Flávia Novera – *op. ult. cit.* [em linha] E-book – Direito na lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono – Vol. II (2017), p. 25. [Consultado a 10 de Janeiro de 2021]. Disponível em: [3º Congresso em Direito na Lusofonia_Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono_Vol.II.pdf \(uminho.pt\)](#)

²⁵³ Porém há um aresto do Supremo Tribunal da Justiça que assim não entende, declarando que do silêncio do arguido o tribunal pode retirar inferências que comportem as regras da experiência. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº936/08.JAPRT, de 6 de outubro de 2010, “se do dito, ou do não dito, pelo arguido não podem ser diretamente retirados elementos de convicção, o que disser, ou sobretudo o que não disser, não pode impedir que se retirem as inferências que as regras da experiência permitam ou imponham. Ademais, o princípio *nemo tenetur* previne uma «coerção abusiva» sobre o acusado, impedindo que se retirem efeitos diretos do silêncio, em aproximação a um qualquer tipo de ónus de prova formal, fundando uma condenação essencialmente no silêncio do acusado ou na recusa deste a responder a questões que o tribunal lhe coloque. Mas o princípio e seu conteúdo material não podem impedir o tribunal de tomar em consideração um silêncio parcial do interessado nos casos e situações demonstrados, e evidentes, e que exigiriam certamente, pelo seu próprio contexto e natureza, uma explicação razoável para permitir a compreensão de outros factos suficientemente demonstrados e imputados ao acusado. Nos casos em que o tribunal pode e deve efetuar deduções de factos conhecidos (usar as regras das presunções naturais como instrumento de prova), o silêncio parcial do acusado, que poderia certamente acrescentar

conjugação dos artigos 7.º e 9.º, da Lei n.º 5/2002, denota-se a obrigatoriedade de o arguido se pronunciar, bem como, prestar, apresentar, entregar quaisquer elementos probatórios acerca da proveniência dos seus bens para ilidir a presunção criminosa que recai sobre eles. Caso o arguido se remeta ao silêncio, todos os bens que estão na sua titularidade ou na titularidade de terceiros (por via de doação do arguido ou através de pagamento de quantia irrisória) serão declarados perdidos a favor do Estado. Naturalmente, que nestas circunstâncias há uma restrição ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, não obstante desta restrição se relacionar directamente com os efeitos patrimoniais da perda alargada, não deixemos de colocar a interrogação sobre a influência que tais declarações poderão ter na formação da convicção sobre a prática do ilícito, porquanto, o arguido para provar a licitude do património poderá ter que revelar factos incriminatórios²⁵⁴.

Na mesma esteira, explica-nos PAULO SILVA MARQUES, “o direito ao silêncio, um dos corolários mais importantes do princípio *nemo tenetur* consagrado implicitamente na Constituição da República Portuguesa, é amplamente comprimido, visto o arguido correr o risco de ser forçado a proferir declarações, as quais lhe poderão ser desfavoráveis no encadeamento da questão principal para fugir ao confisco. (...) parece que a imposição ao arguido do dever de carrear prova, rectius proferir declarações que lhe podem ser desfavoráveis, para efeitos de obstar ao confisco, viola este direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido constitucionalmente previstas, *maxime* no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa”²⁵⁵.

Face ao antedito, tendo em consideração a nossa posição face à natureza penal do instituto da perda, não nos resta outra via senão defender que a perda alargada nos moldes que o legislador a definiu é inconstitucional, violando o princípio da presunção da inocência e atingindo o núcleo essencial do direito ao silêncio²⁵⁶. E não podemos continuar a permitir esta violação. O direito ao

alguma explicação para enfraquecer uma presunção, não pode impedir a formulação do juízo probatório de acordo com as regras da experiência, deduzindo um facto desconhecido de uma série de factos conhecidos e efetivamente demonstrados.”

²⁵⁴ No mesmo sentido defendem os autores, Damião da Cunha cf. CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: Revista CEJ. 2002, p. 44, e Manuel Minas cf. MINAS, Manuel Picão – O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. Dissertação de Mestrado. p. 41.

²⁵⁵ Cf. MARQUES, Paulo Silva – “O Confisco ampliado no direito penal português”, Revista Lusitana. Direito, Série II, n.º 10, Lisboa, Universidade Lusitana Editora, 2012, p. 303.

