

A PERDA SEM CONDENAÇÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

UMA SÍNTESE A NÍVEL LEGAL E DOUTRINAL DAS
VERTENTES SUBSTANTIVA E ADJETIVA

João Narciso



João Narciso

A PERDA SEM CONDENAÇÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

UMA SÍNTESE A NÍVEL LEGAL E DOUTRINAL DAS VERTENTES SUBSTANTIVA E
ADJETIVA

Relatório apresentado ao Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito da Bolsa de Investigação IDPEE 2022, sob a orientação da Ex.^{ma} Senhora Prof. Doutora Anabela Maria Pinto Miranda Rodrigues.

Coimbra

Setembro de 2022

RESUMO

A insuficiência das reações penais tradicionais para fazerem face à acumulação de riqueza ilícita suscitou o recurso a novos mecanismos, como a perda de bens sem condenação e o confisco alargado. Não tendo existido desenvolvimentos relevantes em Portugal sobre esta matéria, ver-se-á que uma análise comparada a nível legal e doutrinal, numa vertente substantiva e adjetiva, destes institutos, cuja natureza jurídica não é clara, é suscetível de originar modificações de relevo no direito português.

Palavras-chave: perda de bens sem condenação, confisco alargado, direito comparado, direito penal económico e europeu

ABSTRACT

The insufficiency of traditional criminal reactions to face the accumulation of illicit wealth has led to the use of new mechanisms, such as non-conviction based confiscation and extended confiscation. As there are no relevant developments on this matter in Portugal, we will see that a comparative analysis at a legal and doctrinal level, in a substantive and procedure perspective, of these institutes, whose legal nature is not clear, is likely to lead to significant modifications in Portuguese law.

Keywords: Non-conviction based confiscation, extended confiscation, comparative law, economic and European criminal law

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AcTC – Acórdão do Tribunal Constitucional

BverfG – *Bundesverfassungsgericht*

C.p. – *Codice Penale*

C.p.p. – *Codice di Procedura Penale*

CAFRA – *Civil Asset Forfeiture Reform Act*

Cass. – *Corte di Cassazione*

Cass. – *Cour de cassation*

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cons. const. – *Conseil constitutionnel*

Corte Cost. – *Corte Costituzionale*

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

LECrim – *Ley de Enjuiciamiento Criminal*

POCA – *Proceeds of Crime Act* de 2002

Riv. It. Dir. Proc. Pen – *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STC – *Sentencia del Tribunal Constitucional*

StGB – *Strafgesetzbuch*

StPO – *Strafprozeßordnung*

STS – *Sentencia del Tribunal Supremo*

TC – Tribunal Constitucional

TCE – *Tribunal Constitucional de España*

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TS – *Tribunal Supremo*

U.S.C. – *United States Code*

ÍNDICE

RESUMO	1
ABSTRACT	2
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	3
I. INTRODUÇÃO	7
II. ENQUADRAMENTO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO EUROPEU	10
III. OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA	16
1. Portugal	16
1.1. A perda de instrumentos, produtos e vantagens	17
1.1.1. O regime substantivo	17
1.1.2. O regime processual.....	25
1.2. A perda alargada	34
1.2.1. A vertente substantiva.....	34
1.2.2. A vertente processual.....	42
1.3. A situação existente em matéria de reconhecimento mútuo de decisões de perda.....	50
2. Espanha	50
2.1. O <i>decomiso</i>	51
2.2. <i>A intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso e o Procedimiento de decomiso autónomo</i>	66
2.3. A legislação no domínio do reconhecimento mútuo de decisões penais	74
3. Itália	75
3.1. A <i>confisca</i>	76
3.2. Os institutos processuais aplicáveis.....	89
3.3. O reconhecimento mútuo das decisões de confisco	95
4. Alemanha.....	96
4.1. A <i>einziehung</i>	97
4.2. O processo de confisco e apreensão de bens e as vertentes da apreensão	104
4.3. A assistência mútua em matéria penal entre a Alemanha e os Estados estrangeiros	106
5. França.....	107
5.1. A <i>peine de confiscation</i>	108
5.2. A restituição e a <i>saisie</i>	114
5.3. A transmissão e execução de decisões de confisco	119

IV. OS SISTEMAS DE COMMON LAW.....	121
1. Estados Unidos da América	122
2. Reino Unido.....	127
V. CONCLUSÃO.....	132
VI. BIBLIOGRAFIA.....	137
VII. JURISPRUDÊNCIA.....	150
VIII. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	156

I. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, constatando-se a existência de um novo tipo de criminalidade cujo móbil principal é a obtenção de riqueza e a acumulação de avultadas quantias financeiras, reconhece-se, paralelamente, que a aplicação de penas privativas da liberdade afigura-se como um meio inadequado e insuficiente para responder ao desiderato de impedir que os agentes beneficiem com as vantagens do crime. Assim, atribuindo vigência ao velho aforisma “o crime não compensa” – “*crime doesn't pay*” –, os sistemas de *civil law* e de *common law*, não obstante as diferenças que entre eles intercedem, depressa convergiram em perceber que um combate eficaz à criminalidade organizada e económico-financeira não dispensa o recurso a mecanismos – muitas vezes fortemente agressivos para a esfera dos direitos fundamentais – que ultrapassem as limitações inerentes às reações penais tradicionais dos sistemas de justiça criminal.

O relatório que ora se apresenta, surgindo no contexto dos 25 anos do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tem, justamente, como objetivo principal, apresentar uma perspetiva comparatística a nível legal e doutrinal, numa vertente substantiva e adjetiva, dos institutos de perda sem condenação, enquanto mecanismos mais utilizados para responder àquelas limitações. Para tal, ter-se-á, como pano de fundo, no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, os direitos português, espanhol, italiano, alemão e francês e, no quadro dos sistemas de *common law*, o direito dos Estados Unidos da América e o do Reino Unido.

Serão, então, escarpelizadas as dimensões legislativa e doutrinal que se encontram, por um lado, a propósito dos mecanismos de “perda não baseada numa condenação em sentido estrito” – “*non-conviction based confiscation*” –, ou seja, institutos que, respondendo às insuficiências dos mecanismos tradicionais de confisco, possibilitam o confisco mesmo que não seja possível condenar o agente pela prática do crime. Por outro lado, a propósito dos institutos de “confisco alargado”, os quais, embora possam estar dependentes da condenação pela prática de um crime, permitem o confisco de outros bens para além daqueles que é possível relacionar com o crime investigado e julgado. Não serão também

perdidos de vista, quando assim o for pertinente, os mecanismos de perda do valor e de perda de bens de terceiro, pois, embora não constituam novos modelos de confisco, representam, no entanto, um alargamento objetivo e subjetivo das tipologias já existentes¹.

Traçando o nosso objeto temático, não perdendo de vista que muitas das soluções legislativas que atualmente se encontram nos mais diversos quadros jurídicos sobre a perda de bens resultaram de impulsos do Direito Internacional e do Direito da União Europeia, o estudo da mesma não dispensa, por isso, um enquadramento, a título preliminar, dos principais instrumentos europeus e internacionais dedicados a esta matéria. Partindo, depois, do ordenamento jurídico português – enquanto direito em que nos situamos e que tomaremos, posteriormente, como ponto de referência para o tratamento posterior –, a análise a desenvolver convoca – na qualidade de problema substantivo mais discutido sobre o confisco – uma atenção particular à natureza jurídica das diversas classes de perda de bens. A mesma não é desprovida de significado prático, uma vez que, dentro dos tópicos que também concitam a nossa solicitude, envolve um conjunto de consequências ao nível da vigência ou não dos princípios que vigoram para a matéria penal, como é o caso do princípio da legalidade penal e, numa vertente processual, do princípio da presunção de inocência. Já sobre a articulação entre os institutos de direito substantivo e a normatividade que figura em matéria adjetiva, interessar-nos-ão os procedimentos e mecanismos que permitem a aplicação do confisco e que oferecem guarida aos direitos de terceiros, assim como as medidas cautelares que asseguram a efetividade da decisão de perda. No fim, não esquecendo que este é um domínio que não dispensa a criação de procedimentos céleres e eficazes no campo da cooperação judiciária internacional, elencar-se-á, de forma sucinta, a legislação que se encontra, nos ordenamentos jurídicos mencionados, em matéria de reconhecimento mútuo de decisões de perda.

Ora, primando o direito português pela inexistência de desenvolvimentos significativos sobre o confisco, o objeto temático apresentado permitirá, depois do estudo daquelas vertentes substantivas e adjetivas, saber em que medida a lição do direito

¹ Sobre estes mecanismos, veja-se, na larga produção científica sobre o assunto, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Cooperação Judiciária em casos de confisco não baseado numa condenação”, in: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coord.), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra: Almedina, 202, pp. 156-158, e JOÃO CONDE CORREIA, “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, in: *Julgar*, N.º 32, 2017, p. 84.

comparado poderá suscitar uma alteração legislativa que, compaginando o vetor da eficácia com o da tutela dos direitos fundamentais, responda aos problemas e insuficiências que em Portugal têm sido identificados.

II. ENQUADRAMENTO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO EUROPEU

Sendo a liberdade de circulação de bens e capitais um dos elementos estruturantes da integração europeia, é possível, com efeito, que os bens relacionados com a prática de crimes, mormente as vantagens, estejam localizados sob a autoridade de uma jurisdição diferente da que decide a perda, aspeto que é particularmente evidenciado no âmbito do crime organizado. É neste sentido que se pode considerar premente a necessidade de uma cooperação europeia em matéria de confisco, a qual, se mais razões não houvesse, sempre se justificaria e fundamentaria com as desarmonias e dissonâncias que, ainda hoje, se verificam entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais².

Assim, tendo por base esta premissa, cumpre, na medida do estritamente necessário, elencar os principais instrumentos de direito internacional e de direito europeu, pois, tal como daremos conta ao longo de toda a exposição, as disposições que os mesmos consagram em matéria de perda de bens haveriam de encontrar, em não despreciable medida, reflexos na regulamentação jurídica que para esta matéria foi disposta em muitos ordenamentos.

Nestas circunstâncias, o art. 5.º, n.º 7 da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, o art. 12.º, n.º 7 da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000, o art. 31.º, n.º 8 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003 e o art. 3.º, n.º 4 da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo de 2005, em formulações quase idênticas, conferem aos Estados Partes a possibilidade de se exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que tal esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção já foi, aliás, considerada como o único instrumento internacional vinculante em que se recomenda

² Sobre isto, PEDRO CAEIRO, “O confisco numa perspetiva de política criminal europeia”, *in*: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coords.), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018, p. 25.

especificamente a perda baseada na ausência de uma sentença condenatória³. A mesma prevê, no art. 54.º, n.º 1, al. c), que, para efeitos de auxílio judiciário, cada Estado Parte deverá considerar a adoção de medidas que se revelem necessárias para permitir a declaração de perda desses bens na ausência de sentença criminal quando contra o autor da infração não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados.

Sobre as intervenções legislativas da UE em matéria de confisco, a Ação Comum 98/699/JAI e a Decisão-Quadro do Conselho 2001/500/JAI – relativas ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime – estatuíam, por exemplo, que os Estados-membros garantirão que a sua legislação e procedimentos em matéria de perda dos produtos do crime permitam decretar a perda dos bens cujo valor corresponda a tais produtos (cf. o art. 1.º, n.º 2 e o art. 3.º do primeiro e do segundo diploma, respetivamente). Seguiu-se, mais tarde, a Decisão-Quadro de 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, que, reconhecendo, expressamente, que os instrumentos vigentes nesta área não se tinham mostrado suficientes para induzir uma efetiva cooperação além-fronteiras no que respeita à perda (Considerando 9), estabeleceu, no seu art. 3.º, n.º 2, a adoção de três modelos de perda alargada.

Conforme resulta dessa norma, cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para permitir a perda quando, nas hipóteses aí enunciadas, um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 do art. 3.º que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie (al. a)); quando, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito ali referido que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie (al. b)); quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada (al. c)).

³ Neste mesmo sentido, ISIDORO BLANCO CORDERO, “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio),” *in*: Eduardo A. Fabián Caparrós / Miguel Ontiveros Alonso / Nicolás Rodríguez García, *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, México D.F., México: Ubijus Editorial, 2012, p. 342.

Em matéria de reconhecimento mútuo, a Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas, fixou, como objetivo, no seu art. 1.º, o estabelecimento das 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. Já a Decisão-Quadro 2006/783, de 6 de outubro de 2006, relativa, por seu lado, à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, cristalizou, como objetivo, no art. 1.º, o estabelecimento das regras segundo as quais um Estado-Membro reconhecerá e executará no seu território as decisões de perda proferidas por um tribunal competente em matéria penal de outro Estado-Membro.

Uma breve alusão deve também ser feita à Decisão 2007/845/JAI do Conselho, de 6 de dezembro de 2007, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da deteção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime. A mesma preceitua, no art. 1.º, n.º 1, que cada Estado-Membro cria ou designa um gabinete nacional de recuperação de bens, para efeitos de facilitar a detenção e identificação dos produtos e outros bens relacionados com o crime, dela tendo resultado, como a seu tempo veremos, modificações de não pouca importância nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Porém, os relatórios da Comissão sobre a aplicação das Decisões-Quadro 2003/577/JAI, 2005/212/JAI e 2006/783/JAI consentiram a conclusão de que os regimes de perda alargada e de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda não eram plenamente eficazes, notando-se, ao mesmo tempo, que a perda era dificultada pelas diferenças existentes entre os direitos dos Estados-Membros. É neste contexto que, tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o art. 82.º, n.º 2 e o art. 83.º, n.º 1, surge a Diretiva 2014/42/UE, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, com o escopo de alterar e alargar as disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI (cf. Considerandos 8 e 9). Vale a pena enfileirar as disposições nela consagradas a nível substantivo e a nível processual, até porque, tal como veremos ao longo de todo o próximo Capítulo, muitas haveriam de influenciar a normatividade atualmente existente nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

Dentro dos preceitos substantivos que nos importam, começando a Diretiva por definir, no art. 2.º, 4), a perda como a privação definitiva de um bem, decretada por um

tribunal relativamente a uma infração penal, o art. 4.º, n.º 1 prescreve que os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos instrumentos e produtos ou dos bens cujo valor corresponda a tais instrumentos ou produtos, sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de processo à revelia. Caso não seja possível a perda com base nesta norma, e pelo menos se tal impossibilidade resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido (*illness or absconding of the suspected or accused person*), determina o art. 4.º, n.º 2 que os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo.

Por “produto” (*proceeds*) entende-se qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal, a qual pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis; por “bens” (*property*) consideram-se os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados; e por “instrumentos” (*instrumentalities*), quaisquer bens utilizados ou que se destinem a ser utilizados, seja de que maneira for, no todo ou em parte, para cometer uma ou várias infrações penais (cf. o art 2.º, 1), 2) e 3)).

Um mecanismo de perda alargada (*extended confiscation*) foi previsto no art. 5.º. Nas palavras do n.º 1, os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Para estes efeitos, um conjunto de elementos são considerados como incluídos no conceito de “infração penal” (n.º 2).

Concitou também a solicitude do legislador europeu a estatuição de uma modalidade de perda de bens de terceiros (*confiscation from a third party*). Ao abrigo do art. 6.º, n.º 1, esta é configurada como a perda dos produtos ou dos bens cujo valor corresponda a produtos que, direta ou indiretamente, foram transferidos para terceiros por um suspeito ou arguido,

ou que foram adquiridos por terceiros a um suspeito ou arguido. Nos termos vertidos no mesmo preceito, são discriminados os casos em que o terceiro sabia ou devia saber que a transferência ou a aquisição teve por objetivo evitar a perda, com base em circunstâncias e factos concretos, nomeadamente o facto de a transferência ou aquisição ter sido feita a título gracioso ou em troca de um montante substancialmente inferior ao do valor de mercado. Concedendo-se aos Estados-Membros a faculdade de definir a perda de bens de terceiros como uma medida subsidiária ou alternativa à perda direta, consoante seja adequado nos termos do direito nacional (Considerando 25), o n.º 2 do art. 6.º teve o cuidado de particularizar que o n.º 1 deve ser interpretado de forma a não prejudicar os direitos de terceiros de boa fé.

A propósito do naquele instrumento foi previsto a nível processual, aos Estados-Membros, é dada, por via do exposto no Considerando 10, a liberdade de desencadear procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante qualquer tribunal competente. Sobre a matéria do congelamento (*freezing*), definido como a proibição temporária de transferir, destruir, converter, alienar ou movimentar um bem ou de exercer temporariamente a guarda ou o controlo do mesmo (art. 2.º, n.º 5), as medidas de congelamento podem, por força do art. 7.º, ser impostas pela autoridade competente e incluem uma atuação urgente quando necessário para preservar os bens (n.º 1). A estas também podem ser sujeitos os bens na posse de terceiro para efeitos de uma eventual decisão de perda subsequente (n.º 2). No que toca, por último, às garantias consignadas, o art. 8.º elenca, a título de salvaguardas, o acesso a vias de recurso e a um julgamento equitativo (n.º 1); a comunicação da decisão de perda e congelamento à pessoa em causa o mais rapidamente possível após a sua execução (n.º 2); a previsão da possibilidade efetiva de impugnar em tribunal a decisão de congelamento (n.º 4); a restituição dos bens congelados que não venham a ser objeto de uma decisão de perda subsequente (n.º 5); a fundamentação de todas as decisões perda (n.º 6); a possibilidade de contestar as circunstâncias do caso (n.º 8) e o direito dos terceiros à invocação do seu título de propriedade ou outros direitos reais (n.º 9).

Por último, mencione-se o Regulamento 2018/1805/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda. Tem como objeto o estabelecimento das regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de congelamento ou

de confisco emitida por outro Estado-Membro no âmbito de processos em matéria penal (*proceedings in criminal matters*) (art. 1.º, n.º 1), ficando fora do seu âmbito as decisões de apreensão e de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa (n.º 4). Tal como é concretizado no Considerando 13, “processos em matéria penal” é “um conceito autónomo do direito da União interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não obstante a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, que deve abranger todos os tipos de decisões de apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infração penal, abrangendo também outros tipos de decisões proferidas sem uma condenação definitiva.

Merecedor de destaque é, neste contexto, a alteração de que o art. 1.º da Proposta de Regulamento foi alvo – a solicitação da representação italiana –, o qual se referia às decisões de congelamento ou de confisco “no âmbito de um processo penal”, inserindo-se agora as decisões emitidas “no âmbito de processos em matéria penal”. A tal presidiu o escopo de albergar uma vasta espécie de decisões de perda sem condenação, como é o caso das categorias de perda preventiva constantes do direito italiano, que, em momento oportuno, estudaremos⁴.

Para evidenciar os últimos desenvolvimentos, faça-se uma curta referência à recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 2022, relativa à recuperação e perda de bens, de 2022. Esta, mencionando que o quadro jurídico em vigor deve ser atualizado, a fim de facilitar e assegurar esforços eficazes em matéria de recuperação e perda de bens em toda a União (Considerando 5), procura estabelecer normas mínimas em matéria de detenção e identificação, congelamento, perda e administração de bens no âmbito de processos penais; assim como normas destinadas a facilitar a aplicação efetiva de medidas restritivas da União e a subsequente recuperação dos bens conexos sempre que tal seja necessário para prevenir, detetar ou investigar infrações penais relacionadas com a violação de medidas restritivas da União (art. 1.º, n.º 1 e n.º 2).

⁴ Veja-se, sobre este assunto, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?”, in: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coord.), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, cit., p. 41. Cf. também *infra*, III, 3.3.

III. OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA

Sinalizados e enquadrados os diplomas pertinentes do direito internacional e do direito europeu, é tempo de, em obediência ao plano traçado na Introdução deste estudo, apresentar, já com algum grau de detalhe, a arquitetura legislativa que para esta matéria foi traçada nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia; para, depois, e já com esse suporte, expor os nódulos problemáticos que mais consternação e reflexão suscitaram à dogmática.

Assim, e em cumprimento do objetivo acima enunciado, cumpre principiar pelo ordenamento jurídico português, enquanto direito de referência para a análise posterior, mediante a exposição dos mais prementes problemas substantivos e processuais que do regime legal vigente resultam para a doutrina. Depois, tendo já o nosso horizonte temático delimitado, cabe, no que mais importar para a economia da presente investigação, operar um recenseamento das principais refrações que os temas estudados encontraram no direito espanhol, italiano, alemão e, em menor medida, no direito francês.

1. Portugal

Encetando o percurso pelo direito português, neste entrarão nas nossas preocupações diretas, num primeiro momento, a perda de instrumentos, produtos e vantagens dos arts. 109.º a 111.º do CP de 1982 (doravante abreviado por CP) e, num segundo momento, o regime da perda alargada, legalmente contido na lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – sem prejuízo, no entanto, da menção dos regimes especiais presentes na legislação extravagante quando assim o for pertinente.

Certa é já a constatação, em sentido inverso ao que noutras latitudes se verifica, da ausência de novações legislativas significativas sobre esta matéria em Portugal. A última

ocorreu com a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, à qual presidiu o objetivo de transpor para o direito interno a Diretiva 2014/42/UE, mas, segundo um determinado entendimento, a mesma não foi cabalmente transposta⁵.

1.1. A perda de instrumentos, produtos e vantagens

1.1.2. O regime substantivo

O CP agrupou a perda dos instrumentos no art. 109.º do CP – no Capítulo IX do Título III do Livro I, intitulado “perda de instrumentos, produtos e vantagens” –, em cujo n.º 1 se preceitua que são declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos de facto ilícito típico – ou seja, todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática (*instrumenta sceleris*) – quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos; podendo a perda, conforme determina o n.º 3, ser substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, se os instrumentos referidos não puderem ser apropriados em espécie. Essencial é, para a economia do presente estudo, o n.º 2 do mesmo normativo, o qual permite a perda mesmo que, atenta a sua formulação literal, nenhuma pessoa possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

Insere-se este mecanismo nos modelos tradicionais da matéria do confisco, exigindo-se que o processo penal se inicie, que se demonstre a existência de um facto ilícito típico e que os bens a confiscar estejam a ele vinculados. O mesmo distingue-se da perda clássica apenas porque, como

⁵ Sobre este assunto, com mais detalhe, DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/EU em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, in: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coords.), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, cit.*, pp. 134-135.

melhor demonstraremos, a condenação do agente e a demonstração da sua culpa são prescindidas. Tem interesse notar – de forma a articular o desenho legislativo português com a exposição do capítulo anterior – que a solução consagrada no texto do CP é mais ampla do que a do art. 4.º, n.º 2 da Diretiva 2014/42/UE. Ao passo que, como se viu, esta somente prevê a possibilidade de confisco não baseado numa condenação em caso de doença ou fuga do suspeito ou arguido, já se apontou que, para a lei portuguesa – através do recurso ao termo “incluindo” –, a morte e a contumácia são indicações meramente exemplificativas, não estando, assim, o regime limitado a quaisquer causas específicas⁶.

No que concerne ao instituto da perda de produtos e vantagens, estando a mesma legalmente disciplinada, no texto da lei vigente, no art. 110.º, segundo o n.º 1, consideram-se como produtos de facto ilícito típico – *producta sceleris* – os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática (al. a)) e, como vantagens de facto ilícito típico, todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem (al. b)). Também aqui, à semelhança do que foi fixado para a perda de instrumentos, se preceitua, no n.º 4, que quando aqueles não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor e, no que mais nos importa destacar, a determinação da perda, por força do n.º 5, caso nenhuma pessoa possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

Tendo a distinção entre vantagens e produtos constituído uma preocupação da dogmática que escreveu à luz das redações anteriores⁷, o que é facto é que, como alguém já se sublinhou, a distinção entre uns e outros perdeu a sua relevância com a entrada em vigor da já referida Lei n.º 30/2017 que, como decorre do que ficou dito, sujeitou ambas as categorias ao regime do artigo 110.º⁸.

Não se furtou o legislador à previsão da perda de instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro. Assim, conquanto se afirme, no n.º 1 do artigo 111.º, que a perda não tem lugar se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do

⁶ Cf. HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Cooperação Judiciária em casos de confisco não baseado numa condenação”, in: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coords.), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, cit., pp. 162-163.

⁷ Quanto a este assunto, veja-se, à luz das redações anteriores, a obra de referência de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – Parte Geral – II – As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.ª ed., 4.ª reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 618 e p. 632.

⁸ Assinalando-o, FRANCISCO BORGES, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, José de Faria COSTA / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes / Helena Moniz / Nuno Brandão / Sónia Fidalgo (orgs.), Vol. 1, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 217, nota 3.

facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem de todo, certo é que, ao abrigo do n.º 2, a perda é decretada, ainda que os instrumentos, produtos ou vantagens pertençam a terceiro, quando o seu titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios (al. a)); os mesmos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática daquele, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência (al. b)); os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos arts. 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida (al. c)). Se os produtos ou vantagens não puderem ser apropriados em espécie, prescreve o n.º 3 que a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor.

Sendo estes os normativos que estarão na base do tratamento dogmático subsequente, não deixam, ainda assim, de desmerecer atenção determinadas normas da legislação penal e da legislação avulsa, onde a perda foi objeto de previsão especial. Assim, num breve recenseamento, enumere-se, no que toca às primeiras, o art. 127, n.º 3 do CP, resultando do mesmo que a extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado. Não despiciente é, no mesmo contexto, o art. 335.º, n.º 5 do Código de Processo Penal (CPP), a propósito da declaração de contumácia, para o qual a mesma não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração de perda a favor do Estado, já se tendo até, neste ensejo, levantando um conjunto de questões, dada a ausência de regulamentação por parte do legislador do prosseguimento do processo⁹. Se no caso da morte do agente se afirma que em causa não está a necessidade de transpor a Diretiva 2014/42/UE – que, no seu art. 4.º, n.º 2, somente fala em doença ou fuga do arguido –, residindo o seu fundamento internacional no art. 54.º, n.º 1, al. c) da também já citada Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção¹⁰, para o caso da declaração de contumácia refere-se, pelo contrário, que tanto aquela como esta estão na sua base¹¹.

Por seu turno, no que agora diz respeito à legislação extravagante, num quadro confuso e desorganizado – e que, as mais das vezes, nem sequer é fácil de articular e compatibilizar com o

⁹ Sobre esta e outras questões, aprofundadamente, JOSÉ MANUEL SAVORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A transposição da Diretiva 2014/42/EU. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais)”, in: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coords.), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, cit., pp. 245-247.

¹⁰ Cf. *supra*, II.

¹¹ Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, cit., p. 84.

regime geral do CP há pouco enunciado¹² –, faça-se nota, em primeiro lugar, do DL n.º 433/82, de 27 de outubro, sobre o ilícito de mera ordenação social. Este, dispondo, no n.º 1 do art. 22.º, que podem ser declarados perdidos os objetos que serviram ou estavam destinados a servir para a prática de uma contra-ordenação, ou que por esta foram produzidos, quando tais objetos representem, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, grave perigo para a comunidade ou exista sério risco da sua utilização para a prática de um crime ou de outra contra-ordenação; cristaliza, no art. 25.º, que a mesma pode ter lugar ainda que não possa haver procedimento contra o agente ou a este não seja aplicada uma coima. Em segundo, refira-se, enquanto último diploma legal relevante, o DL n.º 15/93, de 22 de janeiro (Legislação de combate à droga). Assim, depois de no n.º 1 do art. 35.º se declarar que são declarados perdidos a favor do Estado os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de uma infração prevista no diploma em causa ou que por esta tiverem sido produzidos, o n.º 3 prescreve que a perda tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto. Sobre este último, não é impertinente mencionar, de forma a dar conta dos desenvolvimentos mais recentes, que, embora a jurisprudência exija que a relação do objeto com a prática do crime se revista de um carácter significativo, numa relação de causalidade adequada, para que a infração se verifique, a doutrina considera, de modo inverso, que tal representaria a criação, por via judicial, de um novo requisito para a perda e que o que importa é determinar se a mesma é ou não proporcional¹³.

Contextualizado que ficou, depois da apresentação deste regime, o quadro legislativo que a nível substantivo foi traçado para a perda de instrumentos, produtos e vantagens, merece agora uma consideração desenvolvida as divergências doutrinárias que o envolvem. É a *magna quaestio* da natureza jurídica dos institutos atrás apontados que tem, desde há muito – e como, de resto, já tínhamos feito referência no pórtico deste trabalho – suscitado a mais viva controvérsia dogmática em matéria de confisco no nosso ordenamento jurídico. A mesma não assume um interesse meramente teórico, pois – num aspeto comum a todos os países adiante estudados – em função da hipótese pela qual se parta (natureza penal, civil ou administrativa), daí decorrerá, necessariamente, um conjunto de implicações prático-jurídicas, mormente ao nível da aplicação, ou não, dos princípios e garantias que enformam a aplicação de uma sanção penal¹⁴.

¹² Também assim, *idem*, “Reflexos da diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente”, in: *Revista do CEJ*, Lisboa, N.º 2 (2.º semestre 2014), p. 91.

¹³ Sobre o tema, consulte-se o estudo recente de JOÃO CONDE CORREIA, «Assim não vamos lá: mais um caso de insensibilidade à política criminal em matéria de confisco», in: *RPCC*, A. 31, N.º 2 (maio-agosto 2021), pp. 401-403.

¹⁴ Salientando a importância de determinar a sua natureza penal, ou análoga a uma pena ou medida de segurança (dimensão *in persona*) ou considerá-la como uma ação real (*in rem*), cf., por todos, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, in: *RMP*, A. 34, N.º 134 (abril-junho 2013), pp. 201-202.

Contudo, por uma questão de inteção da temática suscitada, impõe-se, primeiramente, o enquadramento das finalidades que pela perda dos instrumentos, produtos e vantagens são prosseguidas. Depois, e num aspeto que não se divorcia do primeiro, uma contextualização da atual redação das normas citadas, uma vez que, como depois se verá, a mesma condiciona, em larga medida, a discussão existente ao nível da natureza jurídica.

Assim, e começando pelo primeiro ponto, correto será afirmar que é possível encontrar uma clivagem entre, por um lado, a perda dos instrumentos e, por outro, a perda das vantagens. Por uma parte, no que toca à perda dos instrumentos associa-se uma finalidade “exclusivamente preventiva”, na medida em que, como decorre do teor literal do artigo 109.º, n.º 1, nem todos os instrumentos devem ser declarados perdidos, mas apenas os que, dada a sua natureza intrínseca – “puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas” – se mostrem especialmente vocacionados para a prática criminosa e que, por esse motivo, devam considerar-se como perigosos. Tal não é o que sucede com a perda das vantagens. Nesta, por uma outra parte, já não está em causa a sua perigosidade imediata, mas sim o propósito da “prevenção da criminalidade em globo”, encontrando aqui respaldo o antigo adágio de que “o crime não compensa”¹⁵.

Clarificada esta questão, avançando agora para o segundo tópico que aqui nos trouxe – o da contextualização da atual redação –, interessa consignar que, com a reforma operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março, o legislador substituiu nos normativos citados a palavra “crime” pela expressão “facto ilícito típico”. O que mais não foi do que a consagração pela via legal da doutrina preconizada por Jorge de Figueiredo Dias. Dito de outro modo, mediante o enunciado linguístico utilizado, a perda tem lugar mesmo que não exista condenação por inimizabilidade do visado ou por falta de culpa, não sendo, pois, obliterada pela absolvição do arguido¹⁶.

¹⁵ Consulte-se, escrevendo à luz das redações anteriores, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – Parte Geral – II*, cit., p. 632 e 635, e, de acordo com os dados mais recentes, JOÃO CONDE CORREIA, “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, cit., pp. 90-91.

¹⁶ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, cit., p. 86. No sentido de que seria contrário à finalidade da providência que ela não tivesse lugar só porque o agente é inimputável ou, sendo imputável, atuou sem culpa, pelo que pressuposto é a prática de um facto ilícito típico e não um crime, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – Parte Geral – II*, cit., p. 635.

Sabendo agora – de acordo com a exposição do quadro legal – que o confisco dos instrumentos, dos produtos e das vantagens pode ser tomado ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto (art. 109.º, n.º 2 e art. 110, n.º 4) e que o mesmo está – à luz do agora exposto – dependente da prática de um facto ilícito típico cometido, sendo suficiente que ele tenha sido cometido, mesmo que o autor tenha agido sem culpa ou não possa ser punido, sendo a imposição ou não de uma pena irrelevante, já se pode, no presente momento, afirmar, com Conde Correia, que estes são os melhores exemplos de *non-conviction based confiscation* no direito penal português¹⁷.

Para agora retomar a problemática da natureza jurídica, na tese (antiga) de Jorge de Figueiredo Dias, a perda não é uma pena acessória, pois a mesma está relacionada com a perigosidade do objeto e com as exigências individuais e coletivas de segurança, não possuindo qualquer ligação com a culpa do agente pelo facto ilícito típico cometido. De rejeitar, no seu pensamento, é igualmente a sua categorização como um efeito da pena ou da condenação, seja porque a perda pode ter lugar sem pena ou condenação, seja porque, sendo os efeitos da pena uma pena acessória, se a perda não constitui uma pena acessória, também pode ser assumida como um efeito da pena. Assim como também não a classifica como uma medida de segurança. É que, segundo diz, ao contrário da perda dos instrumentos, que está relacionada com a perigosidade dos objetos relacionados com o crime, a medida de segurança está, por seu turno, orientada para a perigosidade do agente. Assim, perfilha a compreensão de que a natureza do instituto é a de uma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”. Isto porque, tal como sucede com o pressuposto de aplicação de uma autêntica medida de segurança não privativa da liberdade, a perda dos instrumentos assenta na prática de um facto ilícito típico, num pressuposto da perigosidade (ainda que, refira-se, direcionada não para o objeto, mas para o agente) e numa finalidade de prevenção da perigosidade¹⁸.

Não obstante esta compreensão continuar a ter, ainda hoje, sequazes na doutrina portuguesa¹⁹, a mesma tem, no entanto, de ser analisada e entendida de acordo com o seu

¹⁷ Acentuando-o, veja-se JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Procuradoria-Geral da República, 2012, pp. 94-95, e “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, *cit.*, p. 88.

¹⁸ Entendimento expresso em *Direito Penal Português – Parte Geral – II*, *cit.*, p. 628 e 638.

¹⁹ Concordando com aquela tese, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., actual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, anotações ao art. 109.º e art. 111.º, p. 452 e p. 460. Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques já defenderam que a perda dos objetos não tem uma natureza jurídica unitária, afirmando o carácter quase-penal e a natureza de medida de segurança, mas também que, não estando na efetiva dependência da condenação do arguido, a medida deve ser vista como medida preventiva e não como reação

contexto histórico, pelo que, tendo o regime jurídico naturalmente evoluído, hoje a dogmática nacional traça, ao nível da natureza jurídica, uma divisão entre a perda dos instrumentos e a perda das vantagens de facto ilícito típico.

Destarte, Conde Correia, embora sufrague a construção de Jorge de Figueiredo Dias no que tange à perda dos instrumentos do crime – já que tem como pressuposto a prática de um facto ilícito típico, o que arrasta a natureza penal da solução; como só pode ser declarada se a coisa for perigosa, afastam-se os mecanismos baseados na culpa e numa pena; e, estando em causa a prevenção desse perigo, são óbvias as semelhanças com as medidas de segurança –, diverge abertamente daquele entendimento no que concerne ao confisco das vantagens. Em primeiro lugar, porque, à luz da atual redação, o mesmo não está dependente da perigosidade das vantagens do crime, pelo que, como afirma, é difícil considerar como análoga a uma medida de segurança uma providência sancionatória aplicada sem perigosidade. Em segundo, porque, louvando-se num argumento de índole sistemática, não deixa de alertar para o facto de o confisco ter sido inserido num capítulo denominado “perda de instrumentos, produtos e vantagens” e não nos capítulos dedicados às penas ou às medidas de segurança²⁰.

Uma identidade entre a natureza jurídica da perda de instrumentos e a perda de vantagens foi também recusada por Hélio Rodrigues. De modo paralelo a Conde Correia, Hélio Rodrigues, em obediência à ideia, já por diversas vezes mencionada, de afastar os perigos associados a determinados objetos, reputou, na senda de Figueiredo Dias, o confisco dos instrumentos e produtos como uma “medida de natureza análoga à da medida de segurança”²¹. Porém, não é essa a linha que segue em relação a perda de vantagens do crime. Esta constitui, segundo a fórmula que cunhou, “uma medida de não tolerância com uma

ao crime. Porém, hoje duvidam dessa distinção, afirmando que a medida há de depender sempre do perigo para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou do risco de ser utilizado para novos factos ilícitos. Já no caso da perda das vantagens, entendem, por seu turno, que se apresenta como uma medida destinada a restabelecer a ordem económica conforme o direito e não como uma pena acessória. Cf. MANUEL SIMAS SANTOS / MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código Penal Anotado*, Vol. II, rev. e actual. por MANUEL SIMAS SANTOS, colab. de ANA TERESA CARNEIRO ... [et al.], Lisboa: Rei dos Livros, 2015, p. 478 e p. 533. Sufragando o entendimento daqueles AA., quando afirmavam que a perda dos objetos não tem uma natureza jurídica unitária, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português – Parte Geral – III – Teoria das Penas e Medidas de Segurança*, 2.^a ed., rev. e actual., Lisboa: Editorial Verbo, 2008, p. 200.

²⁰ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, *cit.*, pp. 77-79 e pp. 96-97, respetivamente.

²¹ Cf. HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos”, *cit.*, p. 151.

situação patrimonial ontologicamente ilícita” ou uma “medida tendente a impedir um lucro ilícito”. Em defesa da sua construção, diz que não é decisivo, quando em vista se tenha o reconhecimento de carácter penal ou análogo a qualquer instituto de natureza penal, a relação de dependência em relação a um facto ilícito típico. Nem é, continua o Autor, determinante que o instituto esteja legalmente acolhido no CP, na medida em que a responsabilidade civil emergente do crime não perde a sua natureza estritamente civil apenas por encontrar previsão expressa no Código Penal. Decisivo parece ser, na ótica de lhe recusar um carácter sancionatório e de a reconhecer como uma “restituição” ou “recuperação de ativos”, a identificação da finalidade do confisco de vantagens com a da responsabilidade civil, isto é, assegurar a anulação dos prejuízos causados a terceiros e dos benefícios económicos para o agente resultantes de um comportamento ilícito²².

Para finalizar este ponto, vale a pena expor o entendimento sufragado por Pedro Caeiro, que, de modo análogo às compreensões citadas, também posterga a doutrina propugnada por Figueiredo Dias. Com efeito, sob o prisma das finalidades, dirigindo-se a mensagem “o crime não compensa” mais intensamente à comunidade do que ao visado, considera que a perda se encontra, por essa razão, mais próxima das penas do que das medidas de segurança. Além de que, estando de fora a concreta perigosidade revelada pelo agente, não deixa, outrossim, de apontar que a analogia com as medidas de segurança fica-se pela suficiência da prática de um facto ilícito típico. Nem sequer é de escamotear o facto de ser alheia ao instituto a avaliação concreta de que as vantagens sejam futuramente utilizadas na prática de novos crimes²³.

Contudo, inversamente à argumentação desenvolvida por Hélio Rodrigues, tal não significa, de modo algum, que ao instituto não possa ser aduzida natureza penal e, assim, para recuperar a relevância da determinação da natureza jurídica, sujeitá-lo aos princípios que enformam a aplicação de uma sanção penal. É o que sucederá se, na compreensão de Pedro Caeiro – e que, como veremos, é uma via muito requisitada noutros direitos –, o mesmo for concebido como um “*tertium genus* dentro da panóplia das reacções criminais”. Visando todas elas finalidades de prevenção criminal e requerendo um concreto facto ilícito

²² Cf. *idem*, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *cit.*, pp. 201-204.

²³ Cf. “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, *in: RPCC*, A. 21, N.º 2 (2011), p. 307.

típico, certo é que, como bem nota, a pena exige a culpa, a medida de segurança exige a perigosidade do agente e a perda queda-se pela existência de vantagens patrimoniais obtidas através da prática do crime²⁴.

1.1.2. O regime processual

Se é verdade que, como acabámos de ver, o confisco suscita complexos e intrincados problemas a nível substantivo, não é menos certo que também a nível processual se levantam bastantes e pertinentes questões. O que, no caso específico do ordenamento jurídico em que nos situamos, deve ser tanto mais salientado quanto é certo que, como a doutrina já o reconheceu, no quadro iníquo e desordenado em que o mesmo se encontra, nem sequer há um verdadeiro regime ou sistema processual penal em matéria de perda²⁵. Todavia, daí não decorre que, sob o prisma da questão patrimonial, não se tenham suscitado valiosíssimas reflexões dogmáticas, seja sob o prisma da articulação entre o regime substantivo e o regime adjetivo, seja ao nível das garantias processuais penais do confisco, seja, por fim, no que toca à temática dos direitos de terceiros.

Nestes termos, principiando pela tradução a nível processual das soluções precipitadas nos arts. 109.º e 110.º do CP, o que se deve, primeiramente, notar é que são poucas e poucas claras as disposições existentes nos casos de confisco dos *instrumenta* ou *producta sceleris* declarado na sequência de despacho de arquivamento, de despacho de não pronúncia ou de uma sentença absolutória. É que o legislador apenas estatuiu no art. 268.º, n.º 1, al. e) do CPP que compete exclusivamente ao juiz de instrução, durante o inquérito, declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos arts. 277.º, 280.º e 282.º²⁶.

²⁴ Cf., *idem*, p. 308. Sobre a argumentação desenvolvida em defesa desta tese em Espanha e na Alemanha, cf. *infra*, III, 2.1. e 4.1.

²⁵ Tal como acentua JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, *cit.*, pp. 123-124.

²⁶ Notando-o, JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, *cit.*, pp. 125-126.