²⁵⁶ Em sentido oposto, Duarte Nunes “não sendo o *nemo tenetur* um princípio absoluto, não faltam na nossa ordem jurídica, casos de imposição de deveres de colaboração no âmbito da realização de ações inspetivas e de supervisão, sendo que o próprio TC entendeu que inexistente qualquer violação da CRP no caso de se utilizarem como prova, no processo penal ou contraordenacional que venha a ser instaurado na sequência da deteção, no âmbito de tais ações, da prática de ilícitos de elementos que tenham sido fornecidos pelos arguidos ao abrigo de tais deveres de colaboração¹⁴², não faltando também quem entenda que, mesmo no processo penal, existindo indícios de culpa do

silêncio não pode sem mais, ser esvaziado. Como sugere FLÁVIA LOUREIRO, o direito à não autoincriminação deveria ser sujeito a uma renovada centralização, e partindo dessa nova visão, os demais meios de prova e os demais meios de obtenção de prova serem ajustados e norteados pelo princípio *nemo tenetur*. Muito embora, o legislador tenha tentado estruturar o mecanismo da perda alargada sem negligenciar o direito ao silêncio, o facto de incumbir ao arguido a prova da licitude do património que elegera como incongruente, sob pena deste ser declarado perdido, acaba por se revelar um meio de prova “que pode ser realizado sobre o arguido, independentemente da sua vontade ou mesmo contra ela, desconsiderando-a totalmente. (...) [desta forma] enfrentarmos (...) o sério risco de, nestas nossas modernas sociedades democráticas, estarmos a transformar os direitos de defesa em mera afirmação formal e, repetindo o passado, *coisificamos* o ser humano, relegando-o, de novo, a mero objecto do processo penal”²⁵⁷.

1.4 A posição do Tribunal Constitucional

Embora defendamos que a perda alargada é inconstitucional, esta posição não é acolhida pelo Tribunal Constitucional, desde logo, porque este tribunal define a natureza da perda alargada como sendo uma natureza não penal. O TC pronunciou-se, por diversas ocasiões, acerca do regime da perda alargada, designadamente sobre os artigos 7.º e 9.º, da Lei n.º 5/2002. Em resultado destas pronúncias, a instância decidiu pela conformidade do instituto com a Constituição.

No aresto n.º 392/2015, o tribunal afirma que o contraditório é exercido de forma plena e que a perda alargada é um enxerto no processo penal, vejamos: “(...) a presunção de proveniência ilícita de determinados bens e a sua eventual perda em favor do Estado não é uma reacção pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso. Trata-se, antes, de uma medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens. Tendo em conta o aqui exposto, nesse procedimento

arguido, a ausência de explicações plausíveis por parte deste (que optou por se remeter ao silêncio), quando esteja em condições de as dar, poderá funcionar como indício da sua culpa” cf. NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – *op. cit.* Revista Julgar Online. [Em linha]. Fevereiro (2017), [consultada a 17 de Novembro de 2020]. p. 58. Disponível em: <file:///C:/Users/jessica/Downloads/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversa%CC%83o-o%CC%81nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>

²⁵⁷ V. LOUREIRO, Flávia Noversa – *op. ult. cit.* [em linha] E-book – Direito na lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono – Vol. II (2017), p. 29. [Consultado a 10 de Janeiro de 2021]. Disponível em: [3º Congresso em Direito na Lusofonia Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono Vol.II.pdf \(uminho.pt\)](#)

enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido, invocadas pelo Recorrente (...) o montante apurado como devendo ser declarado perdido em favor do Estado deve constar de um ato de liquidação, integrante da acusação ou de ato posterior, onde se indicará em que se traduz a desconformidade entre o património do arguido e o que seria congruente com o seu rendimento lícito. Este ato de liquidação é notificado ao arguido e ao seu defensor, podendo o arguido apresentar a sua defesa, nos termos já referidos, assegurando-se, assim, um adequado exercício do contraditório, sendo que, conforme se referiu, para ilidir a presunção, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo, além de que o próprio tribunal deverá ter em atenção toda a prova existente no processo, donde possa resultar ilidida a presunção. (...) Acresce ainda que, no plano processual, o regime de perda de bens previsto na Lei n.º 5/2002, embora assente numa condenação pela prática de determinado o ilícito criminal (integrante do catálogo previsto no art. 1.º da Lei n.º 5/2002), está sujeito a um procedimento próprio, enxertado no procedimento criminal pela prática de algum dos aludidos crimes, no qual o legislador não deixou de ter em atenção diversas garantias processuais”²⁵⁸. Por tudo aquilo que já expusemos, não podemos concordar com esta posição, no sentido em que acolhemos a corrente doutrinária²⁵⁹ de que a perda alargada tem natureza penal e por correr no seio de um processo penal tem um peso considerável na formação da convicção do julgador.

Como defende ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, a convicção formada pelo tribunal no sobredito aresto prende-se com a concretização da efectiva perda alargada “com base na existência de um juízo de culpa formado aquando da decisão condenatória, ou atrevemo-nos nós, após o seu trânsito em julgado”²⁶⁰. Ressalva-se o seguinte: no momento em que é formulada a presunção de ilicitude perante o património do arguido e o mesmo tem de apresentar no processo através da contestação fundamentos para ilidir a presunção, ainda não há condenação pelo crime de catálogo e o arguido é presumido como criminoso, ao invés de ser presumido como inocente.

²⁵⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, de 23 de Setembro de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/70361321/details/maximized> (link) [em linha].

²⁵⁹ Posição defendida por Jorge Godinho, Augusto Silva Dias e Maria José Matos. Cf. GODINHO, Jorge, op. cit. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1359; DIAS, Augusto Silva, op. cit., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 38-40. MATOS, Maria José Dos Santos, - A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica. Porto: Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito.

²⁶⁰ CONCEIÇÃO, Ana Raquel – *O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado: descontinuidades e aplicação prática*. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), p. 29.

Utilizando a fundamentação do TC sobre a constitucionalidade da presunção, note-se o seguinte: se é verdade que a presunção recai apenas sobre os efeitos patrimoniais do arguido e não serve para o condenar (como já referimos, não acolhemos esta posição), parece-nos a nós legítimo expandir o problema também para o *momentum* em que o arguido tem que oferecer a prova para evitar uma possível perda a favor do Estado. Com efeito, tendo a defesa de ser apresentada antes da decisão do mérito da questão penal, até que ponto o arguido não será colocado numa posição débil? Vendo-se obrigado a renunciar ao seu direito ao silêncio para mostrar ao julgador que afinal o valor apresentado na liquidação pelo Ministério Público não provém de carreira criminosa. Sem olvidar, como já referimos anteriormente, que esta demonstração por parte do arguido da licitude do seu património pode levar à sua autoincriminação.

Reflectindo sobre tudo o que já havemos dito, parece-nos que a melhor solução para sanar todas as dúvidas acerca da inconstitucionalidade da perda alargada, seria o TC pronunciar-se pela separação deste instituto do processo penal onde o problema pudesse ser discutido autonomamente, dando a possibilidade ao arguido de se defender de forma plena sem recuar entrar num dilema com as suas declarações. Desse modo, alterando a posição de que a perda alargada é um processo enxertado dentro do processo penal, mas que em nada afecta as garantias atribuídas ao arguido em termos de investigação criminal.

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS TRINDADE, colocando em hipótese que a presunção da Lei n.º 5/2002 viesse a ser declarada inconstitucional, escreveram previamente – em 2009, para a revista *Julgar* – que, no caso do TC seguir pelo caminho da desconformidade com a Constituição, seria uma alternativa trilhar o caminho para uma *actio in rem*. Ou seja, nas palavras dos autores, “se, ainda assim, as instâncias superiores vierem a considerar inultrapassáveis as dificuldades de uma leitura e aplicação constitucionais desse preceito da lei ordinária, não vemos que a diferente estrutura do sistema de direito continental impeça a adopção de institutos com uma configuração exclusiva ou predominante civilística, à semelhança do que sucede com os sistemas anglo-saxónicos. Não devendo, também aí, ser afastada a consagração de presunções, com a do art.º 7º da Lei n.º 5 /2002, à semelhança do que acontece noutros domínios civis²⁶¹”. Conforme resulta da visão dos autores, a única solução para afastar as dúvidas relativas ao respeito pelos direitos fundamentais, seria colocar o instituto da perda alargada noutra âmbito, que não no seio de um

²⁶¹ SIMÕES, Euclides Dâmaso, TRINDADE, José Luis – *Recuperação de Activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)*. [em linha] Revista *Julgar* online. Maio (2010), p. 33.

processo penal. Neste contexto, os autores explicam-nos que “[a] modificação da estrutura da providência legal, para além do objectivo a que se aludiu, teria ainda o mérito de remeter a decisão pós-sentencial do processo, retirando-lhe a carga sancionatória que comporta na configuração actual, ao mesmo tempo que não obrigava o arguido a proferir alegações que o poderiam prejudicar em termos criminais, nem fazia precluir o seu direito de defesa contra a petição de perda ou confisco alargado”²⁶².

Entretanto, a problemática da conformidade da presunção com a Constituição foi levada uma vez mais junto do TC e, nessa sede, a fundamentação do acórdão n.º 476/2015, aderiu à fundamentação do acórdão n.º 392/2015. Contudo, enunciou um novo argumento sobre as dificuldades de prova que o Ministério Público acarreta na investigação do tipo de criminalidade em causa, ou seja, “admitindo-se que o legislador não podia ser indiferente à evidência de que o nexó causal que é objeto da presunção legal questionada oferece grandes dificuldades de prova, o que é generalizadamente reconhecido, a criação de uma presunção legal de conexão não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado. As presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte, dentro dos limites do justo e do adequado, enquanto a tutela da parte ‘prejudicada’ pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexó lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada”²⁶³.

Sucedem que, como bem sabemos, o juiz no processo penal, em consequência dos poderes que decorrem da independência judicial, goza da livre apreciação da prova e do poder investigatório em busca da verdade material, pelo que o regime de perda alargada, ao consagrar esta presunção de ilicitude que pauta a prova e retira ao juiz as faculdades de averiguar a origem do património, restringe, de certo modo, tais poderes.

MANUEL MINAS defende que há uma intromissão legislativa nos poderes e na autonomia judicial que evidencia a limitação do poder judicial pelo poder legislativo, ocorrendo a violação do disposto no artigo 2.º da Constituição, que consagra a separação de poderes. O autor concretiza

²⁶² *Idem ibidem*. Nota de rodapé n.º 21. p. 33-34.