Embora a formulação literal do preceito somente refira os casos de arquivamento do inquérito, convém, porém, atentar que a dogmática já entendeu que, mesmo noutros casos em que ninguém possa ser condenado pela prática do facto – como é o que sucede, justamente, na hipótese de despacho de não pronúncia ou de sentença absolutória –, o Ministério Público deverá, de igual modo, promover o confisco. Contudo, e é este o aspeto que mais pretendemos destacar, o regime português *prima*, neste mesmo contexto, pela ausência de normas expressas atinentes à garantia jurídico-constitucional do contraditório (art. 32.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa (CRP)). Se o confisco ocorrer com a sentença absolutória, o arguido teve a oportunidade de se defender durante a audiência de discussão e julgamento; na hipótese de despacho de não pronúncia, requerendo a abertura de instrução ou opondo-se a ela. Problemático se afigura o caso de despacho de arquivamento, não deixando a doutrina de alertar para o facto de que, neste caso, deve ser dada especial atenção ao cumprimento da garantia mínima do contraditório²⁷.

Virando agora o azimute para as garantias processuais penais do confisco, o que se pode, de um jeito preliminar, referir é que à pluralidade penal referida no ponto anterior (em termos de instrumentos, produtos e vantagens) é contraposta, agora, a pluralidade processual penal, verificando-se, aqui, uma panóplia de institutos, de cumpre elencar a apreensão e, no quadro das garantias patrimoniais, a caução económica e o arresto²⁸.

Passando a uma enunciação sintética, como resulta do n.º 1 do art. 178.º do CPP – albergado no Título III, do Livro III, da Parte I, sobre os meios de obtenção de prova – são apreendidos os instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico, e bem assim todos os animais, as coisas e os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova. Num aspeto que – como examinaremos adiante – tem suscitado a mais viva controvérsia, são as apreensões autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária (n.º 3). Embora a lei não exclua que, mediante certos pressupostos, os órgãos de polícia criminal as possam efetuar (n.º 5), estão, nesses casos, sujeitas à validação pela autoridade judiciária (n.º 5). Não escapou ao desvelo do legislador a enunciação de um conjunto de garantias processuais. Assim, o n.º 7 determina que os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens

²⁷ Nesta linha, *idem*, pp. 126-127.

²⁸ Cf. *idem*, “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, *in*: *RPCC*, A. 25, N.ºs 1-4 (janeiro-dezembro 2015), p. 505.

ou outros objetos ou coisas ou animais apreendidos podem requerer ao juiz a modificação ou a revogação da medida. No mais, se aqueles forem suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária, ordena, por força do n.º 9, a presença do interessado e ouve-o, prescindindo apenas da sua presença quando, conforme prescreve o n.º 10, esta não for possível. Por último – no que ainda interessa para as margens desta investigação – os animais, as coisas ou os objetos apreendidos são restituídos a quem de direito, logo que, de acordo com o n.º 1 do art. 186.º, se torne desnecessário manter a apreensão para efeito de prova e, à luz do n.º 2, logo que a sentença transitar em julgado, salvo se tiverem sido declarados perdidos a favor do Estado.

Circunscritas, assim, as normas pertinentes do instituto da apreensão, avançando agora para as coordenadas legais das medidas de garantia patrimonial²⁹, no que concerne à caução económica, o n.º 1 do artigo 227.º do CPP prescreve que a mesma é requerida pelo Ministério Público quando haja fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias do pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime (al. a)) e da perda dos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico ou do pagamento do valor a estes correspondente (al. b)). Por seu turno, a propósito do arresto preventivo, nas palavras do n.º 1 do artigo 228.º, o mesmo pode ser decretado pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou do lesado para garantia daquelas quantias. Os dois institutos estão dependentes da prévia constituição como arguido (art. 192.º, n.º 2), sendo possível recorrer dos despachos que os aplicam (art. 399.º). Além de que – de modo oposto ao que acima se salientou sobre a apreensão – tal como decorre do estatuído nos arts. 194.º, n.º 1 e 268.º, n.º 1, al. b), na qualidade de medidas de garantia patrimonial, são aplicados por despacho do juiz.

Faça-se ainda alusão, apenas para terminar este enquadramento normativo, que – em cumprimento da já aludida Decisão 2007/845/JAI – a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou, na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA), com a missão de, *inter alia*, proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes e assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados

²⁹ Mencione-se, apenas por uma mera contextualização conceitual, que, segundo a mais autorizada doutrina portuguesa, as medidas de coação e garantia patrimonial definem-se como “meios processuais de limitação da liberdade pessoal ou patrimonial dos arguidos e outros eventuais responsáveis por prestações patrimoniais, que têm por fim acautelar a eficácia do procedimento, quer quanto ao seu desenvolvimento quer quanto à execução das decisões condenatórias”. Veja-se GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, 5.ª ed., rev. e actual., Lisboa: Verbo, 2008, p. 344.

(cf. os arts. 1.º, 2.º e 3.º). Criado na senda dos *Asset Recovery Offices*, o mesmo já recebeu palavras de encómio, tendo sido louvado como “a perda angular do sistema nacional de confisco”³⁰.

Delimitado este nosso horizonte interessa, antes de nos debruçarmos sobre as principais constelações problemáticas que têm iluminado a dogmática nacional em sede de garantias da perda, levar a cabo duas observações de ordem geral. Assim, e deixando por ora de lado a contenda doutrinal que neste ensejo se verifica, atente-se, em primeiro lugar, na diferenciação que é comumente estabelecida entre os institutos da apreensão e da caução económica e do arresto preventivo, para, depois, fixar a concatenação entre essas figuras e os preceitos jurídico-materiais.

Cingindo-nos ao primeiro aspeto, a doutrina não tem deixado de assinalar, insistentemente, que enquanto a apreensão garante o confisco da própria coisa que representa a vantagem e dos proventos que direta ou indiretamente resultam da prática do crime ou o seu sucedâneo; a caução económica e o arresto preventivo – ambos qualificados como “medida que tem em vista o cumprimento efetivo de obrigações patrimoniais que venham a constar da decisão final condenatória proferida em processo penal” – acautelam a perda do seu valor. Dito de outro modo, se no primeiro caso está em causa, numa breve palavra, a perda em espécie; no segundo, de modo inverso, garante-se a efetividade da decisão judicial que determine o pagamento ao Estado do valor correspondente aos produtos e vantagens do crime quando aquela não for possível³¹.

Daqui decorre, para finalmente concatenar os institutos mencionados com as normas substantivas, que, de um lado, a apreensão constitui a ação processual cautelar adequada a implementar a política criminal substantiva das normas que consagram a perda em espécie³². Do outro, prevendo o n.º 3 do art. 109.º, o n.º 4 do art. 110.º e o n.º 3 do art. 111.º que, quando os instrumentos, os produtos e as vantagens do facto ilícito típico não puderem ser

³⁰ São estas as palavras de JOÃO CONDE CORREIA, que não deixa, ainda assim, de frisar que não foi uma feliz invenção nacional, já que resultou de uma necessidade de transposição. Cf. “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, in: *Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*. IC3F, N.º 1 (outubro 2017), pp. 51-52.

³¹ Veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE / MARIA JOÃO ANTUNES, “Da natureza processual penal do arresto preventivo”, in: *RPCC*, Coimbra, A. 27, N.º 1 (janeiro-abril 2017), p. 147; MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE / Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (ed.), *Decomiso y recuperación de activos – Crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 591-592; e, também, JOÃO CONDE CORREIA, “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, *cit.*, p. 528.

³² Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, *cit.*, p. 518.

apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, são já as medidas de garantias patrimonial consignadas nos arts. 227.º e 228.º que se assumem como o “sucedâneo processual penal do previsto nas normas do CP que preveem em alternativa o pagamento do valor”³³.

Unânime é também a doutrina em fazer corresponder os instrumentos dos art. 178.º, 227.º e 228.º aos conceitos de congelamento dos instrumentos supranacionais atrás elencados³⁴. Assim, ainda que se note que o conceito de congelamento do Regulamento UE 2018/1805 é diferente e mais amplo do que o conceito de apreensão, aponta-se, contudo, que aquele, bem como o do art. 2.º, 5) da Diretiva 2014/42/UE correspondem às figuras processuais penais da apreensão e do arresto preventivo³⁵.

Depois destas duas observações, para agora entrar no ponto axial deste apartado, é hora de nos fixarmos na figura da apreensão – uma “consequência jurídica do crime”³⁶ –, já que é da correlação entre as finalidades que por ela são prosseguidas e o arquétipo legal que lhe foi desenhado que pode, num futuro confronto com o direito estrangeiro, ser suscitada uma hipotética perspectiva de alteração legislativa do direito nacional.

Centrando-nos, então, nas finalidades da apreensão, a despeito de alguns entendimentos minoritários a reputarem apenas como uma “medida de obtenção de prova”³⁷, a verdade é que – e é este o ponto que nos interessa focar – os Autores coincidem em aduzir-lhe, por uma parte, uma finalidade processual probatória – na medida em que se destina a

³³ *Idem*, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, in: *Católica Law Review*, Vol. IV, N.º 3, novembro 2020, p. 137.

³⁴ Cf. *supra*, II.

³⁵ Referindo que o conceito de congelamento é diferente e mais amplo do que o conceito de apreensão, mas encontrando correspondência nas figuras portuguesas da apreensão (art. 178.º), do arresto preventivo (art.º 228) e, em figura que será mais tarde elencada, do arresto do art. 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ANA ISABEL ROSA PAIS, “A decisão de apreensão de bens: reflexões à luz do novo Regulamento da União Europeia de 14 de Novembro de 2018”, in: *RPCC*, Ano 29 (2019), pp. 201-202. Identificando a apreensão com o conceito supranacional de congelamento, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência”, in: *Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 453. Perspetivando os arts. 178.º, 227.º e 228.º como meios processuais segundo a definição de congelamento da Diretiva, MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, p. 591, e JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente”, *cit.*, p. 93.

³⁶ É assim que a mesma é vista por MARIA JOÃO ANTUNES, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *cit.*, p. 137, que não deixa de referir que tal é independente da questão de saber qual a natureza da perda a favor do Estado.

³⁷ Veja-se, neste mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., actual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, anotação ao art. 178.º, p. 504.

obter e a conservar provas – e, por uma outra parte, uma finalidade processual substantiva – uma vez que também visa garantir a perda dos objetos a favor do Estado. Servindo, por outras palavras, a prova do crime em investigação e a execução da decisão judicial que venha a declarar os objetos apreendidos perdidos a favor do Estado, no primeiro caso a apreensão visa a finalidade processual penal de descoberta da verdade, ao passo que no segundo, diferentemente – e não obstante a inserção sistemática no título dos meios de obtenção de prova –, é antes a realização da justiça a finalidade processual penal prosseguida. Esta separação é visível logo no regime legal vigente, dado que, como procurou mostrar-se, o art. 186.º fixa, no n.º 1, a restituição dos animais, coisas e objetos apreendidos, logo que se tornar desnecessário manter a apreensão para efeito de prova e, no n.º 2, logo que transitar em julgado a sentença, salvo se tiverem sido declarados perdidos a favor do Estado, no que é uma demonstração inequívoca de que aqui é já a garantia processual da perda a finalidade que os objetos apreendidos servem³⁸.

É por isso que, competindo, nos termos do citado n.º 3 do art. 178.º, à autoridade judiciária³⁹ a autorização, ordem ou validação das apreensões, enquanto ato que se prende diretamente com um direito fundamental, Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes já entenderam que a norma em causa viola o art. 32.º, n.º 4 da CRP, que consagra a reserva de juiz. Com efeito, se na apreensão para efeitos de prova está em causa um juízo de pendore criminalístico e, como tal, coadunável com a instância a que compete a direção do inquérito; na qualificação de um bem como preço, lucro ou recompensa do crime e a sua antecipação como objetos idóneos da decisão de perda está antes em causa um juízo de índole substantiva de factos em previsões normativas, só ao alcance de um juiz⁴⁰.

³⁸ Em relação a esta distinção, MANUEL DA COSTA ANDRADE / MARIA JOÃO ANTUNES, “Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *in: RLJ*, A. 146.º, N.ºs 4000-4005 (2016-2017), pp. 360-361. Veja-se, também, MARIA JOÃO ANTUNES, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *cit.*, p. 135; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, *cit.*, p. 289; e JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, *cit.*, p. 154. Falando numa função de segurança processual e numa função de garantia patrimonial que, conquanto unificadas no mesmo regime, são, no entanto, independentes, *idem*, “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, *in: RPCC*, A. 25, N.ºs 1-4 (janeiro-dezembro 2015), *cit.*, p. 508. Na jurisprudência, no sentido de que a apreensão de saldos bancários em aplicação do disposto no art. 181.º do CPP é um meio de obtenção de prova, mas que poderá funcionar, simultaneamente, como uma medida cautelar destinada a assegurar o cumprimento de certos efeitos de direito substantivo que estão associados à prática do ilícito penal, como seja a perda desses valores a favor do Estado, AcTC 294/2008, II. Cf., também, o AcTC 387/2019, ponto 28.

³⁹ Isto é, segundo o art. 1.º, al. b) do CPP, o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público.

⁴⁰ Cf. “Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *cit.*, pp. 369-370.

Da mesma forma com que, sendo a apreensão da competência do MP e a caução económica e o arresto preventivo da competência reservada do juiz, não se encontram razões que justifiquem a diferença de meios processuais quando está em causa a garantia da efetividade da perda em espécie e a garantia da efetividade da perda do valor⁴¹.

Poder-se-á certamente afirmar – como, aliás, fez recentemente o Tribunal Constitucional Português (TC) –, que o preceito em causa não desrespeita a garantia ínsita no artigo 32.º, n.º 4, uma vez que, tendo presente a garantia plasmada no também referido n.º 7 do art. 178.º, logo que o titular do direito de propriedade tomar conhecimento da apreensão pode de imediato, ainda durante a fase de inquérito, dirigir-se ao juiz para reclamar a respetiva revogação⁴².

Não faltam, contudo, argumentos que coloquem em dúvida esta compreensão. Quem assim o pense esquece, em primeiro lugar, que quando a CRP, nos termos da norma citada, reserva ao juiz os atos que se prendam diretamente com os direitos fundamentais visa, não uma intervenção judicial *a posteriori* – como parece decorrer daquele entendimento –, mas uma tutela preventiva desses direitos. Depois, aquela linha de compreensão também parece ignorar, em segundo, que o modelo processual penal português não segue o modelo de controlo pelo juiz da atuação do Ministério Público na fase de inquérito. O papel do juiz de instrução é, isso sim, o de juiz das liberdades, cabendo-lhe, por força das disposições conjugadas dos arts. 32.º, n.º 4, 7.º, 268.º e 269.º, praticar, ordenar e autorizar os atos que se prendam diretamente com os direitos fundamentais, o mesmo é dizer, atos materialmente judiciais, de atuação preventiva e não de modificação ou revogação⁴³.

À luz do exposto, já parece claro que – em consonância com a opção que, veremos a seu tempo, já foi firmada noutros direitos⁴⁴ – a apreensão para efeitos de prova deverá, como pertinentemente sublinhou Conde Correia, distinguir-se da apreensão para efeitos de perda,

⁴¹ Tal como acentua MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, p. 592.

⁴² Cf. AcTC 387/2019, ponto 38. Note-se que o TC já tinha entendido no AcTC 7/87, 2.8., que o art. 178.º, n.º 3 do CPP não viola o n.º 4 do artigo 32.º, invocando a competência do Ministério Público para dirigir o inquérito, nem o art. 62.º, n.º 1, dado que o direito de propriedade está longe de ser ilimitado e a apreensão de objetos em processo penal nos casos referidos não pode deixar de ser considerada como um limite imanente desse direito.

⁴³ Nesta conclusão, MARIA JOÃO ANTUNES, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *cit.*, p. 143.

⁴⁴ Veja-se, sobre esta questão, os ordenamentos jurídicos italiano e alemão em *infra*, III, 3.2. e 4.2.

dando lugar a duas figuras processuais sujeitas a requisitos e pressupostos autónomos⁴⁵. O que, para o domínio que temos em vista, deverá encontrar tradução, em futura reforma legislativa, na exigência de que – para recorrer, uma vez mais, aos ensinamentos de Manuel da Costa Andrade e Maria João Antunes – a apreensão de bens que visa garantir a perda de vantagens do crime a favor do Estado, uma vez que se trata de um ato que se prende diretamente com um direito fundamental, seja da competência reservada do juiz⁴⁶.

Para além do que ficou dito, a relevância do problema prende-se, ainda, com o Regulamento 2018/1805/UE. Se não for feita a exigência de que apreensão tendente à perda de bens seja da competência do juiz, daí resultará que Estados-Membros, como Alemanha, Espanha ou Itália, nos quais aquela é uma matéria de reserva judicial, se vejam forçados, por força do direito da União Europeia, a reconhecer e executar, nesta sede, uma decisão não judicial⁴⁷.

Não ficaria este ponto completo se – em matéria que nos acompanhará ao longo de todo este estudo – não se aludisse à temática da proteção de terceiros de boa fé, ou seja, “aquele que não se encontra, por qualquer forma, comprometido com a prática do crime”. Esta pode, de facto, ser abordada à luz de um vasto conjunto de enfoques; quer à luz dos bens pertencentes a pessoas próximas do arguido, quer dos direitos dos herdeiros, quer – e como teremos a ocasião de ver – dos bens pertencentes ao cônjuge do arguido⁴⁸.

Em Portugal – estando, já o vimos, a matéria disciplinada, a nível substantivo, no art. 111.º do CP⁴⁹ –, a Lei n.º 30/2017 introduziu no CPP o art. 347.º-A, em cujo n.º 1 se garante ao terceiro ao qual pertençam instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado, o exercício do direito de contraditório e a prestação de declarações, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis.

⁴⁵ Cf. “Reflexos da diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente”, *cit.*, pp. 93-94.

⁴⁶ Cf. “Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *cit.*, p. 368.

⁴⁷ Levantando esta questão, ANA ISABEL ROSA PAIS, “A decisão de apreensão de bens: reflexões à luz do novo Regulamento da União Europeia de 14 de Novembro de 2018”, *cit.*, p. 208.

⁴⁸ Acerca disto, e excluindo da categoria de terceiros de boa fé o titular dos bens que estiver inserido no círculo da autoria e da participação, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência”, *in: Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, *cit.*, p. 468. Sobre a última vertente enunciada, cf. o ordenamento jurídico francês em *infra*, III, 5.1.

⁴⁹ Cf. *supra*, III, 1.1.1.

Porém, esta disposição, para além de parecer insuficiente para satisfazer todas as garantias de defesa da posição de terceiro que, como vimos, são exigidas pela Diretiva⁵⁰, também não corresponde à densificação esperada para satisfazer os ditames constitucionais. Proclamando o art. 20.º, n.º 4 que todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, além do respeito pelo contraditório e do exercício do direito de audição em audiência de julgamento – consagrados na nova norma processual –, reclamam-se outras garantias. É o caso do direito à assistência de um advogado, à igualdade de armas, à observância de prazos razoáveis, à fundamentação das decisões, à prova e contraprova, ao reconhecimento de dados processuais e a um processo orientado pela justiça material. É por esta razão que, na ausência de uma regulamentação expressa do exercício destes direitos, se espera por uma adaptação das regras processuais existentes por parte do julgador, clamando-se, também aqui, por uma intervenção urgente do legislador⁵¹.

Quanto ao Decreto-Lei n.º 15/93 – que, como há pouco afirmámos, consagra uma previsão especial de perda de bens sem condenação no n.º 3 do art. 35.^{o52} –, a tutela de direitos de terceiros de boa fé está plasmada no art. 36.º - A. Confere-se, no n.º 1, ao terceiro que invoque a titularidade de coisas, direitos ou objetos sujeitos a apreensão ou outras medidas legalmente previstas aplicadas a arguidos por infrações previstas naquele diploma o poder de deduzir no processo a defesa dos seus direitos, através de requerimento em que alegue a sua boa fé, indicando logo todos os elementos de prova. Segundo esclarece o n.º 2, por boa fé entende-se a ignorância desculpável de que os objetos estivessem nas situações previstas no n.º 1 do art. 35.º.

⁵⁰ Cf. *supra*, II.

⁵¹ Neste mesmo sentido, cf. JOÃO CURA MARIANO, “A perda de bens de terceiro relacionados com o crime”, in: Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coords), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, cit.*, pp. 174-175; e *idem*, “Os bens de terceiro no regime da «perda alargada»”, in: *Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 351-352.

⁵² Cf. *supra*, III, 1.1.1.

1.2. A perda alargada

1.2.1. A vertente substantiva

Uma vez que, em muitos casos, não é fácil estabelecer toda a carreira criminosa do condenado ou todos os proventos do crime, impôs-se o alargamento da perda a outros bens que, presumível ou provavelmente, advêm daquele crime ou de outros semelhantes⁵³. Deste modo, Portugal – em linha com a tendência trilhada por outros países –, na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, consagrou um regime de perda de bens a favor do Estado no seu art. 7.º. Este – inscrito numa secção intitulada “Perda alargada” – dispõe, no n.º 1, que, em caso de condenação pela prática de crime referido no catálogo fixado no art. 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagens de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Segundo a concretização vertida no n.º 2, por “património do arguido” entende-se, para efeitos da mesma lei, o conjunto dos bens que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente (al. a)); transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores àquela constituição (al. b)); e recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino (al. c)).

Embora permaneça exterior aos limites da nossa análise, faça-se, porém, uma curta menção ao facto de que, embora o catálogo de crimes fixado no art. 1.º, n.º 1 já tenha sido considerado como limitado à criminalidade reditícia pelo TC⁵⁴, o mesmo já originou, no entanto, perplexidades. Não falta, pois, quem denote que, por um lado, o mesmo inclui crimes que não têm particular aptidão para gerar lucros⁵⁵, e que, por outro, além de ser muito amplo, nem sequer existe a preocupação de

⁵³ Sobre este enquadramento, JOÃO CONDE CORREIA, “O confisco e a fixação do enriquecimento ilícito”, in: *Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, cit., p. 255.

⁵⁴ Cf. AcTC 498/2019, ponto 17.

⁵⁵ Assim, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in: Manuel da Costa Andrade / José de Faria

assegurar que o concreto crime se insira no âmbito da criminalidade organizada e económico-financeira⁵⁶.

Um breve apontamento merece, outrossim, a questão da aplicação da lei no tempo, que, conquanto não tenha sido – contrariamente ao que noutros ordenamentos jurídicos veio a suceder⁵⁷ – um tema usualmente debatido na doutrina portuguesa, já deu, ainda assim, azo a dúvidas. Estendendo-se, como acima notámos, a presunção de origem ilícita aos bens adquiridos nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, levantou-se, na altura da aprovação do regime, a questão de saber se o mesmo entrava em vigor de imediato. No sentido de que o princípio da legalidade é aplicável, independentemente da natureza jurídica, posicionou-se Jorge Godinho, para quem o confisco alargado não deve ser aplicado retroativamente a bens adquiridos antes da entrada em vigor da Lei n.º 5/2002, porquanto, segundo argumenta, só a partir dessa data é que era de conhecimento público a eventual necessidade de justificar a origem de todo e qualquer património obtido nos cinco anos anteriores⁵⁸.

Contextualizando, introduziu-se, por via desta lei, no ordenamento jurídico português, uma presunção de origem ilícita de determinados bens identificados pela acusação no que tange ao confisco. A mesma assenta na suspeita de que o condenado cometeu outros ilícitos, para além daquele pelo qual foi condenado, dos mesmos tendo resultado o património injustificado ou incongruente com os seus rendimentos lícitos. Dispensando-se, assim, a *probatio diabólica* da origem ilícita desse património que caberia à acusação, é, então, ao arguido que cabe o ónus da prova em contrário. E é fundamentalmente devido a esta presunção (*iuris tantum*) que os Autores já classificaram este mecanismo como, tecnicamente, outra *non-conviction based confiscation*⁵⁹.

A dogmática não tem deixado de, nos últimos anos, apontar as semelhanças e relações que se verificam entre este instrumento e o enriquecimento ilícito ou injustificado. Como não se ignora, as tentativas de o criminalizar por parte dos Decretos n.º 37/XII e n.º 369/XII da Assembleia da República soçobraram perante o TC, que, na jurisprudência uniformizada dos AcsTC 179/2012 e AcTC 377/2015, pronunciou-se pela inconstitucionalidade das normas ali contidas. Na

Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1339-1340.

⁵⁶ Veja-se MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, pp. 600-601.

⁵⁷ E que está, quase sempre, intimamente relacionada com a natureza jurídica. Cf. *infra*, III, 2.1., 3.1., 4.1. e 5.1.

⁵⁸ Cf. “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, p. 1347.

⁵⁹ Cf., sobre esta contextualização, JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, *cit.*, p. 49, e, também, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, pp. 1316-1319.

fundamentação pelo mesmo cunhada, como a finalidade era punir crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, não havia um bem jurídico claramente definido; não sendo possível a identificação no tipo da ação ou omissão proibida, violava-se, assim, a exigência de determinação típica do art. 29.º, n.º 1 da CRP; e, não se impedindo que, verificada a incongruência patrimonial, a mesma fosse qualificada como enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita, era, por conseguinte, também violado o princípio da presunção de inocência.

Para comparar com o instituto da perda alargada, embora neste caso exista a ablação da “riqueza inexplicável” e no crime de enriquecimento ilícito ou injustificado a condenação numa determinada pena, não deixa, porém, de ser certo que, para além das óbvias semelhanças de redação, identificam-se também equivalências estruturais. Tanto numa como noutra situação existe a determinação de todo o património do arguido e a sua comparação com os rendimentos lícitos, em ordem a encontrar a exata medida da desproporção⁶⁰. É verdade que a doutrina portuguesa mais autorizada encara medidas como a perda de vantagens alargada não só como muito mais eficazes no quadro do combate ao enriquecimento ilícito, como menos ablativas dos direitos fundamentais, se compararmos com aquela intervenção jurídico-criminal⁶¹. Contudo, também não é despiciente deixar claro que vozes mais recentes, posto que reconheçam a ausência de um juízo de culpa na declaração do confisco alargado, destacam, contudo, a imposição de gravíssimas consequências patrimoniais, denotando neste instrumento, em jeito de crítica, “uma tentativa de circunvenção da declaração da inconstitucionalidade da criminalização do enriquecimento injustificado”⁶².

Este ponto adquire premência em grau redobrado se pensarmos que, sob a ótica da compatibilidade com o direito europeu – algo que não perderemos de vista em todo este Capítulo –, a doutrina portuguesa é concordante em assinalar a falta de coincidência entre, de um lado, o instituto português da perda alargada e, do outro, os três modelos da Decisão-Quadro 2005/212/JAI e o artigo 5.º da Diretiva 2014/42/UE. Ao passo que aqui está em causa a adoção de medidas de perda de bens conexados com uma atividade criminosa, que facilitem a demonstração dessa conexão, na lei

⁶⁰ Assim, JOÃO CONDE CORREIA, “O confisco e a “fixação” do enriquecimento ilícito”, *cit.*, pp. 264-265.

⁶¹ Neste mesmo sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, “T. C., Acórdão n.º 179/2012 – Processo n.º 182/12. (Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado)”, *in: RLJ*, A. 141, N.º 3973 (março-abril de 2012), p. 254. Também preferindo o alargamento do confisco em vez da opção por incriminações simbólicas e inúteis como o enriquecimento ilícito, JOÃO CONDE CORREIA, “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, *cit.*, pp. 94-95.

⁶² Veja-se, em texto recente, TÚLIO FELLIPPE XAVIER JANUÁRIO, “Da possível invocação da presunção da origem criminosa do património como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada”, *in: María Acale Sánchez / Anabela Miranda Rodrigues / Adán Nieto Martín (Coord.), Reformas Penales en la Península Ibérica: A «Jangada de Pedra»?*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 232.

interna está, por seu lado, consagrada a perda do valor de um enriquecimento ilícito, resultante de uma incongruência entre o património do arguido e os rendimentos lícitos por ele auferidos⁶³.

Deixando o plano legal-positivo, sob o ponto de vista dos objetivos almejados pela perda alargada, na terminologia cunhada pelos estudos mais relevantes sobre o tema, sem prejuízo de se notar que aquela, tal como no confisco das vantagens do crime, pretende uma “ordenação dos bens adequada ao direito”, retirando os ganhos patrimoniais que não deveriam ter sido obtidos, depressa se refere, em concomitância, um “cunho geral preventivo”⁶⁴. Ou, numa formulação diferente, uma finalidade prospetiva, alicerçada na destruição da base económica de atividades ilícitas que poderiam servir de base à continuação da atividade criminosa, e uma finalidade retrospectiva, assente no combate a lucros presuntivamente ilícitos⁶⁵. O que não parece estar muito longe da doutrina sufragada pelo TC, que, na jurisprudência prolatada sobre a matéria, além de salientar a “necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente”, também destacou que este mecanismo visa “finalidades preventivas”⁶⁶.

Aqui chegados, o que no momento atual cabe perguntar e responder é, de modo paralelo ao que foi feito na abordagem do confisco dos instrumentos, produtos e vantagens, se a perda alargada deve também estar sujeita aos princípios e garantias que norteiam o desenrolar do processo criminal. Contudo, por uma questão de inteligibilidade, atente-se, em primeiro lugar, nas divergências que separam a doutrina no concernente à natureza jurídica do instituto. Esta é, como é facilmente apreensível, uma problemática diretamente imbricada

⁶³ Sobre isto, com mais detalhe, JOÃO CONDE CORREIA, “O confisco e a fixação do enriquecimento ilícito”, *cit.*, pp. 261-263. Cf., também, JOÃO CURA MARIANO, “Os bens de terceiro no regime da «perda alargada»”, *cit.*, p. 334. Afirmando que a Diretiva é mais ampla do que a formulação portuguesa, pois permite o confisco alargado mesmo quando não existe desproporção patrimonial, PEDRO CAEIRO, “O confisco numa perspetiva de política criminal europeia”, *cit.*, p. 33. Mencionando que a perda ampliada do direito português supõe a perda do valor e não uma perda total ou parcial de bens, MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, p. 597.

⁶⁴ Assim, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, p. 1351.

⁶⁵ Também, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, “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 económica-financeira)”, *in*: AA. VV. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* – Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 134.

⁶⁶ AcTC 392/2015.

com aquela, pois, tal como tem sido notado, caso se conclua pela natureza penal, um conjunto de obstáculos a nível jurídico-constitucional serão, então, levantados⁶⁷.

E o que, à guisa de introdução, se pode começar por dizer é que, existindo, como agora se passará a ver, um conjunto de construções que propõem uma natureza penal, civil e administrativa, o que é facto é que, salvo raras exceções, a doutrina maioritária parece desvincular-se, também neste contexto, da tese, apontada no anterior apartado, de natureza de providência análoga à da medida de segurança.

Sem prejuízo de reconhecer que a concreta natureza jurídica não é fácil de determinar, Jorge Godinho pugna pela “índole penal” do confisco alargado, classificando-o, mais concretamente, como uma “reação penal de natureza substantiva”. Em abono da sua compreensão, parte da premissa – há pouco identificada – de que o instituto está orientado para fins de prevenção criminal, socorrendo-se, em reforço da sua tese, do facto de o regime subsidiário ser constituído pelas regras gerais sobre o confisco das vantagens do crime do CP e da circunstância de a prova ser feita nos termos do processo penal⁶⁸. Uma compreensão não muito diferente desta é a que foi sufragada por Augusto Silva Dias que, partindo igualmente da natureza “eminente penal” do confisco, entende-o como um “efeito da pena”, mais especificamente um “efeito patrimonial, não automático, da pena”⁶⁹.

Não é, contudo, esta uma linha de raciocínio que recolha a adesão de toda a doutrina. Recusando que seja uma pena, Conde Correia, em sentido oposto àquelas teses, sob o enfoque de que o confisco visa corrigir uma situação patrimonial ilícita, que não goza de tutela jurídica, e dirigindo-se contra os próprios bens – não tendo, pois, qualquer juízo de censura da ação ou omissão individual que lhes está subjacente –, perspetiva-o como um “mero mecanismo civil enxertado no processo penal”, um “modelo de mera restauração de

⁶⁷ Apontando para isto, mas não deixando de frisar que mesmo que seja outra a natureza por que se opte, nem por isso o mecanismo poderá ficar sujeito ao arbítrio do legislador e do executor, JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, *cit.*, pp. 114-115.

⁶⁸ Cf. “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, pp. 1348-1349.

⁶⁹ Cf. “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *in*: Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orgs.), Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes (coords.), *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 39-40 e nota 32. Aderindo a esta compreensão, FERNANDO TORRÃO, “Confisco e gestão do lucro injustificado por corrupção pública em Portugal”, *in*: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII (2018), pp. 433-434.

uma ordem patrimonial conforme ao direito”⁷⁰. E se esta é uma via muito solicitada pela doutrina, também o TC, no Acórdão 392/2015, recusando terminantemente que seja uma reação pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso, não demonstrou tibieza em defender que se trata de uma “medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente”. Esta via de resposta foi mantida no Acórdão 498/2019, o qual, postergando, novamente, a natureza penal ou sancionatória, voltou a realçar a circunstância de a situação patrimonial prévia constituir o limite da consequência do mecanismo da Lei n.º 5/2002⁷¹.

Continuando a calcorrear as propostas aventadas pela doutrina portuguesa, Damião da Cunha, rejeitando, da mesma forma, o carácter penal do instituo – na medida em que, segundo diz, nada tem a ver com um crime –, sublinha que é um “novo instrumento repressivo”, “uma nova sanção”, uma “medida sancionatória que visa garantir a eficaz repressão de lucros que podem ser obtidos com certo tipo de criminalidade” ou, ainda, “uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”⁷². Numa inequívoca linha de continuidade, Pedro Caeiro, embora rejeite o entendimento de que é uma sanção, manifesta, porém, a sua concordância com a linha de pensamento perfilhada por Damião da Cunha, caracterizando, numa formulação semelhante, o confisco alargado como uma medida de “natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”. Contra a categorização como uma reação criminal, vem, conforme observa, a circunstância de o confisco ter por objeto bens e direitos que não são provenientes do crime *sub judice* e, como consequência, não exigir uma ligação direta com o facto criminoso⁷³.

⁷⁰ Cf. “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, in: *Julgar*, N.º 32, 2017, p. 94.

⁷¹ Ponto 17.

⁷² Cf. JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, “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 económica-financeira)”, *cit.*, pp. 125-126 e p. 134.

⁷³ Cf. PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *cit.*, pp. 310-311. Também em linha com estas compreensões, e partilhando a argumentação que por estes Autores é expandida, Francisco Borges entende que o confisco alargado é uma “medida materialmente administrativa”, ainda que seja aplicado no âmbito de um processo penal, vinculando-se, assim, às regras deste. Cf. “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes / Helena Moniz / Nuno Brandão / Sónia Fidalgo (orgs.), Vol. 1, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 222-225.

Mas, independentemente da concreta natureza jurídica do instituto – a mesma não é de resposta fácil, sendo que uma opção cabal exigiria outro tipo de reflexão, incompatível com um trabalho que, repita-se, se pretende de guisa essencialmente comparatista –, não se pode, mesmo assim, olvidar que – numa argumentação presente em alguns dos ordenamentos à frente investigados – o mesmo origina consequências gravíssimas no visado e na sua família, cuja gravidade das mesmas pode ir muito além do que a de uma pena⁷⁴. E, se assim é, e também não esquecendo que, nas palavras lapidares de Pedro Caeiro, “o processo penal não pode funcionar aqui como uma espécie de Santo Ofício moderno, que uma vez determinada a heresia pertinaz (o crime), manda relaxar o condenado ao braço secular (entenda-se, às fogueiras da administração)”, o caráter particularmente agressivo deste instituto não pode, pois, dispensar uma especial atenção no que concerne aos direitos de defesa⁷⁵. O que, numa curta e apertada síntese, significa que, em resposta à interrogação há pouca levantada, a perda alargada não pode, pelas razões enunciadas, furtar-se aos princípios e garantias que comandam o processo criminal.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no Caso *Engel and Others v. The Netherlands*, para efeitos de determinar a existência de “any criminal charge”, no âmbito de uma eventual aplicação do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), estabeleceu que, em primeiro lugar, é preciso saber se as disposições que definem a infração pertencem, de acordo com o sistema jurídico do Estado, ao direito penal, ao direito disciplinar ou a ambos em simultâneo. Mas, e como este último critério não é mais do que um ponto de partida, com valor formal e relativo, logo se declarou que deve ser tido em conta o grau de severidade da pena que a pessoa em causa arrisca incorrer⁷⁶. No Caso *Welch v. The United Kingdom*, sublinhando que o ponto de partida para avaliar a existência de uma pena é saber se a medida em questão é imposta na sequência de uma condenação por uma infração criminal, destacou, como outros fatores que devem ser tidos em consideração, a natureza e o objetivo da medida em questão, a sua caracterização ao abrigo da legislação nacional, os procedimentos envolvidos na sua elaboração e implementação e, enfim, a sua severidade. Neste, porém, o Tribunal concordou que a severidade da medida não são em si mesma

⁷⁴ Neste sentido, TÚLIO FELLIPPE XAVIER JANUÁRIO, “Da possível invocação da presunção da origem criminosa do patrimônio como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada”, *cit.*, p. 229.

⁷⁵ Cf. “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, *cit.*, p. 312.

⁷⁶ Caso *Engel and Others v. The Netherlands*, de 8 de junho de 1976, queixa n.º 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), 82.

decisiva, porquanto muitas medidas não penais de natureza preventiva podem ter um impacto substancial na pessoa em causa⁷⁷.

Contra o exposto não depõe o facto de, eventualmente, se reconhecer uma natureza jurídico-administrativo ao mecanismo do art. 7.º da Lei n.º 5/2002, tal como acontece, precisamente, com as construções atrás expostas. Mesmo que uma opção como aquela estivesse juridicamente correta – e não optámos, nem recusámos cabalmente nenhuma daquelas soluções –, não era por isso que seria procedente a subtração do processo de perda às regras daquele domínio do direito. Sem a preocupação de completude, não se pode negar, em primeiro lugar, que, como não se desconhece, não é impossível que se imponham sanções não penais aplicadas no processo penal⁷⁸. Em segundo, que aquilo que é declarado perdido a favor do Estado será sempre proveniente de um facto ilícito típico ou de atividade criminosa anterior e que, por isso, haverá de ser declarado no processo penal segundo as regras e princípios desse ramo do direito⁷⁹. Por fim, e como tem sido comum nos ensinamentos da dogmática administrativa, nem sequer é claro e inequívoco que só os tribunais administrativos possam julgar questões de direito administrativo. Com efeito, não se encontrando uma reserva absoluta nesta matéria, tem feito caminho o resultado hermenêutico que não proíbe a atribuição pontual a outros tribunais do julgamento de questões substancialmente administrativas, admitindo-se, justamente, desvios nos casos de fronteira em que há “dúvidas de qualificação ou zonas de intersecção entre matérias administrativas e as restantes”⁸⁰.

⁷⁷ Caso *Welch v. The United Kingdom*, de 9 de fevereiro de 1995, queixa n.º 17440/90; 28, 32. Repetindo os critérios mencionados, cf. também a Decisão *Van Offeren v. The Netherlands*, queixa n.º 19581/04;

⁷⁸ Tal como afirma MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, p. 600.

⁷⁹ De novo, *idem*, p. 601.

⁸⁰ É esta a opinião de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 19.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 97-102. Enumerando casos em que a lei tradicionalmente confia a outros tribunais a competência para o julgamento de questões que em princípio se devem ter por administrativas, GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., rev., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, “anotação ao art. 212.º”, pp. 565-566. Também no sentido de que o entendimento que veio claramente a prevalecer na doutrina foi o de que não nos encontramos, aqui, perante uma reserva absoluta, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Artigo 212.º”, *in*: Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Vol. III – Organização do Poder Político – Garantia e Revisão da Constituição – Disposições Finais e Transitórias – Artigos 202.º a 296.º*, 2.ª ed. rev., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 124.

1.2.2. A vertente processual

Compulsadas as questões que a perda de bens alargada provoca a nível substancial, para completar a análise proposta, e não perdendo de vista o tratamento empreendido no ponto antecedente, interessa pôr em relevo as dificuldades adjetivas que o mecanismo tem suscitado. E nestas tem merecido interesse e discussão, advirta-se desde já, o problema da prova de uma atividade criminosa anterior, a compatibilidade do mecanismo com o princípio da presunção de inocência e, novamente, a tutela de terceiros. Antes, e como tem sido feito até agora, abra-se um parêntesis para enquadrar a malha normativa que para esta matéria dedicou a Lei n.º 5/2002.

No que toca à promoção da perda de bens, é o Ministério Público quem, por força do art. 8.º, n.º 1, liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado. Caso esta não seja possível no momento da acusação, pode, tal como prescreve o n.º 2, ser efetuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos, a qual é também, logo que recebida no tribunal, imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor (n.º 4). O valor que deve ser declarado perdido a favor do Estado é, conforme determina o n.º 1 do artigo 12.º, declarado pelo tribunal na sentença condenatória; podendo a investigação financeira ou patrimonial, para identificação e rastreio do património incongruente, ser realizada, mediante os pressupostos previstos na norma do art. 12.º - A (aditada pela Lei n.º 30/2017), depois de encerrado o inquérito e mesmo depois da condenação.

De acordo com o art. 9.º, n.º 1, ao arguido é conferido o poder de provar a origem ilícita dos bens referidos no n.º 2 do art. 7.º – citado no ponto anterior –, sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo; admitindo-se, segundo o art. 9.º, n.º 2, qualquer meio de prova válido em processo penal. Tal como resulta do art. 9.º, n.º 3, é a presunção estabelecida no n.º 1 do art. 7.º iludida se se provar que os bens resultam de rendimentos de atividade lícita (al. a)), estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido (al. b)), foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior (al. c)). Mencione-se, ainda neste contexto, que, atento o disposto no art. 9.º,

n.º 4, se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação, sendo o prazo para defesa de 20 dias contados da notificação da liquidação, se esta for posterior à acusação.

A despeito de, em sentido inverso ao que se verifica noutros quadrantes jurídicos, ainda não ter sido alvo de grande debate a natureza deste género de processos, para Damião da Cunha, o mesmo nada tem a ver com o processo penal, tratando-se, sim, de um “processo administrativo-fiscal, prejudicado por uma anterior condenação – que visa um confisco”⁸¹.

Concitou também a solicitude do legislador a matéria dos meios cautelares, estando expressamente previsto, nos termos do art. 10.º, n.º 1, o arresto de bens do arguido para garantia do pagamento do valor determinado no n.º 1 do art.º 7.º. O mesmo pode ser requerido pelo MP no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa, a todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quanto se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime (art. 10.º, n.º 2). É decretado pelo juiz, se estes existirem, independentemente da verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 do art. 227.º do CPP (n.º 3).

Tal como nas medidas cautelares previstas nos arts. 227.º e 228.º, também no arresto do art. 10.º da Lei n.º 5/2002 – que, segundo se diz, também corresponde ao conceito de congelamento do direito europeu⁸² –, está em causa, não a garantia processual da perda alargada dos bens em si, mas a garantia processual do pagamento de um valor⁸³. No mais, faça-se também uma breve menção de que, tendo presente que o art. 10.º, n.º 4 dispõe que é aplicável ao arresto que garante a perda alargada o regime do arresto previsto no CPP em tudo o que não contrariar o disposto naquela lei, nota-se que é político-criminalmente desejável que não existam diferenciações quanto aos pressupostos e condições da sua aplicação⁸⁴.

Privilegiando as coordenadas que maior relevo assumem para a solução das questões elencadas no início deste ponto, debruçando-nos, de novo, no art. 7.º, n.º 1 – que, enuncie-

⁸¹ Cf. “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 económica-financeira)”, *cit.*, p. 146.

⁸² Veja-se, novamente sobre esta matéria, ANA ISABEL ROSA PAIS, “A decisão de apreensão de bens: reflexões à luz do novo Regulamento da União Europeia de 14 de Novembro de 2018”, *cit.*, pp. 201-202.

⁸³ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *cit.*, p. 137.

⁸⁴ Neste sentido, *idem*, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, p. 593.

se uma vez mais, em caso de condenação pela prática de um crime do catálogo, presume constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito –, compete-nos, em primeiro lugar, indagar o problema de saber a quem compete provar e quais os pressupostos para se pode deduzir de uma condenação uma anterior atividade criminosa. Em segundo, numa outra questão, que, embora não se identifique, não se dissocia da primeira, aquilatar da compatibilidade do instituto com o princípio da presunção de inocência.

Deixando em suspenso a segunda questão e concentrando-nos na primeira que foi enunciada, a necessidade da prova de uma atividade criminosa anterior tem sido recusada por quem, atribuindo preponderância máxima a argumentos de ordem literal, alerta, como Jorge Godinho, para a falta de apoio que aquela exigência encontra no texto da lei, que, bastando-se com a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo, não exige uma atividade probatória adicional⁸⁵; por Hélio Rodrigues, o qual, socorrendo-se igualmente de um mero formalismo legal, sustenta que a presunção não é “da” mesma atividade criminosa, mas “de” qualquer atividade criminosa, insistindo, assim, na ideia de que a lei presume que o património incongruente deriva de uma atividade criminosa, que pode assumir natureza diversa daquela que foi investigada no processo em que o arguido foi condenado⁸⁶; ou, ainda, por Conde Correia, que, também à luz do inevitável teor literal do preceito, conclui, categoricamente, que a letra da lei não impõe esta exigência suplementar e que a mesma anularia, na prática, a eficácia do mecanismo contra o enriquecimento ilícito⁸⁷.

Ainda que não se conteste, de um modo geral, que este é um ponto que devia ter sido expressamente regulado pelo legislador⁸⁸, às ideias mencionadas pode, no entanto, opor-se que, tal como na linha da compreensão sufragada por Damião da Cunha, ao não se prever qualquer dever por parte do MP de demonstrar a exigência de uma atividade criminosa,

⁸⁵ Cf. “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, pp. 1342-1343.

⁸⁶ Cf. “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *cit.*, p. 239.

⁸⁷ Cf. “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2005 (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – Confisco – Perda alargada – Presunção de inocência – Ónus de prova – Atividade criminosa)”, *in: RMP*, A. 36, N.º 145 (janeiro-março 2016), pp. 219-220.

⁸⁸ Tal é notado, inequivocamente, por JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA “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 económica-financeira)”, *cit.*, p. 127.

coloca-se um ónus excessivo sobre o condenado, violando-se não só os princípios do processo penal, como da ordem natural de qualquer processo. No que vai envolvida a exigência de que é ao MP que compete demonstrar a probabilidade de uma atividade criminosa da mesma espécie dos crimes previstos no catálogo⁸⁹. Não é outra a opinião de Pedro Caeiro que, na mesma senda, assevera que tem de ser feita a prova de uma atividade criminosa anterior do mesmo género de crime por que o agente é condenado. Isto porque, segundo a sua argumentação, dada a própria hermenêutica do instituto – mas por razões, no entanto, diversas das que foram acima citadas –, se não fosse necessária a prova da atividade criminosa, a mesma não teria sido explicitamente designada na norma que fixa os pressupostos da medida. Depois, seria resvalar para um raciocínio circular inferir a atividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, o que seria o mesmo que dizer que a desproporção patrimonial prova a atividade criminosa que explica a desproporção patrimonial. Além de que, e por fim, não esquecendo que, sendo a perda alargada desencadeada pela condenação por um crime de certa espécie para atingir bens que não foram adquiridos através dele, razoável é impor que a atividade criminosa geradora de vantagens seja do mesmo género, algo que só com a prova de certos factos se pode atingir⁹⁰.

E esta é a única compreensão compaginável com o art. 5.º, n.º 1 da Diretiva 2014/42/UE, que, sendo mais estrita, não se basta com uma simples presunção, já que, recorde-se, exige que o tribunal conclua, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, que os bens em causa provêm de comportamento criminoso⁹¹.

Dilucidada a primeira questão levantada, voltando-nos para a segunda, a da conformidade do art. 7.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002 com o princípio da presunção de inocência, é comum encontrar uma linha de compreensão que, em paralelo com a negação da natureza penal do instituto, posterga a violação desse princípio jurídico-constitucional. Foi precisamente neste sentido que se posicionou o TC que, além de mencionar que esta é uma presunção ilidível, que apenas opera após a condenação, em função da tese – atrás referida – de que se trata de uma “medida associada à verificação de uma situação patrimonial

⁸⁹ *Idem*, pp. 128-129.

⁹⁰ Cf. “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditória (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, *cit.*, pp. 314-316.

⁹¹ Expressamente neste sentido, PEDRO CAEIRO, “O confisco numa perspectiva de política criminal europeia”, pp. 33-34, e MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *cit.*, p. 598. Sobre a norma europeia, cf. *supra*, II.

incongruente”, declarou, nos Acórdãos 392/2015 e 476/2015, que “nesse procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido”. Opção que manteve no Acórdão 498/2019, no qual, ao rejeitar, uma vez mais, que o confisco alargado seja uma reação contra a prática de um crime ou uma reação sancionatória, recusou a violação de “qualquer outra garantia constitucional específica para âmbitos normativos penais ou sancionatórias”.

Na doutrina, uma via deste teor colheu os favores de Conde Correia, que, aplaudindo estas decisões, também admitiu que, em função da ausência de natureza penal do confisco, “o Estado tem mais liberdade para o configurar, quer em termos materiais, quer em termos processuais”⁹²; e de Francisco Borges, o qual, de um modo não muito diferente, centrando-se também na natureza jurídica, não deixou de asseverar que “prendendo-se o princípio da presunção de inocência com a aplicação de reações penais em sentido lato e não podendo o confisco alargado ser como tal caracterizado, o mesmo não viola, portanto, esse princípio constitucional, nem está sujeito às garantias de processo criminal albergadas na Constituição”⁹³.

No entanto, ainda que não se volte a repisar o tema da natureza jurídica, tomando, porém, como bússola orientadora as considerações que no ponto anterior foram fixadas, qualquer que seja a opção pela qual se parta, imperiosa é a aplicação dos princípios e garantias do processo criminal presentes na CRP. E isto quer porque não está obliterada a imposição de sanções não penais aplicadas no processo penal; quer porque aquilo que é declarado perdido a favor do Estado será sempre proveniente de um facto ilícito típico ou de uma atividade criminosa anterior; quer mesmo porque, e com não menor relevância, dadas as consequências que origina, este é um instituto fortemente ablativo da esfera do visado e da sua família⁹⁴. E, assim sendo, decorrendo destes fatores – como parece decorrer – que não é a concreta natureza jurídico-material do instituo da perda alargada o *punctum saliens* quando em vista se tenha a sujeição às garantias processuais penais, não é por via da negação

⁹² Cf. “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2005 (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – Confisco – Perda alargada – Presunção de inocência – Ónus de prova – Atividade criminosa)”, *cit.*, p. 213.

⁹³ Cf. “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, *cit.*, p. 225.

⁹⁴ Cf., sobre isto, *supra*, III, 1.2.1.

do seu caráter penal que se pode determinar a sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência.

Nem sequer é inteiramente exato que o regime previsto nas normas que regulam o incidente de perda de bens enxertado no processo penal não “coloca em causa a presunção de inocência que o mesmo [o arguido] beneficia quanto ao cometimento do crime que lhe é imputado naquele processo, nem de qualquer outro de onde possa ter resultado o enriquecimento”, não se descortinando que “exista um perigo real daquela presunção, que opera num incidente de perda de bens tramitado no processo penal respeitante ao crime cuja condenação é pressuposto da aplicação desta medida, contaminar a produção de prova relativa à prática desse crime”⁹⁵.

E não é, porque não está isenta de controvérsia a circunstância de o arguido ser colocado na posição de se defender do processo para confisco em simultâneo com o processo principal. Com efeito, não se pode escamotear que, como Jorge Godinho bem observou, o confisco pode suscitar pressões indevidas sobre o processo principal, tanto quanto à condenação, como quanto ao sentido da mesma. Além de que – continua o Autor – não podendo o arguido remeter-se ao silêncio caso queira evitar o confisco, não fica, assim, excluído que seja constrangido a prestar declarações que lhe poderão ser desfavoráveis no contexto do processo principal⁹⁶.

Este aspeto, para além de deixar abertamente exposta a fragilidade da crença sufragada pelo TC, não deixa, outrossim, de envolver consequências a nível prático não inócuas. Não falta na doutrina portuguesa, quem, como Damião da Cunha – que também alerta para os casos em que o arguido, sob reconhecimento implícito da sua responsabilidade, se tenha de confrontar com a possibilidade de verificar a presunção estabelecida na lei –, atente na necessidade de, em primeiro lugar, lograr uma convicção da culpabilidade do arguido e só depois decidir a declaração da perda⁹⁷. Ou quem, como Silva Dias – numa tendência que, aliás, já se verifica na lição do direito comparado⁹⁸ –, exija que a questão

⁹⁵ Tal como decorre da fundamentação do AcTC 392/2015. Aderindo à mesma, AcTC 476/2015, ponto 2.

⁹⁶ Cf. “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, p. 1360.

⁹⁷ Cf. “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 económica-financeira)”, *cit.*, p. 150, p. 152 e p. 153.

⁹⁸ Veja-se, neste campo, o ordenamento jurídico alemão em *infra*, III, 4.2.

(acessória) do confisco seja decidida só após a decisão da questão (principal do crime), precisamente para que o juízo acerca desta não seja contaminado pela metodologia diversa que aquela implica⁹⁹.

Contudo, se, à luz do exposto, não se pode acompanhar a argumentação que pelo TC foi expendida em vista da compatibilização do sistema do art. 7.º, n.º 1 com o princípio da presunção de inocência, tão-pouco se pode considerar sustentável uma linha de pensamento que, num sentido radicalmente oposto àquele, sufrague a violação daquele princípio: ora pela ideia de o regime ser baseado numa presunção de culpa, que é considerada suficiente pelo legislador para fundamentar a aplicação de uma reação criminal¹⁰⁰; ora aventando, como em doutrina mais recente foi pugnado, que, embora o limite formal do património incongruente seja um crime pelo qual o arguido foi condenando e pelo qual é culpado, o limite material advém de um facto também de natureza criminal, o qual não pode ser presumido, mas comprovado¹⁰¹.

Esta é uma ideia que nos parece ser de recusar, pois, como na leitura de Augusto Silva Dias, a presunção que se cria para o arguido não é, ao contrário do ali defendido, a de que ele é culpado pela prática do crime, mas sim a de que a diferença entre o património que ostenta e os rendimentos lícitos provêm da atividade da organização criminosa em cujo âmbito o crime pelo qual é condenado foi praticado¹⁰². E, quanto à conformidade da perda alargada com o princípio da presunção de inocência, não obstante não ser fácil determinar o seu sentido¹⁰³, mantendo-se as outras garantias processuais penais, é de recusar uma violação desse princípio, tendo em conta que, recorrendo à análise de Pedro Caeiro, do que se trata neste regime não é da imputação de crimes, mas sim de privar o condenado daquilo que o mesmo adquiriu ilicitamente¹⁰⁴.

⁹⁹ Cf. “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *cit.*, p. 45.

¹⁰⁰ É esta a posição de JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, p. 1359.

¹⁰¹ Assim, TÚLIO FELLIPPE XAVIER JANUÁRIO, “Da possível invocação da presunção da origem criminosa do património como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada”, *cit.*, p. 231.

¹⁰² Cf. “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *cit.*, p. 42.

¹⁰³ Como o afirmam GOMES CANOTILHO /VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, anotação ao art. 32.º, p. 518.

¹⁰⁴ Cf. “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *cit.*, pp. 319-320.

A propósito deste princípio – cuja compatibilidade dos institutos de confisco alargado com o qual iremos acompanhar ao longo deste estudo –, consinta-se uma breve nota para dar conta de que, segundo o TEDH, o direito à presunção de inocência do art. 6.º, n.º 2 será violado se uma decisão judicial refletir a opinião de que uma pessoa acusada de uma infração penal é culpada antes de a sua culpabilidade ter sido provada de acordo com a lei. Noutras decisões sufragou o entendimento de que o direito à presunção de inocência do art. 6.º, n.º 2 da CEDH surge apenas em conexão com a específica infração acusada. Como tem vindo a frisar, uma vez provada a culpa do arguido, o art. 6.º, n.º 2 não pode ter aplicação em relação a alegações feitas sobre o carácter do arguido como parte do processo de elaboração da sentença, a menos que tais alegações sejam de tal natureza e grau ao ponto de equivalerem a uma nova acusação¹⁰⁵.

Para fechar o tratamento processual da perda alargada, atente-se, de forma breve, no problema da tutela de terceiros – o último dos tópicos que no início elencámos. O mesmo é levantado pelo art. 7.º, n.º 2 al. b), que inclui no património do arguido o conjunto dos bens “transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido”. Ora, a relevância do mesmo prende-se com o aspeto, já salientado pela doutrina, de contra os mesmos não parecer ser admissível o estabelecimento de presunção, como é o caso de sobre eles recair o ónus de provar a licitude da doação ou da transação através da qual receberam os bens¹⁰⁶. Neste contexto, também não desmerece importância o facto de a Lei n.º 5/2002 primar pela ausência de normas que reconheçam expressamente direitos de defesa aos terceiros que possam ver os seus bens afetados pela contabilização do património do arguido. O que, em conjugação com a insuficiente proteção que vimos ser dispensada pelo art. 347.º-A do CPP, não satisfaz as garantias de defesa que para este âmbito são exigidas pela Diretiva 2014/42/UE¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Caso *Phillips v. The United Kingdom*, de 5 de julho de 2001, queixa n.º 41087/9835, 35. Cf. também a Decisão *Van Offeren v. The Netherlands*, queixa n.º 19581/04 e o Caso *Geerings v. the Netherlands*, queixa n.º 30810/03, 41.

¹⁰⁶ A respeito do tema, JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *cit.*, p. 1345 e AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *cit.*, pp. 45-46.

¹⁰⁷ Apontando para isto, JOÃO CURA MARIANO, “Os bens de terceiro no regime da «perda alargada»”, *cit.*, p. 352. Sobre o que se disse a propósito da norma do CPP, veja-se *supra* III, 1.1.2.

1.3. A situação existente em matéria de reconhecimento mútuo de decisões de perda

Atentando, de modo a encerrar o percurso pelo direito português, na legislação existente em matéria de reconhecimento mútuo de decisões de perda, cumpre mencionar, neste âmbito, a Lei n.º 88/2009, de 31 de agosto, que, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, estabelece o regime jurídico da emissão e execução de decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime. Não tendo existido uma evolução nesta matéria, consinta-se uma última referência para afirmar que, ao contrário do caminho que já foi trilhado por outros direitos, não existe, ainda, em Portugal, nenhum regime especificamente dedicado à execução do Regulamento 2018/1805/UE¹⁰⁸.

2. Espanha

Em Espanha, o *decomiso* – enquanto terminologia usada usualmente para designar a realidade do confisco –, recebendo, originariamente, uma normação autónoma no art. 127 do CP de 1995, começou por ser uma figura residual até ter adquirido, paulatinamente, perfis cada vez mais amplos com as reformas operadas pelas LO 15/2003, de 25 de novembro, e 5/2010, de 22 de junho. Com o escopo de adaptar a legislação interna à Diretiva 2014/42/UE, a LO 1/2015, de 20 de março, modificou, profundamente, a lei substantiva espanhola, na media em que, ao pretender dotar o Estado de um mecanismo ágil e efetivo para confiscar os bens procedentes de certas atividades delitivas, ampliou o âmbito objetivo e subjetivo da perda de bens, ao mesmo tempo que facilitou a prova sobre os pressupostos da sua aplicação. No campo processual, a Diretiva foi incorporada por via da Ley 41/2015, de 5 de outubro, que adicionou à *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím) um capítulo dedicado à

¹⁰⁸ Contrariamente ao que sucede na Alemanha e na França. Cf. *infra*, III, 4.3. e 5.3.

*intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso e um Procedimiento de decomiso autónomo*¹⁰⁹.

Tendo presente o núcleo temático levantado no tratamento do direito português, a tarefa com que nas próximas páginas no ocuparemos é, paralelamente ao que foi anteriormente, empreender, num primeiro ponto, a análise legislativa e doutrinal das modalidades de *decomiso* positivadas no CP espanhol, reservando para um outro ponto a abordagem dos novos procedimentos que foram adicionados à LECrim.

2.1. O *decomiso*

Das modalidades que foram reformadas e introduzidas pela LO 1/2015 – referida naquele enquadramento introdutório – reveste interesse, nos limites que este trabalho se propõe respeitar, um bosquejo da regulamentação jurídica e das correspondentes fricções opinativas com que nos deparamos a propósito do *decomiso ampliado “básico”* (art. 127 *bis*), do *decomiso autónomo* ou *sin condena* (art. 127 *ter*), do *decomiso de bienes de terceros* (art. 127 *quater*), do *decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado* (art. 127 *quinquies*), não dispensando, já a pensar na abordagem processual, uma breve menção às previsões que no regime substantivo foram dedicadas às medidas cautelares (art. 127 *octies*).

Começando por registar a norma do art. 127.1 CP – enquadrada num Título com a denominação “*De las consecuencias accesorias*” –, que consagra o *decomiso directo*¹¹⁰, nas palavras da mesma, toda a pena que se imponha por um delito doloso implica a perda dos

¹⁰⁹ Sobre esta evolução, ANA M. NEIRA PENA, “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Nicolás Rodríguez-García (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, cit., p. 91, e NURIA P. MATELLANES RODRÍGUEZ, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Nicolás Rodríguez-García (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, cit., pp. 147-148.

¹¹⁰ Sobre esta figura, que cai fora das margens do nosso objeto de estudo, veja-se ANA E. CARRILLO DEL TESO, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 170 e ss.

efectos que dele provenham e dos *bienes*, *medios* ou *instrumentos* com que foi preparado ou executado; assim como das *ganancias* provenientes do delito, independentemente de qualquer transformação que possam ter sofrido. Caso a perda destes não seja possível, o apartado 3 do mesmo preceito determina que será ordenada a perda de outros *bienes* por uma quantidade que corresponda ao valor económico dos mesmos e das *ganancias* que se obtiveram.

Não se encontrando uma definição na lei espanhola para *instrumentos*, *ganancias* e *efectos* – que, ao contrário do que vimos suceder com os instrumentos, vantagens e produtos do CP português, estão em Espanha sujeitos ao mesmo regime jurídico – os primeiros, enquanto *instrumentum sceleris*, foram pela doutrina e pela jurisprudência considerados como os objetos e meios materiais empregados para a execução do delito, tanto nos seus atos preparatórios, como na consumação. Sobre as segundas (*fructus sceleris*), entendeu-se, por seu turno, que devem ser configuradas em sentido amplo, abrangendo quaisquer réditos, proveitos, vantagens, benefícios ou rendimentos de natureza económica provenientes ou resultantes da atividade ilícita, de maneira direta ou indireta, assim como as transformações experimentadas nos mesmos. Questão pertinente – e que é, há muito, alvo de debate na Alemanha¹¹¹ – é saber se, no que concerne às *ganancias*, devem considerar-se as *ganancias brutas* ou unicamente as *ganancias netas*, isto é, se se deve ou não descontar os gastos realizados ou gerados com a obtenção das *ganancias* que foram objeto de perda. De acordo com o entendimento firmado por Tomás Farto Piay, procedente é a conceção das *ganancias* como brutas, pois é a que mais se adequa ao desiderato prosseguido pelo legislador nacional e internacional de privar qualquer vantagem, benefício ou proveito económico do delito¹¹².

No que toca ao *decomiso ampliado “básico”* – a segunda das classes elencadas –, estando inscrito no art. 127. *bis*, o apartado 1 dispõe que o juiz ou tribunal ordena o confisco dos *bienes*, *efectos* e *ganancias* pertencentes a uma pessoa condenada por algum dos delitos fixados numa lista do catálogo quando decida, a partir de *indicios objetivos fundados*, que os *bienes* e *efectos* provêm de uma *actividade delitiva* e não se prove a sua origem lícita. Entre os *indicios* que para estes efeitos são valorados contam-se, especialmente, conforme o preceituado no apartado 2., a desproporção entre o valor dos *bienes* e *efectos* de que se trate e os ingressos de origem lícita da pessoa condenada (1.º); a ocultação da titularidade ou de qualquer poder de disposição sobre aqueles mediante a utilização de pessoas físicas ou jurídicas ou entes sem personalidade jurídica interpostos, ou paraísos fiscais ou territórios

¹¹¹ Cf. *infra*, III, 4.1.

¹¹² Para uma abordagem mais pormenorizada, cf. *El Proceso de Decomiso Autónomo*, Valencia: tirant lo blanch, 2021, pp. 87-94.

de nula tributação que ocultem o dificultem a determinação da sua verdadeira titularidade (2.º); e a sua transferência mediante operações que dificultem ou impeçam a sua localização ou destino e que careçam de uma justificação legal ou económica válida (3.º). Contudo, este *decomiso* não será decretado quando, à luz do estatuído no apartado 5, as *actividades delictivas* de que provenham os *bienes* ou *efectos* tiverem prescrito ou tiverem sido objeto de um processo penal que resultou numa *sentencia absolutoria* ou em *resolución de sobreseimiento* com efeitos de caso julgado.

Como no regime congénere da lei portuguesa, o catálogo de crimes também suscitou perplexidades. Encontra-se quem o critique por exceder as exigências decorrentes do art. 5.º, n.º 2 da Diretiva 2014/42/UE e por não incluir delitos suscetível de gerar riqueza ilícita, como o financiamento ilegal de partidos políticos¹¹³, e quem, de forma ainda mais radical, o apode como progressivamente ampliado, cerrado, muito maior que o da Diretiva, incompleto e insuficiente¹¹⁴.

Para melhor concretizar – e também para traçar uma analogia com a lógica que subjaz à perda alargada portuguesa –, neste instituto os *bienes* ou *efectos* a serem confiscados provêm, não das atividades ilícitas pelas quais o arguido foi condenado, mas de outras, distintas daquelas, que não foram objeto de uma prova plena. Por outras palavras, o que está em causa não é uma prova plena da conexão causal entre a *actividade delictiva* e o enriquecimento, mas sim, com bases na existência de *indicios fundados* e *objetivos*, a constatação pelo juiz da existência de outra ou outras *actividades delictivas* distintas daquela pelo qual o sujeito foi condenado¹¹⁵.

Deve referir-se que, apesar de este instrumento ter sido expressamente incorporado no CP pela LO 5/2010, a qual teve em linha de conta a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, o mesmo já era objeto de aplicação no direito espanhol. Não deve ser esquecido, neste ensejo, que o *Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* de 5 de outubro de 1998, em relação a delitos de tráfico de drogas e branqueamento de capitais, ordenou considerar que o *comiso* das *ganancias* a que se refere o art. 374 CP se estendesse às provenientes de operações anteriores à concreta operação descoberta

¹¹³ Neste exato sentido, ANA E. CARRILLO DEL TESO, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 188.

¹¹⁴ Com mais pormenor, NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA, *El decomiso de activos ilícitos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 177-178.

¹¹⁵ Sobre isto, de forma esclarecedora, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General*, colab. Victor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, 10.ª ed., actual. rev. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, p. 833.

e julgada, desde que se tivesse por provada a procedência e fosse respeitado o princípio acusatório¹¹⁶.

Num aspeto que, como veremos, é comum no ordenamento jurídico espanhol a propósito dos instrumentos de confisco, tem sido alvo de atenção na doutrina a convergência que, em dados pontos, se verifica entre o *decomiso ampliado* e outras figuras jurídicas. A título meramente exemplificativo, saliente-se que já se notou que, ao provaram-se os *indicios* do art. 127 bis CP para além de toda a dúvida razoável, está-se, na realidade, perante o delito de branqueamento de capitais – tipificado no art. 301 CP –, de modo a que deveriam ser iniciadas as atuações para a sua persecução¹¹⁷. Outro tanto se verifica em relação à perda dos *efectos* provenientes de uma *actividad delictiva*, em que se disse que aparece a proibição de enriquecimento ilícito¹¹⁸. Este ainda não foi tipificado como delito pelo legislador, a despeito de já existirem vozes que o propõem, bem como iniciativas parlamentares nesse sentido. Contudo, através de uma argumentação que em nada fica a dever à que em momento próprio vimos ser sufragada pelo TC português¹¹⁹, encara-se com bastante dificuldade a sua conformidade com alguns dos direitos e princípios reconhecidos pelos tratados internacionais. É o caso, paradigmaticamente, da sua conformidade com o princípio de *lesividad*, da intervenção mínima, da legalidade, da presunção de inocência e do direito a não declarar contra si mesmo¹²⁰.

Não satisfeito, o legislador não se eximiu à previsão de um *decomiso de bienes, efectos e ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado* no art. 127 *quinquies* CP. Podendo ser ordenado pelos juízes e tribunais, para tal, é exigido, ao abrigo dos requisitos dispostos no apartado 1, que o sujeito seja ou tenha sido condenado por algum dos delitos a que se refere a norma do art. 127 bis.1 (al. a)), que o delito tenha sido cometido no contexto de uma *actividad delictiva previa continuada* (al. b)) e que existam *indicios fundados* de que uma parte relevante do património da pessoa condenada procede da mesma (al. c)). Determina-se, ainda, que o disposto só será de aplicação quando constem indícios fundados de que o sujeito obteve, a partir da sua *actividad delictiva*, um benefício superior

¹¹⁶ No que toca ao desenvolvimento do *decomiso ampliado*, veja-se TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, cit., p. 111

¹¹⁷ Assim, ANA E. CARRILLO DEL TESO, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, p. 190.

¹¹⁸ Afirmando-o, NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO, “El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo”, in: Jesús María Silva Sánchez / Joan Josep Queralt Jiménez / Mirentxu Corcoy Bidasolo / M^a Teresa Castiñeira Palou (Coords.), *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires: B d f, 2017, p. 947.

¹¹⁹ Cf. *supra*, III, 1.2.1.

¹²⁰ Sobre este tema, cf., com mais detalhe, EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, in: Nicolás Rodríguez-García / Adán Carrizo González-Castell / Fernando Rodríguez López (ed.), Javier Sánchez Bernal / Ana E. Carrillo del Teso, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 595-596, nota 3, e pp. 604-609.

a 6.000 euros. Seguidamente, o apartado 2 concretiza que o delito se cometeu no contexto de uma *actividad delictiva continuada* sempre que, nos termos da al. a), o sujeito seja condenado ou tenha sido condenado no mesmo processo por três ou mais delitos dos quais derivou a obtenção de um benefício económico direto ou indireto, ou por um delito continuado que inclua, ao menos, três infrações penais das quais derivou um benefício económico direto ou indireto. Ou, nos termos da al. b), no período de seis anos anterior ao momento em que se iniciou o processo em que foi condenado por algum dos delitos a que se refere o art. 127 bis tenha sido condenado por dois ou mais delitos dos quais derivou a obtenção de um benefício económico ou por um delito continuado que inclua, ao menos, duas infrações penais das quais derivou a obtenção de um benefício económico.

Para efeitos do previsto neste preceito, o art. 127 *sexies* enuncia, por fim, que se presumirá, em primeiro lugar, que procedem da *actividad delictiva* do condenado todos os bens por ele adquiridos dentro do período de tempo que se inicia seis anos antes da data da abertura do processo penal; estendendo-se, para estes efeitos, os *bienes* que foram adquiridos na data mais próxima em que conste que o mesmo dispôs deles (1.º). Em segundo, que se pagaram com fundos procedentes da sua *actividad delictiva* todos os gastos realizados pela pessoa condenada durante aquele período de tempo (2.º). Em terceiro, que foram adquiridos livres de encargos todos os *bienes* a que aquela primeira presunção se refere (3.º).

De modo a traçar um paralelismo entre esta classe e a do *decomiso ampliado básico*, também este confisco é fundamentado numa série de presunções legais sobre a origem ilícita dos bens a confiscar. Com efeito, não existe nem prova direta sobre a *actividad delictiva* de que derivam os *bienes*, nem sobre a relação entre tal atividade e o objeto a ser declarado perdido, facilitando-se, por esta via, a prova da acusação sobre a origem ilícita dos mesmos¹²¹. A distinguir, dir-se-á, em termos resumidos, que, enquanto naquele primeiro caso a perda é obrigatória, aqui é facultativa, além de que, ao passo que num a referência é feita a uma *actividade delictiva*, no outro é feita a uma *actividad delictiva previa continuada*, exigindo-se, ainda, na modalidade que ora nos ocupa, um benefício superior a 6.000 euros¹²². Porém, e é este o aspeto que mais nos interessa destacar, a dificuldade com que os Autores

¹²¹ Veja-se ANA M. NEIRA PENA, “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, *cit.*, pp. 93-94.

¹²² Enunciando estas notas, NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO, “El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo”, *cit.*, pp. 943-944.

espanhóis se deparam em termos de delimitação destas duas classes desemboca numa notória sobreposição entre uma e outra, o que, segundo se diz, não contribui para a consecução do ideal de certeza que anima o princípio da legalidade¹²³.

Foi no art. 127.1 *ter* CP que o legislador codificou o *decomiso autónomo* ou *sin condena*. Nos termos aí vertidos, o juiz ou o tribunal pode acordar o confisco previsto nas normas acima enunciadas, mesmo na ausência de sentença condenatória (*aunque no medie sentencia de condena*) quando a situação patrimonial ilícita for provada (*acreditada*) num processo contraditório e, dentro dos pressupostos que pelo preceito são fixados, que o sujeito tenha falecido ou sofra de uma enfermidade crónica que impeça o seu *enjuiciamiento* e exista o risco de que os factos possam prescrever (al. a)); se encontre em *rebeldía* e tal impeça que os mesmos possam ser processados dentro de um prazo razoável (al. b)); não se imponha pena por estar isento de responsabilidade criminal ou por esta ter-se extinguido (al. c)). Necessário é também, por via da imposição prescrita no apartado 2, que o sujeito tenha sido formalmente acusado ou exista um arguido (*imputado*) em relação ao qual existam *indicios racionales de criminalidade* quanto àquelas situações que impediram a continuação do processo penal.

À semelhança do que se estudou na perda sem condenação do CP português, constatou-se que o CP espanhol, ao fazer referência aos casos em que o sujeito tenha falecido e em que não se imponha pena por isenção ou extinção de responsabilidade criminal, ultrapassa os casos que pela Diretiva 2014/42/UE são exigidos¹²⁴.

Também em Espanha se destacou uma disciplina normativa específica para o *decomiso de bienes de terceros*. Estando legalmente inscrito no art. 127 *quater*, resulta da leitura do apartado 1 que os juízes e tribunais também podem ordenar o confisco dos *bienes*, *efectos* e *ganancias* a que se referem as normas antecedentes que tenham sido transferidos para terceiros (*terceras personas*) ou de um valor equivalente aos mesmos em duas hipóteses

¹²³ Sobre este assunto, CATY VIDALES RODRÍGUEZ, “Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional”, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Nicolás Rodríguez-García (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, cit., p. 85.

¹²⁴ Veja-se FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, in: *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 38, 2016, p. 16 (Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416945), e TERESA AGUADO-CORREA, “Cinco años después de las reformas del decomiso: Does crime still play?”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Nicolás Rodríguez-García (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, cit., p. 67. Sobre os mecanismos de perda sem condenação do ordenamento jurídico português, cf. *supra*, III, 1.1.1.

fixadas. No caso dos *efectos* e *ganancias*, quando os tenham adquirido com conhecimento de que procedem de uma atividade ilícita ou quando uma pessoa diligente teria tido motivos para suspeitar, nas circunstâncias do caso, da sua origem ilícita (al. a)). No caso de outros *bienes*, quando os tenham adquirido com conhecimento de que assim se dificultava a perda ou quando uma pessoa diligente teria tido motivos para suspeitar, nas circunstâncias do caso, que aquela se dificultava (al. b)). Segundo o preceituado no apartado 2., as duas hipóteses mencionadas são presumidas quando os *bienes* ou *efectos* tenham sido transferidos ao terceiro a título gratuito ou por um preço inferior ao real de mercado.

Não se contestando o cumprimento das indicações constantes do art. 6.º da Diretiva 2014/42/UE, reconhece-se, do mesmo passo, que, como este confisco não está sujeito a nenhuma das modalidades que foram elencadas, pretendeu-se, assim, atribuir uma primeira linha a esta classe de perda. O que é significativo da grande eficácia com que se pretendeu dotá-la, algo que deve ser tanto mais salientado quanto é certo que, ao que vimos já, o Considerando 25 daquele diploma permite, de forma expressa, que os Estados Membros a definam como uma medida subsidiária ou alternativa à perda direta, opção que não foi incluída pelo Código¹²⁵.

A descrição ampla que pela norma é feita dos terceiros cujos bens possam ser declarados perdidos não exclui uma eventual confusão com outras figuras jurídicas. Pode o terceiro merecer a qualificação de autor de um delito de recetação ou de branqueamento de capitais, doloso ou por *imprudencia* grave, porquanto o conhecimento ou a suspeita a que a norma do art. 127 quater CP se refere podem coincidir com o dolo ou *imprudencia* requeridos para o branqueamento de capitais e com o dolo exigido para a recetação¹²⁶. A sobreposição pode também vir a suceder com o *partícipe a título lucrativo* do art. 122 CP, existindo, aliás, jurisprudência que entende que o que diferencia a perda de bens de terceiros da figura do art. 122 é que, enquanto nesta é presumida a ausência do conhecimento do facto delitivo, no art. 127 quater o dito conhecimento é exigido¹²⁷.

A finalizar a explanação do regime legal vigente, consinta-se uma curta menção ao art. 127 *octies*. Em matéria que concerne diretamente aos meios cautelares – que terá

¹²⁵ Sobre isto, TOMÁS FARTO Piay, “Los terceros afectados por ele decomiso ante el proceso penal”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Nicolás Rodríguez-García (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, cit., p. 169, e ANA E. CARRILLO DEL TESO, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, cit., pp. 204-205. Sobre o Considerando 25 da Diretiva, cf. *supra*, II.

¹²⁶ Cf. FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, cit., p. 8, e ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El “fundido a negro” de la prueba en la persecución de la delincuencia económica”, in: Nicolás Rodríguez García / Adán Carrizo González-Castell / Fernando Rodríguez López (ed.), Javier Sánchez Bernal / Ana E. Carrillo del Teso, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 463.

¹²⁷ Veja-se STS 225/2019, de 29 de janeiro, *fundamento vigésimo octavo*.

interesse e desenvolvimento no próximo ponto –, o apartado 1 preceitua que a autoridade judicial pode, desde o momento das primeiras diligências, apreender, embargar e pôr em depósito os *bienes, medios, instrumentos e ganancias* a fim de garantir a efetividade do *decomiso*.

Não obstante a disciplina do *decomiso* nestas normas, existem no CP, a propósito de alguns delitos, casos especiais no âmbito da perda. É o que acontece nos arts. 301.5 (branqueamento de capitais), 319.3 (delitos contra a ordenação do território), 362 *sexies* (delitos contra a saúde pública) e 374 (narcotráfico), 385 *bis* (delitos contra a segurança rodoviária). Fora do CP, é previsto um caso especial no art. 5.º da LO 12/1995, de 12 de dezembro, de repressão do contrabando, o qual, porém, segundo se diz, não se adaptou às reformas introduzidas em 2015 no CP¹²⁸.

Como todos os regimes de perda de bens sobre os quais lançaremos o nosso olhar, o *decomiso*, regulamentado no arquétipo legal ora exposto, origina, tanto numa vertente substantiva como adjetiva, disputas insolúveis nos círculos da doutrina e da jurisprudência. Embora esteja legalmente credenciado num título explicitamente dedicado às *consecuencias accesorias*, a sua natureza jurídica, suscitando desencontros, “não é clara e coerente de afirmar”¹²⁹. Se é verdade que muitos o associam a uma terceira classe das consequências da prática de um delito, outros, não compartilhando esta construção, não têm qualquer pejo em cogitar-lhe uma natureza penal. Porém, certa é a constatação de que esta questão – uma das que, longe de ser menor, também aqui mais controversia origina –, deveria condicionar as respostas dadas pelo legislador a factos e situações do confisco nos quais se considera propícia a sua aplicação¹³⁰.

Passando em revista as teses esgrimidas pelos penalistas que se dedicaram ao fornecimento de um contributo para a resolução do problema, Santiago Mir Puig, não vendo que o *decomiso* corresponda a uma pena, nem sequer acessória – dado que não está previsto como ameaça destinada a dissuadir a prática do delito ou como castigo por ele merecido, não se ajustando a nenhum dos fins preventivos e retributivos da pena –, nem a uma medida

¹²⁸ Cf., sobre este último, com mais detalhe, Tomás Farto PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, cit., pp. 212-214.

¹²⁹ Tal como afirma NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA, “El decomiso en el sistema penal español: análisis de contexto y lineamientos para una mejor intelección”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Nicolás Rodríguez-García (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, cit., p. 35.

¹³⁰ De novo, *idem*, *El decomiso de activos ilícitos*, cit., p. 138.

de segurança – já que não obedece à necessidade de tratar a perigosidade do sujeito –, encarando como uma “consequência acessória de natureza peculiar”¹³¹.

Se é verdade que uma via como esta foi compartilhada, embora com variações, por quem escreveu à luz das redações legais anteriores¹³², não é menos certo que, como agora teremos a oportunidade de demonstrar, a mesma não fez vencimento na produção dogmática desenvolvida à luz do direito atual.

Foi recusada por Norberto Barranco, o qual, ainda que acentue a indefinição da natureza jurídica da perda, é perentório em asseverar que é impossível continuar a afirmar que aquela é uma consequência acessória do delito. Elemento comum às distintas figuras é, na sua ótica, o seu caráter patrimonial e a sua componente sancionatória. Embora manifeste dúvidas sobre a sua natureza de pena e não proponha nenhuma tese em particular, reconhece, ainda assim, que o seu aspeto punitivo é evidente¹³³. Aquela via foi, outrossim, recusada por Carlos Martínez-Buján Pérez. Apesar de não esquecer que o legislador continua a incluir a perda no título relativo às consequências acessórias, o Autor não ignora a enorme expansão e desnaturalização que o *decomiso* conheceu até 2015, sendo, segundo diz, o *decomiso sin sentencia condenatoria* um bom argumento para negar a natureza de consequência acessória do delito. Remetendo para os fundamentos dogmáticos construídos pela doutrina, prefere assinalá-lo como uma “terceira categoria das consequências que podem derivar da prática de um delito”¹³⁴.

Uma posição como esta corresponde, no essencial, àquela que encontrou maior eco na jurisprudência prolatada pelo *Supremo Tribunal* (ST). Ainda que declare, reiteradamente, que o *comiso* é uma “consequência acessória tanto à margem das penas como das medidas

¹³¹ Cf. *Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, p. 831.

¹³² Inserindo também o *decomiso* nas consequências acessórias, uma categoria indefinida que não corresponde a nenhuma das tradicionais consequências jurídicas do delito (penas e medidas de segurança), cf. GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO (dir.) / AGUSTIN JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 360. Também no sentido de que o mesmo é, de acordo com o Código, uma consequência acessória, à margem das penas e das medidas de segurança e que a sua natureza é, seguindo o exemplo do direito alemão, a de uma terceira classe de sanções penais, TOMÁS S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I (arts. 1 a 233), Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 657. Entendendo que não é uma pena, mas uma medida acessória ou complementar, cf., com remissão para a jurisprudência, JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ / BLANCA MENDOZA BUERGO; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.), *Código Penal*, Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 830-831.

¹³³ Cf. “El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo”, *cit.*, pp. 946-948.

¹³⁴ Cf. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 5.^a ed., adaptada a la L.O. 1/2015, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 588.

de segurança”, não deixa, concomitantemente, de sufragar a tese de que a sua natureza jurídica é – na linha dos direitos germânicos – a de uma “terceira classe de sanções penais”. Tal não parece representar, refira-se também, um óbice decisivo para que o mesmo órgão jurisdicional defenda, dentro daquela linha jurisprudencial, que o confisco guarda uma direta relação com as penas e com o direito sancionador, com particular menção ao seu caráter personalista e ao canal processual penal para a sua imposição¹³⁵.