²⁶³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 476/2015, de 5 de Novembro de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/70919979/details/maximized> (link) [em linha].

defendendo que “ao impor que o juiz deva considerar que todo o património do arguido é ilícito sempre que ele falhe em provar a congruência do mesmo, a lei está a retirar todos os poderes do juiz no que toca à decisão do confisco alargado, não podendo este averiguar se os bens são efectivamente ilícitos ou não”²⁶⁴.

²⁶⁴ Manuel Minas cf. MINAS, Manuel Picão – O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 42.

2. Solução apresentada: uma recuperação de activos legitimada sem desvirtuar os princípios basilares do processo penal em prol do respeito pelos direitos do arguido

Por tudo o que já foi exposto, concluímos que o mecanismo de recuperação de activos actualmente em vigor no nosso sistema tem ainda algumas arestas a limar. No decurso da nossa investigação definimos sempre a posição de que não concordávamos com certos moldes em que a investigação financeira e patrimonial se concretizava e que, alguns deles, se figuravam desconformes com os princípios constitucionais. Como o nosso especial enfoque foi a questão da perda alargada, pouco efeito surte se levantarmos o problema e não apresentarmos uma proposta para solucionar a questão.

Neste sentido, é indubitável que a recuperação de activos é uma medida completamente necessária no combate à criminalidade económico financeira, no entanto, esta forma exemplar de mostrar ao agente do crime que a prática do mesmo não compensa não pode ser atingida a todo o custo. Acima de tudo, o legislador tem de ter a consciência que há valores essenciais num Estado de Direito, como também o próprio Direito Processual Penal consagra uma série de princípios que não podem ser sacrificados.

Concluímos que a recuperação de activos através da perda alargada está desconforme com a Lei Fundamental por a mesma ocorrer no seio da tramitação processual penal e intrinsecamente atribuir-lhe uma natureza eminentemente penal. Neste sentido, como na mesmo âmbito processual há uma liquidação, acusação, contestação e defesa, comporta o inevitável risco que o julgador confunda o crime com a actividade criminosa. Acresce que, simultaneamente, há uma diminuição de garantias processuais do arguido e uma influência na formação de convicção do julgador. E ainda, a ausência de um facto (uma vez que, este instituto se fundamenta em juízos de probabilidade) é o suficiente para obstar, do ponto de vista material, a acomodação do instituto às reacções penais.

Pelo que, consideramos que a perda alargada deve ser configurada num procedimento autónomo de carácter não penal. Só desse modo é que admissível alcançar uma recuperação de activos sem desvirtuar os princípios constitucionais intimamente ligados ao processo penal.

Também nesta linha de pensamento está GERMANO MARQUES DA SILVA que defende que a melhor solução seria criar uma obrigação em que todos os cidadãos procedessem a uma espécie de inventário dos seus bens, ao invés de se criarem presunções sobre o seu património. De acordo

com o que refere: "tenho sérias reservas quanto a esta medida, porque muitas vezes é de prova impossível a origem lícita dos bens, nomeadamente que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido. Suponhamos que o arguido ao longo da sua vida amealhou um determinado património e o converteu em joias, metais e pedras preciosas e o tem guardado num escaninho de sua casa ou mesmo num cofre bancário, como ainda é frequente. Não será que terá dificuldades e frequentemente até estará impossibilitado de provar a origem desses bens? Não seria muito mais razoável, mais justo e mais eficaz que, primeiro, em lei tributaria se impusesse a obrigação a todos os cidadãos de terem um inventário dos seus bens com o que se preveniria não só aquele tipo de crimes, mas muitos outros, nomeadamente a fraude fiscal, que consta ser um mal muito generalizado e certamente não muito menos grave do que alguns dos crimes indicados no art. 1.º da Lei n.º 5/2002"²⁶⁵.

No mesmo sentido, diz-nos DAMIÃO DA CUNHA: "a separação «processual» entre questões não significa necessariamente que se deva criar um «processo civil» dependente. Não seria de todo arriscado que o legislador se tivesse socorrido de uma solução «análoga» à reabertura de audiência para produção suplementar de prova (baseada numa liquidação apresentada pelo MP e com a contra-prova do arguido)"²⁶⁶.

Creemos que o enquadramento da perda alargada no seio de um processo penal se fez por questões de economia processual, evitando os entupimentos dos tribunais com um novo processo. De facto, o princípio da economia processual é bastante relevante na nossa estrutura judiciária, contudo nunca poderá sobrepor-se aos princípios que enunciámos e, conseqüentemente, conflitar com a Constituição.

No que concerne à natureza deste novo procedimento, o legislador deverá pensar de forma cautelosa, nos moldes em que maior e melhor eficácia produz o instituto da perda alargada. Na nossa opinião, parece-nos que um procedimento administrativo seria o mais adequado para salvaguardar as finalidades da figura. Dessa forma, a investigação e liquidação do património do arguido ao ser realizada por uma entidade administrativa estaria assegurada uma maior imparcialidade.