Na doutrina, um foco de reflexão semelhante a este foi levantado por Carrillo del Teso. Nunca deixando de frisar que o *decomiso* não é uma figura unitária, mas sim uma figura que acaba por albergar outras tantas, reconhece-lhe um caráter primordialmente sancionador, ou seja, uma sanção ou um castigo que o Estado atribui à realização de uma conduta proibida pelo próprio Estado. Depois de não aceitar a presença de um juízo de culpabilidade, nem de perigosidade do sujeito – já que, como diz, basta-se com a constatação da prática de um facto tipificado como delito –, considera-o – de modo análogo à compreensão perfilhada pelo TS – como um “*tertium genus*”. O mesmo é dizer, para desimplicar esta asserção, que mantém a sua individualidade a respeito do resto das medidas albergadas debaixo da denominação de “consequências acessórias”; estando dotado, mediante as últimas reformas legislativas, de uma relevância que bem merece que se deixe de o inserir noutra categoria que não a sua categoria própria¹³⁶.

Não é diferente, nesta discussão, a visão de Nicolás Rodríguez García sobre a inserção sistemático do *decomiso*. Em consonância com as ideias citadas, comunga a compreensão de que mesma não soluciona a questão da sua natureza jurídica. Porém, afirmando que a sua natureza e função é mista, ao passo que para o *decomiso* de *bienes*, *medios* e *instrumentos*, classifica-o, dentro daquela linha, como uma “terceira classe de sanções penais” – justificada com a sua função preventiva de evitar a reiteração das atividades ilícitas, que lhe confere um caráter sancionador, se bem que distinto das penas e das medidas de segurança –, outro tanto já não se verifica a respeito do confisco do produto. Neste caso, o fim perseguido pelo legislador é, por seu turno, a anulação de qualquer

¹³⁵ Cf., nas últimas decisões sobre o tema, STS 2910/2016, de 16 de junho, *fundamento segundo*; STS 4558/2018, de 21 de dezembro, *segundo*, 1; STS 1854/2019, de 7 de junho, *fundamento primero*; STS 2064/2019, de 17 de junho, *fundamento sexto*; STS 3191/2020, de 14 de outubro, 337; STS 1489/2021, de 3 de março, *fundamento tercero*; STS 1706/2021, de 5 de maio, *fundamento vigesimocuarto*; e STS 4270/2021, de 14 de novembro, *fundamento segundo*.

¹³⁶ Cf. *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, cit., p. 121, p. 127 e p. 129.

vantagem obtida com o delito, pelo que, refutando que aqui se trate de uma sanção, perspectiva esta perda como uma instituição civil e patrimonial, próxima de figuras como a do enriquecimento injusto¹³⁷.

Não falta, ainda assim, quem – identicamente ao exposto a propósito dos preceitos congéneres da lei portuguesa – procure formular uma natureza penal para estas figuras. A dogmática espanhola não se tem furtado a esgrimir entendimentos que pugnam pela vigência dos princípios que comandam a aplicação de uma sanção penal, tanto por via do seu marcado conteúdo aflitivo, do processo em que se materializa, das finalidades prosseguidas, como até por dados pontos presentes na regulamentação substantiva e adjetiva.

Neste âmbito, partindo, ainda, da compreensão ensaiada pelo TS de “*medida sui generis*”, Nuria Matellanes Rodríguez não se coíbiu de destacar um “claro referente de natureza criminal”. Entre as razões que enumera para justificar a sua opção contam-se a lesividade e a relevância penal da conduta, a existência de um delito, o facto de ser decretado contra sujeitos que estão direta ou indiretamente relacionados com a atividade delitiva e de ser desencadeado no quadro de um processo penal. Caso assim não fosse, estar-se-ia, como também diz, a realizar uma burla de etiquetas, atribuindo um carácter civil ao que é materialmente penal e, assim, a postergar as garantias constitucionais próprias da utilização de uma sanção de natureza penal¹³⁸.

É também à luz de razões semelhantes a estas que Ana María Neira Pena perfilha a “natureza sancionadora” da perda. Em apoio da sua convicção, socorre-se, entre outras razões – próximas das que acima foram enumeradas –, do carácter altamente aflitivo do confisco. Esta última – já por nós notados noutros momentos deste trabalho¹³⁹ – não assume, também aqui, um significado inócuo. Na sua argumentação, uma vez que o *decomiso* pode supor a privação de todos ou da maioria dos bens que integram o património do sujeito, deve, então, rodear-se das garantias que enformam o direito sancionador¹⁴⁰. Também Fernando Gascón Inchausti pugna pela opção da natureza penal, tanto se a perda for materializada

¹³⁷ Cf. *El decomiso de activos ilícitos*, cit., p. 141

¹³⁸ Cf. “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal”, cit., pp. 150-152.

¹³⁹ E que representou um dos argumentos para sujeitarmos a perda alargada portuguesa aos princípios e garantias do processo penal. Cf. *supra*, III, 1.2.1.

¹⁴⁰ Cf. “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, cit., pp. 98-99.

através de um processo penal ordinário, como de um *proceso de decomiso autónomo*¹⁴¹. Nem é outra a linha seguida por Tomás Farto Piay, que, naquilo que acrescenta de novo à identificação de uma natureza penal comum ao *decomiso*, invoca que o fundamento da Diretiva é o art. 82.º, 2 e o art. 83.º, 1 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, inseridos em sede de cooperação judiciária penal e relativos a matéria penal¹⁴².

À luz do código anterior, o *Tribunal Constitucional de España* (TCE) chegou a posicionar-se no sentido de que o confisco é uma pena acessória e que, como tal, devido às exigências do princípio da culpabilidade, daí resulta, como consequência, que só pode impor-se ao sujeito responsável pelo ilícito penal e, por isso, exclusivamente a respeito dos instrumentos da sua propriedade, não podendo, assim, ser confiscados os instrumentos do delito que foram utilizados para a prática do mesmo pertencentes a um terceiro não responsável pela infração penal¹⁴³.

Só que, dito isto, fica por esclarecer – em tema que ainda se prende com a análise da dimensão substantiva da perda – se o princípio da legalidade, na vertente de não retroatividade da lei sancionatória, é nesta sede aplicável. Este não é um tema que se divorcie da questão da natureza jurídica. Como exemplo, quem, como o TS, invoque que o *decomiso* não é uma sanção penal em sentido estrito, responde, à luz deste fundamento, de um modo negativo à interrogação enunciada¹⁴⁴.

Advirta-se, porém, que uma resposta como esta longe de ser clara e unânime. Não estão ausentes as vozes, como as de Caty Vidales Rodríguez e Andrea Planchadell Gargallo, que, sob um outro enfoque, consideram que ao condenado deve ser dada a esperança de que todas as consequências que derivam do seu comportamento são as previstas legalmente no momento em que se realizou a conduta tipificada, pelo que o mesmo deve confiar em que não vai suportar efeitos posteriores e mais graves¹⁴⁵. Assim como também se identifica, vendo de outro ângulo, uma via de resposta que, alertando para o risco de a não aplicação retroativa favorecer a consolidação dos direitos sobre bens ilícitos por parte dos responsáveis

¹⁴¹ Cf. “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *cit.*, pp. 9-10.

¹⁴² Cf. “*El Proceso de Decomiso Autónomo*”, *cit.*, pp. 81-82.

¹⁴³ STC 92/1997, de 8 de maio, FJ 3.

¹⁴⁴ Cf. STS 1236/2021, de 8 de abril, *octavo motivo*.

¹⁴⁵ Cf. “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, *in: Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (2018), p. 53.

do delito, proponha uma disposição expressa que autorize a perda de bens gerados antes da entrada em vigor do regime¹⁴⁶.

Finda a análise das vertentes substanciais que a perda conhece no direito espanhol, antes de nos determos nos dois novos procedimentos que em 2015 foram adicionados à LECrim, é necessário, a fechar este ponto – e já sob o prisma da controvérsia processual – a realização de um excuro tanto pelo problema da prova pelo terceiro da proveniência ilícita dos bens, como pelo da conformidade do *decomiso* com o princípio da presunção de inocência. Os mesmos não representam, de modo algum, um alargamento das margens balizadas para este ponto, pois, como agora se verá, não deixam de estar inteiramente conxionados com a estrutura normativa do CP.

No que ao primeiro tópico concerne, o art. 127. 1 *quater* CP prevê, tal como tivemos a oportunidade de ver, dois casos em que se permite a perda de *bienes, efectos e ganancias* pertencentes a terceiros. Ora, a tendência para maximizar a aplicação do instituto – presente na lógica delineada por aquele artigo – envolve, no dizer de Nicolás Rodríguez-García e de Omar Gabriel Orsi, um relaxamento do princípio da boa fé e uma desproteção da posição jurídica daquelas pessoas. Como também referem os Autores, o legislador alterou as regras do jogo acusatório, pois agora é o terceiro quem tem de contestar que não sabia ou não tinha motivos para suspeitar de que se tratava de bens provenientes de uma atividade ilícita ou que eram transferidos para evitar o confisco¹⁴⁷.

É por isto que, para Ana María Neira Pena, esta carga que se impõe ao terceiro, podendo ser excessiva e contrária ao direito de defesa, se for aplicada indiscriminadamente, pode resultar não só inconstitucional, como também contrária ao art. 6.º, n.º 2 da Diretiva 2014/42/UE, nos termos do qual a perda de bens de terceiros não deve prejudicar os direitos de terceiros de boa-fé¹⁴⁸. Nesta sede, Carrillo del Teso, exige que seja feita a prova de que a transmissão e conseqüente aquisição do objeto de *decomiso* foi feita com o conhecimento da origem ilícita ou da obstaculização da perda por parte da terceira pessoa ou, a não ser

¹⁴⁶ É o caso de NURIA P. MATELLANES RODRÍGUEZ, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal”, *cit.*, p. 158.

¹⁴⁷ Assim, NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA / OMAR GABRIEL ORSI, “La protección reforzada en España de los terceros afectados por ele decomiso de bienes ilícitos”, *in: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n.º 2, (maio-agosto 2020), pp. 549-550.

¹⁴⁸ Cf. “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, *cit.*, pp. 116-117.

possível, que existiam condições objetivas que o permitam deduzir. De outro modo, como também alerta, estar-se-ia a onerar o terceiro com a responsabilidade de demonstrar que não teve conhecimento, nem tinha forma de suspeitar¹⁴⁹.

Examine-se agora a dimensão da conformidade do *decomiso* com o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente ancorado no art. 24. 2 da Constituição Espanhola, a qual está imbricada com a utilização do sistema de *indicios* a que recorreu a regulamentação jurídica do CP. Ora, tal já foi visto como podendo pôr em causa a presunção de inocência, pela decisiva razão de que é o afetado pela perda quem cabe “desmontar” os mesmos, devendo, como corolário desta inversão, demonstrar a origem lícita dos *bienes* e *ganancias* ou, sendo terceiro, que não podia conhecer a dita proveniência¹⁵⁰.

Este entendimento não representa, porém, a compreensão que parece ser maioritariamente sufragada. O TS, numa copiosa jurisprudência votada ao tema, é perentório em afirmar que não se pode pretender que prova da procedência dos bens seja feita nos mesmos termos em que é provado o facto descoberto e merecedor de condenação. Desta forma, admitindo aqui a prova indiciária, assevera que a prova deve ser de outra natureza e versar de forma genérica sobre a atividade desenvolvida pelo condenado. E sobre a prova indiciária exigida pelo art. 127 *bis* 2 CP, não se trata, na interpretação que desenvolve, de verdadeiras presunções legais, mas sim, de acordo com a fórmula cunhada, de “pautas hermenêuticas mediante as quais o legislador busca facilitar a tarefa decisória, sem que a sua própria existência implique uma subversão da carga da prova”¹⁵¹.

De um modo ainda mais direto, Tomás Farto Piay nem sequer demonstra qualquer hesitação em afirmar que este sistema de indícios e presunções não vulnera o direito à presunção de inocência. Para tal, concorre o facto de ser a acusação quem está onerada com a carga da prova da origem ilícita dos bens ou do património, devendo, então, provar, os indícios que levem o órgão judicial a concluir a origem delitiva do património a confiscar.

¹⁴⁹ Cf. *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, cit., pp. 204-207.

¹⁵⁰ Neste sentido, ANDREA PLANCHADELL GARGALLO / CATY VIDALES RODRÍGUEZ, “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, cit., p. 66-67.

¹⁵¹ Cf. STS 2064/2019, de 17 de junho, *fundamento sexto*; STS 1706/2021, de 5 de maio, *fundamento vigesimocuarto*; STS 4270/2021, de 24 de novembro, FD, *fundamento segundo*. Sobre a última ideia, STS 3777/2020, de 12 de novembro, *fundamento 2.5*.

É igualmente por essa razão – e não deixando de mencionar que as presunções legais são *iuris tantum* – que não vê que o sistema envolva uma inversão do ónus da prova¹⁵².

E se é verdade que, pelas razões ora expostas, a dogmática não vislumbra na disciplina legal do CP espanhol uma violação daquele princípio, certo é que também se encontram Autores que, sob o enfoque da natureza jurídica dos institutos, não atingem conclusões substancialmente diferentes das que em cima foram citadas. É neste sentido que Vicente Gimeno Sendra, posto que reconheça no art. 127 *bis* a existência de uma inversão do ónus da prova, não descortina, contudo, nesta “consagração da doutrina do enriquecimento injusto”, uma contrariedade ao princípio da presunção de inocência. Na sua ótica, a norma limita o seu âmbito de aplicação a uma medida cautelar civil e no processo civil não vigora aquele princípio jurídico-constitucional¹⁵³. Do mesmo passo, a utilização da prova indiciária como norma probatória também não merece censura para José M^a Asencio Mellado em termos de compaginação com a presunção de inocência. Segundo diz, os indícios referem-se aos *bienes e efectos*, isto é, uma mera questão patrimonial a que se podem aplicar as normas probatória civil¹⁵⁴. Nem é por outra ordem de razões que Nicolás García Rodríguez, ao reconhecer que o uso generalizado do *decomiso autónomo* é objeto de críticas pela sua afetação de direitos e garantias, constata que estas se salvam com alusão, precisamente, ao caráter civil da perda e à circunstância de a mesma não questionar, nem pressupor a culpabilidade penal do sujeito¹⁵⁵.

Mencione-se, para terminar este ponto, que, anteriormente, o TCE firmou o entendimento de que o seu cânone de controlo a respeito da fundamentação com que os órgãos da jurisdição ordinária justificam a perda de bens não é o direito à presunção de inocência. Segundo essa compreensão, uma vez constada a existência de provas a partir das quais os órgãos judiciais consideram razoavelmente provada a culpabilidade do acusado, já não está em questão o direito à presunção de inocência. Não deixou, no entanto, de afirmar que na demonstração da existência dos pressupostos para a imposição de uma consequência acessória como o *comiso* devem respeitar-se as garantias do processo (art. 24.2 CE) e as exigências do direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 24.1 CE)¹⁵⁶.

¹⁵² Cf. *El Proceso de Decomiso Autónomo*, cit., pp. 168-169.

¹⁵³ Cf. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Castillo de Luna, Ediciones Jurídicas, 2015, p. 510.

¹⁵⁴ Cf. *Derecho Procesal Penal*, 7.^a ed., Valencia: Tirand lo Blanch, 2015, pp. 243-244.

¹⁵⁵ Cf. *El decomiso de activos ilícitos*, cit., pp. 196-197.

¹⁵⁶ Veja-se a STC 219/2006, de 3 de julho, FJ 9; e a STC 220/2006, de 3 de julho, FJ 8

2.2. *A intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso e o Procedimiento de decomiso autónomo*

Como já se afirmou, da incorporação da Diretiva 2014/42/UE no direito espanhol pela Ley 41/2015, de 5 de outubro, resultou, na LECrim, um Capítulo dedicado à *intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso* (art. 803 *ter* a. – art. 803 *ter* d.) e um outro intitulado *Procedimiento de decomiso autónomo* (art. 803 *ter* e. – art. 803 *ter* u.).

Não perdendo de vista que, na linha do que já foi exposto, a Diretiva 2014/42/EU reconhece aos Estados-Membros a possibilidade de desencadear procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante qualquer tribunal competente (Considerando 12)¹⁵⁷, a doutrina alega que esta faculdade foi materializada na Ley 41/2015 através, justamente, do novo *Procedimiento de decomiso autónomo*¹⁵⁸.

Focando-nos, primeiramente, nas normas destinadas à *intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso*, tem, desde logo, de ser sublinhado, a título preliminar, que, em sentido radicalmente oposto ao que sucede no direito português – no qual, como cremos ter ficado demonstrado, não só prima pela inexistência de normas de carácter processual sobre esta matéria, como as que existem nem parecem satisfazer as garantias exigidas pelo direito europeu¹⁵⁹ –, o legislador espanhol procurou, nos últimos anos, disciplinar um conjunto de aspetos atinentes à participação dos terceiros no processo.

Destarte, para agora atender às coordenadas que maior relevo assumem para a contextualização das maiores contentas existentes neste domínio, o 803 *ter* a. dispõe que é o juiz ou tribunal que ordena a intervenção no processo penal das pessoas que possam ser afetadas pelo *decomiso*. Para tal, é necessário que existam factos dos quais se possa razoavelmente inferir que o bem cuja perda se solicita pertence a um terceiro distinto do investigado ou acusado (*encausado*) (al. a)); ou que existam terceiros titulares de direitos

¹⁵⁷ Cf. *supra*, II.

¹⁵⁸ Notando-o, TERESA AGUADO-CORREA, “Cinco años después de las reformas del decomiso: Does crime still play”, *cit.*, pp. 67-68.

¹⁵⁹ Cf. *supra*, III, 1.1.2. e 1.2.2.

sobre o bem cuja perda se solicita que poderiam ser afetados pela mesma (al. b)). A intervenção daqueles pode ser prescindida quando, atento o preceituado no 2., não se tenha podido identificar ou localizar o possível titular dos direitos sobre o bem cuja perda se solicita (al. a)); ou quando existam factos dos quais possa derivar que a informação em que se funda a pretensão de intervenção no procedimento não é certa, ou que os supostos titulares dos bens cujo confisco se solicita são pessoas interpostas vinculadas ao investigado ou acusado ou que atuam em conivência com ele (al. b)).

Sobre as especialidades da intervenção e citação do terceiro afetado – e que, como veremos a seguir, muito controvérsia têm suscitado – de acordo com o apartado 1 do art. 803 *ter b*, a pessoa que possa ser afetada pelo confisco pode participar no processo penal, desde que se tenha acordado a sua intervenção. No entanto, esta participação será limitada aos aspetos que afetem diretamente os seus bens, direitos e situação jurídica, não podendo estender-se, segundo estatui o preceito, às questões relacionadas com a responsabilidade penal do acusado. Reconhecido é, no apartado 2, o direito à assistência por um advogado, não se excluindo, no apartado 3, que a pessoa afetada possa atuar em julgamento por meio da sua representação legal, sem que seja necessária a sua presença física; ao mesmo tempo que se dispõe, no apartado 4, que a não comparência do afetado não impedirá a continuação do julgamento.

Circunscritas, assim, as normas que nos interessam, refira-se agora – para entrar nos pontos que maior controvérsia suscitam – que tem sido alvo de celeuma na dogmática a limitação da participação do terceiro aos aspetos que afetem diretamente os seus bens, direitos ou situação jurídica e a conseqüente exclusão da sua participação nas questões relacionadas com a responsabilidade penal do acusado (art. 803 *ter b*). Fernando Gascón Inchausti, vendo-a como um enfoque que desvirtua o fundamento da intervenção do terceiro, patenteia que, de modo a que este receba tutela judicial efetiva e um processo justo, em linha com o exigido pelo art. 8.º, n.º 1 da Diretiva 2014/42/UE, ao terceiro deve ser conferida a possibilidade de defender a sua posição jurídica. Até porque, na sua tese, a posição do terceiro é a de parte no processo, seja num sentido formal – ao incorporar-se nele –, seja num sentido material – visto que está em jogo a integridade do seu património. Ademais, e porque um direito de defesa apenas existe se lhe forem dadas as condições reais para desvirtuar todos os elementos de que depende a imposição do *decomiso*, não deixa, igualmente, de

advogar que tal também inclui a responsabilidade penal do *encausado*, em tudo o que seja condicionante para a sua¹⁶⁰.

Do mesmo passo, Carrillo del Teso, concordando com esta linha de reflexão, apesar de reconhecer que o terceiro não é parte em sentido estrito como o investigado ou *encausado*, não encontra reservas em pugnar pelo reconhecimento de todos os direitos que têm as partes passivas no processo penal, o que representaria um reforço do seu estatuto jurídico. Assim, como também critica, na mesma senda, a exclusão da sua participação nas questões respeitantes à responsabilidade penal do *encausado*, defendendo – em plena consonância com aquela compreensão – que a sua posição, desde o momento em que é chamado ao processo, deveria ser a de parte passiva¹⁶¹.

Numa clara linha de continuidade, Nicolás Rodríguez-García e Omar Gabriel Orsi – a despeito de frisarem que a LECrim confere aos terceiros o direito à tutela judicial efetiva, o direito de defesa e a um processo justo e dá guarida aos princípios da audiência e do contraditório – são terminantes em defender que, desde o momento em que se produz a sua entrada no processo até que a sentença transite em julgado, deve o terceiro ser considerado como parte passiva. Se assim não se entender, não veem os Autores como envolver a sua participação em processos que podem ter consequências sancionadoras para ele¹⁶².

Este raciocínio é acompanhado, em parte, por Tomás Farto Piay, o qual, se é verdade que outorga ao terceiro, à luz do regime vigente, a posição de testemunha, não é menos certo que, como naquelas compreensões, sufraga a tese de que deveria ser considerado como sujeito passivo do processo e, como consequência, parte do mesmo. Não esquece, é certo, que o terceiro não ostenta a mesma condição do acusado, nem tão-pouco que a ele não se exigem as mesmas responsabilidades e consequências penais. Todavia, alerta para o perigo de a sua situação jurídica poder ficar afetada e prejudicada pela aplicação de uma figura de natureza penal e sancionadora. Como tal – continua o Autor –, devem ser aplicados todos os direitos e garantias inerentes a essa condição, tal como, na exemplificação que oferece, a

¹⁶⁰ Cf. “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *cit.*, pp. 13-15.

¹⁶¹ Cf. *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, *cit.*, pp. 216-217.

¹⁶² Cf. “La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos”, *cit.*, p. 557 e p. 565.

plenitude do direito de defesa, a tutela judicial efetiva, o direito a um julgamento justo e o direito a guardar silêncio e a não declarar sobre questões que o possam desfavorecer¹⁶³.

Porém, se aqui Tomás Farto Piay acompanhou a opinião maioritária, no que, numa outra parte, toca à limitação da sua participação aos seus bens, direitos ou situação jurídica, sem prejuízo de reconhecer que aquela é uma previsão muito controversa e questionável, não censura – ao contrário dos outros Autores – a negação ao terceiro da participação em questões que afetem exclusivamente a responsabilidade criminal do *encausado*. Aspeto onde a defesa do terceiro deveria incidir é, tal como refere – numa articulação com o direito substantivo –, na defesa da aquisição dos seus bens, ou seja, no desvirtuamento das presunções *iuris tantum* do art. 127 *quater* 2 CP¹⁶⁴.

Finda a incursão pela matéria da intervenção dos terceiros, é tempo de afirmar que, se no ordenamento jurídico português não se encontra um verdadeiro regime ou sistema processual em matéria de perda¹⁶⁵, o direito espanhol codificou, em sentido oposto, um *procedimiento de decomiso autónomo*. Todavia, embora este seja um plano em que o mesmo regista, *prima facie*, um marco de avanço significativo quando comparado com outros direitos, este procedimento tem, ainda assim, oferecido flanco a dúvidas e incertezas, tanto a nível da sua natureza jurídica, como da sua concatenação e articulação com as modalidades de *decomiso* do CP.

Abalançando-nos ao plano da lei, conforme o exposto no art. 803 *ter* e., pode ser objeto deste procedimento a ação mediante a qual se solicite o *decomiso* de *bienes*, *efectos* e *ganancias* ou um valor equivalente aos mesmos, quando não tenha sido exercida anteriormente. São duas as hipóteses particulares em que se prevê a sua aplicação. A primeira é quando o fiscal se limite a solicitar a perda de bens, reservando expressamente para este procedimento a sua determinação (al. a)). A outra é quando se solicite como consequência da prática de um facto punível cujo autor tenha falecido ou não possa ser processado (*enjuiciado*) por se encontrar em *rebeldía* ou incapaz para comparecer em julgamento (al. b)). Note-se que, segundo o disposto no n. 3, em caso de reserva de ação pelo fiscal, este procedimento só poderá ser iniciado quando o processo em que a responsabilidade criminal

¹⁶³ Cf. “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *cit.*, pp. 179-180.

¹⁶⁴ Cf. *idem*, *cit.*, pp. 181-183.

¹⁶⁵ Cf. *supra*, III, 1.1.2.

do acusado tenha de ser determinada já tiver sido concluída com sentença transitada em julgado (*sentencia firme*).

Ao passo que, por um lado, a competência para o conhecimento do procedimento pertence ao juiz ou tribunal (art. 803 *ter f*), é ao Ministério Fiscal que, por outro lado, se concede em exclusividade o exercício da ação (art. 803 *ter h*). Este pode levar a cabo, por si mesmo, ou através da *Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*, as diligências de investigação que sejam necessárias para localizar os bens e direitos da pessoa em relação à qual o confisco foi ordenado (art. 803 *ter q*).

Mencione-se, como enquadramento, que é no Real Decreto 948/2015, de 23 de outubro – modificado pelo Real Decreto 93/2018, de 2 de março, que está regulamentado o regime da *Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Configurada como um órgão da Administração Geral do Estado e Auxiliar da Administração da Justiça, a ela cabe-lhe, entre outras competências previstas na legislação penal e processual, a localização, recuperação, conservação, administração e realização dos *efectos, bienes, instrumentos* e *ganancias* procedentes de atividades delitivas cometidas no quadro de uma organização criminal (cf. o art. 1.º do diploma citado e o art. 367 *septies* da LECrim).

Admitida a *demanda de solicitud de decomiso autónomo* (art. 803, *ter l*.), o órgão competente adotará ou não as medidas cautelares solicitadas e notifica-a às partes passivamente legitimadas, às quais outorgará um prazo de vinte dias para comparecer no processo e apresentar um escrito de contestação (art. 803 *ter l*. 2.). Conforme dispõe o art. 803 *ter m*., se o demandado não interpuser o escrito de contestação no prazo de conferido ou se desistir do mesmo, o órgão competente ordena o confisco definitivo dos *bienes, efectos* ou *ganancias*, ou de um valor equivalente aos mesmos.

O juiz ou o tribunal decidirá mediante sentença, podendo deferir a *demanda* e ordenar a perda definitiva dos bens; deferi-la parcialmente e ordenar a perda definitiva pela quantidade correspondente – caso em que ficarão sem efeitos as medidas cautelares que foram ordenadas a respeito do resto dos bens; ou rejeitar a *demanda* e declarar que não procede por existir algum dos motivos de oposição – caso em que também ficarão sem efeitos todas as medidas cautelares que foram ordenadas (art. 803 *ter o*. 1.). À sentença são conferidos os efeitos materiais de caso julgado em relação às pessoas contra as quais se tenha dirigido a ação e a causa de pedir (art. 803 *ter p*. 1.), embora o seu conteúdo não vincule o posterior *enjuiciamiento do encausado*, se o mesmo tiver lugar (art. 803 *ter p*. 2.).

Após esta contextualização, reclama uma análise separada a natureza jurídica do procedimento, na medida em que, em identidade com os institutos materiais, a mesma também desencadeia acérrimas disputas na dogmática. Para Vicente Gimeno Sendra, trata-se de um “processo civil especial”, que se dilucida ante os órgãos competentes da jurisdição penal¹⁶⁶. Num plano semelhante a este, Andrea Planchadell Gargallo, não obnubilando as vantagens neste âmbito da existência de um processo distinto do processo penal – em termos de evitar a complicação em excesso da tramitação em situações requerentes de complexas investigações patrimoniais –, assinala-lhe, de modo parecido, a configuração legal de “processo de reclamação civil, acumulado ou posterior a um processo penal”¹⁶⁷. E, de facto, da exposição das coordenadas legais não são de escamotear a existência de elementos próprios de um processo civil, que se espraiam, entre outros aspetos, na referência assídua à terminologia típica do processo civil, como a *demanda*¹⁶⁸.

A esta compreensão pode, no entanto, opor-se que, tal como foi observado por Nicolás Rodríguez García, se o *decomiso* é uma medida penal – em tese que vimos estar muito presente na dogmática que discorre sobre o direito material –, o processo autónomo que se crie para resolver uma modalidade da mesma instituição tem necessariamente de ter essa natureza¹⁶⁹. Conclusão que é reforçada se pensarmos, na linha de Fernando Gascón Inchausti – o qual também lhe firma uma natureza penal –, que, embora seja certo que determinados elementos lhe conferem a aparência externa de um processo civil; não deixa de ser menos verdade que do desenho legislativo que para o mesmo foi traçado também decorre – enquanto tópicos exemplificativos que robustecem aquela natureza – que a competência pertence aos órgãos da jurisdição penal e que a legitimidade pertence, em exclusivo, ao Ministério Fiscal¹⁷⁰.

Uma hipótese de solução como esta tem de ser enfatizada, pois, embora esteja longe de ter colhido a unanimidade, encontrou, em doutrina mais recente, conseqüências nas opiniões cogitadas por Carrillo del Teso, que o qualifica como um “processo penal especial” em razão

¹⁶⁶ Cf. *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 515.

¹⁶⁷ Cf. “El proceso de decomiso autónomo: aspectos procesales”, cit., p. 128 e p. 131.

¹⁶⁸ Notando o, ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El “fundido a negro” de la prueba en la persecución de la delincuencia económica”, cit., p. 464.

¹⁶⁹ Cf. *El decomiso de activos ilícitos*, cit., p. 250.

¹⁷⁰ Cf. “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, cit., p. 17.

da matéria – já que o seu objeto é uma pretensão de perda separada ou desvinculada da responsabilidade –, precisamente porque, sendo a perda uma consequência jurídico-penal, todo o processo em que se imponha será um processo penal, como ferramenta para exercer o poder sancionatório do Estado¹⁷¹; e por Tomás Farto Piay, o qual também o crisma como um “processo penal especial” – não consistindo o seu objeto no *enjuiciamiento* da responsabilidade penal e estando investido de autonomia em relação ao processo penal principal –, devido, entre outras razões, à mesma ideia de vincular a natureza do processo com a do objeto em que se substancia¹⁷².

Se esta é uma problemática intrincada, também não é límpida a concatenação que se possa estabelecer entre o *procedimiento de decomiso autónomo* e as modalidades de *decomiso* elencadas no ponto anterior. Para uns, é manifesto que este procedimento permite a aplicação do *decomiso sin condena* do art. 127 *ter* CP¹⁷³. Outros, porém, conquanto reconheçam um paralelismo entre as hipóteses particulares em que se fixa o recurso a este procedimento e as situações descritas no art. 127 *ter*, recusam a existência de uma total e clara equivalência, problematizando mesmo se aquela é uma lista fechada em que o procedimento se possa utilizar ou se, inversamente, não podem ser inseridos outros casos¹⁷⁴. Assim como também não deixa de ser verdade que, se há quem não exclua a aplicação do *decomiso de terceros* do art. 127 *quater* CP mediante este procedimento, desde que concorram as circunstâncias nele estabelecidas¹⁷⁵, outros, de modo ainda mais radical, asseveram até que qualquer modalidade de confisco pode nele ser solicitada, dada a amplitude dos seus termos¹⁷⁶.

Ainda neste contexto de inter-relação entre o regime material e o regime processual, consinta-se uma menção às dificuldades que o art. 803 *ter m* da LECrim levanta no que toca ao cumprimento do princípio do contraditório. Tal como se viu, este determina que se o demandado não interpôs escrito de contestação à demanda no prazo de vinte dias, o órgão

¹⁷¹ Cf. *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, *cit.*, pp. 226-229.

¹⁷² Cf. *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *cit.*, pp. 259-269.

¹⁷³ Veja-se, assim, ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El “fundido a negro” de la prueba en la persecución de la delincuencia económica”, *cit.*, pp. 464.

¹⁷⁴ Neste sentido, ANDREA PLANCHADELL GARGALLO, “El proceso de decomiso autónomo: aspectos procesales”, *cit.*, p. 130.

¹⁷⁵ Nesta linha, VICENTE GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, *cit.*, p. 516.

¹⁷⁶ Neste sentido, FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *cit.*, pp. 18-19.

competente ordena a perda definitiva dos *bienes, efectos* ou *ganancias* ou de um valor equivalente aos mesmos. Ora, exigindo o *decomiso sin condena* do art. 127 *ter* 1 CP que a situação patrimonial ilícita seja provada num processo contraditório, para Carrillo del Teso, aquela disposição contraria este requisito básico, pois, ao não exigir contestação, prescinde, assim, do trâmite da prova. Esta problemática adquire uma complexidade acrescida se tivermos em conta, tal como a Autora alerta, que em causa pode estar a imposição de uma consequência jurídica do delito¹⁷⁷. Mais longe parece ir Ana María Neira Pena que, além de referir que este preceito contraria os princípios processuais da audiência e do contraditório, assevera, ainda, que a mesma choca com o direito ao silêncio do *encausado*, também pela decisiva razão de que da sua inação resulta a imposição da consequência jurídica da perda¹⁷⁸.

Falta, finalmente, fazer uma referência à situação existente no direito espanhol em matéria das medidas cautelares. E o que, de um modo inicial, cabe dizer é que, se no ordenamento jurídico português a disciplina do regime vigente é alvo de críticas cerradas por parte dos mais autorizados setores da dogmática¹⁷⁹, o direito espanhol é, neste âmbito, marcado pela ausência de uma disciplina geral e unificada sobre a matéria. Esta não é, com efeito, uma constatação inócua, uma vez que, como não se ignora, caso não se adotem as medidas cautelares que evitem a perda, a deterioração, a transmissão a terceiros ou a constituição de gravames sobre os bens afetados, o *procedimiento de decomiso autónomo* pode ver-se seriamente comprometido¹⁸⁰.

É que, no regime exposto, o art. 803 *ter* l. 1. h) apenas estabelece, de uma forma genérica, que, admitida a *demanda de decomiso autónomo*, o órgão competente adota ou não as medidas cautelares solicitadas, não especificando, todavia, nem quais são essas medidas, nem qual o catálogo legal onde as mesmas podem ser encontradas¹⁸¹. Ora, esta escassez normativa compeliu alguma doutrina a complementar aquela disposição, por um lado, com normas da lei penal e da lei processual penal e, por outro lado, com normas da lei processual civil. No que toca ao primeiro caso, são referidos o artigo 127 *octies* do CP e os arts. 367 *bis*

¹⁷⁷ Cf. “El “fundido a negro” de la prueba en la persecución de la delincuencia económica”, *cit.*, pp. 464-465.

¹⁷⁸ Cf. “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, *cit.*, p. 119. Sobre a norma substantiva, cf. *supra*, III, 2.1.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, III, 1.1.2.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *cit.*, p. 28.

¹⁸¹ *Idem*, p. 17.

a 367 *septies* da LECrim. No que toca ao segundo, são mencionadas normas contidas na *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), concretamente, os arts. 621.1 (depósito de dinheiro em metálico), 621.2 (retenção de saldos favoráveis em contas bancárias), 623 (retenção de valores, instrumentos financeiros e participações sociais), 624 (embargo de bens móveis), 629 (anotação preventiva de embargo) e 630 e ss. (administração judicial de empresas e bens produtivos)¹⁸².

2.3. A legislação no domínio do reconhecimento mútuo de decisões penais

Por fim, no que toca à produção normativa no domínio da cooperação no âmbito europeu, uma primeira menção deve ser feita à *Ley* 18/2006, de 5 de junho, para a eficácia na União Europeia das decisões de embargo e asseguramento de provas em processos penais, a qual foi complementada pela *Ley Orgánica* 5/2006, de 5 de junho, que incorporou no ordenamento espanhol a Decisão-Quadro 2003/577/JAI. Mais tarde, aprovou-se a *Ley* 4/2010, dedicada em exclusivo à execução na União Europeia das decisões judiciais de confisco, que transpôs a Decisão-Quadro 2006/783/JAI. As decisões-quadro e diretivas aprovadas até ao momento sobre esta matéria haveriam de ser reunidas no texto conjunto da *Ley* 23/2014, de 20 de novembro, sobre o reconhecimento mútuo de decisões penais na União Europeia¹⁸³. No entanto, há que afirmar que, como em Portugal, também em Espanha não se conhece nenhum diploma destinado à aplicação do Regulamento 2018/1805/UE.

¹⁸² Cf., para uma compreensão mais alargada, TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, cit., pp. 397-408.

¹⁸³ Sobre este tema, ANA E. CARRILLO DEL TESO, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, cit., pp. 260 e ss.

3. Itália

Única no panorama sancionatório é, no ordenamento jurídico italiano, a *confisca*, nela existindo um conjunto não despidendo de dificuldades e problemas operativos que não se identificam noutras sanções penais¹⁸⁴. Começando por ser um instrumento de aplicação modesta e de limites de intervenção estritos no *Codice Penale* de 1930, a verdade é que, com o escopo de ampliar e potenciar o seu âmbito de aplicação, introduziram-se numerosas hipóteses especiais que modificaram significativamente a fisionomia originária do instituto¹⁸⁵.

Embora seja comum a constatação, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, de que não existe um confisco *tout court* no direito italiano, mas um numeroso e vasto conjunto de institutos – o que é visível no objeto de ablação, na disciplina legal e nas finalidades prosseguidas¹⁸⁶ –, também não deixa de igualmente asseverado que este instrumento, enquanto meio mais fortemente utilizado para o legislador para cumprimento e atualização do *diktat* “*il delitto non paga*”¹⁸⁷, insere-se, tradicionalmente, na área da prevenção criminal¹⁸⁸.

Deve, porém, consignar-se, antes de nos abalancharmos à análise das modalidades de confisco mais proeminentes em Itália, que, se em Espanha a transposição da Diretiva 2014/42/UE deu origem a alterações de magnitude no campo substantivo e adjetivo, em

¹⁸⁴ Assim, MARCO PANZARASA, “Confisca senza condanna? – Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell’applicazione della confisca”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 4 – Ottobre-Dicembre 2010, p. 1671.

¹⁸⁵ Dando conta disto, TOMMASO TRINCERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, pp. 1-2.

¹⁸⁶ Cf., na doutrina, VINCENZO MONGILLO, “Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall’incerto statuto alla violazione dei principi”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 2 – Aprile – Giugno 2015, p. 718, e ANNA MARIA MAUGERI, “Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 2 – Aprile-Giugno 2015, pp. 948-949. Na jurisprudência, Cass., 52/2021, *considerato in diritto*, 1.2.

¹⁸⁷ Cf. VITTORIO MANES, “L’Ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 3 – Luglio – Settembre 2015, pp. 1261-1262.

¹⁸⁸ Reconhecendo-o, MICHELLE PANZAVOLTA / ROBERTO FLOR, “A Necessary Evil? – The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, in: Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015, p. 111.

Itália – muito à semelhança do que sucedeu com o ordenamento jurídico português¹⁸⁹ – a mais avançada legislação italiana não foi influenciada pela diretiva, cuja transposição, materializada pelo d.Lgs. 202/2016, não comportou modificações relevantes¹⁹⁰.

3.1. A *confisca*

Nos limites delimitados pelo objeto temático deste trabalho, merecem uma análise detida e desenvolvida, no caminho que nas próximas páginas nos propomos percorrer, a *confisca senza condanna* do art. 240 *comma 2* c.p., a *confisca allargata* do art. 240-*bis* c.p. e – numa das modalidades mais controversas – a *confisca di prevenzione*, inscrita no art. 24 do *Codice antimafia* – d.lgs. 159/2011. Como o ordenamento jurídico italiano é marcado por uma pluralidade de institutos em matéria de perda, não serão perdidos de vista, quando assim o for necessário e na medida do estritamente indispensável, os mecanismos que foram consagrados na miríade de legislação especial.

Nos termos vertidos no art. 240 c.p. – inserido, sistematicamente, no Capítulo I do Título VIII do Livro Primeiro, denominado *Delle misure di sicurezza patrimonial* –, em caso de condenação, o juiz pode ordenar o confisco das coisas que serviram ou foram destinadas a cometer o crime ou das coisas que são o *prodotto* e o *profitto*. Conforme determina o *comma 2*, é sempre ordenado o confisco das coisas, cuja *fabbricazione, uso, porto, detenzione* ou *alienazione* constitua crime, mesmo na ausência de condenação (*anche se non è stata pronunciata condanna*). Não é, porém, esta disposição aplicável se as coisas pertencerem a pessoas estranhas ao crime (*persona estranea al reato*) e se o fabrico, uso, porte, detenção e alienação puderem ser consentidos mediante autorização administrativa.

Sobre o objeto do confisco, o *prodotto* é definido como o resultado empírico da conduta criminosa, ou seja, as coisas materiais criadas, transformadas, adulteradas ou adquiridas através da

¹⁸⁹ Que, como dissemos *supra* III, 1., tem primado pela ausência de novações legislativas sobre esta matéria, não tendo a Diretiva sido cabalmente transposta.

¹⁹⁰ Afirmando-o, FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 527.

atividade criminosa penalmente relevante. Por seu turno, por *profitto* compreende-se a utilidade económica, direta ou indiretamente obtida como efeito da prática do ilícito. No entanto, a distinção que o código faz entre *prodotto* e *profitto* é, atualmente, considerada obsoleta. Com efeito, a Diretiva 2014/42/UE quando define, no art 2.º, n.º 1, produto como qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal, que pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis, compreende tanto as coisas que constituem o *prodotto* como o *profitto* do crime¹⁹¹.

Mencione-se, ainda no contexto desta norma, que, para a *Corte di Cassazione*, o confisco, quando decretado em caso de absolvição, constitui uma medida limite que deve ser prevista na lei em termos não equívocos, como sucede, precisamente, com o art. 240, co. 2. Assim, fora dos casos expressamente previstos, a extinção do crime, por qualquer motivo, impede o confisco. Segundo o Tribunal, tal princípio só poderá ser derogado quando existir uma determinação (*accertamento*) da responsabilidade no quadro de um processo¹⁹². Deixe-se, no entanto, consignado que, no entendimento de alguma doutrina, se se reconhecer ao confisco um carácter sancionatório-punitivo – matéria sobre qual nos debruçaremos adiante –, a sentença de condenação é um pressuposto essencial para a sua aplicação, existindo dificuldades em admitir a sua imposição através de outro tipo de procedimento¹⁹³.

No art. 240-*bis* c.p. – debaixo da epígrafe *confisca in casi particular* – cristalizou-se que, no caso de condenação ou de aplicação de pena a pedido nos termos do art. 444 c.p.p. por algum dos crimes do catálogo, é sempre ordenado o confisco do dinheiro, dos bens ou de outras utilidades cuja proveniência o condenado não pode justificar e dos quais, mesmo por interposta pessoa física ou jurídica, resulte ser o titular ou ter a disponibilidade a qualquer título em valor desproporcionado aos seus rendimentos, declarados para efeitos do imposto sobre o rendimento, ou à própria atividade económica. A mesma norma determina que o condenado não pode justificar a legítima proveniência dos bens sob o pressuposto de que o dinheiro utilizado para os adquirir é o produto ou o reemprego de evasão fiscal, salvo se a obrigação fiscal tiver sido cumprida em conformidade com a lei. Assim como também prescreve que, quando não for possível proceder ao confisco do dinheiro, dos bens ou de outras utilidades, o juiz ordena o confisco de uma soma de dinheiro, de bens e de outras

¹⁹¹ Cf. *Codice Penale Commentato – Tomo I – Artt. 1-240bis*, fondato da EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, diretto da EMILIO DOLCINI e GIAN LUIGI GATTA, Milano: Wolters Kluwer, 2021; pp. 2830-2831.

¹⁹² Cass., 9983, 2018, 3, 6,

¹⁹³ Veja-se, TOMMASO TRINCHERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 43.

utilidades de legítima proveniência de valor equivalente, dos quais o arguido tem a disponibilidade, ainda que por interposta pessoa.

Este mecanismo de perda, correntemente denominado como *confisca allargata* – na senda do que se viu as modalidades congéneres de Portugal e Espanha – configura-se como um recurso à disposição do Estado para superar os limites postos à eficácia da *confisca penale “classica”*. Como esta exige a demonstração de um nexo de pertinência, em termos de instrumentalidade e derivação, entre os bens a confiscar e o crime pelo qual é pronunciado o confisco, revela-se, pois, inidónea para combater, de forma adequada, o fenómeno da acumulação de riqueza ilícita da criminalidade organizada¹⁹⁴. Ora, em sentido oposto, segundo a lógica inerente ao instituto agora em análise, não interessa a ligação direta entre os bens e o crime a que se refere a condenação. Basta, sim, a condenação por um dos crimes do catálogo e a comprovação da ocorrência de uma desproporção entre o rendimento declarado e o produto da sua atividade económica e o valor económico dos bens, e que o interessado não forneça uma justificação credível sobre aquela proveniência¹⁹⁵.

A origem da *confisca allargata* arranca do art. 12 *quinquies*, co. 2, do d.l. n. 306/1992 que punia a disponibilidade de valores desproporcionados ao rendimento ou atividade económica quando não fosse justificada a proveniência por parte daqueles contra os quais estivesse pendente um processo penal por determinados crimes. A *Corte Costituzionale* declarou, em 1994, a ilegitimidade constitucional daquela norma, tendo justificado que a mesma fundava na qualidade de *indagato* ou *imputato* o pressuposto subjetivo para tornar punível um facto – a desproporção não justificada entre bens e rendimento –, pelo que aqueles seriam, só por razão, sujeitos a uma pena, no que respeita a um comportamento que praticado por outros sujeitos seria normativamente considerado em termos de total indiferença¹⁹⁶. Esta classe de confisco, depois de ter sido introduzida no 12-*sexies* do d.l. 306/1992 e de ter passado por sucessivas modificações, foi reconduzida ao c.p. pelo d.lgs. 21/2018, por razões de coerência sistemática e para responder às exigências de inserir no código uma medida que representa um instrumento imprescindível de combate à acumulação de património ilícito¹⁹⁷.

É este o modelo de confisco que corresponde ao mecanismo da *extended confiscation* do art. 5.º da Diretiva 2014/42/UE – embora, numa comparação com o modelo da Diretiva, seja caracterizada

¹⁹⁴ Cf. Corte Cost. 33/2018, 6.

¹⁹⁵ Cf., também, Cass., 9984/2018, 2.

¹⁹⁶ Corte Cost. 48/1994, 4. Mais tarde, o mesmo Tribunal recusou uma violação do princípio da igualdade e do direito de defesa, pois qualquer pessoa a quem os bens fossem apreendidos podia, a qualquer momento, contestar o procedimento cautelar e provar a inexistência dos seus pressupostos, pedindo a revogação da medida, com a possibilidade ulterior de interpor recurso. Cf. *Ordinanza* 18/1996.

¹⁹⁷ Sobre a evolução deste confisco, FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, cit., pp. 937-944.

por um mais reduzido standard probatório. Ao passo que a desproporção entre o valor dos bens e o rendimento do condenado constitui, para o art. 5.º do diploma europeu, um dos factos específicos e um dos elementos de prova sobre os quais o juiz pode retirar a convicção de que o bem a confiscar deriva da conduta criminosa; no ordenamento jurídico italiano é suficiente para justificar só por si a medida ablativa em causa quando o condenado não justifique a proveniência dos bens, sem que ocorra uma demonstração ulterior da sua origem criminosa¹⁹⁸.

Debruçando-nos sobre o art. 24 do *Codice antimafia* – para terminar o elenco das classes de confisco mais relevantes –, o mesmo enuncia – em plena simbiose com a última norma que do c.p. foi citada – que o tribunal ordena o confisco dos bens apreendidos dos quais a pessoa contra a qual o processo foi instaurado não possa justificar a legítima proveniência e dos quais, ainda que por interposta pessoa, resulte ser titular ou ter a disponibilidade, a qualquer título em valor desproporcionado ao próprio rendimento, declarado para fins de imposto sobre o rendimento, ou à própria atividade económica; assim como dos bens de que resulte serem fruto de atividades ilícitas ou que constituam o seu reemprego. O mesmo normativo prescreveu – em perfeita comunhão com o que no c.p. foi disposto – que o *proposto* não pode justificar a legítima proveniência dos bens invocando que o dinheiro utilizado para os adquirir é o produto ou reemprego da evasão fiscal. Não deixou o mesmo diploma legal de preceituar, no art. 25 – sobre o *sequestro e confisca per equivalente* –, que, se não for possível proceder à apreensão dos bens – por o *proposto* não ter a disponibilidade, direta ou indireta, mesmo que tenham sido transferidos a qualquer momento para terceiros de boa fé –, a apreensão e o confisco têm como objeto outros bens de valor equivalente e de legítima proveniência, dos quais o *proposto* tem a disponibilidade, ainda que por interposta pessoa.

Intitulado pela doutrina e pela jurisprudência como *confisca di prevenzione*, também o fundamento do instituto reside na ideia de que o fenómeno da acumulação de riqueza ilícita pela criminalidade organizada não pode ser eficazmente combatido mediante a *confisca tradizionale*. Daí que, com vista a ultrapassar os limites que a esta última são inerentes, é possível descortinar no instituto do art. 24, de um lado, um aligeração da relação entre o

¹⁹⁸ Cf. ANNA MARIA MAUGERI, “Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca”, in: *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 1/2019, pp. 50-51, e, ainda, ANNA MARIA MAUGERI / PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019)”, in: *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 3/2019, p. 126. Na jurisprudência, veja-se, no mesmo sentido, Corte Cost. 33/2018, 7.

objeto da ablação e o crime e, do outro, um enfraquecimento do ónus probatório a cargo da acusação. Por estas razões, não se estranha que, para os tribunais superiores, tanto a *confisca di prevenzione* como a *confisca allargata* se antolhem como *species di un unico genus*, vale dizer, *confisca dei beni di sospetta origine illecita*¹⁹⁹.

Há que referir que, como a doutrina italiana tem destacado, esta é uma classe de perda “*in assenza di condanna*”. Pressupõe a prática de um crime, mas não requer uma condenação penal, sendo, além disso, aplicada fora do processo penal, isto é, e como no próximo ponto ficará claro, num *procedimento di prevenzione*²⁰⁰.

Inserida no direito italiano por via da l. n. 646/82, com a exigência de combater eficazmente a evolução da criminalidade organizada de tipo mafioso, e tendo, depois de sucessivos alargamentos, sido reorganizada pelo d.lgs. 159/2011²⁰¹, não é unânime a consonância da *confisca di prevenzione* com os instrumentos previstos pelo direito europeu. Se é verdade que, para uns, este modelo, correspondendo ao da *confisca allargata* ou de “*poteri estesi di confisca*”, encontra respaldo no art. 5.º da Diretiva 2014/42/UE²⁰²; outros, inversamente, afirmam que não parece aderir plenamente à *extended confiscation* proposta em sede europeia²⁰³. Também há quem entenda, por um lado, que este mecanismo não está contemplado no modelo da perda sem condenação da Diretiva, pois nesta o confisco sem condenação só é previsto, nos termos do art 4.º, nos casos de fuga ou doença do arguido, embora se evidencie que, mesmo assim, não é incompatível com a Diretiva²⁰⁴.

Para além das modalidades estudadas, é possível encontrar, tanto no c.p. como na legislação extravagante, diversas hipóteses especiais. Tendo em conta o critério da perigosidade das coisas objetivamente criminosas, atente-se, por exemplo, nos arts. 4/8 e 23/5 da l. n. 110/75 (sobre as armas); 6/1 da l. n. 152/75 (sobre a ordem pública) e 22 e ss. da l. n. 685/75 (sobre estupefacientes). Como disposições que consagram a perda sem condenação, atente-se, por exemplo, no art. 301 d.P.R.

¹⁹⁹ Paradigmaticamente, Corte Cost. 24/2019, 10.3.

²⁰⁰ Cf. TOMMASO TRINCHERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, p. 13, *idem*, “Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?”, *in: Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2020, p. 166, e FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, *in: Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Nuova Serie – Anno LXI, Fasc. 2 – Aprile-Giugno 2018, p. 615.

²⁰¹ Sobre a sua evolução, FRANCESCO MENDITTO, “Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale)”, *in: Diritto Penale Contemporaneo*, p. 4. Disponível em: https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1422825352MENDITTO_2015a.pdf.

²⁰² Assim, FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, *cit.*, p. 615.

²⁰³ Acentuando isto, VITTORIO MANES, “L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione”, *cit.*, p. 1276.

²⁰⁴ Sobre este assunto, ANNA MARIA MAUGERI, “Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture”, *in: Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 2 – Aprile-Giugno 2015, p. 971.

43/1973, em matéria de contrabando, tendo a jurisprudência declarado, de modo uniforme, que o confisco pode ser disposto mesmo que o crime venha a ser declarado extinto por prescrição²⁰⁵.

Merecedora de maior atenção é, neste quadro, a *confisca urbanistica* do artigo 44, co. 2, do d.P.R. 6 de junho de 2001, n. 380, em matéria de construção, o qual dispõe que a sentença definitiva do tribunal que declare que houve loteamento abusivo ordena o confisco dos terrenos abusivamente loteados e das obras abusivamente construídas. A *Corte Costituzionale* entendeu, em doutrina já consolidada, que esta perda é uma sanção administrativa, alicerçada sobre o facto objetivo do carácter abusivo da obra, sem que seja necessário responsabilizar quem sofreu a imposição da medida²⁰⁶. No entanto, outros autores salientam que a medida se repercute sobre o inteiro compêndio imobiliário abusivamente loteado, tendo, assim, uma eminente conotação punitiva-aflitiva e dissuasora da intervenção expropriativa em questão²⁰⁷. O facto de se aduzir a natureza de sanção administrativa e de, segundo a norma, ser suficiente uma sentença que determine a lotação abusiva tem levado alguns autores a referirem que pode ser disposta *in assenza di condanna*²⁰⁸. Questionado é saber se uma sanção punitiva aplicada pelo juiz na ausência de uma condenação penal respeita o núcleo axiológico da presunção de inocência. Não se compreende, segundo se diz, como alguém que não foi definitivamente condenado – sendo, assim, inocente – pode ver ser-lhe imposta uma medida aflitiva, na ausência de um procedimento que determine a responsabilidade penal, vendo-se, desta forma, socialmente estigmatizado com uma sanção aflitiva²⁰⁹. Para a *Corte di Cassazione*, o juiz pode ordenar este confisco, mesmo na ausência de uma sentença condenatória, mas com a necessária determinação (*accertamento*) do crime nas suas componentes objetiva e subjetiva, assegurando à defesa o mais amplo direito à prova e ao contraditório²¹⁰.

Fechado o elenco das modalidades de perda pertinentes, o ponto cujo tratamento assume agora relevo primordial é, como noutros bandas, o da natureza jurídica da *confisca*. Podendo ser disposta por diversos motivos e ser dirigida a várias finalidades, assumindo a ora a função de pena, ora a de medida de segurança, ora a de medida jurídica civil e

²⁰⁵ Elencando estas disposições, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale*, 7ª ed., Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 859; FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, cit., pp. 997-998; e TOMMASO TRINCHERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 14. Na jurisprudência, cf. Cass., 47094/2019, 15, e Cass., 47280/2019, 22.

²⁰⁶ Cf. Corte Cost. 239/2009, 1, e Corte Cost. 49/2015, 5.

²⁰⁷ Assim, VINCENZO MONGILLO, “Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall’incerto statuto alla violazione dei principi”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 2 – Aprile – Giugno 2015, pp. 723-724.

²⁰⁸ Veja-se MARCO PANZARASA, “Confisca senza condanna? – Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell’applicazione della confisca”, cit., p. 1684.

²⁰⁹ VINCENZO MONGILLO, “La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza”, in: *Giusprudenza Costituzionale*, Anno LX, Fasc. 2 (Marzo-Aprile – 2015), pp. 429-431.

²¹⁰ Cass., 19369/2019, 3; Cass., 47094/2019, 10; Cass., 49795/2019, 6; Cass., 343653/2020, 3; Cass., 11464/2021, 5; Cass., 11295/2022, 4.1.

administrativa²¹¹, a densidade problemática que a envolve não é, como neste momento já é facilmente apreensível, uma disputa meramente teórica. Da mesma deriva um conjunto de implicações práticas: por um lado, a natureza jurídica pode ser arvorada a critério de interpretação dos dados normativos, vindo, num quadro legislativo impreciso e lacunoso, em socorro do intérprete como “cânone hermenêutico”²¹²; por outro, porque também envolve a determinação do estatuto constitucional e convencional, ou seja, a individualização dos princípios e garantias que orientam a sua aplicação²¹³. Como exemplificação, basta pensar – em tema que noutros contextos já foi estudado e que mais à frente prenderá, de novo, a nossa atenção – na possibilidade de aplicar retroativamente as normas que preveem a *confisca* em relação a crimes pelos quais não era prevista a possibilidade de a aplicar ou que era prevista mas com modalidades e pressupostos diversos²¹⁴.

Atentando, para começar, na *confisca* do art. 240 c.p., alojada, como precisámos, num capítulo expressamente dedicado às *misure di sicurezza patrimoniali*, alguma doutrina italiana entende que a mesma deve estar, precisamente, compreendida entre as medidas de segurança patrimonial, porque pretende evitar a disponibilidade de coisas que pela sua natureza ou ligação ao crime – foram destinadas a cometê-lo ou representam o seu *prodotto*, *profitto* ou *prezzo* – possam representar um estímulo para a prática de ulteriores ilícitos²¹⁵.

Só que, não obstante a jurisprudência e a doutrina maioritárias considerarem esta *confisca* como uma medida de segurança²¹⁶, tal não impede, porém, que outros setores da dogmática, sem descurarem a inserção sistemática, lhe apontem características específicas. Ao contrário do que sucede com outras medidas de segurança, a perda de bens não requer

²¹¹ Embora, como os tribunais afirmam, o seu conteúdo consista sempre na privação de bens económicos. Assim, e remetendo para a jurisprudência anterior, Corte Cost. 196/2010, 3.1.

²¹² Também, TOMMASO TRINCERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 6.

²¹³ Apontado para isto, *Codice Penale Commentato – Tomo I – Artt. 1-240bis*, fondato da EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, diretto da EMILIO DOLCINI e GIAN LUIGI GATTA, cit., p. 2826.

²¹⁴ Novamente, TOMMASO TRINCERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 4.

²¹⁵ Neste sentido, ALBERTO CRESPI / GABRIO FORTI / GIUSEPPE ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale – Complemento giurisprudenziale* a cura di Giuseppe Zuccalà, con la collaborazione di Aurelio Barazzetta... [et al.], Padova: CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012, p. 1022. Cf. Também FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, cit., p. 505.

²¹⁶ Veja-se *Codice Penale Commentato – Tomo I – Artt. 1-240bis*, fondato da EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, diretto da EMILIO DOLCINI e GIAN LUIGI GATTA, cit., p. 2822.

uma avaliação da perigosidade do indivíduo, mas a perigosidade do objeto²¹⁷. Assim, algumas compreensões negam-lhe uma finalidade preventiva e atribuem-lhe uma natureza punitiva ou expropriativa²¹⁸. Outras, de modo não muito diferente, falam numa sanção *sui generis*, numa pena acessória e numa sanção civil no processo, com atribuição de relevo ao seu caráter repressivo²¹⁹.

As consequências práticas que há pouco vimos estarem entrelaçadas com a determinação da natureza jurídica, verificam-se, desde logo, e como já o tínhamos deixado sugerido, na sujeição ou não à proibição da retroatividade, ancorada no art. 2.º c.p. e no art. 25 co. 2 da Constituição da República Italiana. Quem entenda que o confisco é uma autêntica pena, não demonstra, pois, qualquer hesitação em submetê-lo àquela proibição²²⁰. Da mesma forma com que quem, inversamente, lhe aduza a natureza de medida de segurança, já não o submete a esse princípio, com recurso à argumentação de que o mesmo não opera a respeito das medidas de segurança. Através desta última via já não são encontrados obstáculos em ordenar o confisco mesmo em relação a crimes cometidos em tempo em que ainda não era legalmente previsto ou em que era diversamente disciplinado quanto ao tipo, qualidade e duração²²¹.

Vale, porém, a pena referir – ainda dentro do mesmo contexto – que, embora exista jurisprudência que, ao classificar confisco como uma medida de segurança, negue a sua submissão ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, mas agora por via do disposto no art. 200 c.p. – em cuja norma se estatui que as medidas de segurança são reguladas pela lei em vigor no tempo da sua aplicação –, este não é um entendimento que se possa reputar como linear. Para alguns setores da doutrina, o princípio da irretroatividade deve operar também em relação às medidas de segurança, sendo que, como também afirmam, aquela norma somente permite a aplicação retroativa da lei superveniente que

²¹⁷ Nesta linha, MICHELLE PANZAVOLTA / ROBERTO FLOR, “A Necessary Evil? – The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, *cit.*, p. 114.

²¹⁸ Sobre estas compreensões, ANNA MARIA MAUGERI, “Confisca (diritto penale)”, *in: Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 2015, p. 191.

²¹⁹ Dando conta destes entendimentos, EMILIO DOLCINI / GIORGIO MARINUCCI, *Codice Penale Commentato – Artt. 1 - 384bis*, Milano: IPSOA, 2006, p. 1804.

²²⁰ Veja-se ALBERTO CADOPPI / PAOLO VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale – Parte Generale*, 5ª ed., Padova: CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012, p. 546.

²²¹ Assim, ALBERTO CRESPI / GABRIO FORTI / GIUSEPPE ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale – Complemento giurisprudenziale* a cura di Giuseppe Zuccalà, con la collaborazione di Aurelio Barazzetta... [et al.], *cit.*, p. 1022.

regula de modo diverso a modalidade executiva de uma medida de segurança já existente. Além de que – e este é um dado relevante, pois já o vimos noutros quadrantes – não deixa de ser observado que qualquer medida que comporte a limitação de um direito fundamental – de que a perda constitui um exemplo por excelência – necessita de uma adequada base legal que satisfaça os requisitos de acessibilidade e de previsibilidade, pois só assim se permitirá que os cidadãos saibam quais são as consequências das suas ações²²².

Mas, as implicações prática da natureza jurídica do confisco estão, ao contrário do que à primeira vista poderia parecer, longe de se quedarem pela questão da sua sujeição à proibição da retroatividade. As mesmas espraiam-se, ainda, na delimitação do âmbito subjetivo de aplicação da medida. Assim, se à *confisca* se reconhecer a natureza de sanção penal ou se lhe for atribuída um escopo punitivo – na linha do que algumas teses defendem – daí promana a consequência de que a mesma só pode incidir sobre o autor e aqueles que participaram na prática do facto. Tal acaba por ser, como também se diz, uma imposição do *principio di personalità della responsabilità penale*, que encontrou guarida no art. 27 co. 1 da Constituição. Por seu turno, se for outra a opção da qual se parta, assumindo, neste caso, o problema contornos diversos, já não é difícil para a doutrina admitir a aplicação da medida ablativa em relação a outras pessoas que não o autor ou o participante no crime. Pode, aliás, ser uma solução admissível em razão dos objetivos político-criminais que a mesma intente assegurar²²³.

A discussão enunciada ao nível da natureza jurídica não se coloca em termos muitos diversos no âmbito da *confisca allargata*. Aqui, em linha com a opção firmada pela jurisprudência, também para esta classe de perda se pugna por uma natureza preventiva, de medida de segurança. Tese que, para este entendimento, é reforçada pela recente colação sistemática da disposição no campo das medidas de segurança patrimonial²²⁴. Todavia, a doutrina também já levantou dúvidas sobre a natureza de medida de segurança. Ainda à luz de outras redações, outros Autores, não deixando de colocar em relevo que a medida em exame não persegue exclusivamente uma finalidade preventiva – já que também visa

²²² Sobre isto, *Codice Penale Commentato – Tomo I – Artt. 1-240bis*, fondato da EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, diretto da EMILIO DOLCINI e GIAN LUIGI GATTA, *cit.*, p. 2861. Sobre a discussão existente em Espanha sobre a sujeição da perda ao princípio da proibição da retroatividade, cf. *supra*, III, 2.1.

²²³ Sobre o tema, TOMMASO TRINCERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, *cit.*, p. 55.

²²⁴ Veja-se FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, *cit.*, pp. 955-957.

impedir que o autor possa beneficiar do crime –, referem que o instituto representa uma “reação (afitiva) do ordenamento a uma violação, finalizada à prevenção de futuras violações”²²⁵. Este entendimento não está muito longe da tese professada por quem, ao realçar que a perda pode ser alargada a todos os bens que o juiz entenda de origem criminosa e que pressupõe uma condenação, diz que esta espécie de confisco está, assim, conotada com uma finalidade punitiva²²⁶.

Para além destas teses, uma “*terza via*” – alternativa à qualificação como medida de segurança e como autêntica pena – é encontrada por uma certa doutrina italiana. Tem, de facto, começado a fazer estrada na dogmática uma via de solução que, em relação a todas as formas de *confisca* que incidem sobre o produto da atividade – e, portanto, também em relação à *confisca allargata* –, declara que do que se trata é, afinal, de uma “mera limitação do direito de propriedade”. Melhor dizendo – nunca perdendo de vista a ideia de que o crime não pode ser considerado como um modo legítimo de aquisição da propriedade –, uma medida que retira ao sujeito algo que ele não tinha, originariamente, o direito de adquirir e que não tem, agora, o direito de reter²²⁷.

Já é, no atual momento, facilmente representável que, aqui – tal como naquela primeira modalidade –, quem defenda a natureza de medida de segurança posterga, como consequência, a aplicação do princípio da irretroatividade, à luz do art. 200. c.p.²²⁸. A *Corte di Cassazione* tem-se posicionado neste sentido, acompanhando, em arrestos recentes, a tese de que, apresentando o confisco natureza de medida de segurança, pode, por isso, ser disposto em relação a bens adquiridos num momento anterior à entrada em vigor da disposição que o instituiu²²⁹.

Para encerrar a análise do direito substantivo, uma interrogação de fundo merece a verdadeira natureza jurídica da *confisca di prevenzione*. A *Corte Costituzionale* já falou numa medida de prevenção, que deve ser aplicada através do respetivo procedimento²³⁰.

²²⁵ Assim, ANNA MARIA MAUGERI, “Confisca (diritto penale)”, *cit.*, p. 220-221.

²²⁶ Veja-se GLORIA DE SANTIS, “Le aporie del sistema di prevenzione patrimoniale”, *in: Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Nuova Serie – Anno LIX, Fasc. 1 – Gennaio-Marzo, 2016, p. 139.

²²⁷ Fazendo referência a esta compreensão, TOMMASO TRINCHERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, *cit.*, pp. 142-144.

²²⁸ Cf. FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, *cit.*, p. 957.

²²⁹ Cf. Cass., 39575/2021, 3.3.

²³⁰ Cf. Corte Cost. 106/2015, 4.1.

Outras decisões crismaram-na como uma ablação patrimonial com um carácter meramente ripristinatório da situação que teria acontecido na ausência da aquisição ilícita do bem²³¹. Alguns autores, numa outra perspectiva, afirmam até que o reconhecimento de uma natureza substancialmente penal a este instituto significaria uma radical incompatibilidade com as garantias da Constituição²³². Contudo, não obstante isto, também se destaca uma outra linha na dogmática que, ao contrário daquelas construções, sufraga, mediante o elenco de algumas notas, o carácter punitivo deste mecanismo.

Isto ficará especialmente claro se tivermos presente, dentro desta linha de pensamento, que esta forma de *confisca* comporta um efeito de grave estigmatização social de “carácter seguramente punitivo”, na medida em que estigmatiza um sujeito como mafioso, como delinquente habitual ou como sujeito dedicado ao crime; que pode ser aplicada num tempo absolutamente longínquo da originária atividade ilícita; que visa sancionar o enriquecimento injustificado, já que procura subtrair o lucro a respeito de qualquer crime; que pode subtrair bens licitamente adquiridos caso falte a prova da sua origem lícita; que limita o direito à liberdade de iniciativa económica; que prossegue finalidades de prevenção geral e especial e de tutela da economia e do mercado lícito; sendo também, diga-se, por fim, um instrumento de incapacitação da criminalidade organizada ou profissional²³³.

A solução que se preconize não deixa – em consonância com as outras formas de *confisca* – de envolver importantes repercussões práticas. Se for defendida a natureza preventiva das medidas patrimoniais, recusa-se, de novo, a aplicação do princípio da retroatividade²³⁴. Todavia, no que a este último concerne, a questão está, também aqui, longe de assumir contornos lineares. Isto, por se invocar – novamente – que aquele princípio é também aplicável às medidas de segurança, pois, para além da constatação de que estas

²³¹ Cf. Corte Cost, 24/2019, 10.4.1.

²³² Expressamente neste sentido, FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, *cit.*, pp. 625-626.

²³³ Veja-se, sobre isto, ANNA MARIA MAUGERI, “La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”? – Nota a Cass., Sez. V, sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti”, *in: Diritto Penale Contemporaneo* 4/2013, p. 366; ANNA MARIA MAUGERI / PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019)”, *cit.*, p. 132, e ANNA MARIA MAUGERI, “La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali”, *in: Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Nuova Serie – Anno LX, Fasc. 2 – Aprile – Giugno 2017, pp. 587-588.

²³⁴ Veja-se, uma vez mais, FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, *cit.*, p. 19.

assumem um indubitável conteúdo aflitivo, não se vê como se compatibilizaria com os princípios de um Estado Democrático a possibilidade de aplicar uma medida substancialmente limitativa dos direitos fundamentais em relação a factos cometidos antes da sua introdução²³⁵. Para outros, o problema apresenta um conteúdo diverso da forma como foi afrontado a propósito das outras modalidades. Segundo este foco de reflexão, como este confisco prescinde, como vimos, de uma condenação, o problema da aplicação do princípio da retroatividade está, ao que se afirma, inteiramente relacionado com a possibilidade de ordenar a medida em relação a situações de perigosidade que se manifestaram em data antecedente à entrada em vigor da lei²³⁶.

Discutida é, igualmente, a questão de saber se o sistema assenta na perigosidade do bem ou da pessoa. Para uma corrente doutrinária, o fundamento deste confisco não reside na perigosidade intrínseca do bem, ora porque a disciplina do art. 28 do *Codice antimafia* demonstra que o confisco de prevenção pode ser revogado *ex tunc* por defeito genético dos requisitos subjetivos e, portanto por ausência *ab origine* da perigosidade da pessoa²³⁷; ora porque nem o art. 24, nem nenhuma outra disposição do *Codice Antimafia* requerem que seja demonstrada pelo juíz a perigosidade do bem objeto de confisco²³⁸. Para outro entendimento, o sistema parece ser híbrido, sendo errado categorizá-lo como incidindo apenas na perigosidade dos indivíduos, pois, segundo esta tese, a perigosidade do indivíduo que cai sob a lista de alvos não é mais do que uma forma de identificar ativos que são considerados perigosos, isto é, um sistema em que a perigosidade do bem está ligada à perigosidade do indivíduo²³⁹.

Debrucemo-nos agora, de modo a encerrar este apartado, sobre os pressupostos da *confisca allargata* e da *confisca di prevenzione* – cujo tratamento em conjunto se justifica, pelas características mútuas que, como há pouco vimos, estes dois institutos apresentam. Assim, no que toca os pressupostos objetivos exigidos, referem-se, para um e para outro, a disponibilidade, direta ou indireta, dos bens por parte do *indagato, imputato, condannato* e

²³⁵ No mesmo sentido, ANNA MARIA MAUGERI, “La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”? – Nota a Cass., Sez. V, sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti”, *cit.*, pp. 369-370.

²³⁶ Cf. TOMMASO TRINCHERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, *cit.*, pp. 211-212.

²³⁷ Assim, ANGELO MANGIONE, “La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione”, *in: Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LX – Fasc. 2 – Aprile Giugno 2017, p. 621.

²³⁸ Também, FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, *cit.*, p. 620.

²³⁹ Veja-se MICHELLE PANZAVOLTA / ROBERTO FLOR, “A Necessary Evil? – The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, *cit.*, pp. 134-135.

proposto e a desproporção entre o valor dos bens e o rendimento declarado ou atividade económica desenvolvida²⁴⁰.

No que toca ao primeiro pressuposto enunciado – o da disponibilidade do bem –, a doutrina refere que essa disponibilidade deve ser determinada pela acusação, que deve fornecer, pelo menos, a prova indiciária (art. 192 c.p.p.)²⁴¹. Por isso, alega-se que não ocorre aqui uma inversão do ónus da prova. Por um lado, porque a presunção de origem ilícita deve ser suportada por factos cujo ónus de alegação compete à acusação. Por outro, porque a presunção pode ser refutada pelo arguido²⁴².

Por fim, e é este o aspeto a que pretendemos atribuir maior relevo, sem embargo de não encontrar previsão legal expressa, a doutrina e a jurisprudência são também concordantes na necessidade de impor uma “*correlazione temporale*”. Assim, no que tange à *confisca di prevenzione*, só serão confiscados os bens adquiridos no arco de tempo em que é manifestada a perigosidade social, independentemente da perigosidade persistente do sujeito no momento da *proposta di prevenzione*²⁴³. Esta exigência foi, depois, adaptada para a *confisca allargata*, pretendendo-se, aqui, que o momento da aquisição dos bens não esteja muito longínquo do momento da prática do crime e, conseqüentemente, impedir uma enorme dilatação da esfera de operacionalidade deste instituto²⁴⁴.

Este requisito de “*pertinenzialità temporale*” – como também já foi chamado –, começando por ser uma exigência dos tribunais superiores, mereceu, posteriormente, aplausos das bandas da dogmática. Com efeito, o mesmo evita que a medida receba a conotação de uma verdadeira e própria sanção, que, como no momento oportuno já o vimos, origina sempre problemas de compatibilidade com os parâmetros constitucionais²⁴⁵. Depois,

²⁴⁰ Sobre isto, cf., para a *confisca allargata*, FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, cit., p. 951. Para a *confisca di prevenzione*, cf. *idem*, p. 555, e FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, cit., pp. 616-617.

²⁴¹ Posicionando-se neste sentido, ANNA MARIA MAUGERI, “La legittimità della confisca di prevenzione come modelo di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali”, cit., p. 576.

²⁴² Veja-se, sobre isto, *idem*, “Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture”, cit., p. 965. No mesmo sentido, FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, cit., p. 620.

²⁴³ Veja-se, remetendo para a jurisprudência, STEFANO PINOCCHIARO, “La confisca e il sequestro di prevenzione”, in: *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 10.

²⁴⁴ Corte Cost. 33/2018, 11.

²⁴⁵ Cf. STEFANO PINOCCHIARO, “La confisca e il sequestro di prevenzione”, cit., p. 11.

e mais importante do que tudo, é este o elemento que torna o confisco mais conforme com o princípio da presunção de inocência, já que torna menos onerosa para o proprietário a contraprova da origem lícita dos seus bens²⁴⁶.

3.2. Os institutos processuais aplicáveis

Não existe, em Itália, nenhum regime ou sistema processual especialmente dedicado à aplicação do confisco, ao contrário do que, neste âmbito, vimos existir no direito espanhol²⁴⁷. Contudo, tal não implica que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores não tenham, ao longo dos anos, descortinado normas adjetivas que enquadrem a aplicação dos institutos substantivos que no ponto anterior foram elencados. Da mesma forma com que também não oblitera que se descortinem novos afloramentos na lei processual que, em concomitância com as orientações dogmáticas que têm vindo a ser firmadas, visam responder às necessidades práticas que neste campo se fazem sentir ao nível da articulação entre a vertente substantiva e a vertente adjetiva da perda de bens.

Deixando por agora de lado os institutos que facilitam a aplicação da *confisca di prevenzione* e concentrando-nos nos que são apontados como podendo abranger a *confisca* do art. 240. c.p. e a *confisca allargata*, para a *Corte di Cassazione* – em pronunciamentos que seguem uma linha claramente definida –, o confisco pode ser disposto pelo *giudice dell'esecuzione* no procedimento previsto nos arts. 666 e 676 c.p.p. nas hipóteses em que seja obrigatoriamente prevista pelo art. 240, co. 2. Assim, tal como tem sido defendido, a prescrição, a extinção do crime e o arquivamento por insubsistência de condições para proceder contra o suspeito não impedem a adoção do confisco, desde que sejam determinados os elementos objetivos e subjetivos do crime²⁴⁸. Outro tanto também é dito

²⁴⁶ De novo, ANNA MARIA MAUGERI, “Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture”, *cit.*, p. 956, *idem*, “La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica?””, *cit.*, p. 382.

²⁴⁷ Cf. *supra*, III, 2.2.

²⁴⁸ Veja-se, sobre este assunto, Cass., 19369/2019, 1; Cass., 47280/2019 16; e Cass., 9656/2022, 2.

para a *confisca allargata*. Entende-se, dentro da mesma orientação jurisprudencial, que pode ser disposta pelo *giudice dell'esecuzione*, se o *giudice della cognizione* não o tiver feito. Segundo esta linha, a competência do juiz de execução está ligada à natureza obrigatória do confisco, sem que se possa fazer alguma distinção entre este caso e o do art. 240 c.p.²⁴⁹.

Esta orientação foi, posteriormente, vertida em forma de lei no art. 183-*quater* do d.Lgs 271/1989 – normas de aplicação, coordenação e transitórias do Código de Processo Penal. Este proclama, no seu n.º 1, que competente para emitir ordens de confisco no caso do art. 240-bis c.p. é o juiz do art. 666 co. 1, 2 e 3 c.p.p. Contudo, a mesma não foi bem recebida por toda a doutrina. Foi vista como sendo de difícil compatibilidade com o reconhecimento de uma natureza sancionatória e penal ao confisco, já que não é fácil ver como uma pena pode ser imposta na fase executiva e por um juiz diverso do da cognição²⁵⁰.

Anote-se, por último, enquanto último preceito relevante, a norma do art. 578-bis c.p.p. – inserido pelo d.lgs 21/2018, de 1 de março, e modificado pela L. 3/2019, de 9 de janeiro. Representando também a codificação de uma determinada orientação jurisprudencial²⁵¹, a mesma estatui que quando é ordenado o confisco nos casos particulares do art. 240-bis c.p. e de outras disposições legais o *giudice di appello* ou a *corte di cassazione*, ao declarar o crime extinto por prescrição ou por amnistia, decidirão sobre a impugnação apenas para efeitos de confisco depois da determinação (*accertamento*) da responsabilidade do arguido (*imputato*).

Abandonando o campo das normas aplicáveis à execução da *confisca* e transitando para o âmbito das *misure cautelari*, a lei processual penal italiana, dividiu-as – num sentido completamente oposto ao que sucede no direito português²⁵² –, de um lado, no *sequestro conservativo* (art. 316-320 c.p.p.) e no *sequestro preventivo* (art. 321-323 c.p.p.) – ambos inseridos num capítulo sob a epígrafe de “*misure cautelari reali*” – e, do outro, no *sequestri* dos arts. 253-265 c.p.p. – este enquadrado num título denominado “*Mezzi di ricerca della prova*”.

²⁴⁹ Cf. Corte Cost. 33/2018, 5.

²⁵⁰ Assim, TOMMASO TRINCHERA, *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, pp. 159-160

²⁵¹ Consulte-se, ROSANNA BELFIORE, *Il sequestro preventivo: tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, pp. 62-64.

²⁵² Em que, nos termos do regime exposto, a apreensão para efeitos de prova não se distingue da apreensão para efeitos de perda. Cf. *supra*, III, 1.1.2.

Para distinguir, dir-se-á, em termos breves, que, enquanto no *sequestro conservativo* e no *sequestro preventivo* está em causa, respetivamente, a função de conservar as garantias e de prevenir efeitos lesivos; no *sequestro* do art. 253 existe, por seu lado, uma função instrutória²⁵³.

Começando pelos primeiros, para o *sequestro conservativo* estatui o art. 316 que o mesmo é requerido pelo Ministério Público quando existam fundadas razões para crer que faltam ou se dissipam as garantias para o pagamento da pena pecuniária, das custas do processo e de qualquer outra garantia devida ao erário do Estado. Importante é mencionar que, nos termos do preceituado no art. 317 co. 1, é ao juiz que compete a sua autorização. A ordem que emite o *sequestro* pode, por força do art. 318, ser revista por qualquer pessoa que tenha interesse, embora o pedido de revisão não suspenda a sua execução.

Por sua vez, a propósito do *sequestro preventivo*, nas palavras do art. 321 co. 1, o mesmo é, igualmente, ordenado pelo juiz competente para decidir sobre o mérito, a pedido do Ministério Público, quando houver o perigo de que a livre disponibilidade de uma coisa relacionada com o crime possa agravar ou prolongar as suas consequências ou facilitar a prática de outros crimes, embora possa ser ordenado pelo Ministério Público em situações de urgência (art. 321, 3-*bis*). Digno de destaque é o facto, de nos termos previsto no co. 2 – numa clara e inequívoca articulação com o direito substantivo –, o juiz poder ordenar o sequestro das coisas que possam ser confiscadas. Assinale-se que, segundo o art. 321, 3, o *sequestro* é imediatamente revogado a pedido do Ministério Público ou do interessado quando faltarem as condições para a sua aplicação, cabendo ao Ministério Público notificar todos os que tenham direito de propor a impugnação. Prevê-se, ainda, no art. 322, a possibilidade de o *imputato* e o seu defensor requerem uma revisão da ordem que o autoriza, bem como, fora dos casos previstos neste artigo, a possibilidade de, pela via do art. 322-*bis*, o Ministério Público, o *imputato* e o seu defensor recorrerem daquela autorização.

Do que se vê, mediante a exposição desta regulamentação jurídica, retira-se a conclusão de que, em Itália, tanto o *sequestro conservativo*, como o *sequestro preventivo* são marcados pela característica da jurisdicionalização, ou seja, as medidas cautelares são

²⁵³ Sobre este enquadramento, FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, 9.^a ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 556. Afirmando que no sequestro preventivo está presente uma dupla finalidade, preventiva e função instrumental do confisco, MARIO CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, 6.^a ed., Torino: UTET Giuridica, 2015, pp. 821-822.

autorizadas pelo juiz, daí derivando que nem o Ministério Público, nem a Polícia dispõem de poder para as autorizar²⁵⁴.

Só não é assim na disciplina legal do *sequestro* do art. 253.º dos *mezzi di ricerca della prova*. Aí, ao contrário do que se viu nas hipóteses anteriores – em que é ao juiz que compete a autorização –, o co. 1 daquela norma preceitua que é a autoridade judiciária que ordena o *sequestro* do *corpo del reato* e das coisas relacionadas com o crime necessárias para o estabelecimento (*accertamento*) dos factos. Conforme a definição do co 2., o *corpo del reato* é constituído pelas coisas sobre as quais ou mediante as quais o crime foi cometido, assim como pelas coisas que constituem o seu produto, lucro ou preço.

Sinalizado o enquadramento processual da *confisca* do art. 240 c.p. e da *confisca allargata*, resta agora saber qual é o procedimento aplicativo desenhado para a *confisca di prevenzione* do art. 24 do *Codice Antimafia*. Como explicitamente consta do art. 23, ao procedimento para aplicação de uma medida de prevenção patrimonial são aplicadas as disposições do Título I, Capítulo II, Secção I do mesmo Diploma. Em função desta estatuição, detenhamo-nos, por momentos, na disciplina legal ali consagrada, para, no fim, com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, destacarmos, ainda que de um modo sintético, as peculiaridades desse procedimento e as consequências que elas envolvem em sede de direito de defesa e de contraditório.