Já no que diz respeito a um procedimento civil, defendemos que, se tais diligências fossem levadas a cabo por um particular a questão da imparcialidade ficaria um pouco despida²⁶⁷. Do

²⁶⁵ SILVA, Germano Marques da, - *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?)*. In Lusiada. Direito, Vol. n.º 3, Fundação Minerva, 2005, pp. 74-75.

²⁶⁶ Cf. CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: Revista CEJ. 2002, p. 40.

²⁶⁷ No mesmo sentido, Manuel Minas cf. MINAS, Manuel Picão – O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 44.

nosso prisma, apontamos o procedimento administrativo como o mais indicado para a concretização da perda alargada, por uma questão de imparcialidade e também porque, por um lado, descartamos a hipótese de um procedimento civil, pois achamos que uma *actio in rem* iria também ferir direitos fundamentais, nomeadamente o direito de propriedade (art. 62.º, n.º 1, da CRP); desde já, há que convir que nenhum indivíduo tem o dever de não possuir riqueza superior à declarada, isso não significa que ela seja ilícita. Depois, uma acção exclusivamente *in rem* no âmbito civil obrigaria a definir escrupulosamente a *coisa* e nesses termos seria inevitável não estabelecer intimamente uma ligação entre a coisa e o património, a fim de apurar a incongruência, e isso, implica “forçosamente a referência a um sujeito de direito que precisamente se quis evitar”²⁶⁸.

Por outro lado, sugerimos que a perda alargada deveria seguir a tramitação de um processo administrativo, na esteira de que a investigação e liquidação do património fossem incumbidas a uma autoridade administrativa, designadamente desenvolvida pela Autoridade Tributária. Tal procedimento, deveria ser instaurado após a condenação transitada em julgado pela prática do crime pressuposto pela Lei n.º 5/2002.

Todavia, é claro que em casos de perigo na dissipação dos bens, seria admissível instaurar uma espécie de providência cautelar nos termos em que discutimos no ponto 4, do capítulo II, desta dissertação, de forma a permitir o arresto sob o património em que há justo receio de dissipação.

Estamos certos que não há soluções perfeitas, e que muito provavelmente, a solução aqui apresentada não resolveria todos os problemas, porém, figura-se menos lesiva relativamente aos princípios informadores do nosso processo penal e pelo menos, veríamos ultrapassada a barreira da criação de presunções judiciais em que é atribuído um ónus ao arguido para as ilidir.

A solução preconizada e defendida essencialmente por GERMANO MARQUES DA SILVA e DAMIÃO DA CUNHA (nos termos descritos), e acolhida por nós, deveria ser regulada pelo legislador, na esteira das separações dos processos – desentranhando a investigação patrimonial do seio da investigação criminal –, porquanto ao mantermos as condutas tal e qual como estão deparamo-nos com um regime que é inconstitucional.

²⁶⁸ CAEIRO, Pedro, op. cit., in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, N.º 2, 2011, p. 294.

Conclusão

Aqui chegados, importa agora reflectir sobre o que nos propusemos a apresentar nesta dissertação de mestrado. Sendo que, delimitámos o nosso problema fulcral: aos excessos que a investigação financeira e patrimonial acarreta, com especial enfoque para a questão da constitucionalidade da perda alargada, e a partir deste ponto fluímos por entre outras fissuras que se relevaram necessárias analisar no âmbito do presente estudo.

Cientes dos problemas que a nova sociedade sem fronteiras comporta na propagação de uma criminalidade económico-financeira à escala mundial, cada vez mais eficaz e evitando deixar menos “pontas soltas” para sua repressão, os novos mecanismos de combate a este tipo de criminalidade inquietaram-nos de tal forma que nos vimos obrigados a materializar todos os pensamentos que fomos aglomerando ao longo do tempo e que resultaram na presente dissertação.

Começamos por trilhar o nosso percurso aflorando quais eram as grandes preocupações dos Estados em criar institutos invasivos para travar esta criminalidade, percebendo que, de modo a garantir o adágio de que o *crime não compensa*, assistiu-se à produção de convenções internacionais que chamavam a atenção dos Estados Parte para criarem medidas eficazes de forma a expurgar da teia criminoso todos os lucros gerados com a prática do crime.

O nosso legislador, ao ceder à pressão internacional criou a Lei n.º 5/2002, que elencou uma série de crimes geradores de avultados lucros e consagrou um regime cuja natureza é tema assíduo nas discussões entre as vozes dos doutrinários e na teia dos tribunais, como ainda, estatuiu um novo meio de obtenção de prova e determinou um regime muito peculiar de arresto, que também não passou despercebido entre os doutrinadores, devido às suas especificidades conflituantes com os direitos fundamentais. Todavia, pouco adiantava ter uma lei que regulasse esta matéria se o nosso sistema carecia de uma instituição que levasse a cabo uma verdadeira investigação financeira e patrimonial, e onde pudessem ser depositados os bens declarados perdidos a favor do Estado.