Conforme preceitua o art. 5, co. 1, as medidas de prevenção contra as pessoas indicadas no art. 4.º podem ser propostas pelo Procurador Nacional Antimáfia e Antiterrorismo, pelo Procurador da República da capital do distrito onde vive a pessoa e pelo Diretor da Direção de Investigação Antimáfia. A proposta é, segundo o art. 7.º, co. 1, decidida pelo Tribunal dentro do prazo de 30 dias após a sua apresentação, realizando-se a audiência sem a presença do público, só decorrendo o processo em audiência pública quando a pessoa interessada assim o solicitar. Por força do co. 2, a data daquela é fixada pelo Presidente, que notifica as partes, as outras pessoas interessadas e os defensores, devendo a notificação ser feita pelo menos 10 dias antes dessa data. Para assinalar algumas das garantias processuais aí previstas, refira-se que, nos termos previstos no art. 10, ao

²⁵⁴ Neste sentido, e referindo que, neste campo, o CPP utiliza uma garantia superior à prevista na Constituição, que atribuiu à autoridade judiciária (e, portanto, também ao Ministério Público) o poder de autorizar medidas limitativas da liberdade pessoal, PAOLO TONINI, *Manuale Breve – Diritto Processuale Penale – tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 285.

procurador da República, ao procurador geral no tribunal de recurso, ao interessado e ao seu defensor é concedida a faculdade de recorrer para o Tribunal de Recurso.

Cabe sinalizar, ainda no escopo desta reflexão – já no campo das normas expressamente dedicadas às medidas de prevenção patrimonial –, que o art. 18. co. 3 permite que o procedimento de prevenção patrimonial seja iniciado em caso de morte do sujeito contra o qual o confisco possa ser ordenado. Neste caso, o pedido de aplicação da medida de prevenção patrimonial pode ser proposto contra os herdeiros a título universal ou particular no prazo de 5 anos após a morte. Segundo o co. 4, o procedimento também pode ser iniciado ou continuado em caso de ausência, residência ou domicílio no estrangeiro da pessoa contra a qual a medida de prevenção possa ser aplicada, relativamente aos bens em relação aos quais haja motivos para crer que sejam o fruto da atividade ilícita ou que constituam o seu reemprego.

Não sendo clara a natureza jurídica do *procedimento di prevenzione* – segundo uma formulação, trata-se de um “*procedimento di stampo penalistico*” e, segundo outra, de um “procedimento acessório ao processo penal”²⁵⁵ –, certo é que não se ignoram, por uma banda, as semelhanças entre este procedimento e o processo penal. Exemplo disto mesmo é o *thema probandum*, que é o mesmo tanto num como noutro, embora no primeiro seja mais genérico, bastando evidências de que uma atividade criminosa foi realizada no passado, sem ser necessária a referência às específicas coordenadas temporais e especiais em que uma dada conduta ocorreu²⁵⁶. Mas também não se esquecem, por uma outra banda, as clivagens que intercedem entre o primeiro e o segundo. De acordo com o que já foi, por diversas vezes, demonstrado pela jurisprudência, o processo penal e o *procedimento di prevenzione* são marcados por profundas diferenças, de procedimento e de substância²⁵⁷. Ao passo que um está ligado a um determinado crime, objeto de verificação no processo, na sequência do exercício da ação penal; o outro, guardando uma autonomia e uma coerência interna, está

²⁵⁵ Cf. para uma e para outra, respetivamente, ANNA MARIA MAUGERI, “La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali”, *cit.*, p. 596, *idem*, “La confisca misura di prevenzione há natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “steorica”?”, *cit.*, p. 379.

²⁵⁶ Sobre isto, FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, *cit.*, p. 624.

²⁵⁷ Tal foi enfatizado pela *Corte Costituzionale* logo na *Ordinanza* 275/1996. Cf. a mesma linha, noutras decisões, em Cort Cost. 306/1997, 2.4; Cort Cost. 106/2015, 4.3; e Cort Cost. 208/2017, 4.

referido a uma noção global de perigosidade, expressa mediante condutas que não constituem necessariamente crime²⁵⁸.

Destas peculiaridades do *procedimento di prevenzione* surge o reconhecimento, por parte da doutrina, de que este procedimento não é necessariamente assistido das garantias que a Constituição e o Direito Internacional reservam para a matéria penal – devendo, antes, vigorar as de um direito a um processo justo em matéria civil e administrativa²⁵⁹ – e, por parte da jurisprudência, a asserção de que a forma de exercício do direito de defesa pode ser diversamente modulada em relação às características de cada procedimento, quando a tal direito sejam assegurados o escopo e a função²⁶⁰. O que, em termos práticos, levou a que a *Corte Costituzionale* determinasse como infundada a questão (que é válida para o processo penal) de que a presença física do sujeito contra o qual o confisco possa ser ordenado seja uma condição ineludível da conformidade do procedimento para aplicação de uma medida patrimonial com os parâmetros constitucionais²⁶¹.

Porém, ao que se disse deve agora ser adicionado que este procedimento não está, de maneira nenhuma, isento de críticas fulminantes por parte da dogmática. Uma vez que nele não é necessária a obtenção de provas declaradas em contraditório entre as partes – sendo suficiente que ao *proposto* seja consentida a possibilidade de pleno conhecimento do seu conteúdo –, considera-se que o princípio do contraditório é violado, além de se notar que é aplicada uma garantia jurisdicional só aparente. No mais, dada a falta de uma real separação entre a fase preliminar da investigação e a fase dedicada ao julgamento e avaliação do tema de prova, censura-se, do mesmo modo, esta inclinação do procedimento para uma estrutura inquisitória²⁶².

Numa última referência, aponte-se que o *Codice Antimafia* não esqueceu a matéria dos meios cautelares, pois consagrou no art. 20 a disciplina do *sequestro*. O mesmo é, segundo o co. 1, ordenado pelo juiz em relação aos bens que a pessoa contra a qual a proposta

²⁵⁸ Assim, já a *Ordinanza* 275/1996 da Corte Cost. Cf., também, repetindo estas considerações, Corte Cost. 106/2015, 4.3.

²⁵⁹ Nesta linha, FRANCESCO VIGANÒ, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, *cit.*, pp. 630-631.

²⁶⁰ Veja-se Corte Cost. 321/2004, 3.

²⁶¹ Sobre isto, Corte Cost. 21/2012, 6.

²⁶² Assim, e tendo em conta o que foi dito por outra doutrina, ANNA MARIA MAUGERI, “Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca”, *cit.*, pp. 51-52.

foi instaurada pareça dispor, direta ou indiretamente, quando o seu valor for desproporcionado em relação aos rendimentos declarados ou à atividade económica ou quando, com base em indícios suficientes (*sufficienti indizi*), existirem motivos para acreditar que tais bens são o produto de atividades ilegais ou constituem o seu reemprego.

Prevista foi também, no art. 111., uma *Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, contando-se, entre as competências atribuídas, a administração e custódia dos bens sequestrados no curso do procedimento.

3.3. O reconhecimento mútuo das decisões de confisco

Não é fácil o reconhecimento no estrangeiro dos procedimentos de *sequestro* e de *confisca*. Já se afirmou que, até à entrada em vigor do Regulamento 2018/1805/EU, devia ser verificado em que medida os Estados-Membros da União Europeia aplicam a Decisão-Quadro 2006/783/JAI. Para os outros Estados, assim como para os Estados-Membros da União Europeia que não considerem aplicável a Decisão-Quadro, afirmou-se que só podiam operar os atos bilaterais ou a recondução do confisco ao âmbito da regulamentação adotada nas Convenções Internacionais²⁶³.

Neste âmbito, assevera-se, outrossim, que o confisco do art. 240 *bis* c.p. deve entrar no âmbito de aplicação do Regulamento 2018/1805/UE, mesmo se for aplicado no processo de execução – tal como a jurisprudência e a lei propugnam –, porque se trata de um “procedimento em matéria penal”, de acordo com especificado no Considerando 13. O mesmo problema é posto a propósito da *confisca di prevenzione*. Aqui, alega-se que a alteração feita à Proposta de Regulamento de modo a compreender todos os processos em matéria penal parece alargar o seu âmbito de aplicação para incluir esta tipologia de confisco. Além disso, também não se esquece que o art. 3.º, d) do d.lgs de 7 de agosto de 2017, n. 137 (Aplicação da Decisão-Quadro 2006/783/JAI relativa à aplicação do princípio do

²⁶³ Sobre as normas aplicável nesta matéria, FRANCESCO MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis C.P.)*, cit., p. 529.

reconhecimento mútuo das decisões de confisco) insere no âmbito das decisões tomadas num processo penal as decisões de confisco tomadas nos termos do art. 24 do *codice antimafia*²⁶⁴.

4. Alemanha

Continuando a calcorrear os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, embrenhando-nos agora no direito alemão, nele, a perda sem condenação, a perda alargada e a perda de bens de terceiros encontram, tal como nos outros direitos, uma larga tradição jurídica. Foi com a lei relativa ao combate ao tráfico de estupefacientes e outras formas de criminalidade organizada, de 15 de julho de 1992 (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität –OrgKG*) que se introduziu no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) o § 73, onde se regulava a perda ampliada. De seguida, num outro marco legislativo relevante, a Lei relativa à luta contra a corrupção, de 13 de agosto de 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*) estendeu-a ao crime de suborno (§ 368 StGB). Com isto, potenciou-se o uso da medida de confisco, que, ao tempo, se considerava insuficientemente utilizada²⁶⁵.

Como último marco legislativo relevante, a lei relativa à reforma da recuperação de ativos no âmbito penal (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*), de 13 de abril de 2017, transformou por completo a regulamentação da perda de bens e, cumprindo o objetivo de transpor a Diretiva 2014/42/UE, bem como de resolver

²⁶⁴ Quanto a este tema, ANNA MARIA MAUGERI, “Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca”, *cit.*, pp. 50-51. Sobre a alteração da Proposta de Regulamento a solicitação, precisamente, da delegação italiana, cf. *supra*, II.

²⁶⁵ Sobre esta evolução legislativa, MARGARITA ROIG TORRES, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”, *in: Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII (2018), p. 558.

determinados problemas e colmatar algumas lacunas jurídicas, incidiu tanto na lei penal substantiva (StGB) como na lei processual penal (StPO – *Strafprozeßordnung*)²⁶⁶.

4.1. A *einziehung*

Antes de disqueteamos sobre o enquadramento normativo que no StGB foi inscrito para o confisco, deve, a título de observação preliminar, ser mencionado que, na Alemanha, a perda de bens caracterizou-se, durante muito tempo, por uma divisão entre duas figuras consoante o objeto. De um lado, a *Verfall*, que correspondia, essencialmente, à perda de vantagens e dos produtos do crime; do outro, a *Einziehung*, que era, por sua vez, o confisco dos instrumentos e objetos do crime. Esta clivagem desapareceu, porém, com a citada Lei de 13 de abril de 2017, pois, com o escopo de homogeneizar a nomenclatura com os instrumentos europeus e internacionais, eliminou, no art. 1.º, n.º 1, toda a referência à *Verfall* e generalizou o nome de *Einziehung*²⁶⁷.

Sediado, assim, num título sob a inscrição de *Einziehung*, o § 73 do StGB, sobre o confisco dos produtos do crime do autor e do participante (*Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*), preceitua, no (1), que se aqueles obtiveram alguma coisa (*etwas*) através de um ato ilegal (*rechtswidrig*), o tribunal ordena o confisco do que foi obtido, o mesmo se estabelecendo, no (2), para as vantagens obtidas (*Nutzungen aus dem Erlangten*).

E é no § 73a que, na nova regulamentação, está sedimentado o confisco alargado dos produtos do crime dos autores e participantes (*Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*). Assim, segundo o disposto no (1), se um ato ilegal tiver sido cometido, o tribunal ordena o confisco dos objetos pertencentes ao autor ou participante, mesmo que esses objetos tenham sido obtidos através de ou para a prática de outros atos

²⁶⁶ Cf. ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio crime doesn’t pay”, in: “Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn’t pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 541-542.

²⁶⁷ Veja-se ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio crime doesn’t pay”, *cit.*, pp. 544-545.

ilegais (*wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind*). Não se fica, no entanto, por aqui o preceito, pois da leitura do (2) resulta, ainda, que se o autor ou participante tiver participado noutra ato ilegal antes da ordem de confisco prevista no (1) e se for necessário tomar uma nova decisão sobre o confisco dos seus bens, o tribunal deve ter em conta a ordem que já foi emitida.

Prevista desde 1992 – embora a sua numeração e terminologia tenham sido alteradas pela reforma de 2017, passando de “*Erweiterter Verfall*” para “*Ertweiterte Einziehung von Taterträgen*” – tanto na perda consagrada nesta norma, como naquela que foi prevista no § 73, há a pressuposição da prática de um crime. A diferença essencial é que, nesta – em plena comunhão com os instrumentos congéneres que ao longo deste percurso têm sido estudados –, permite-se o confisco de objetos que não foram obtidos através do crime pelo qual o autor é perseguido, mas através de outros que ele cometeu. Todavia, embora não seja necessária a ligação com o crime sob investigação, a nova norma não permite o confisco de objetos cuja origem criminosa não foi estabelecida, pelo que o confisco apenas deve ser ordenado se o tribunal estiver convencido de que os mesmos provêm de outros crimes cometidos pelo seu possuidor²⁶⁸.

Ao passo que nas classes de confisco alargado presentes na legislação portuguesa, espanhola e italiana existiu a preocupação de limitar o escopo das normas a uma lista exaustiva de crimes²⁶⁹ – e tal era o que também sucedia, na versão anterior, com a *Erweiterter Verfall* –, o legislador alemão, na atual versão da *Ertweiterte Einziehung*, abandonou o sistema da lista e estendeu o escopo do confisco a qualquer crime. Mas, ainda que não se negue que a Diretiva não exige a limitação a uma lista exaustiva de crimes ligados à criminalidade organizada²⁷⁰, alguns Autores denunciaram a inconstitucionalidade do novo regime, devido, concretamente, à falta de fundamentação ou justificação da medida, que sempre existiu quando a mesma radicava num catálogo de crimes e era imposta num âmbito específico, o da criminalidade organizada²⁷¹.

Concitou a atenção do legislador alemão a perda de bens de terceiros, sob a capa de confisco dos produtos do crime de outras pessoas (*Einziehung von Taterträgen bei anderen*).

²⁶⁸ Sobre esta classe de confisco, MARTIN BÖSE / VERA WEYER, “Germany”, in: Alessandro Bernardi (ed.) / Francesco Rossi (coord.), *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, Napoli: Jovene Editore, 2019, pp. 256-257.

²⁶⁹ Embora aí os catálogos de crimes tenham sido criticados pela doutrina. Cf. supra III, 1.2.1. e 2.1.

²⁷⁰ Assim, MARTIN BÖSE / VERA WEYER, “Germany”, *cit.*, p. 256.

²⁷¹ Sobre isto, ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania”, *cit.*, p. 553.

A este respeito, conforme determina o § 73b (1), o confisco é feito contra outra pessoa que não o autor ou o participante (*anderen, der nicht Täter oder Teilnehmer*) se aquela obteve alvo através do crime e o autor ou o participante agiu em seu nome; o objeto obtido foi transferido para essa pessoa gratuitamente ou sem razão legal; essa pessoa reconheceu ou deveria ter reconhecido que o mesmo derivou de um ato ilícito; o objeto obtido foi devolvido a essa pessoa na qualidade de herdeiro ou foi transferido como beneficiário num testamento. Tal só não será aplicável se o objeto obtido foi transferido para um terceiro que não reconheceu ou não poderia ter reconhecido que o mesmo derivou de um ato ilícito.

Tão-pouco se esqueceu o confisco do valor dos produtos do crime (*Einziehung des Wertes von Taterträgen*). Cristalizado no § 73c, nos termos aí vertidos, se o confisco de um objeto for impossível pela natureza do que foi obtido ou por outro motivo, o tribunal ordena o confisco de uma soma de dinheiro correspondente ao valor do que foi obtido (*eines Geldbetrages an, der dem Wert des Erlangten entspricht*). A mesma ordem deve ser dada, para além do confisco do objeto, na medida em que o seu valor fique aquém do que foi originariamente obtido. Importante é notar, para o que a seguir se dirá, que, de acordo com o preceituado no § 73d (1), no cálculo do valor de um objeto obtido deve ser deduzida qualquer despesa por parte do autor, do participante ou de outra pessoa, não sendo, porém, tido em conta o montante gasto ou utilizado na prática ou preparação do ato ilícito, a menos que tenha sido utilizado para cumprir uma obrigação contra a parte lesada (*soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt*).

Objeto de previsão legal foi também, no § 74b, o confisco de objetos perigosos (*Sicherungseinziehung*). Segundo o disposto no (1), se, devido à natureza e às circunstâncias, os objetos representarem um perigo para o público em geral ou se existir o risco de serem utilizados para a prática de outros atos ilícitos, podem ser confiscados mesmo que o autor ou participante tenha atuado sem culpa ou que outra pessoa que não o autor ou o participante o possua ou tenha direito ao objeto. Neste último caso, de acordo com o estatuído no (2), o terceiro é adequadamente compensado em dinheiro do Tesouro, tendo em conta o valor justo de mercado do objeto confiscado, sendo o mesmo aplicável se o objeto foi onerado por um direito de outrem que foi extinto ou prejudicado pela decisão. Não é a compensação garantida se, conforme o prescrito no (3), a pessoa contribuiu, ainda que negligentemente, para que o objeto fosse utilizado como instrumento do crime ou ele foi o objeto do crime; ou se o objeto

e o direito sobre o mesmo foram adquiridos de forma censurável, com total conhecimento das circunstâncias que poderiam ter permitido o confisco. Tal como também não é garantida, de acordo com a mesma norma, caso seja lícito, nas circunstâncias que justificaram a perda, confiscar permanente o objeto ou o direito sobre o mesmo com base em disposições fora da lei penal.

Com especial acuidade coloca-se o confisco independente (*Selbständige Einziehung*), regulamentado no § 76a. De acordo com o estatuído no (1), se for impossível processar ou condenar uma pessoa por um crime, o tribunal ordena independentemente que o objeto seja confiscado ou tornado inutilizável. O confisco não é ordenado se não existir pedido para a prossecução, autorização ou pedido de prossecução de um Estado estrangeiro ou se já tiver sido tomada uma decisão relativa ao confisco que tenha transitado em julgado. A utilização desta modalidade de perda é admissível, dentro das hipóteses previstas, nos casos de prescrição (2), dispensa de pena (3) e nos casos em que seja impossível uma condenação (4).

Entendendo-se que a *Selbständige Einziehung* se aplica nos casos em que o agente não pode ser julgado ou escapou à justiça, afirma-se que foi, deste modo, implementado o art. 4.º, n.º 2 da Diretiva 2014/42/UE. Para uns, esta classe de perda refere-se aos requisitos de confisco alargado, não constituindo um diferente tipo de confisco. No entanto, tendo presente que a exposição de motivos alegava que a mesma aderiria ao conceito italiano de *misura di prevenzione* – já anteriormente estudado – e ao conceito inglês de *civil confiscation*, também se assevera que serve maioritariamente funções preventivas, uma vez que tem como alvo o dinheiro de origem desconhecida²⁷².

Por último, mencione-se, para finalizar o enquadramento normativo, que o confisco alargado, o confisco independente e o confisco do valor foram, por via do § 76b, sujeitos a um prazo de prescrição de 30 anos. Este, conforme o que ali foi preceituado, começa a correr após a conclusão do ato ilícito através do qual ou para o qual o autor ou o participante ou outra pessoa na aceção do §73 b tenham obtido algo.

No regime desenhado pelo legislador alemão suscita dúvidas a questão de saber – num tema que, como de imediato veremos, está entrelaçado com a problema da natureza jurídica da *Einziehung* – se nele foi consagrado o “princípio neto” (*Nettoprinzip*), isto é, se deve ser confiscada só a vantagem final do crime, descontando os gastos que se realizaram

²⁷² Dando conta desta discussão, MARTIN BÖSE / VERA WEYER, “Germany”, *cit.*, p. 258.

na sua prática; ou, pelo contrário, se foi consagrado o “princípio bruto” (*Bruttoprinzip*), o mesmo é dizer se deve ser confiscado tudo o que foi adquirido com o facto ilícito sem descontar os custos²⁷³.

Originariamente, o StGB, na disciplina normativa do § 73 1, referia-se à “vantagem patrimonial” (*Vermögensvorteil*), o que foi interpretado pela doutrina e pela jurisprudência como uma alusão ao *Nettoprinzip*. Posteriormente, a Lei de 28 de fevereiro de 1992 substituiu essa expressão pelo vocábulo “algo” (*etwas*), passando a aplicar-se o *Bruttoprinzip*²⁷⁴. Hoje, porém, fala-se num “princípio bruto matizado”, uma vez que, como enunciámos há pouco, no cálculo do valor, segundo o § 73d (1) do StGB, deve ser deduzida qualquer despesa do autor, do participante ou de outra pessoa, não sendo tido em conta o montante gasto ou utilizado na prática ou preparação de um ato ilícito, a menos que tenha sido utilizado para cumprimento de uma obrigação contra a parte lesada. Em poucas palavras, só serão deduzidos os gastos que são legítimos²⁷⁵.

Este é um ponto cuja dilucidação acarreta implicações decisivas para o tratamento da natureza jurídica do confisco. Durante a vigência do *Nettoprinzip*, aceitou-se maioritariamente que se tratava de uma medida compensatória quase restitutória. Mas, a partir do momento em que, à luz do *Bruttoprinzip*, o autor é privado de uma quantidade maior do que o enriquecimento *neto* obtido, então começou a considerar-se que a perda das vantagens passou a adquirir o carácter de uma pena adicional²⁷⁶.

Contudo, a conceção de que o confisco é uma punição ou uma sanção que se assemelhe a uma punição não é, refira-se já, a tese para a qual a doutrina e a jurisprudência alemãs propendem maioritariamente²⁷⁷. Notando que o confisco se assemelha, em muitos aspetos, à regulamentação civil da restituição após o enriquecimento injusto do § 812 e ss

²⁷³ Sobre este tema, MARGARITA ROIG TORRES, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”, *cit.*, pp. 564-565.

²⁷⁴ *Idem.*

²⁷⁵ Nesta interpretação, ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio crime doesn’t pay”, *cit.*, pp. 550-551.

²⁷⁶ Sobre isto, já, HANS-HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5.ª ed., rev. e ampl., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, pp. 853-854.

²⁷⁷ Embora alguns Autores já tenham asseverado que toma o carácter de pena acessória, se o facto foi cometido culpavelmente e de medida de segurança, quando apenas se atende à possibilidade da utilização perigosa do objeto. Cf. REINHART MAURACH, / KARL HEINZ GÖSSEL / HEINZ ZIPF, *Derecho Penal – Parte General – 2 – Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, pp. 680-681.

do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), a tese dominante vê o confisco como uma “medida *sui generis*” destinada a retirar os ativos que foram obtidos ilegalmente. Entende-se, em concomitância, que, ao contrário do sucede com a multa, o confisco dos ativos não resulta da culpa pessoal do autor, nem está conectado com o seu rendimento pessoal²⁷⁸. E a reforçar a opinião que sufraga a *Einziehung* como um “grupo autónomo de sanções” – não se tratando, assim, nem de penas nem de medidas de correção e asseguramento –, vem o facto de o StGB a ter classificado, no § 11 (8), como uma “medida” (*Maßnahme*)²⁷⁹.

Foi num sentido semelhante a este que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), em doutrina que já adquiriu foros de consolidação, recusou que a *Erweiterte Verfall* seja uma reação penal a um comportamento anterior da pessoa que violou a norma. Na sua tese, a mesma responde a uma perturbação atual da ordem da propriedade com uma intervenção corretiva e de reforço das normas (*eine gegenwärtige Störung der Vermögensordnung mit einem korrigierenden und normbegräftigenden eingriff*). Não persegue, pois, objetivos repressivos-retaliatórios (*repressivvergeltende*), mas sim objetivos preventivos-ordenadores (*präventiv-ordnende*)²⁸⁰.

Dentro ainda do contexto substantivo, merece nota de destaque, num problema que nos tem acompanhado até ao presente, a conformidade da aplicação retroativa da *Einziehung* com o princípio da proibição da retroatividade (*Rückwirkungsverbot*), que foi constitucionalmente positivado no art. 103 (2) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* – GG). E este assume, no quadro que ora se estuda, outro tipo de contornos, na medida em que o Ato Introdutório ao Código Penal (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* – EGStGB) dispõe, no art. 316h, que se uma ordem de confisco dos produtos ou de um valor de um crime cometido antes de 1 de julho de 2017 foi decidida depois dessa data, as normas do § 73 bis 73c, 75 (1) e (3), § 73d, § 73e, § 76, § 76a, § 76b e § 78 (1) e (2) do StGB são, ainda assim, aplicáveis.

²⁷⁸ Nesta síntese, ROBERT ESSER, “A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights” *in*: Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, *cit.*, 2015, p. 73.

²⁷⁹ Destacando isto, HANS-HEINRICH JESCHECK, / THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, p. 850.

²⁸⁰ Cf. a marcante Decisão de 14 de janeiro de 2004 – 2 BvR 564/95, 81, tendo-se mantido aquela doutrina, muito recentemente, na Decisão de 10 de fevereiro de 2021 – 2 BvL 8/19, 116.

Mas se até agora uma questão como esta foi sempre examinada – como as considerações anteriores já evidenciaram – sob o ângulo da natureza jurídica, na Alemanha a mesma foi, muito recentemente, tratada pelo BVerfG sob um outro enfoque. Para este órgão jurisdicional, é aqui admissível uma exceção à proibição da retroatividade. No eixo argumentativo que utilizou, a existência continuada de direitos adquiridos de forma desonesta não é, em princípio, digna de proteção, pois, já era geralmente desaprovada no momento dessa aquisição. Além de que, naquilo que ainda importa sublinhar, o princípio da proibição da retroatividade, na copiosa jurisprudência do BVerfG, encontra no princípio da proteção das legítimas expectativas (*Vertrauensschutzes*) não apenas a sua base, como também o seu limite²⁸¹.

E se a esta interrogação foi, como agora se viu, dada uma resposta negativa, o mesmo aconteceu, numa questão agora já de cariz processual, com a compatibilidade do instituto da *Erweiterte Verfall* com a presunção de inocência (*Unschuldsvermutung*). Sem embargo de alguns a terem censurado como contrária a esse princípio, outros, de modo oposto, ainda que admitam que o confisco alargado funciona com base na probabilidade de que os ativos em causa resultaram de um ato ilícito, não esquecem, porém, que o mesmo só deve ser ordenado se o juiz estiver completamente convencido, após ter considerado a prova, de que os ativos sujeitos ao confisco emanam de atos ilícitos ou que foram utilizados para os cometer²⁸². Foi também uma resposta negativa a do BVerfG, embora com base na alegação de que a presunção de inocência, enquanto manifestação especial do princípio do Estado de Direito, deve ser refutada num procedimento de acordo com as regras processuais antes que seja tomada uma decisão sobre uma infração que exija uma determinação de culpa (*Feststellung von Schuld*), determinação essa que não existe na ordem de confisco alargado²⁸³.

²⁸¹ Cf. a Decisão de 10 de fevereiro de 2021 – 2 BvL 8/19, 161.

²⁸² No que diz respeito à controvérsia existente, veja-se ROBERT ESSER, “A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights”, *cit.*, p. 74.

²⁸³ Cf., uma vez mais, a Decisão de 14 de janeiro de 2004 – 2 BvR 564/95, 83, 84, 85.

4.2. O processo de confisco e apreensão de bens e as vertentes da apreensão

No direito alemão existe um desenvolvido e robusto sistema processual em matéria de confisco, que, sob o nome de Processo de confisco e apreensão de bens (*Verfahren bei Einziehung und Vermögensbeschlagnahme*), encontra o seu enquadramento sistemático nos § 421-443 do StPO.

Neste é digna de destaque, para iniciar o seu estudo, a possibilidade de o tribunal, com o acordo do Ministério Público – numa manifestação clara da vigência do princípio da oportunidade²⁸⁴ –, dispensar o confisco (*Absehen von der Einziehung*), se, de acordo com as hipóteses previstas no § 421 (1), o objeto obtido tiver um valor baixo (*das Erlangte nur einen geringen Wert hat*); o confisco não ser significativo dada a pena ou medida prevista; se o processo, na parte em que diz respeito ao confisco, envolver um esforço desproporcionado; ou se o processo de obtenção de uma decisão sobre as outras consequências legais da infração for excessivamente difícil.

E, sobre esta última hipótese, constituindo uma novidade recentemente inserida, conforme determina o § 422, é reconhecida a possibilidade de o tribunal separar o processo de confisco de outros processos (*Abtrennung der Einziehung*) se o processo de obtenção de uma decisão nos termos dos § 73 a 73c do StGB impedir ou atrasar excessivamente a tomada de uma decisão sobre outras consequências legais da infração. Caso se opte por esta separação, resulta do § 423 que essa decisão deve ser tomada pelo tribunal quando o julgamento da ação principal tenha transitado em julgado, o qual fica vinculado por esta e pelos factos nos quais se baseou (1), devendo a decisão ser tomada o mais tardar seis meses após o trânsito em julgado da sentença da ação principal (2).

No que toca às partes do processo de confisco (*Einziehungsbeteiligte*), como resulta do § 424, se a ordem de confisco for feita contra uma pessoa que não é o acusado, o tribunal deve ordenar que a mesma se torne parte no processo (1). Essa ordem não é dada se a pessoa que por ela seria afetada tiver declarado que não deseja levantar objeções relativamente ao confisco do objeto (2). Note-se que é, igualmente, ouvida a pessoa sobre a qual, conforme o

²⁸⁴ Cf. ANA E. CARRILLO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio crime doesn’t pay”, *cit.*, p. 548.

disposto no § 425, surjam, durante o processo preparatório, provas que sugiram que possa ser considerada como parte no processo de confisco. Também se torna parte no processo de confisco, mas agora como parte acessória do processo (*Nebenbetroffener*), a pessoa sobre cuja qual parecer credível, conforme uma das hipóteses enunciadas no § 438, que é proprietária ou tem direito ao objeto.

Certo é o reconhecimento de um conjunto de garantias à parte do processo de confisco, estatuidando-se, no § 427, que, na abertura do processo principal, aquela terá os mesmos direitos do arguido (1). Num pequeno rastreio do que para esta matéria foi prescrito pelo StPO, pode elencar-se o direito à representação por advogado, devendo o juiz nomear, a pedido ou *ex officio*, um advogado se tal for considerado necessário devido à complexidade da situação factual ou jurídica ou se a parte não puder exercer ela própria os seus direitos (cf. § 428 (1) e (2)); a notificação da data fixada para a audiência principal, devendo, simultaneamente, ser informada de que a audiência pode ser conduzida na sua ausência, de que pode ser representada por advogado e de que a decisão proferida sobre o confisco também lhe é aplicável (§ 429 (1) (3)). Segundo a solução precipitada no § 430 (1), se a parte do processo para confisco não aparecer na audiência principal, apesar de ser sido notificada da data da audiência, a mesma pode ser conduzida na sua ausência. Ainda assim, determina-se que se uma decisão de confisco se tiver tornado definitiva e uma pessoa provar que, sem culpa sua, não pode exercer os direitos de uma parte no processo para confisco, quer no processo de primeira instância, quer no recurso de facto e direito, pode, segundo o disposto no § 433, alegar, em processos subsequentes, que o confisco, na medida em que lhe diga respeito, não foi justificado.

Se, tal como já demos conta, o legislador alemão incorporou no § 76 do StGB um confisco independente (*Selbständige Einziehung*), não podemos agora deixar de mencionar – no que para o presente ponto mais releva – que também não escapou à sua atenção a inscrição de um processo para confisco independente (*Selbständiges Einziehungsverfahren*) no § 435 do StPO. Como resulta da sua leitura, a ordem de confisco pode ser requerida pelo Ministério Público e por uma parte privada (*Privatkläger*) se for admissível pela lei e se, à luz do resultado das investigações, for de esperar a emissão da ordem. Pode, ainda assim, ser dispensado pelo Ministério Público se, dentro do estatuído pelo mesmo preceito, o objeto adquirido tiver pouco valor e o procedimento implicar um esforço desproporcionado. A

decisão deve, segundo o preceituado no § 436 (1), ser dada pelo tribunal que seria competente se a pessoa enfrentasse um processo criminal.

Retenha-se, de modo a concluir o estudo das coordenadas essenciais que perpassam o regime processual penal alemão, que ao StPO também interessou a distinção entre a apreensão para efeitos de prova (*Sicherstellung und Beschlagnahme von Gegenständen zu Beweiszwecken*), legalmente consagrada no § 94 e ss., e a apreensão para efeitos de confisco ou inutilização (*Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung oder Unbrauchbarmachung*, normativamente disciplinada no § 111b e ss. – encontrando-se, sob este prisma, uma analogia entre o direito tedesco e o direito italiano.

Por um lado, no que à apreensão para efeitos de prova concerne, de acordo com o estatuído no (§ 94), os objetos a serem apreendidos são os que possam ser importantes como prova para a investigação. Note-se que é ao tribunal que compete a autorização da apreensão, embora não se exclua que, em circunstâncias exigentes, tal possa ser feito pelo Ministério Público (§ 98). Por outro lado, sobre o que para a apreensão para efeitos de confisco ou inutilização foi estatuído, prescreve o § 111b que se for razoável presumir que as condições para o confisco ou inutilização de um objeto estão reunidas, deve o mesmo ser apreendido, devendo, então, a sua apreensão ser ordenada se existirem razões convincentes que justifiquem esta presunção. De modo análogo ao que naquela primeira hipótese foi previsto, conforme prescreve o § 111j, a apreensão deve ser autorizada pelo tribunal, embora também aqui se permita que, em circunstâncias exigentes, essa autorização seja dada pelo Ministério Público.

4.3. A assistência mútua em matéria penal entre a Alemanha e os Estados estrangeiros

É na Lei sobre a Assistência Mútua em Matéria Penal (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*) que é regulamentada a assistência mútua em matéria penal entre a Alemanha e os Estados estrangeiros (§ 1 (1)). Afirme-se, dada a relevância para o

nosso objeto de estudo, que as suas normas implementaram a Decisão-Quadro 2003/577/JAI no direito alemão, sendo que é na Parte Onze do articulado que estão consagradas as disposições de execução do Regulamento UE 2018/1805²⁸⁵.

5. França

De molde a terminar o estudo do confisco na contextura jurídica dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, e antes de empreender a análise legislativa e doutrinal dos direitos de *common law*, interessa, conforme prometido, compulsar o reflexo que as matérias que são objeto deste estudo encontraram no direito francês.

Foi em 1992 que o *Code Pénal* do mesmo ano integrou no art. 131-21 – a norma consagradora dos preceitos mais pertinentes sobre a matéria que nos ocupa – uma disposição geral sobre a *peine de confiscation*. Não permaneceu, todavia, este artigo incólume às reformas legislativas que ao longo dos anos foram sendo introduzidas. O mesmo foi reescrito, apenas para enumerar alguns dos diplomas mais relevantes, pela Lei de 5 de março de 2005, relativa à prevenção da delinquência, cujo escopo foi o de colocar o direito francês em conformidade com a Decisão-Quadro 2005/212/JAI; pela Lei n.º 2010-768 de 9 de julho, que, tendo em vista a facilitação da apreensão (*saisie*) e do confisco em matéria penal, transpôs, desta feita, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI; e foi complementada, posteriormente, pela Lei n.º 2012-409, de 27 de março de 2012. A transposição da Diretiva 2014/42/UE coube, por seu lado, à Lei n.º 2016-731 de 3 de junho de 2016, no contexto da luta contra o crime organizado, o terrorismo e o seu financiamento, mas, embora até tenha complementado e alterado o regime global, não foi além de uma transposição parcial²⁸⁶.

²⁸⁵ Sobre este diploma, cf., com mais pormenor, MARTIN BÖSE / VERA WEYER, “Germany”, *cit.*, p. 271 e ss.

²⁸⁶ Sobre o que se disse, consulte-se, FRÉDÉRIC DESPORTES / FRANCIS LE GUNEHÉC, *Droit Pénal Général*, 15.^a ed., Paris: Economica, 2008, p. 785; HERVÉ ROBERT, “Une importante réforme de procédure pénale inachevée – À propos de la loi du 9 juillet 2010”, *in: La Semaine Juridique*, N.º 43, 2010, p. 2013 e p. 2019; THOMAS BALLOT, “Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement de avoirs

No entanto, se, como já decorre do exposto, o legislador francês não ignorou que a dimensão patrimonial, na vertente de privação do produto da atividade ilícita, constitui uma faceta imprescindível da luta contra todas as formas de criminalidade, concretamente contra a criminalidade organizada – atribuindo-se, também aqui, vigência ao aforisma “*le crime ne doit pas payer*”²⁸⁷ –, também veremos, na exposição que se segue, que o núcleo problemático estudado em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha não encontrou em França o mesmo enquadramento.

5.1. A *peine de confiscation*

Inserido no Título III “*Des peines*” do Livro Primeiro do CP, o art. 131-21 dedica doze alíneas à *confiscation*, preceituando, na primeira alínea, que se incorre na *peine complémentaire de confiscation* nos casos previstos pela lei e pelo regulamento e por crimes e delitos puníveis com uma pena de prisão superior a um ano, com exceção dos delitos de imprensa.

Fundamental para o tema da presente disposição são as alíneas quinta e sexta. Na quinta alínea é preceituado que se se tratar de um crime ou delito punível com pelo menos cinco anos de prisão e existindo a obtenção de um lucro direto ou indireto, o confisco aplica-se aos bens móveis ou imóveis, qualquer que seja a sua natureza, divisíveis ou indivisíveis, pertencentes à pessoa condenada ou, sob reserva dos direitos do proprietário de boa fé, de que tenha a livre disposição, quando nem a pessoa condenada nem o proprietário, tendo-lhe sido dada a oportunidade de explicar os bens cujo confisco está previsto, justificarem a sua origem. Na sexta alínea, por seu turno, é estatuído que, sob reserva da última alínea referida,

issus de la corruption transnationale”, in: *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/2, p. 324; JEAN-FRANÇOIS THONY / ÉRIC CAMOUS, “Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels: les nouveaux outils de la loi française”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 84, 2013, p. 207; e, sobre a transposição da Diretiva, GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, in: Alessandro Bernardi (ed.) / Francesco Rossi (coord.), *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, cit., pp. 166-168.

²⁸⁷ Assim, HERVÉ ROBERT, “Une importante réforme de procédure pénale inachevée – À propos de la loi du 9 juillet 2010”, cit., p. 2014.

quando assim o for previsto pela lei que reprime o crime ou o delito, o confisco pode incidir sobre toda ou parte dos bens pertencentes ao condenado ou, sob reserva dos direitos do proprietário de boa fé, de que ele tenha a livre disposição, qualquer que seja a natureza, móvel ou imóvel, divisível ou indivisível.

E merecem destaque, pois estas duas alíneas, ao consagrarem uma das modalidades de perda que nos têm acompanhado ao longo de toda esta investigação, são vistas pela doutrina francesa como dois reflexos da *extended confiscation* no direito penal francês. Na primeira hipótese enunciada – a da quinta alínea –, a ligação entre o bem e o crime é legalmente presumida. Com efeito, este confisco – que foi pela dogmática qualificado como “*confiscation élargie*” – não depende da prova de que o bem é o produto direto ou indireto do crime. Pelo contrário – em plena simbiose com os institutos homólogos de outros direitos – o mesmo refere-se à impossibilidade de a pessoa condenada provar a sua origem, isto é, de que foi legalmente adquirido com fundos de origem lícita. Do que deriva, como principal consequência, que o ónus da prova pertence, não à acusação, mas à pessoa em causa. Já na segunda hipótese – que foi, por seu lado, crismada como uma “*confiscation générale*” –, a ligação entre o bem e o crime já não é presumida, como na primeira hipótese, mas sim ignorada pela lei, sendo, numa breve palavra, irrelevante²⁸⁸.

Sobre a *confiscation élargie* da alínea 5, alguns setores da doutrina entendem que o mecanismo aí previsto configura mais um aligeiramento do ónus da prova do que uma verdadeira inversão, já que a demonstração da consumação da infração não é suficiente para estabelecer a presunção de aquisição ilícita do bem. Atendendo ao teor da disposição legal, o mecanismo de inversão ou aligeiramento do ónus da prova apenas intervém depois de se ter estabelecido uma ligação entre a prática da infração e um qualquer enriquecimento (“um lucro direto ou indireto”) do seu autor. Por seu turno, a propósito da *confiscation générale* da alínea 6, o entendimento já é no sentido de que não implica uma inversão ou aligeiramento do ónus da prova, mas antes um contorno do obstáculo da prova dos ativos de proveniência criminosa.²⁸⁹

Neste contexto, deve ser consignado, apenas como breve nota, que alguma doutrina considera que a alínea 5 do art. 131-21 aproxima-se do art. 321-6, que consagra o *délit de non justification de ressources*²⁹⁰ Nos termos aí definidos, o facto de não se poder justificar os recursos correspondentes

²⁸⁸ Sobre isto, GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, *cit.*, pp. 180-181.

²⁸⁹ Neste sentido, THOMAS BALLOT, “Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption”, *cit.*, pp. 330-331.

²⁹⁰ Veja-se JEAN-FRANÇOIS THONY / ÉRIC CAMOUS, “Gel, saisie et confiscation des avoirs crimineles : les nouveaux outils de la loi française”, *cit.*, p. 207.

ao modo de vida ou de não se poder justificar a origem de um bem detido, tendo relações habituais com uma ou mais pessoas que comentam crimes ou delitos punidos com pelo menos cinco anos de prisão e que lhes proporcionam um lucro direto ou indireto, ou que são vítimas de uma dessas infrações, é punido com uma pena de três meses de prisão e de 75000 euros de multa. Só que, ao contrário daquela primeira norma, esta constitui uma presunção de culpabilidade, na qual, em certas circunstâncias, o facto de não se poder justificar o carácter ilícito dos ativos é erigido em infração autónoma²⁹¹.

Digna de ser elencada é, outrossim, a alínea 7, na qual é prescrito que o confisco é obrigatório para os objetos qualificados pela lei como perigosos ou prejudiciais (*dangereux ou nuisibles*) pela lei ou pelo regulamento ou cuja detenção é ilícita, sejam ou não propriedade do condenado.