Assim, surgem, com a Lei n.º 45/2011, as primeiras referências a esta vertente investigatória e em consequência são criados o GRA e o GAB. Sendo que, o GRA representado pela PJ assume a coordenação da investigação financeira e patrimonial (função claramente delegada pelo MP), na busca de apurar os activos incongruentes do arguido que está a ser investigado no âmbito criminal, coadjuvando dessa forma, a autoridade judiciária. No entanto, ficamos com dúvidas, no que

concerne à nomeação do dirigente deste Gabinete, uma vez que é nomeado por Portaria e não fica garantida a não interferência política na escolha da pessoa que irá coordenar o Gabinete. Não obstante, haver arestas (em termos orgânicos) a limar, concluímos que um longo caminho ainda é preciso percorrer para que a recuperação de activos em Portugal seja plena, na medida em que tais activos sejam devolvidos à sociedade ao invés de ficarem esquecidos em armazéns, e consequentemente, a comportarem mais custos aos contribuintes.

Seguimos o percurso em direcção à exploração do tema da perda alargada e de toda a problemática envolvente em torno da sua natureza. Percebemos que, doutrina diverge relativamente a esta questão, nesse sentido, há quem entenda que este instituto tem a natureza de uma pena; outros defende que tem a mesma finalidade de uma medida de segurança; há quem refira que é uma sanção administrativa; e até há uma corrente minoritária que atribui carácter civil à natureza deste instituto. Respeitando todas as posições, chegamos à conclusão que a perda alargada nos precisos termos em que está prevista tem, de facto, natureza penal e aí ficou localizado o epicentro do nosso problema. Ora, o legislador ao concretizar este regime no âmbito processual, não pensou nas imposições jurídico-constitucionais a que este estava adstrito. E essa falha, trouxe-nos à realidade que hoje assistimos: a uma violação clamorosa da presunção de inocência, do direito à não autoincriminação e do direito ao silêncio.

Todavia, esta questão foi levada às instâncias do Tribunal Constitucional que se pronunciou no sentido de defender a conformidade do instituto da perda alargada com os princípios Constitucionais, desde que preenchidos os pressupostos balizados entre a existência de uma liquidação, o exercício do contraditório e o facto de ser um procedimento enxertado e correndo paralelamente ao processo penal.

Da nossa análise, uma vez que entendemos que a perda alargada tem natureza penal, não acolhemos a posição do TC. Neste contexto, a perda alargada deve respeitar as regras e os princípios do processo penal e, por esse facto, nos termos em que a mesma é aplicada, verifica-se a violação dos princípios da presunção da inocência e do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que muito embora, não esteja expressamente previsto na nossa Lei Fundamental, que se encontra nas entre linhas da matéria consignada no art. 32.º, da CRP, e que, por sua vez, o direito ao silêncio em sede de processo penal está consagrado entre nós desde 1929. Pelo que, a criação de um ónus probatório na esfera jurídica do arguido esvazia totalmente o sentido dos princípios aqui enunciados.

Concluimos que, de acordo com o que a perda alargada define, se o arguido gozar do seu direito ao silêncio não se pronunciando sobre a origem dos bens que o Tribunal presume terem proveniência ilícita, está a confessar a sua ilicitude. Não aceitamos que tal nuance prevaleça no nosso sistema penal! Deste modo, parece-nos que houve um retrocesso jurídico e que a figura do confisco que a Revolução Francesa aboliu está de novo a expressar-se entre nós. Não entendemos, porque é que o TC se pronunciou contra a constitucionalidade do enriquecimento ilícito referindo que a criminalização dele violava o princípio da inocência e no caso da perda alargada defende a sua conformidade com a Constituição, se, como vimos, este instituto surte exactamente os mesmos efeitos que o enriquecimento ilícito pretendia surtir, só com a particularidade de a perda alargada ter como pressuposto a condenação por um crime de catálogo.

Ressalvamos, todavia, que não nos move um espírito radical contra o instituto, antes pelo contrário, somos a favor, parecendo-nos que a medida é necessária na recuperação de activos, contudo, não nos vemos alheios a formalizar uma crítica essencial: de facto, houve falta de rigor legislativo na sua elaboração e na sua concretização.

Como nos diz PEDRO CAEIRO, acima de tudo, esta medida tem uma natureza político-criminal que versa na garantia de um efectivo combate aos lucros ilícitos provenientes de actividade criminosa, de forma a «educar a sociedade» que a prática de ilícitos geradores de grandes riquezas não possa ser vista como uma carreira a enveredar.

Deste modo, julgamos que o desafio que é colocado pela proporção desta criminalidade permite ao Estado de Direito democrático justificar uma certa limitação dos princípios tradicionais, mas usando as palavras de DAMIÃO DA CUNHA: “julgamos que isso não deve implicar uma «abolição» desses princípios, mas tão-só uma restrição «adequada» e constitucionalmente fundamentada”²⁶⁹.

De facto, existem soluções alternativas para que a perda alargada esteja conforme a Lei Fundamental e alcançando os mesmos objectivos. Pelo que consideramos ser necessário e urgente uma revisão ao regime deste instituto de forma a fecharmos definitivamente esta brecha de violação constitucional.

²⁶⁹ V. CUNHA, José M. Damião da, op. cit. Lisboa: Revista CEJ. 2002, p. 51.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. ISBN 9789725402726

ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. 1ª Ed. (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 9789723221961.