Configura este um dos casos em que o confisco é ordenado sem que o tribunal tenha de questionar a identidade do proprietário ou detentor, independentemente de este ser ou não condenado²⁹². E embora não seja este o momento adequado para empreender o tratamento da natureza jurídica da *confiscation*, cumpre, não obstante, consignar que – ao contrário do que veremos que sucede com as outras categorias de confisco –, para a doutrina, sendo esta uma medida de perda à parte das restantes, a mesma perde a sua natureza punitiva. Assume, ao invés, segundo alguns entendimentos, a natureza de confisco *in rem* sujeito ao regime das medidas de segurança²⁹³.

Um confisco em valor (*confiscation en valeur*) foi disciplinado na alínea 9, onde se enuncia – muito à semelhança, novamente, do que vimos ser disciplinada nas leis substantivas dos outros ordenamentos – que pode ser executado sobre todos os bens, qualquer que seja a natureza, pertencentes ao condenado ou, sob reserva dos direitos do proprietário de boa fé, de que ele tenha a livre disposição.

Este também é visto como um mecanismo que consagra um certo alargamento da ligação requerida entre o bem e a infração, na medida em que o confisco não incide sobre o bem material derivado dos lucros ilícitos, mas sobre o seu valor numerário²⁹⁴. Tenha-se também presente que, para a *Cour de cassation*, quando o juiz ordena uma medida de confisco em valor do produto direto ou indireto da infração ele tem de se assegurar que o valor do bem confiscado não excede o montante do

²⁹¹ Cf. THOMAS BALLOT, “Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption”, *cit.*, pp. 328-329.

²⁹² Afirmando-o, GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, *cit.*, p. 177.

²⁹³ Assim, THOMAS BALLOT, “Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption”, *cit.*, p. 330.

²⁹⁴ Novamente, *idem*, *cit.*, p. 331.

produto da infração. A isto está subjacente a intenção de evitar que a restrição ao direito de propriedade da pessoa condenada não exceda a vantagem económica retirada da infração penal²⁹⁵.

Não ficaria a exposição do art. 131-21 do CP completa se não se fizesse alusão ao facto de o *Conseil Constitutionnel*, o ter considerado, em decisão marcante, como conforme à Constituição. Segundo disse, prevendo o CP a existência de uma pena complementar em virtude da lei para certos crimes e delitos e, em virtude de decreto, a certas contravenções, a existência de tal pena não viola, ela mesma, o princípio da necessidade das penas. Depois, afirmou que as penas de confisco instituídas nos artigos citados não são manifestamente desproporcionais. No fim, vendo que o art. 131-21 do CP preserva o direito de propriedade dos terceiros de boa fé, não o assumiu como contrário a algum outro direito ou liberdade que a Constituição garante²⁹⁶.

De molde a encerrar o enquadramento legislativo, reclama uma menção particular – agora no âmbito das *non-conviction based confiscations* – o facto de no direito francês não existir nenhuma norma especificamente dedicada ao confisco em caso de doença ou fuga da pessoa suspeita – ao contrário, portanto, do que vimos suceder noutros quadrantes europeus²⁹⁷. Contudo, ainda dentro do presente contexto, deve ser notada a solução precipitada no art. 133-1 do CP – inscrito num capítulo dedicado à extinção das penas e anulação das condenações –, segundo a qual, embora a morte da pessoa condenada (*décès du condamné*) ou a dissolução da pessoa coletiva (*dissolution de la personne morale*), salvas as hipóteses aí expressamente previstas, impeça ou interrompa a execução da pena, a execução do confisco pode, ainda assim, ser efetuada após esses dois momentos, até que as operações de liquidação estejam concluídas.

De modo a igual aos outros direitos que já vimos, as normas elencadas estão longe de serem as únicas que consagram preceitos em matéria de confisco. Sendo impossível um esgotamento de todo este tema, tome-se nota dos arts. 131-6, 131-14, 131-16, 131-30 e 131-42. No que mais interessa enfatizar, elenque-se, ainda, o art. 225-25 do CP que já foi declarado pelo *Conseil Constitutionnel* como contrário à Constituição. O Tribunal referiu, na fundamentação, que esta disposição não prevê que o proprietário cujo título é conhecido ou que reclamou esta qualidade no processo penal tenha a oportunidade de apresentar as suas observações sobre a medida de confisco para efeitos de, designadamente, fazer valer o direito que reivindica e a sua boa fé²⁹⁸.

²⁹⁵ Cass., 5 de maio de 2021, N.º 20-86.529, 6.

²⁹⁶ Cons. const., 26 de novembro de 2010, N.º 2010-66 QPC, 5,6,7.

²⁹⁷ Nesta referência, GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, *cit.*, p. 183.

²⁹⁸ Cons. const., de 23 de abril de 2021, N.º 2021-899 QPC, 12.

Virando agora o azimute para o enquadramento doutrinal e jurisprudencial, diversamente do que sucede com outros países, em França, a despeito de, para alguns autores, a expansão do campo de aplicação do confisco colocar em evidência que se trata mais de uma medida de segurança (destinada a impedir uma pessoa de tirar um lucro de uma infração) do que de uma pena²⁹⁹, e de, para outros, esta não relevar da teoria das privações ou restrições de direitos, mas da teoria patrimonial³⁰⁰; o que parece ser certo é que, como já foi reconhecido, dentro do modelo unitário escolhido, as medidas de confisco são de natureza criminal e, como tal, são disciplinadas pelo CP e pelo CPP³⁰¹.

As implicações que daí promanam em termos de sujeição aos princípios que vigoram no domínio no direito penal – um tema que nunca perdemos de vista em todo o percurso até agora trilhado – são, com efeito, óbvias. Existindo, aliás, quem até afirme que, mais do que a multa, esta é a pena económica por excelência – na medida em que é um instrumento repressivo de legítima captação pública dos bens adquiridos através das atividades delituosas ou criminosas, traduzindo-se na transmissão da propriedade de um ou mais elementos patrimoniais para o Estado sem indemnização nem contrapartida³⁰² –, não causa, pois, surpresa que quem classifique o confisco como uma pena complementar e que pode ser pronunciada a título de pena principal o sujeite à obediência do princípio da legalidade³⁰³.

Mas, mais do que a determinação da verdadeira natureza jurídica, o que tem merecido acesa discussão nos tribunais superiores, tanto na *Cour de cassation*, como no *Conseil constitutionnel*, é – em problema, por certo, conexo com o direito civil – saber se é compatível com a Constituição o confisco de um bem comum, sobretudo nos casos em que o bem pertença aos cônjuges casados sob o regime da comunhão legal.

Para a *Cour de cassation* – atentando somente em alguns dos arestos mais recentes – , o confisco de um bem comum pronunciado em repressão de uma infração cometida por um dos cônjuges não viola os direitos do conjugue não condenado penalmente. Isto porque, na fundamentação avançada, o confisco, constituindo uma penalidade avaliada em dinheiro, é,

²⁹⁹ Cf. FRÉDÉRIC DESPORTES / FRANCIS LE GUNEHEC, *op. cit.*, p. 786.

³⁰⁰ Cf. JEAN LARGUIER, *Droit Pénal Général*, 18e ed., Paris: Dalloz, 2001, pp. 156-157.

³⁰¹ Cf. GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, *cit.*, p. 169.

³⁰² Neste sentido, HERVÉ ROBERT, “Une importante réforme de procédure pénale inachevée – À propos de la loi du 9 juillet 2010”, *cit.*, p. 2014.

³⁰³ Assim, JACQUES LEROY, *Droit Pénal Général*, 2e ed., Paris: L.G.D.J., 2007, p. 382.

em aplicação do art. 1417 do *Code Civil*, suscetível de fazer nascer um direito à recompensa da comunidade aquando da sua dissolução. Além de que, segundo o mesmo Tribunal, o cônjuge não condenado penalmente não adquiriu, nem lhe foi transferido, direta ou indiretamente, o produto, pelo que não é um terceiro para efeitos do art. 6.º da Diretiva 2014/42/UE³⁰⁴. Num tema paralelo, em que em causa estava o confisco de um bem indivisível na sua totalidade e em que o outro cotitular estava de má fé, o Tribunal admitiu o confisco, desde que, segundo a sua justificação, seja assegurada a proporcionalidade da restrição ao direito de propriedade de cada coproprietário, tendo em conta a gravidade dos factos e a sua situação pessoal³⁰⁵.

Foi, todavia, outra a leitura do *Conseil constitutionnel*. O Tribunal – em jurisprudência muito recente prolatada sobre a matéria – declarou como contrárias à Constituição algumas das alíneas do art. 131-21 do CP, na medida em que violavam as exigências decorrentes do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com efeito, na compreensão que, através daquela jurisprudência uniformizada, fez vencimento no Tribunal, pesou a circunstância de em nenhuma dessas disposições ser previsto que o proprietário cujo título é reconhecido ou que reclamou essa qualidade no curso de um processo penal tivesse a oportunidade de apresentar as suas observações sobre a medida de confisco, para efeitos, designadamente, de fazer valer o direito que ele reivindica e a sua boa fé³⁰⁶.

³⁰⁴ Cass., 9 de setembro de 2020, N.º 18-84-619, 12, 13, 14. Na mesma linha, cf. Cass., 30 de março de 2022, N.º 21-82.217, 14.

³⁰⁵ Cass., 25 de novembro de 2020, N.º 16-86.240, 38.

³⁰⁶ Assim, Cons. const., 23 de setembro de 2021, N.º 2021-932 QPC, 14, 15, 16. Foi à luz de uma argumentação igual a esta que o Tribunal declarou, pouco tempo depois, a segunda, quarta, quinta, sexta, oitava e nona alíneas do art. 131-21 do CP como contrárias à Constituição. Alegou, de novo, que nem as disposições contestadas nem nenhuma outra disposição preveem que o cônjuge não condenado esteja em posição de apresentar as suas observações sobre a medida de confisco perante ao tribunal que a impõe. Cf. Cons. const., 24 de novembro de 2021, N.º 202-949/950 QPC, 12, 13, 14.

5.2. A restituição e a *saisie*

Se em Espanha e na Alemanha os dados recentes demonstram, como vimos, que houve a preocupação de instituir na legislação processual procedimentos que permitam uma melhor articulação entre a regulamentação substantiva da perda e as necessidades por ela suscitadas a nível processual³⁰⁷, em França não existe nenhum articulado de normas na lei processual que discipline, de modo unitário, a *peine de confiscation* do CP. Porém, tal não significa que, como também tem sucedido nos outros quadrantes europeus, o *Code de Procédure Pénale* não possua, neste mesmo âmbito, preceitos que mereçam uma atenção redobrada por parte doutrina e por parte da jurisprudência.

E um dos aspetos que, como de imediato veremos, já suscitou controvérsia, tanto num lado como no outro, é, especificamente, o da restituição dos objetos colocados nas mãos da justiça (*objets placés sous main de justice*). Assim, no âmbito das normas que diretamente concernem à investigação criminal, o art. 41-4 do CPP, primeira alínea, estabelece que no curso da *enquête* a competência para decidir sobre a restituição desses objetos pertence ao Procurador da República ou ao Procurador Geral. Como também decorre da segunda alínea da mesma norma, não há espaço para a restituição se esta for de natureza a criar um perigo para as pessoas e bens, quando o bem apreendido for o instrumento ou o produto direto ou indireto da infração ou quando uma disposição específica preveja a destruição dos objetos colocadas nas mãos da justiça. Porém, a decisão de não restituição pode, nos termos da segunda alínea, ser submetida (*déférée*) pelo interessado ao Presidente da Câmara de Instrução ou à Câmara de Instrução (*Chambre de l'instruction*), no prazo de um mês a contar da sua notificação.

Por seu turno, no curso da *information*, a competência para decidir essa restituição, é, acordo com o disposto no art. 99, primeira alínea, do juiz de instrução. Também não é o objeto restituído se, conforme o preceituado na quarta alínea, a restituição for de natureza a criar obstáculo à manifestação da verdade (*manifestation de la vérité*) ou à salvaguarda dos direitos da perda, quando o bem apreendido for o produto direto ou indireto da infração ou

³⁰⁷ Cf. *supra*, III, 2.2. e 4.2.

quando apresente um dano para as pessoas e bens, permitindo-se, ainda, a sua recusa quando o confisco do objeto estiver previsto pela lei.

No que ao *jugement* diz respeito, a competência para ordenar a restituição pertence, segundo o art. 373, primeira alínea, ao tribunal. Na segunda alínea, são previstas as mesmas possibilidades para a sua recusa, isto é, quando o produto apresente um perigo para as pessoas ou bens ou quando o objeto apreendido for o instrumento ou o produto direto ou indireto do crime. Esta é também a solução prevista no art. 481 no campo do *jugement des délits*. O mesmo estatui, na primeira alínea, que o tribunal deve suspender o processo até à decisão sobre o mérito se considerar que os objetos colocados nas mãos da justiça são úteis para a manifestação da verdade ou suscetíveis de confisco, podendo recusar a restituição quando, segundo a terceira alínea, os mesmos apresentarem um perigo para as pessoas ou bens ou quando o bem apreendido for o produto direto ou indireto da infração.

Neste âmbito, o *Conseil Constitutionnel* declarou a quarta alínea do art. 41-4 como contrária à Constituição, por não respeitar as exigências decorrentes do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Na base da sua decisão esteve o facto de o regime então em vigor permitir a destruição dos bens apreendidos por decisão do Ministério Público sem que o seu proprietário, os terceiros que tenham direitos sobre esses bens e as pessoas implicadas no processo tenham sido previamente avisadas e tido a oportunidade de contestar essa decisão perante um tribunal, a fim de solicitar a restituição dos bens apreendidos³⁰⁸. Não foi por motivos muito diferentes destes que o mesmo Tribunal declarou, pouco tempo depois, as disposições da segunda alínea do art. 99 também como contrárias à Constituição. Como justificação, invocou que o titular do direito de propriedade era privado de garantias legais e que o procedimento aplicável não respeitava as exigências decorrentes do art 16.º da Declaração de 1789, pois não era imposto ao juiz que decidisse sobre o pedido de restituição dentro de um prazo determinado, notando, assim, uma impossibilidade de exercer uma via de recurso perante a Câmara de Instrução ou qualquer outro tribunal³⁰⁹.

Depois, à luz já de uma outra redação do art. 41-4 do CPP, foi um entendimento diverso destes dois últimos o que veio a ser cristalizado pelo Tribunal. Desta vez, a norma já foi declarada como conforme à Constituição, uma vez que a disposição ora contestada não

³⁰⁸ Cons. const., 11 de abril de 2014, N.º 2014-390 QPC, 4, 5, 6.

³⁰⁹ Cons. const., 16 de outubro de 2015, N.º 2015-494 QPC, 7.

implicava nem uma privação da propriedade no sentido do art. 17.º da Declaração de 1789, nem uma violação desproporcionada desse direito. Da mesma forma com que, lembrando que as pessoas são informadas, nas condições previstas pelo CP, da decisão de arquivamento do processo (*décision de classement*) ou da decisão pela qual o tribunal a que se recorreu esgotou a sua competência (*décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence*), considerou que as mesmas têm, assim, as condições para exercer o seu direito de reclamar a restituição dos objetos colocados nas mãos da justiça. Recusou-se, portanto, a existência, nesta sede, de uma violação do direito a um recurso jurisdicional efetivo³¹⁰.

Um último desenvolvimento sobre esta matéria foi representado pela incorporação do art. 493-1 no CPP – por via da já referida Lei n.º 2016-731, de 3 de junho de 2016 – no qual se enuncia que, na ausência de oposição, os bens confiscados à revelia (*par défaut*) tornam-se propriedade do Estado no termo do prazo de prescrição da pena (*à l'expiration du délai de prescription de la peine*).

Este processo, que permite a transferência da propriedade de ativos relacionados com o crime para o Estado em caso de morte de uma pessoa, imunidade, prescrição e em que o autor do crime não possa ser identificado, sendo independentemente da admissão da culpa e da imposição de uma pena – e fazendo, ainda, parte do processo de investigação criminal em que se aplicam os supramencionados arts. 41-4, 99, 373 e 481 do CPP –, não deixa de revestir o mais alto significado para o objeto deste relatório. Se, como já vimos anteriormente, no contexto das *non-conviction based confiscation*, o direito francês não consagra nenhuma norma dedicada ao confisco em caso de doença ou fuga da pessoa suspeita, certo é que, segundo a doutrina, este processo, embora não seja tecnicamente um confisco, mas uma recusa de restituição da propriedade confiscada, produz, não só os mesmos efeitos que um confisco, como também não é baseado numa condenação³¹¹.

Cingindo-nos, finalmente, à apreensão (*saisie*) – de modo a continuar a sistematização até agora seguida –, o estudo desta matéria em França não dispensa, em primeiro lugar, uma alusão à Lei n.º 2010-768, de 9 de julho de 2010, enquanto marco legislativo mais relevante sobre o tema. É que, ao passo que, anteriormente, a *saisie* no

³¹⁰ Cons. const., 9 de julho de 2014, N.º 2014-406 QPC, 6, 8, 10, 11, 12.

³¹¹ Neste mesmo sentido, GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, *cit.*, pp. 183-184.

direito francês apenas tinha como objeto a colocação sob alçada da justiça de um objeto para permitir ou facilitar a manifestação da verdade; hoje, devido à reforma operada por aquele diploma, a mesma passou também a ter como objeto permitir a apreensão dos bens cujo confisco é previsto pelo art. 131-21 do CP. Por outras palavras, a apreensão representa, agora, um meio que, por um lado, auxilia a pesquisa dos meios de prova e que, por outro, assegura a plena eficácia de uma decisão de confisco³¹².

No que ao presente enquadramento mais nos interessa, colocando termo às incertezas que outrora existiam no campo da *enquête de flagrance*, da *enquête préliminaire* e da *instruction*, são agora permitidas as *saisies* destinadas a garantir a execução da *peine de confiscation* que poderá ser ulteriormente pronunciada contra a pessoa em causa. Com isto, fornece-se uma base jurídica para a investigação patrimonial, que é realizada em paralelo com a investigação sobre o apuramento dos factos³¹³.

Sobre o que para a *enquête de flagrance* foi fixado, conforme o disposto no art. 56.º, primeira alínea, o oficial de Polícia Judiciária pode, para efeitos de apreensão, dirigir-se tanto ao domicílio das pessoas que pareçam ter participado no crime ou estar na posse de documentos, informações ou objetos relacionados com os factos incriminadores, bem como ao local onde são suscetíveis de serem encontrados bens cujo confisco é previsto pelo art. 131-21 do CP. Estatui-se, ainda na mesma norma, que se a busca (*perquisition*) for efetuada com o objetivo de procurar e apreender bens cujo confisco é previsto pela quinta e sexta alíneas do art. 131-21 do CP, deve, nesse caso, ser previamente autorizada pelo procurador da República. Seguidamente, a propósito da *enquête préliminaire*, o art. 76, 1, primeira alínea, dispõe que as buscas, visitas domiciliárias e apreensões de objetos cujo confisco esteja previsto no art. 131-21 não podem ser efetuadas sem o consentimento expresso da pessoa em cujo domicílio tem lugar a operação. No entanto, as operações podem ser realizadas sem esse consentimento se, de acordo com o preceituado na terceira alínea, as necessidades da investigação de um crime ou delito punível com pena de prisão igual ou superior a três anos o exigirem ou se a busca de bens cujo confisco esteja previsto no art.

³¹² Sobre isto, cf. JEAN PRADEL, *Procédure pénale*, 18e édition revue et augmentée à jour au 24 juillet 2015, Paris: Éditions Cujas, 2015, pp. 408-409; CHANTAL CUTAJAR, “Commentaire des dispositions de droit interne de la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale”, in: *Recueil Dalloz*, 35.º, 14 octobre 2010, pp. 2305-2306; e HERVÉ ROBERT, “Une importante réforme de procédure pénale inachevée – À propos de la loi du 9 juillet 2010”, *cit.*, p. 2015.

³¹³ Cf. CHANTAL CUTAJAR, “Commentaire des dispositions de droit interne de la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale”, *cit.*, p. 2306.

131-21 do CP o justificar. Tal é por decisão escrita e fundamentado do juiz das liberdades e da detenção, a requerimento do Ministério Público. Por último, no que agora concerne à *instruction*, o art. 94, em consonância com aqueles preceitos, também sinaliza que as buscas são efetuadas em todos os lugares onde possam ser encontrados tanto objetos ou dados informáticos cuja descoberta seja útil à manifestação da verdade, como bens cujo confisco for previsto pelo art. 131-21 do CP.

Contudo, as modificações introduzidas pela Lei de 2010 no direito francês não se ficaram pelas disposições ali elencadas. A mesma inscreveu, ainda, no Livro IV do CPP um título XXIX dedicado às *saisies spéciales*. Estas, encontrando a sua finalidade e campo de atuação na disciplina normativa dos arts. 706-141 a 706-158, ao contrário dos outros institutos que vimos, têm em comum a ausência de objetivos probatórios, visando, nas palavras do 706-741 – como único propósito patrimonial que perseguem – a garantia da execução da *peine complémentaire de confiscation* segundo as condições definidas pelo art. 131-21 do CP³¹⁴.

Com efeito, tanto para os bens imóveis, como para os bens ou direitos incorpóreos cujo confisco for previsto pela norma do art. 131-21 do CP, segundo as disposições dos arts. 706-150 e 706-153, na regulamentação comum que estabelecem, o juiz das liberdades e da detenção, pode, a pedido do procurador da República, no curso da *enquête de flagrance*, da *enquête préliminaire* e da *information*, ordenar a sua apreensão. Como garantias, os referidos preceitos impõem que essa decisão seja notificada ao Ministério Público, ao proprietário do bem apreendido e, se forem conhecidos, aos terceiros com direitos sobre o bem, que podem submetê-la à Câmara de Instrução no prazo de 10 dias a contar daquela notificação.

Chamado a pronunciar-se sobre as *saisies spéciales*, o *Conseil constitutionnel*, tendo na mira aquela regulamentação, declarou o art. 706-153 como conforme à Constituição, recusando uma violação das exigências plasmadas nos arts. 2, 16 e 17 da Declaração de 1789. Dentro dos pontos que serviram de suporte à fundamentação, alegou – apenas para mencionar os que mais diretamente se prendem com o regime exposto – que a medida de apreensão só pode incidir sobre os bens ou direitos cujo confisco possa ser pronunciado a

³¹⁴ Sobre este assunto, CHANTAL CUTAJAR, “Commentaire des dispositions de droit interne de la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale”, *cit.*, p. 2307, e GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE / OLIVIER CAHN / JULIETTE TRICOT / IRYNA GREBENYUK / NICOLAS JEANNE / MARIE NICOLAS, “France”, *cit.*, p. 191.

título de *peine complémentaire de confiscation* em caso de condenação penal; e que, dado que a apreensão é notificada ao proprietário do bem ou direito apreendido e aos terceiros com direitos sobre o bem que a possam contestar, não se descortina, assim, uma privação da possibilidade de estes fazerem valer as suas observações e de contestar a legalidade da medida perante um juiz³¹⁵.

Numa última nota, diga-se que, em linha com o que temos vindo a mencionar para estas matérias, não escapou ao legislador francês a previsão, nos arts. 706-159 a 706-165 do CPP, de uma Agência de gestão e recuperação de ativos apreendidos e confiscados (*Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués*). Esta, sendo um estabelecimento público do Estado, de caráter administrativo, colocada sob a tutela conjunta do Ministro da Justiça e das Finanças, está, por exemplo, incumbida da gestão dos bens, qualquer que seja a natureza, apreendidos confiscados ou que sejam objeto de uma medida conservatória no curso de um processo penal.

5.3. A transmissão e execução de decisões de confisco

No âmbito das muitas disposições que no CPP foram consignadas em matéria de cooperação internacional, os arts. 696-9-10-1 a 695-9-30-2 e os arts. 713-35-1 a 713-35-2 consagram normas em matéria de transmissão e de execução de decisões de confisco em aplicação do Regulamento 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, concernente ao reconhecimento mútuo de decisões de congelamento e de decisões de confisco.

Seja-nos permitido mencionar, para dar conta dos últimos desenvolvimentos na jurisprudência neste mesmo contexto, que a *Cour de cassation* reevidou ao *Conseil constitutionnel* as disposições dos arts. 713-36 a 713-41 – inscritas numa secção sobre a execução das decisões de confisco pronunciadas pelas autoridades judiciárias estrangeiras – , alegando que as mesmas são suscetíveis de violar o direito a um recurso jurisdicional efetivo e o direito de propriedade. Alegou a *Cour de cassation* que não se prevê que a pessoa

³¹⁵ Cons. const., 14 de outubro de 2016, N.º 2016-583/584/585/586 QPC, 8, 9.

condenada, o proprietário do bem confiscado e os terceiros que tenham direitos sobre o bem devam ser citados a comparecer perante o tribunal correcional, quando requerido pelo Procurador da República para fins de execução de uma decisão de confisco pronunciada por uma autoridade judiciária estrangeira. Seguidamente, constatando que não é prevista a notificação a estas pessoas da decisão do tribunal correcional de autorizar a execução em França da decisão de confisco, não lhes sendo possível organizar o seu direito a exercer um recurso contra essa autorização, deduziu que tal é suscetível de violar o direito a um recurso jurisdicional efetivo³¹⁶. Contudo, o *Conseil constitutionnel*, debruçando-se sobre a questão, considerou a primeira alínea do art. 713-38 do CPP e a primeira alínea do art. 713-39 do mesmo Código como conformes à Constituição, pois, segundo um dos argumentos com que fundamentou a decisão, o tribunal correcional apenas se pronuncia sobre a execução em França de uma decisão de confisco pronunciada por uma autoridade judiciária estrangeira, a qual tem um carácter definitivo e executório segundo a lei do Estado requerente, não lhe cabendo, portanto, decidir sobre o mérito da decisão de confisco³¹⁷.

³¹⁶ Cass., 1 de dezembro de 2021, n° 21-90.036, 15, 4,5,6,7.

³¹⁷ Cons. const., 11 de fevereiro de 2022, Décision n° 2021-969 QPC, 15.

IV. OS SISTEMAS DE COMMON LAW

Finalizado o percurso pela arquitetura legislativa do confisco nos ordenamentos jurídicos da *civil law* e exposta a controvérsia doutrinal envolvente, cabe agora, no último Capítulo deste trabalho, discorrer sobre o enquadramento que é dado à perda nos sistemas da *common law*. No entanto, refira-se, desde logo, que se é indiscutível que a dicotomia entre a *civil law* e a *common law* ainda é relevante, não menos verdade é que, hodiernamente, essa distinção aparece cada vez menos nítida e tende mesmo a desvanecer-se. Assiste-se, aliás, a uma confluência entre as duas tradições legais na política criminal global que visa os proventos do crime e no discurso político “*crime should not pay*”³¹⁸.

No direito Americano, o confisco tornou-se, a partir dos anos 70 e 80 do século passado, sob o signo da ideologia “*war on organized crime*”, numa poderosa iniciativa de combate ao crime organizado e ao tráfico de droga, expandindo-se, dramaticamente, em diversas leis federais. Contudo, o ímpeto que aqui se verificou não encontrou apenas reflexo no alargamento do conceito de *criminal confiscation*, como forma de punir diretamente um indivíduo. A revolução que o direito americano conheceu naquele período encontrou, da mesma maneira, respaldo num interesse crescente pela eficácia e pelas virtualidades das *non-conviction based confiscations*. Daí resultou um conjunto de legislação que, no âmbito dos objetivos prosseguidos, concede às autoridades o poder de atingir os bens em hipóteses em que é muito difícil processar o autor das atividades ilegais³¹⁹.

Ora, a tradição dos Estados Unidos da América haveria de, a breve trecho, influenciar, e de forma substancial, outros ordenamentos jurídicos de *common law* ao nível da adoção de novas formas de privação de bens de origem criminoso em caso de não condenação. Foi o que veio a suceder com o Reino Unido, que implementou, na sua ordem

³¹⁸ Cf. MICHAËL FERNANDEZ-BERTIER, “The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime”, in: Katalin Ligeti / Michele Simonato, *Chasing Criminal Money – Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2019, p. 61.

³¹⁹ Cf. *idem*, pp. 62-63 e pp. 69-70.

jurídica, um modelo de confisco de bens de origem ilícita *in rem*, através da adoção do *Proceeds of Crime Act* de 2002³²⁰.

1. Estados Unidos da América

No sistema norte-americano, a *Forfeiture*, antolhando-se como um efetivo *law enforcement tool*, assumiu, ao longo dos anos, um caráter único no panorama legislativo. Contudo, dado que a mesma pode ser não só um instrumento agressivo, como também injusto, os corpos legislativos, os Autores e os Tribunais começaram, sob certas circunstâncias, a examinar com grande detalhe as suas excentricidades. As reformas que nela foram introduzidas pelo *Civil Asset Forfeiture Reform Act* de 2000 (CAFRA), e que a seguir serão estudadas, são, de certo modo, um produto desse reexame³²¹.

Pode, nos Estados Unidos da América, o *asset recovery* revestir duas facetas. Por um lado, na vertente de *criminal forfeiture*, o confisco, na medida em que é uma forma de o Estado punir os seus cidadãos, apenas é possível em caso de condenação do proprietário, agindo-se, assim, contra o arguido pessoalmente – *in personam*. Por outro lado, na vertente de *civil forfeiture* – ou, como também é conhecida, de *non-conviction based forfeiture proceedings* –, já não há a necessidade de uma condenação criminal ou até mesmo de uma investigação criminal – dentro dos limites do processo justo, a culpa ou a inocência do proprietário são irrelevantes. Aqui, o confisco é dirigido, civilmente, contra a propriedade (*in rem*), a qual é tratada como sendo o infrator³²².

³²⁰ Cf., *idem*, pp. 69-70.

³²¹ Neste sentido, CHARLES DOYLE, “Crime and Forfeiture”, *in*: Ryan E. McGowan / Colin H. Grovsten, *Forfeiture, Conspiracy, Venue: Federal Crime Law*, New York: Nova Science Publishers, Inc, 2011, p. 1.

³²² Quanto a isto, veja-se STEFAN D. CASSELLA, “Civil Asset Recovery – The American Experience”, *in*: Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, *cit.*, pp. 13-14, p. 17; CHARLES DOYLE, “Crime and Forfeiture”, *cit.*, p. 4. Na jurisprudência, cf. *Lisa Olivia Leonard v. Texas*, 580 U. S. (2017), II.

De facto, centrando-nos nas virtualidades do instituto, a *non-conviction based forfeiture* é, entre outros aspetos, um instrumento essencial no contexto da recuperação de ativos a nível internacional; nas hipóteses em que o arguido cometeu o crime utilizando os bens de alguém; nos casos em que o autor do crime que deu origem ao confisco é desconhecido; quando os interesses da justiça militam no sentido de uma *non-criminal resolution*, mesmo que tenha existido uma violação flagrante da lei penal; e até mesmo nas situações em que o arguido pode ser condenado por um crime que não aquele que deu origem ao confisco do ativo que o Governo pretende recuperar³²³.

Sobre esta última situação, num sentido inverso ao que tem sido o caminho trilhado nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, o sistema legal dos EUA não está, tradicionalmente, associado à emergência e ao crescimento dos mecanismos de *extended confiscation*. Uma vez que, como dizem os Autores, a *criminal forfeiture* é considerada como parte da sentença relacionada com a prática de um crime, apenas o bem conectado com a prática do mesmo é confiscado. Nos outros casos, é a *non-conviction based forfeiture action* o meio a que o Governo deve recorrer para recuperar o bem envolvido noutros crimes. Ainda assim, naquilo que se encontra sobre a matéria, algumas disposições federais de 1984, no âmbito de crimes relacionados com drogas, permitiam o uso de presunções refutáveis para o confisco de qualquer bem de uma pessoa condenada por aquelas infrações, desde que se estabelecesse que o bem foi adquirido num dado período de tempo e que não teve outra fonte provável que não crimes relacionadas com drogas³²⁴.

Deslocando-nos para o plano legal-positivo, vale a pena atentar na regulamentação que o 18 U.S.C. (*United States Code*) § 981 fixou para a *Civil Forfeiture* – um articulado que foi profundamente reformulado pelo CAFRA –, deixando de lado, o 18 U.S.C § 982, dedicado à *Criminal Forfeiture* – já que, do conjunto de normas estatutárias que se encontram sobre esta matéria nos EUA, é aquele o que mais diretamente releva para as matérias que caem na alçada do objeto temático deste trabalho.

Detendo-nos no que aí foi estatuído, a secção (a) (1) sujeita ao confisco, entre outros bens (*property*), qualquer bem, real ou pessoal, dentro da jurisdição dos Estados Unidos, que constitua, seja derivado ou rastreável a quaisquer *proceeds* obtidos direta ou indiretamente de um crime contra uma nação estrangeira, ou qualquer bem usado para o facilitar (B); assim

³²³ Assim, STEFAN D. CASSELLA, “The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings”, in: Katalin Ligeti / Michele Simonato, *Chasing Criminal Money – Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, cit., pp. 260-262.

³²⁴ Sobre este assunto, MICHAËL FERNANDEZ-BERTIER, “The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime”, p. 67 e nota 108, e STEFAN D. CASSELLA, “The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds”, cit., p. 261.

como todos os ativos (*assets*), estrangeiros ou nacionais, de qualquer indivíduo, entidade ou organização envolvidos no planeamento ou prática de qualquer crime federal de terrorismo ou de terrorismo internacional, ou que sejam derivados, adquiridos, utilizados ou destinados a serem utilizados para o cometer (G, i), ii), iii), iv)).

Por via do estatuído na secção (g) (1), é conferida a possibilidade de o tribunal suspender o processo de confisco se determinar que a *civil discovery* afetaria negativamente a capacidade do Governo para conduzir uma investigação criminal ou a prossecução de um caso criminal conexo. O processo será suspenso se, nos termos do (2), o tribunal determinar que o sujeito (*claimant*) é também o sujeito de uma investigação criminal relacionada (*related criminal investigation*), que tem legitimidade para fazer valer uma ação de perda; e se a continuação do processo de confisco sobrecarregar o seu direito à não autoincriminação no caso conexo.

Como tem sido comum a todos os direitos estudados, concedida é também a possibilidade, pela via da secção (b) (1), de qualquer bem sujeito a confisco nos Estados Unidos ser apreendido (*seized*). Tal pode ser feito pelo Procurador-Geral (*Attorney General*) e, no caso de pessoas envolvidas num crime investigado pelo Secretário do Tesouro (*Secretary of the Treasury*) ou pelo Serviço Postal dos Estados Unidos (*United States Postal Service*), por um e por outro, respetivamente. As apreensões são, segundo o (2), efetuadas nos termos de uma autorização (*warrant*), só assim não o sendo se, por exemplo, existir uma “*probable cause*” para acreditar que o bem está sujeito a confisco.

É profusa e abundante a jurisprudência que, ao longo do tempo, foi prolatada pelo Supremo Tribunal (*Supreme Court of the United States*) em matéria de apreensão. Para elencar algumas das mais relevantes, num caso em que estava em causa o adiamento da notificação e audiência, negou-se uma violação do processo justo, invocando-se, em primeiro lugar, que tal servia propósitos governamentais significativos, *in casu*, o interesse público em impedir a continuação do uso ilícito dos bens e em aplicar sanções penais; em segundo, que a notificação e audiência prévia poderiam frustrar os interesses servidos pelos Estatutos, já que os bens poderiam ser destruídos ou escondidos se aquela fosse dada; em terceiro, que a apreensão não é iniciada pelos interesses próprios das partes, mas por oficiais governamentais³²⁵. Mais tarde, ainda que não se tenha esquecido que a *Due Process Clause* da Quinta Emenda garante que nenhuma pessoa será privada da sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo e que os indivíduos devem ser notificados e ter a oportunidade de

³²⁵ Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663 (1974).

serem ouvidos antes de o Governo os privar da propriedade, toleraram-se exceções à regra em situações extraordinárias em que esteja em causa um interesse governamental válido³²⁶.

No plano processual, o que, numa primeira aproximação, é dito e afirmado é que, na legislação dedicada à *forfeiture*, os procedimentos de confisco são os mesmos, quer para uma *criminal forfeiture*, quer para uma *non-conviction based*. No entanto, sendo isto verdade, é igualmente notado que, seja pelo facto de o Governo estabelecer o confisco através de uma “*balance of probabilities*”, seja pelo facto de não existir o direito a permanecer em silêncio, os *non-conviction based proceedings* não contêm as mesmas proteções constitucionais que estão disponíveis num *criminal proceeding*³²⁷.

Neste âmbito, de modo a ter conta da legislação existente, afirme-se que o CAFRA inseriu no § 983 do Capítulo 46 do Título 18 do U.S.C um articulado que contém um conjunto de regra gerais para os processos de *Civil Forfeiture (General rules for civil forfeiture proceedings)*. Atentando, de modo breve, no que nele foi disposto, conforme prescreve a secção (a) (1) (A) (i) em qualquer processo de *civil forfeiture*, a respeito do qual o Governo for obrigado a enviar uma notificação às partes interessadas, tal notificação será enviada logo que possível, a qual não pode ultrapassar os 60 dias depois da data da *seizure*. Podendo, sob as circunstâncias previstas no (D) da mesma secção, o período ser estendido, se o Governo não enviar a notificação, os bens serão devolvidos à pessoa, sem prejuízo de poder iniciar o processo numa data posterior (F). No mais, em vez de, ou para além de apresentar uma queixa de confisco (*forfeiture complaint*), o (3) (C) confere ao Governo a possibilidade de incluir uma *forfeiture allegation* numa acusação penal.

Em relação às garantias estatuídas, prescreve o (2) (A) que qualquer pessoa que reclame bens apreendidos num processo de *civil forfeiture* não judicial pode apresentar uma reclamação (*claim*) junto do funcionário competente após a apreensão. O mesmo se verifica nas hipóteses em que o governo apresente no tribunal distrital competente uma queixa por confisco. Segundo o (4) (A), qualquer pessoa que reclame um interesse no bem apreendido pode apresentar uma reclamação para fazer valer esse interesse. Mencione-se também que se uma pessoa com legitimidade para contestar o confisco de bens num processo de *civil*

³²⁶ United States v. James Daniel Good Real Property et al., de 13 de dezembro de 1993, 510 U. S. 43 (1993)

³²⁷ Veja-se STEFAN D. CASSELA, “The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds”, *cit.*, p. 19 e p. 25.

forfeiture for financeiramente incapaz de obter representação por advogado, e for representado por advogado nomeado em relação a um processo penal relacionado, o Tribunal pode, por via da secção (b) (1), autorizar que o advogado represente essa pessoa a propósito da reclamação.

Sobre a matéria do ónus da prova (*burden of proof*), estando a mesma regulamentada na secção (c), de acordo com o (1), o ónus da prova cabe ao Governo, devendo estabelecer através da “*preponderance of the evidence*” que o bem está sujeito a confisco. O mesmo pode, à luz do (2), utilizar as provas reunidas depois da apresentação de uma queixa de confisco para estabelecer, também por “*preponderance of the evidence*”, que o bem está sujeito a confisco. Ademais, como dispõe o (3), se a teoria do governo sobre a perda foi de que a propriedade foi utilizada para cometer ou facilitar a prática de um crime ou esteve envolvida no mesmo, deve o Governo estabelecer que existiu uma conexão substancial (*substantial connexion*) entre o bem e o crime.

Não será confiscado, nos termos da secção (d), um “*innocent owner’s interest*” no bem, devendo ser provado que alguém é um “*innocent owner*” através, novamente, de uma “*preponderance of the evidence*”. O termo “*innocent owner*”, na definição consignada no (2), serve para designar um proprietário que não teve conhecimento da conduta que deu origem ao confisco ou que, após tomar conhecimento da mesma, fez tudo o que razoavelmente se poderia esperar para terminar esse uso do bem.

Aponte-se, ainda, dentro deste percurso pelo ordenamento jurídico estadunidense, que, como Fundos destinados a lidar com receitas oriundas de confiscos, foram criados o *Department of Justice Asset Forfeiture Fund*, o *Department of the Treasury Forfeiture Fund*, o *Special Forfeiture Fund* e o *Crime Victims Fund*³²⁸.

De modo a encerrar este breve olhar pelo direito norte-americano, coloca-se, agora, a questão de saber quais as finalidades que à *forfeiture* são assinaladas. Na doutrina há quem refira, dentro de uma multiplicidade de fins, um propósito não punitivo de tirar o lucro do crime, uma forma de punição, uma dissuasão, uma forma de prevenção, uma forma de perturbar as organizações criminosas, um meio de recuperar o bem que foi tirado das vítimas e de o restaurar através de uma restituição, uma proteção da comunidade e uma forma de encorajar a cooperação entre o Estado e as agências federais de aplicação da lei e de focar

³²⁸ Sobre isto, CHARLES DOYLE, “Crime and Forfeiture”, *cit.*, pp. 8-11.

os seus recursos nos aspetos económicos do crime³²⁹. Mesmo na jurisprudência, não é difícil encontrar sentenças do Supremo Tribunal onde, de modo análogo, se alega um propósito dissuasor (*deterrent purpose*)³³⁰, assim como fins corretivos (*remedial ends*), no sentido de que a remoção dos bens prevenirá violações repetidas da lei³³¹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal não deixa, ainda assim, de fazer sobressair, noutras decisões, que muitos dos modernos Estatutos da *civil forfeiture* estão designados para, ao menos em parte, punir o proprietário para propósitos criminais³³². Os objetivos punitivos e dissuasores são destacados, seja porque impendem o posterior uso ilícito e impõem uma sanção económica, tornando, assim, o comportamento ilícito em não lucrativo³³³; seja porque, à luz de uma perspetiva histórica, a *forfeiture* no direito americano e no direito inglês sempre foi entendida, ao menos em parte, como uma punição³³⁴.

2. Reino Unido

Embora influenciado, como se disse, pela tradição dos Estados Unidos da América, o impulso político, no Reino Unido, em relação aos ativos de origem criminosa não fez parte, originariamente, de uma estratégia de ataque contra o crime organizado. Embora até tenha assumido, mais tarde, esses contornos, começou por se desenvolver em resposta ao aumento do tráfico de droga dentro e fora do Reino Unido, particularmente através do *Drug Trafficking Offences Act*. Foi em 2003 que, através do *Proceeds of Crime Act* de 2002 (POCA), se introduziu – juntamente com a previsão de poderes em sede de apreensão e confisco de dinheiro e tributação – a *Civil Recovery*, com efeito retrospectivo, representando

³²⁹ Nesta linha, STEFAN D. CASSELLA, “Civil Asset Recovery – The American Experience”, *cit.*, pp. 14-16.