BARIN, Érico Fernando – *Alargar a perda alargada: o Projecto FÉNIX*. In Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina. ISSN 1647-5801. Ano 4, n.º 16 (Outubro-Dezembro 2013), pp. 53-95.

BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas* [Em linha]. Edição electrónica: Ridendo Castigat Mores. [Consultado a 14 de Setembro de 2020]. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teto/eb000015.pdf>

BORGES, Francisco – “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade” in AA. VV. – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017. ISBN 9789898891099. pp. 215-238.

BUSATO, Paulo César – “Criminal Compliance: relevância e riscos” in AA. VV. – *Criminalidade económica e organizada: perspectivas jurídica, política e criminológica*. 1ª ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. ISBN 9789896402198. pp. 87-112.

CAEIRO, Pedro – *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionados com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 21. N.º 2 Abril-Junho (2011), pp. 267-321.

CANOTILHO, Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol I, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª edição revista, 2007.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel – *O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado: descontinuidades e aplicação prática*. In Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. Ano 80, n.º 1-2, (Janeiro-Junho 2020), pp. 13-39.

CORREIA, João Conde – *Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de activos*. Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais. Coimbra: Almedina. ISSN 21834180. N.º 7 Janeiro-Junho (2018), pp. 228-248.

- CORREIA, João Conde – *Non-conviction based confiscations no direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?*, in *Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora, n.º 32 (maio-agosto), 2017 pp. 7195.
- CORREIA, João Conde – *Reflexos da Directiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*. Revista do CEJ. Coimbra: Almedina. ISBN 9782014258295. N.º 2 Julho-Dezembro (2014), p. 83-112.
- CORREIRA, João Conde – *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012. ISBN 9789722720649
- COSTA, José de Faria – “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico” in AA. VV. – *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 9789723216714. pp. 95-111.
- CUNHA, José M. Damião da – *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. A lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*. Porto: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 9789898835154.
- CUNHA, José M. Damião da – *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)*. Lisboa: CEJ. 2002. ISBN 9789729122224.
- DIAS, AUGUSTO SILVA - “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in AA. VV. 2º Congresso de Investigação Criminal Coimbra: Almedina, 2010, pp. 23-47.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723221084.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Processual Penal*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. ISSN 0871-8563. Ano 22, n.º 3, Julho – Setembro (2012); pp. 521-543.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. ISBN 9729485178.
- DIAS, Maria do Carmo Silva – *Enriquecimento ilícito/injustificado*. Revista *Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 28 Janeiro-Abril (2016), pp. 281-313.
- GODINHO, Jorge – “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova” in AA. VV. – *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN

9789723211931. pp. 1315-1363.

GONÇALVES, Manuel – As especificidades do crime económico. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. ISSN 0871-8563. Ano 22, n.º 3, Julho – Setembro (2012); pp. 411-440.

GUERRA, José Eduardo, TRINDADE, José Luís – *A Decisão Europeia de Investigação (DEI) e o papel da EUROJUST*. Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais. Coimbra: Almedina. ISSN 21834180. N.º 7 Janeiro-Junho (2018), pp. 81-111.

LINHARES, Solón Cicero – *Os limites do confisco alargado*. Revista Jurídica Luso- Brasileira [em linha] Lisboa: CIDP – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ISSN: 2183-539X. N.º 2 Ano 5 (2019), pp. 1731-1803. [Consultado a 9 de Fevereiro de 2020]. Disponível em: file:///C:/Users/acer/Desktop/Tese/Solón%20Cicero_RJLB.pdf

LOUREIRO, Flávia Novera – “A indeterminabilidade da vítima e a posição do assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira” in AA. VV. – *IV Congresso de Processo Penal: I Congresso luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 9789724060743. pp. 187-207.

LOUREIRO, Flávia Novera – *A Justiça Restaurativa e a criminalidade económica: reforço ou afastamento do Direito Penal?* [em linha] E-book – Diálogos em torno da Justiça Restaurativa. Garantismos, activismos e legalidade como pretextos (2018), pp. 63-82. [Consultado a 10 de Janeiro de 2021]. Disponível em: [Diálogos em torno da Justiça Restaurativa. Garantismo, Ativismo e legalidade como pretextos - JusGov \(uminho.pt\)](#)

LOUREIRO, Flávia Novera – *A recuperação de ativos na política de prevenção e repressão da criminalidade económico-financeira: linhas essenciais do modelo português no atual quadro de cooperação internacional*. [em linha] UNIO E-book Vol. I - Workshops CEDU (2016), pp. 132-152. [Consultado a 4 de Dezembro de 2019]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%20I%20-%202016.pdf>

LOUREIRO, Flávia Novera – *Direito Penal da Concorrência: a tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do Cartel*. Coimbra: Almedina. 2017. ISBN: 9789724071480. pp. 207-219.

LOUREIRO, Flávia Novera – *O direito fundamental à não Autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono*. [em linha] E-book – Direito na lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono – Vol. II (2017), pp. 21-29. [Consultado a 10 de Janeiro de 2021]. Disponível em: [3º Congresso em Direito na Lusofonia_ Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono Vol.II.pdf \(uminho.pt\)](#)

MARQUES, Karla Padilha Rebelo – *O sistema civil de Recuperação de Activos como instrumento*

de efectividade da realização do Direito (e sua conformidade com os princípios inspiradores do processo civil e com os primados constitucionais [em linha] Julgar on line. Setembro (2014), pp. 1-38. [Consultado a 2 de Dezembro de 2019]. Disponível em: <http://julgar.pt/o-sistema-civil-de-recuperacao-de-ativos-como-instrumento-de-efetividade-da-realizacao-do-direito/>

Marques, Paulo Silva, “O Confisco ampliado no direito penal português”, Revista Lusíada. Direito, Série II, n.º 10, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2012

MATOS, Maria José Dos Santos, - *A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica*. Porto: Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito.

MINAS, Manuel Picão – O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. Dissertação de Mestrado.

MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724068701

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada (introdução geral, preâmbulo, artigos 1º a 79º)*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 9723213087

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues – *op. cit.* Revista Julgar Online. [Em linha]. Fevereiro (2017), [consultada a 25 de Outubro de 2020]. pp. 1-77. Disponível em: <file:///C:/Users/jessica/Downloads/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversa%CC%83o-o%CC%81nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>

OSÓRIO, Rogério Gomes – “Os limites à oportunidade no âmbito da criminalidade económico-financeira e o crime organizado: breve análise” in AA. VV. – *Criminalidade económica e organizada: perspectivas jurídica, política e criminológica*. 1ª ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. ISBN 9789896402198. pp. 113-128.

PALMA, Maria Fernanda – *Conceito Material de Crime e Reforma Penal*, in *Anatomia do Crime*, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 0, Julho-Dezembro, 2014. ISSN 2184-027X. pp. 11-26.

PATRÍCIO, Rui – *A presunção de inocência no julgamento em processo penal. Alguns problemas*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 9789724078502.

RODRIGUES, Hélio Rigor – *Gabinete de Recuperação de Activos – o que é, para que serve e como actua*. Revista do CEJ. Coimbra: Almedina. ISBN 9781165482900. N.º 1 Janeiro-Junho (2013), pp. 63-87.

RODRIGUES, Hélio Rigor, RODRIGUES, Carlos A. Reis - *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa: Sindicatos dos Magistrados do Ministério Público. 2013. ISBN 9789725918364.

SILVA, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português. Noções gerais, sujeitos processuais e objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. Volume I. ISBN 9789725403990.

SILVA, GERMANO MARQUES, Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In Lusiada. Direito, Vol. n.º 3, Fundação Minerva, 2005, pp. 69-81.

SIMÕES, Euclides Dâmaso, TRINDADE, José Luís – *Recuperação de Activos – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. [em linha] Julgar on line. Março (2016), pp. 1-8. [Consultado a 11 de Novembro de 2019]. Disponível em: <http://julgar.pt/recuperacao-de-activos-confisco-sem-accao-penal-a-actio-in-rem-na-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos/>

SIMÕES, Euclides Dâmaso, TRINDADE, José Luís – *Recuperação de Activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)*. [em linha] Revista Julgar online. Maio (2010), pp. 1-37. [Consultado a 9 Novembro de 2019]. Disponível em: <http://julgar.pt/recuperacoes-de-activos-da-perda-ampliada-a-actio-in-rem/>

SIMÕES, Rita – *O Regulamento relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda: inovações e continuidades*. Revista do CEJ. Coimbra: Almedina. ISBN 9782019158293. N.º 1 Janeiro-Junho (2019), pp. 61-81.

TAVARES, José Daniel – “Ordem internacional, crime organizado e direito penal” in AA. VV. – *Criminalidade económica e organizada: perspectivas jurídica, política e criminológica*. 1ª ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. ISBN 9789896402198. pp. 11-40.

Jurisprudência

- **Tribunal Constitucional**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, de 19 de Abril de 2012, relator Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2012&numero_actc=179 (link) [em linha].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013, de 17 de Junho de 2013, relator Conselheiro João Cura Mariana, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2013&numero_actc=340 (link) [em linha].

Acórdão Tribunal Constitucional n.º 418/2013, de 15 de Julho de 2013, relatora Conselheira Catarina Sarmiento e Castro, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2013&numero_actc=418 (link) [em linha].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, de 23 de Setembro de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/70361321/details/maximized> (link) [em linha].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 476/2015, de 5 de Novembro de 2015, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/70919979/details/maximized> (link) [em linha].

- **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

Acórdão de 5 de Julho de 2001, caso *Phillips vs The United Kindgom*, disponível em <https://rm.coe.int/09000016806ebe19> (link) [em linha].

- **Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 936/08.JAPRT, de 6 de outubro de 2010, relator Conselheiro Henrique Gaspar, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/91a6f4a69d88b0268025787f0050ce09?OpenDocument> (link) [em linha].