³³⁰ *Bennis v. Michigan*, 516 U. S. 442 (1996).

³³¹ Stevens, J., *in*: *Bennis v. Michigan*, 516 U. S. 442 (1996).

³³² *Lisa Olivia Leonard v. Texas*, 580 U. S. (2017).

³³³ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974)

³³⁴ *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993)

o primeiro regime deste tipo do Reino Unido³³⁵. Com igual relevo em matéria de perda é, outrossim, o *Criminal Finances Act* de 2017, que introduziu alterações no POCA.

Para elencar alguns aspetos sobre a *civil recovery*, cabe referir que a mesma é concebida como um meio que permite ao Estado remover de circulação os produtos do crime quando um processo criminal não é possível ou falhou, em vez de punir por um crime em particular³³⁶. Começando pelo POCA, é na Parte 5 que se encontra a sua regulamentação, sendo os seus propósitos, segundo a secção 240 (1), permitir à autoridade competente de aplicação da lei a recuperação de bens que são ou representam propriedade obtida através de conduta ilegal (*unlawful conduct*).

Na categoria de *unlawful conduct* albergam-se, conforme esclarece a secção 241 (1) e (2), a conduta ocorrida em qualquer parte do Reino Unido se for ilegal ao abrigo da lei penal dessa parte, que ocorre num país fora do Reino Unido e que é ilegal na lei penal desse país ou que constitui ou está ligada à prática de um abuso ou violação grave dos direitos humanos. Como resulta do (3), é o tribunal que deve decidir numa *balance of probabilities* se ocorreu matéria constitutiva de conduta ilegal. Segundo a secção 242, uma pessoa obtém bens através de conduta ilegal se os obtiver através da conduta ou em troca da mesma. Não é necessário demonstrar que a conduta foi de um determinado tipo se se demonstrar, nos termos do (b), que o bem foi obtido através de uma conduta de vários tipos, sendo cada um destes uma conduta ilegal.

Sobre isto, os tribunais já alegaram, e por mais do que uma vez, que o que deve ser estabelecido é um “*good arguable case*” de que ocorreu qualquer tipo de *unlawful conduct* ou que o bem foi obtido através daí. Não é, pois, necessário, que seja estabelecido um “*good arguable case*” de que o bem foi obtido através de uma infração criminal específica. Apenas é suficiente, como está implícito na norma do 242 (2) (b), a identificação e a prova dos tipos de conduta através dos quais o bem foi obtido. Para tal, concorre o facto de ser utilizado o termo “*unlawful conduct*” em vez da

³³⁵ Sobre isto, MICHAËL FERNANDEZ-BERTIER, “The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime”, *cit.*, p. 65. Cf., também, IAN SMITH, “Civil Asset Recovery – The English Experience”, in: Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe cit.*, p. 31, e THEODORE S. GREENBERG / LINDA M. SAMUEL / WINGATE GRANT / LARISSA GRAY, *Stolen Asset Recovery – A Good Practices Guid for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington: The World Bank, StAR, 2009, pp. 137-138.

³³⁶ Neste sentido, IAN SMITH, “Civil Asset Recovery – The English Experience”, *cit.*, p. 31.

referência a “*criminal offence*” ou “*offences*”, o que é, segundo esta compreensão, indicativo de que o poder não é tão restrito³³⁷.

Os processos devem ser, atendendo ao preceituado pela secção 243, instaurados pela autoridade de execução na *High Court* contra qualquer pessoa que a autoridade considere ser detentora de *recoverable property*. Nestes casos, tal como determina a secção 245-A (1), a autoridade pode pedir ao Tribunal uma ordem de congelamento de bens (*property freezing order*), isto é, uma ordem que proíbe qualquer pessoa a cuja ordem se aplica de lidar com os bens de qualquer forma (2). Exigível é, nos termos do (5), um *good arguable case* de que o bem esteja relacionado ou inclui *recoverable property* ou que, caso não seja, inclua *associated property*. Não está excluído que o pedido seja apresentado sem notificação se, atendendo ao preceituado no (3), as circunstâncias forem tais que a mesma poderia prejudicar qualquer direito da autoridade de execução de obter uma *recovery order* em relação a qualquer bem. O regime aqui estatuído para a *property freezing order* mantém-se, no essencial, para a *interim receiving order*, disciplinada na secção 246, ou seja, uma ordem para detenção, custódia ou preservação ou para nomeação de um recetor interino. Por fim, se nos processos ao abrigo do Capítulo em questão o tribunal estiver convencido de que o bem representa *recoverable property*, o mesmo emite, tal como determina a secção 266, uma *recovery order*.

Para agora elencar algumas das alterações mais pertinentes do *Criminal Finances Act* de 2017 – outro diploma relevante em matéria de confisco –, vale dizer que o mesmo inseriu no POCA, no Capítulo 3A, um procedimento de recuperação de bens listados em processos sumários (*Recovery of listed assets in summary proceedings*). Conforme dispõe a secção 303O (1), um pedido de confisco (*forfeiture*) da totalidade ou de parte dos bens detidos ao abrigo daquele Capítulo pode ser feito ao tribunal ou ao *sheriff*, os quais podem, nos termos do (3), ordenar o confisco dos mesmos se constituírem bens constantes da lista (*listed asset*), se forem bens recuperáveis (*recoverable property*) ou destinados a serem utilizados em conduta ilegal (*unlawful conduct*). De acordo com a secção 303B (1), integram, entre outros, a categoria de *listed asset* metais preciosos, pedras preciosas, relógios e obras artísticas. Prevista é, na secção 303J (1), a possibilidade da apreensão (*seizure*) por um oficial relevante

³³⁷ Cf. Lord Justice Waller, *in: Assets Recovery Agency Director v Szepietowski & Ors* [2007] EWCA Civ 766; Stanley Burnton J *in: Assets Recovery Agency v Kean* [2007] EWHC 112; e Langley, *in: Assets Recovery Agency v Olupitan & Anor* [2007] EWHC 162.

(*relevant officer*) se o mesmo tiver motivos razoáveis (*reasonable grounds*) para suspeitar que os bens são bens constantes da lista, são bens recuperáveis ou destinados a serem utilizados por qualquer pessoa em conduta ilegal ou o valor dos mesmos não é inferior ao valor mínimo. Segundo a secção 303S, é garantida a possibilidade de recurso contra a ordem de confisco, ao mesmo tempo que se concede, na secção 303V, a qualquer pessoa que reclame que qualquer bem detido lhe pertence o direito de requerer a libertação do bem ou parte dele.

Finalizada a exposição de alguns dos traços do regime jurídico, deve agora dizer-se que, conquanto se procure caracterizar os processos de *civil recovery* como sendo de natureza criminal, dando, então, origem a maiores garantias processuais – como, entre outras, um aprimorado *criminal standard of proof* e o direito contra a dupla incriminação –, estas tentativas já soçobraram perante a *Supreme Court of the United Kingdom*³³⁸. Em aplicação dos *Engel criteria*, o Tribunal não teve qualquer dúvida de que, atendendo à designação conferida pelo 240 (1) (a) do POCA, os procedimentos fixados na Parte 5 do POCA são, na lei nacional, caracterizados como sendo civis. A reforçar a natureza civil, vem, depois, o facto de o arguido não ser acusado de nenhuma infração, não estando, aliás, em curso nenhum dos processos penais nacionais. Ademais, não é despiciente, para o Tribunal, a circunstância de o seu propósito não ser punir qualquer crime em particular, mas assegurar que o bem proveniente de uma conduta criminosa é retirado de circulação³³⁹.

Uma última menção deve ser feita, em matéria de cooperação internacional, ao problema da execução internacional de ordens de *civil recovery* estrangeiras em Inglaterra e no País de Gales e ao problema da execução internacional de ordens inglesas de *civil recovery* noutros países e territórios.

Começando pelo primeiro, como tem sido dito, se as autoridades estrangeiras e outras pessoas procurarem a aplicação de ordens de *civil recovery* devem recorrer às normas previstas no *Proceeds of Crime Act 2002 (External Requests and Orders) Order* de 2005. Fora desse regime, segundo se afirma, os tribunais ingleses não executarão direta ou indiretamente qualquer sentença estrangeira no domínio do direito penal estrangeiro. Esta

³³⁸ Veja-se IAN SMITH, “Civil Asset Recovery – The English Experience”, *cit.*, p. 33

³³⁹ Lord Dyson, *in: Gale and another v Serious Organised Crime Agency* [2011] UKSC 49, 122, 123. Sobre os *Engel criteria*, cf. *supra*, III, 1.2.1.

falta de jurisdição dos tribunais ingleses resulta, segundo a doutrina, do princípio de que nenhum Estado tem o direito de aplicar o seu direito fora da sua própria jurisdição e de que um pedido nesse sentido não é executável na Inglaterra³⁴⁰.

Mais difícil é a resposta a dar ao segundo problema enunciado, isto é a execução internacional de ordens inglesas de *civil recovery* noutros países e territórios. Sobre este, existindo dificuldades ao nível da aplicação de instrumentos internacionais, como a Convenção da Lugano, espera-se que declarações em favor de vítimas feitas ao abrigo do POCA sejam reconhecidas e aplicadas sendo remédios disponíveis para todas as pessoas³⁴¹. No entanto, dentro deste contexto, não pode ser esquecido que a *Supreme Court of the United Kingdom* já declarou que, não existindo nada na Parte 5 do POCA que sugira que a sua aplicação se estenda a bens situados fora da Inglaterra e do País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, concluiu que as normas dispostas em relação a uma ordem de *civil recovery* aplicam-se apenas no Reino Unido³⁴².

³⁴⁰ Sobre este assunto, IAN SMITH, “Civil Asset Recovery – The English Experience”, *cit.*, pp. 64-65.

³⁴¹ Neste sentido, IAN SMITH, “Civil Asset Recovery – The English Experience”, *cit.*, p. 66.

³⁴² Lord Phillips, *in: Perry and others v Serious Organised Crime Agency*, [2012] UKSC 35, 50-53.

V. CONCLUSÃO

Estando concluído o estudo da dimensão legal e doutrinal que os institutos de confisco conheceram, tanto numa vertente substantiva como adjetiva, no direito comparado, o caminho trilhado, embora não tenha sido linear, nem tenha permitido um tratamento esgotante desta matéria legítima, porém, proposições conclusivas quanto aos aspetos que são comuns aos ordenamentos jurídicos analisados.

Os modelos de perda sem condenação em sentido estrito – “*non-conviction based confiscation*” –, para além de estarem presentes no Direito Internacional e no Direito Europeu – concretamente, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e na Diretiva 2014/42/UE –, também encontram lugar em todos os países estudados: na perda de instrumentos, produtos e vantagens dos arts. 109.º, n.º 2 do CP e 110.º, n.º 5 do CP português; no *decomiso autónomo ou sin condena* do art. 121 *ter* do CP espanhol; na *confisca* do art. 240, co. 2 do CP italiano; na *Selbständige Einziehung* do StGB; e, nos sistemas de *common law*, na *civil forfeiture* norte americana e na *civil recovery* inglesa.

Por seu turno, o confisco alargado – que também recebeu impulsos por parte do direito internacional e do direito europeu –, embora não apresente muitos reflexos na tradição dos modelos continentais, tem tradução legal, nos modelos de *civil law*, na perda alargada do art. 7.º da Lei n.º 5/2002 portuguesa; no *decomiso ampliado básico* e no *decomiso de bienes, efectos e ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado* dos arts. 127 *bis* e 127 *quinquies* do CP espanhol; na *confisca allargata* do 240-*bis* do CP italiano; na *confisca di prevenzione* do *Codice Antimafia*; na *Erweiterte Einziehung* do StGB; e, a propósito da *peine de confiscation*, nas alíneas 5 e 6 do art. 131-21 do CP francês.

A natureza jurídico-material dos mecanismos citados, alvo de debates insolúveis em todos os quadrantes jurídicos, conheceu, a propósito da perda de instrumentos, produtos e vantagens do CP português, teses que lhe apontam a natureza de providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança, de medida tendente a impedir um lucro ilícito e de um *tertium genus* dentro da panóplia das reações criminais. Por outro lado, na perda alargada da Lei n.º 5/2002, as mesmas variam entre a índole penal, a natureza de mecanismo

civil enxertado no processo penal, a natureza de medida administrativa, não sendo de descurar a linha, da qual partimos, de quem a submete aos princípios e garantias do processo criminal em razão do caráter agressivo do instituto. Em Espanha, a natureza das várias classes de *decomiso* também não é isenta de controvérsia, existindo quem defenda que se trata de uma consequência acessória de natureza peculiar, de uma terceira classe de sanções penais e quem também descortine uma natureza penal. Mesmo em Itália, embora a *confisca* parece estar inserida na área da prevenção criminal, certo é que também não é unânime a natureza de medida de segurança, pois uma parte da doutrina também fala numa natureza punitiva e até mesmo numa mera limitação ao direito de propriedade. Por seu turno, no ordenamento jurídico alemão, não estando a natureza jurídica da *Einziehung* desligada da vigência do *Nettoprinzip* ou do *Bruttoprinzip*, a dogmática, em tese que parece ser dominante, posterga a natureza punitiva e vê-a como uma “*medida sui generis*”. Só em França é que a *confiscation*, embora também longe de colher uma opinião unânime, é maioritariamente vista como tendo uma natureza criminal. E se este é um tema controvertido nos ordenamentos jurídicos da União Europeia, nem mesmo nos sistemas de *common law* existe concórdia, uma vez que, tanto para a *civil forfeiture*, como para a *civil recovery*, para além de se mencionarem fins corretivos e uma natureza civil, também se sufraga, respetivamente, uma ideia punitiva e uma natureza criminal.

Seguidamente, um dos pontos onde a determinação da natureza jurídica encontrou maior relevo prático foi na sujeição dos institutos citados ao princípio da legalidade, na vertente de não retroatividade da lei sancionadora. Apesar de esta não ser uma questão muito discutida em Portugal, a mesma assume maiores contornos no direito espanhol. Não só se encontra uma via de resposta que rejeita a aplicação do princípio com o argumento de que o *decomiso* não é uma sanção penal em sentido estrito, como também existem entendimentos que se focam na proteção da expectativa de que o condenado não vai suportar efeitos mais graves do que os previstos no momento da conduta. Não é diferente, neste mesmo contexto, a discussão italiana. Para além de se submeter ou não a *confisca* à proibição da retroatividade, conforme se afirme a natureza de pena ou de medida de segurança, também vimos que outras compreensões nem sequer excluem a sujeição das medidas de segurança àquela proibição. Na Alemanha, o problema colocou-se, recentemente, de outro modo. Verificou-se, no contexto da *einziehung*, a admissão de uma exceção à proibição da retroatividade com base na ideia de a existência continuada de direitos adquiridos de forma

desonesta não ser, em princípio, digna de proteção, pois já era desaprovada no momento da aquisição. Em França, como é atribuída uma natureza criminal à *peine de confiscation*, já não se encontram, em função disso, as mesmas dificuldades que noutros lados existem em submetê-la à obediência do princípio da legalidade.

Numa vertente processual, o problema da natureza jurídica, encontrou, em Portugal, reflexos na sujeição da perda alargada ao princípio da presunção de inocência. Com efeito, vimos ser comum a argumentação que, recusando que o confisco alargado constitua uma reação contra a prática do crime, rejeita a violação de qualquer garantia constitucional específica para os âmbitos normativos penais ou sancionatórios. Do mesmo modo, no direito espanhol, certas linhas de entendimento também esconjuram a violação daquele princípio, pois, considerando que o sistema de indícios do CP incide numa medida cautelar civil ou numa questão patrimonial, não postergam a utilização das normas probatórias civis.

Em Itália, diferentemente, notou-se que a questão tem sido colocada, fundamentalmente, ao nível da introdução do requisito da “*pertinenzialità temporale*”, que, limitando a esfera de operacionalidade dos institutos da *confisca allargata* e da *confisca di prevenzione*, é o elemento decisivo para tornar esses mecanismos mais conformes com o princípio da presunção de inocência, na medida em que torna menos onerosa para o proprietário a contraprova da origem lícita dos seus bens. No ordenamento jurídico alemão, a despeito da falta de unanimidade, recusou-se que o confisco alargado viole esse princípio, ora por via da alegação de que só deve ser ordenado se o juiz estiver completamente convencido de que os ativos sujeitos a confisco emanam de atos ilícitos e foram utilizados para os cometer, ora através do entendimento de que não há uma determinação de culpa na ordem de confisco alargado.

Sobre a articulação entre o regime substantivo e a normatividade que figura a nível processual, ao passo que o ordenamento jurídico português é marcado pela inexistência de um verdadeiro regime ou sistema processual em matéria de perda, tal não está de acordo com a opção trilhada pelos outros quadros. Embora não seja caso único nos direitos dos Estados-Membros da União Europeia – o mesmo parece existir em Itália e na França, pese a existência de institutos avulsos que aplicam processualmente o confisco –, outros ordenamentos já inseriram nas suas leis processuais procedimentos que enquadram processualmente a perda. É o que acontece com o direito espanhol, que inseriu na LECrim,

desde 2015, um *procedimiento de decomiso autónomo* e com o direito alemão, que instituiu no StPO um processo de confisco e apreensão de bens. Mesmo nos sistemas de *common law*, tanto o § 983 do Capítulo 46 do Título 18 do U.S.C, como o POCA albergam conjuntos detalhados de regras processuais para a *civil forfeiture* e *civil recovery*, respetivamente.

Aspeto onde o direito português é, do mesmo modo, marcado por uma nota de insuficiência é na matéria de proteção de terceiros de boa fé, uma vez que, não só a norma do art. 347.º-A do CPP parece ser insuficiente para satisfazer as garantias de defesa da posição de terceiro exigidas pelo direito europeu, como a própria lei n.º 5/2002 prima pela ausência de normas específicas sobre o tema. Sobre este ponto em particular, viu-se que o direito espanhol consagrou na LECrim um capítulo inteiramente dedicado à intervenção no processo penal dos terceiros que possam ser afetados pelo confisco, embora tenha sido alvo de críticas na parte em que exclui a intervenção dos terceiros dos aspetos relacionados com a responsabilidade penal do arguido.

Posteriormente, na última das vertentes processuais analisadas, a das garantias da perda, a doutrina portuguesa considerou que o art. 178.º, n.º 3, submetendo ao mesmo regime a apreensão para efeitos de prova e a apreensão para efeitos de prova, e concedendo à autoridade judiciária a competência para a autorização da medida, é inconstitucional por violar o art. 32.º, n.º 4 da CRP. A exposição subsequente permitiu ver que, com exceção da situação francesa – que, em algumas normas, submete um regime comum para a *saisie*, quer como meio que auxilia a pesquisa dos meios de prova, quer como meio que assegura a eficácia da decisão de confisco –, a apreensão foi disciplinada de um modo diferentes noutros espaços jurídicos. Se é certo que o direito espanhol é marcado por uma escassez normativa neste quadro, o ordenamento jurídico italiano traça uma divisão entre, de um lado, o *sequestro conservativo* e o *sequestro preventivo* e, do outro, o *sequestro* dos meios de recolha de prova dos arts. 253 e ss. do c.p.p.: nos primeiros é o juiz a quem compete a autorização, no segundo é à autoridade judiciária. Esta separação é, do mesmo passo, visível no direito alemão na disciplina separada que o StPO dedica à apreensão para efeitos de prova (§ 94 e ss) e à apreensão para efeitos de confisco e inutilização (§ 111b e ss).

Por último, no que toca à cooperação judiciária internacional, nem todos os Estados sobre os quais lançámos o nosso olhar acompanharam os desenvolvimentos oriundos do direito europeu. Ao passo que países, como, por exemplo, Portugal e Espanha, não

conhecem, de momento, nenhum regime especialmente dedicado à aplicação do Regulamento 2018/1805/UE, outros, como a França e a Alemanha, já consagram nas suas legislações disposições em sede de execução do mesmo. É o que sucede com a Parte Onze da Lei sobre a assistência mútua em matéria penal alemã e com os arts. 696-9-10-1 a 695-9-30-2 e 713-35-1 a 713-35-2 do CPP francês.

Aqui chegados, mesmo sabendo que uma ampla gama de aspetos ficou por tratar, resta-nos, ainda assim, esperar que a lição do direito comparado possa, num futuro próximo, constituir um auxílio valioso para que muitos dos problemas do direito português no âmbito da perda sem condenação e do confisco alargado mereçam, finalmente, uma adequada e desenvolvida resposta em sede legislativa. Não tendo existido modificações relevantes neste campo, o percurso que agora terminamos consente a conclusão de que nos domínios do aspeto procedimental do confisco, da tutela de direitos de terceiros, das medidas cautelares e do reconhecimento mútuo de decisões de perda há espaço, não só para ultrapassar as insuficiências que aí se verificam, como para colocar o direito português em consonância com os outros ordenamentos jurídicos. Sem que nunca se perca de vista, no entanto, a exigência de compaginar o velho discurso de “o crime não compensa”, presente em todas as latitudes analisadas, e a eficácia destes mecanismos no combate à acumulação de riqueza ilícita com a desejada proteção dos direitos fundamentais.

VI. BIBLIOGRAFIA

- AGUADO-CORREA, Teresa, “Cinco años después de las reformas del decomiso: Does crime still play?”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., actual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011;
- *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed. actual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- ANDRADE, Manuel da Costa / ANTUNES, Maria João, “Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *in*: *RLJ*, A. 146.º, N.ºs 4000-4005 (2016-2017);
- “Da natureza processual penal do arresto preventivo”, *in*: *RPCC*, Coimbra, A. 27, N.º 1 (janeiro-abril 2017);
- ANTÓN, Tomás S. Vives, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I (arts. 1 a 233), Valencia: Tirant lo Blanch, 1996;
- ANTUNES, Maria João, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *in*: *Católica Law Review*, Vol. IV, N.º 3, novembro 2020;
- “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE / Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (ed.), *Decomiso y recuperación de activos – Crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;
- BALLOT, Thomas, “Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement de avoirs issus de la corruption transnationale”, *in*: *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/2;

- BARRANCO, Norberto Javier de la Mata, “El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo”, *in*: Jesús María Silva SÁNCHEZ / Joan Josep Queralt JIMÉNEZ / Mirentxu Corcoy BIDASOLO / M^a Teresa Castiñeira PALOU (Coords), *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al professor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires: B d f, 2017;
- BELFIORE, Rosanna, *Il sequestro preventivo: tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2019;
- BORGES, Francisco, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, *in*: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, José de Faria COSTA / Anabela Miranda RODRIGUES / Maria João ANTUNES / Helena MONIZ / Nuno BRANDÃO / Sónia FIDALGO (orgs.), Vol. 1, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017;
- BÖSE, Martin / WEYER, Vera, “Germany”, *in*: Alessandro BERNARDI (ed.) / Francesco ROSSI (coord.), *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, Napoli: Jovene Editore, 2019;
- BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz, “A transposição da Diretiva 2014/42/EU. Notas à Lei n.º 30/2017, de 20 de maio (aspectos processuais penais)”, *in*: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elina Lopes CARDOSO / João Conde CORREIA (coords.), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018;
- CADOPPI, Alberto / VENEZIANI, Paolo, *Elementi di Diritto Penale – Parte Generale*, 5^a ed., Padova: CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012;
- CAEIRO, Pedro “O confisco numa perspetiva de política criminal europeia”, *in*: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elina Lopes CARDOSO / João Conde CORREIA (coords), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018;
- “Sentido e função do instituto da perda de vantagens, relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial,

- os procedimientos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”),
in: RPCC, Vol. 21, N.º 2 (2011);
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007;
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., rev., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, *in: Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA / Adán Carrizo GONZÁLEZ-CASTELL / Fernando Rodríguez LÓPEZ (ed.)*, Javier Sánchez BERNAL / Ana E. Carrillo del TESO, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019;
- CASSELLA, Stefan D., “Civil Asset Recovery – The American Experience”, *in: Jon Petter RUI / Ulrich SIEBER (eds.)*, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015;
- CASSELLA, Stefan D., “The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings”, *in: LIGETI, Katalin / SIMONATO, Michele*, *Chasing Criminal Money – Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2019;
- CHIAVARIO, Mario, *Diritto Processuale Penale*, 6.ª ed., Torino: UTET Giuridica, 2015;
- Codice Penale Commentato – Tomo I – Artt. 1-240bis*, fondato da EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, diretto da EMILIO DOLCINI e GIAN LUIGI GATTA, Milano: Wolters Kluwer, 2021;
- CORDERO, Franco, *Procedura penale*, 9.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012;
- CORDERO, Isidoro Blanco, “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio),” *in: Eduardo A. Fabián CAPARRÓS / Miguel Ontiveros ALONSO / Nicolás Rodríguez GARCÍA*, *El*

Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción, México D.F., México: Ubijus Editorial, 2012;

- CORREIA, João Conde, “«Non-conviction based confiscations» no direito penal português vigente: “quem tem medo do lobo mau””, *in: Julgar*, N.º 32, 2017;
- “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime”, *in: RPCC*, A. 25, N.ºs 1- 4 (janeiro-dezembro 2015);
- “Assim não vamos lá: mais um caso de insensibilidade à política criminal em matéria de confisco”, *in: RPCC*, A. 31, N.º 2 (maio-agosto 2021);
- “Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, *in: Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*. IC3F, N.º 1 (outubro 2017);
- “O confisco e a fixação do enriquecimento ilícito”, *in: Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018;
- “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2005 (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – Confisco – Perda alargada – Presunção de inocência – Ónus de prova – Atividade criminosa)”, *in: RMP*, A. 36, N.º 145 (janeiro-março 2016);
- “Reflexos da diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente”, *in: Revista do CEJ*, Lisboa, N.º 2 (2.º semestre 2014);
- *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Procuradoria-Geral da República, 2012;
- COSTA, José de Faria, “T. C., Acórdão n.º 179/2012 – Processo n.º 182/12. (Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado)”, *in: RLJ*, A. 141, N.º 3973 (março-abril de 2012);

- CRESPI, Alberto / FORTI, Gabrio / ZUCCALÀ, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale – Complemento giurisprudenziale* a cura di Giuseppe Zuccalà, con la collaborazione di Aurelio Barazzetta... [et al.], Padova: CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012;
- 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 económica-financeira)”, in: AA. VV. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* – Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- CUTAJAR, Chantal, “Commentaire des dispositions de droit interne de la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale”, in *Recueil Dalloz*, 35.º, 14 octobre 2010;
- DESSPORTES, Frédéric / GUNEHEC, Francis Le, *Droit Pénal Général*, 15.^a ed., Paris: Economica, 2008 ;
- DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in: Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orgs.), Maria Fernanda PALMA / Augusto Silva DIAS / Paulo de Sousa MENDES (coords.), *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2010;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Parte Geral – II – As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.^a ed., 4.^a reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, *Codice Penale Commentato – Artt. 1 - 384bis*, Milano: IPSOA, 2006;
- DOYLE, Charles, “Crime and Forfeiture”, in: Ryan E. MCGOWAN / Colin H. GROVSTEN, *Forfeiture, Conspiracy, Venue: Federal Crime Law*, New York: Nova Science Publishers, Inc, 2011;
- ESSER, Robert, “A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights” in: Jon Petter RUI / Ulrich SIEBER (eds.), *Non-Conviction-Based*

Confiscation in Europe, Duncker & Humblot, Berlin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015;

FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, “The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime”, in: Katalin LIGETI / Michele SIMONATO, *Chasing Criminal Money – Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2019;

GARGALLO, Andrea Planchadell / RODRÍGUEZ, Caty Vidales, “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, in: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (2018);

— “El proceso de decomiso autónomo: aspectos procesales”, in: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève / CAHN, Olivier / TRICOT, Juliette / GREBENYUK, Iryna / JEANNE, Nicolas / NICOLAS, Marie, “France”, in: Alessandro BERNARDI (ed.) / Francesco ROSSI (coord.), *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, Napoli: Jovene Editore, 2019;

GODINHO, Jorge, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in: Manuel da Costa ANDRADE / José de Faria COSTA / Anabela Miranda RODRIGUES / Maria João ANTUNES (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003;

GREENBERG, Theodore S. / SAMUEL, Linda M. / GRANT, Wingate / GRAY, Larissa, *Stolen Asset Recovery – A Good Practices Guid for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington: The World Bank, StAR, 2009;

INCHAUSTI, Fernando Gascón, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, in: *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 38, 2016 (Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416945);

- JANUÁRIO, Túlio Fellippe Xavier, “Da possível invocação da presunção da origem criminosa do patrimônio como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada”, *in*: María Acale SÁNCHEZ / Anabela Miranda RODRIGUES / Adán Nieto MARTÍN (Coord.), *Reformas Penales en la Península Ibérica: A «Jangada de Pedra»?*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021;
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5.^a ed., rev. e ampl., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002;
- LARGUIER, Jean, *Droit Pénal Général*, 18e ed., Paris: Dalloz, 2001;
- LEROY, Jacques, *Droit Pénal Général*, 2e ed., Paris: L.G.D.J., 2007;
- MANES, Vittorio, “L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione”, *in*: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 3 – Luglio-Settembre 2015;
- MANGIONE, Angelo, “La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione”, *in*: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LX – Fasc. 2 – Aprile Giugno 2017;
- MANTOVANI, Fernando, *Diritto Penale – Parte Generale*, 7^a ed., Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011;
- MARIANO, João Cura, “A perda de bens de terceiro relacionados com o crime”, *in*: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elina Lopes CARDOSO / João Conde CORREIA (coords.), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018;
- “Os bens de terceiro no regime da «perda alargada»”, *in*: *Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018;
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, 4^a ed., Milano: Giuffrè Editore, 2012;

- MAUGERI, Anna Maria / ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019), in: *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 3/2019;
- MAUGERI, Anna Maria, “Confisca (diritto penale)”, in: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 2015;
- “Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca”, in: *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 1/2019;
- “La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”? – Nota a Cass., Sez. V, sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti”, in: *Diritto Penale Contemporaneo* 4/2013;
- “La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LX, Fasc. 2 – Aprile – Giugno 2017;
- “Prime osservazioni sulla nuova “proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca”, in: *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale* 2/2017;
- “Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 2 – Aprile-Giugno 2015;
- MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal – Parte General – 2 – Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. de la 7^a ed. alemana por Jorge Bofill GENZSCH, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995;
- MELLADO, José M^a Asencio, *Derecho Procesal Penal*, 7.^a ed., Valencia: Tirand lo Blanch, 2015;

- MENDITTO, Francesco, “Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale)”, in: *Diritto Penale Contemporaneo* (Disponível em: https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/upload/1422825352MENDITTO_2015a.pdf);
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Vol. III – Organização do Poder Político – Garantia e Revisão da Constituição – Disposições Finais e Transitórias – Artigos 202.º a 296.º*, 2.ª ed. rev., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020;
- MONGILLO, Vincenzo, “Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall’incerto statuto alla violazione dei principi”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LVIII, Fasc. 2 – Aprile – Giugno 2015;
- “La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza”, in: *Giusprudenza Costituzionale*, Anno LX, Fasc. 2 (Marzo-Aprile – 2015);
- MOURULLO, Gonzalo Rodriguez (dir.) / BARREIRO, Agustin Jorge (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Editorial Civitas, 1997;
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/EU em matéria de confisco «alargado» de vantagens provenientes da prática de crimes”, in: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elna Lopes CARDOSO / João Conde CORREIA (coords), *O novo regime de recuperação de ativos à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018;
- PAIS, Ana Isabel Rosa, “A decisão de apreensão de bens: reflexões à luz do novo Regulamento da União Europeia de 14 de Novembro de 2018”, in: *RPCC*, A. 29 (2019);
- PANZARASA, Marco, “Confisca senza condanna? – Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell’applicazione della confisca”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LIII, Fasc. 4 – Ottobre-Dicembre 2010;

- PANZAVOLTA, Michelle / FLOR, Roberto, “A Necessary Evil? – The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, *in*: Jon Petter RUI / Ulrich SIEBER (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015;
- PENA, Ana M. Neira, “Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 5.^a ed., adaptada a la L.O. 1/2015, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016;
- PIAY, Tomás Farto, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;
- *El Proceso de Decomiso Autónomo*, Valencia: tirant lo blanch, 2021;
- PINOCCHIARO, Stefano, “La confisca e il sequestro di prevenzione”, *in*: *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019;
- PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, 18e édition revue et augmentée à jour au 24 juillet 2015, Paris: Éditions Cujas, 2015 ;
- PUIG, Santiago Mir, *Derecho Penal – Parte General*, colab. Victor Gómez MARTÍN y Vicente Valiente IVÁÑEZ, 10.^a ed., actual. rev. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016;
- ROBERT, Hervé, “Une importante réforme de procédure pénale inachevée – À propos de la loi du 9 juillet 2010”, *in*: *La Semaine Juridique*, N.º 43, 2010;
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?”, *in*: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elina Lopes

CARDOSO / João Conde CORREIA (coords.), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra: Almedina, 2021;

RODRIGUES, Hélio Rigor “Cooperação Judiciária em casos de confisco não baseado numa condenação”, *in*: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elina Lopes CARDOSO / João Conde CORREIA (coords.), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra: Almedina, 2021;

— “Cooperação Judiciária em casos de confisco não baseado numa condenação”, *in*: Maria Raquel Desterro FERREIRA / Elina Lopes CARDOSO / João Conde CORREIA (coord.), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra: Almedina, 2021;

— “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes – Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *in*: *RMP*, A. 34, N.º 134 (abril-junho 2013);

— “Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência”, *in*: *Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018;

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017;

— “La protección reforzada en España de los terceros afectados por ele decomiso de bienes ilícitos”, *in*: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n.º 2, (maio-agosto 2020);

— “El decomiso en el sistema penal español: análisis de contexto y lineamientos para una mejor intelección”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;

RODRÍGUEZ, Caty Vidales, “Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;

- RODRÍGUEZ, Nuria P. Matellanes, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;
- SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín / BUERGO, Blanca Mendoza; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez (coord.), *Código Penal*, Madrid: Thomson Civitas, 2004;
- SANTIS, Gloria De, “Le aporie del sistema di prevenzione patrimoniale”, *in Riv. It. Dir. Proc. Pen*, Nuova Serie – Anno LIX, Fasc. 1 – Gennaio-Marzo, 2016;
- SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado*, Vol. II, rev. e actual. por Manuel Simas SANTOS, colab. de Ana Teresa CARNEIRO ... [et al.], Lisboa: Rei dos Livros, 2015;
- SENDRA, Vicente Gimeno, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Castillo de Luna, Ediciones Jurídicas, 2015;
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, 5.^a ed., rev. e actual., Lisboa: Verbo, 2008;
- *Direito Penal Português – Parte Geral – III – Teoria das Penas e Medidas de Segurança*, 2.^a ed., rev. e actual., Lisboa: Editorial Verbo, 2008;
- SMITH, Ian, “Civil Asset Recovery – The English Experience”, *in*: Jon Petter RUI / Ulrich SIEBER (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015;
- TESO, Ana E. Carrillo del, “El “fundido a negro” de la prueba en la persecución de la delincuencia económica”, *in*: Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA / Adán Carrizo GONZÁLEZ-CASTELL / Fernando Rodríguez LÓPEZ (ed.), Javier Sánchez BERNAL / Ana E. Carrillo del TESO, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019;
- “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio crime doesn't pay”, *in*: “Ignacio Berdugo Gómez de la TORRE, Nicolás

- RODRÍGUEZ-GARCÍA (Ed.), *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020;
- *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018;
- THONY, Jean-François / CAMOUS, Éric, “Gel, saisie et confiscation des avoirs crimineles: les nouveaux outils de la loi française”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 84, 2013;
- TONINI, Paolo, *Manuale Breve – Diritto Processuale Penale – tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano: Giuffrè, 2007;
- TORRÃO, Fernando, “Confisco e gestão do lucro injustificado por corrupção pública em Portugal”, in: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII (2018);
- TORRES, Margarita Roig, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”, in: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII (2018);
- TRINCHERA, Tommaso, “Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?”, in: *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2020;
- *Confiscare senza punire? – Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2020;
- VIEIRA, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 19.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021;
- VIGANÒ, Francesco, “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Nuova Serie – Anno LXI, Fasc. 2 – Aprile-Giugno 2018.

VII. JURISPRUDÊNCIA

1. Portugal

Tribunal Constitucional Português

(Disponíveis em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>)

AcTC n.º 392/2015, Processo n.º 665/15

AcTC n.º 498/2019, Processo n.º 457/18

AcTC n.º 476/2015, Processo n.º 1163/14

AcTC n.º 101/2015, Processo n.º 1090/2013

AcTC n.º 179/2012, Processo n.º 182/12

AcTC n.º 377/2015, Processo n.º 658/2015

AcTC n.º 387/2019, Processo n.º 383/18

AcTC n.º 294/2008, Processo n.º 294/2008

AcTC n.º 7/87, Processo n.º 302/86

2. Espanha

Tribunal Constitucional de España

(Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>)

STC 92/1997, de 8 de maio

STC 219/2006, de 3 de julho

STC 220/2006, de 3 de julho

Tribunal Supremo de España

(Disponíveis em: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/>)

STS 225/2019, de 29 de janeiro

STS 2910/2016, de 16 de junho

STS 4558/2018, de 21 de dezembro

STS 1854/2019, de 7 de junho

STS 2064/2019, de 17 de junho

STS 3191/2020, de 14 de outubro

STS 1489/2021, de 3 de março

STS 1706/2021, de 5 de maio

STS 4270/2021, de 14 de novembro

STS 1236/2021, de 8 de abril

3. Itália

Corte Costituzionale

(Disponíveis em: www.cortecostituzionale.it)

Corte Cost. 33/2018

Corte Cost. 48/1994

Corte Cost. 24/2019

Corte Cost. 239/2009

Corte Cost. 49/2015

Corte Cost. 196/2010

Corte Cost. 106/2015

Corte Cost. 321/2004

Corte Cost. 21/2012

Ordinanza 18/1996

Ordinanza 275/1996

Corte di Cassazione

(Disponíveis em: <https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>)

Cass., 52/2021

Cass., 9983/2018

Cass., 19369/2019

Cass., 47094/2019

Cass., 49795/2019

Cass., 47280/2019

Cass., 343653/2020

Cass., 11464/2021

Cass., 11295/2022

Cass., 9984/2018

Cass., 39575/2021

Cass., 9656/2022

3. Alemanha

Bundesverfassungsgericht

(Disponíveis em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>)

Decisão de 14 de janeiro de 2004 – 2 BvR 564/95

Decisão de 10 de fevereiro de 2021 – 2 BvL 8/19

4. França

Conseil Constitutionnel

(Disponíveis em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>)

Cons. const., 26 de novembro de 2010, N.º 2010-66 QPC

Cons. const., de 23 de abril de 2021, N.º 2021-899 QPC

Cons. const., 23 de setembro de 2021, N.º 2021-932 QPC

Cons. const., 24 de novembro de 2021, N.º 202-949/950 QPC

Cons. const., 11 de abril de 2014, N.º 2014-390 QPC

Cons. const., 16 de outubro de 2015, N.º 2015-494 QPC

Cons. const., 9 de julho de 2014, N.º 2014-406 QPC

Cons. const., 14 de outubro de 2016, N.º 2016-583/584/585/586 QPC

Cons. const., 11 de fevereiro de 2022, Décision nº 2021-969 QPC

Cour de Cassation

(Disponíveis em: <https://www.courdecassation.fr/>)

Cass., 5 de maio de 2021, N.º 20-86.529

Cass., 9 de setembro de 2020, N.º 18-84-619

Cass., 30 de março de 2022, N.º 21-82.217

Cass., 25 de novembro de 2020, N.º 16-86.240

Cass., 1 de dezembro de 2021, N.º nº 21-90.036

5. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

(Disponíveis em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>)

Caso *Engel and Others v. The Netherlands*, de 8 de junho de 1976, queixa n.º 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72);

Caso *Welch v. The United Kingdom*, de 9 de fevereiro de 1995, queixa n.º 17440/90;

Caso *Phillips v. The United Kingdom*, de 5 de julho de 2001, queixa n.º 41087/98;

Van Offeren v. The Netherlands, de 1 de junho de 2004, queixa n.º 19581/04

Caso Geerings v. The Netherlands, de 1 de março de 2007, queixa n.º 30810/03

6. Estados Unidos da América

Supreme Court of the United States

(Disponíveis em: <https://www.supremecourt.gov/>)

Lisa Olivia Leonard v. Texas, 580 U. S. (2017)

Bennis v. Michigan, 516 U. S. 442 (1996)

United States v. James Daniel Good Real Property et al., 510 U. S. 43 (1993)

Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663 (1974)

Kaley et Vir v. United States, 571 U. S. (2014)

United States v. James Daniel Good Real Property, 510 U.S. 43 (1993)

Austin v. United States, 509 U.S. 602 (1993)

7. Reino Unido

United Kingdom Supreme Court

(Disponíveis em: <https://www.supremecourt.uk/>)

Gale and another v Serious Organised Crime Agency [2011] UKSC 49

Perry and others v Serious Organised Crime Agency, [2012] UKSC 35

England and Wales Court of Appeal

(Disponível em: https://www.bailii.org/form/search_cases.html)

Recovery Agency Director v Szepietowski & Ors [2007] EWCA Civ 766;

England and Wales High Court

(Disponíveis em: https://www.bailii.org/form/search_cases.html)

Assets Recovery Agency v Kean [2007] EWHC 112

Assets Recovery Agency v Olupitan & Anor [2007] EWHC

VIII. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

18 U.S. Code § 981 – *Civil forfeiture*

18 U.S. Code § 983 – *General rules for civil forfeiture proceedings*

Ação Comum 98/699/JAI de 3, de dezembro de 1998, adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime

Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000

Code de Procédure Pénale – loi no 57-1426 du 31 décembre 1957

Code Pénal – Loi no 92-683 du 22 juillet 1992, Loi no 92-684 du 22 juillet 1992, Loi no 92-685 du 22 juillet 1992, Loi no 92-686 du 22 juillet 1992

Codice antimafia – Decreto legislativo, 06/09/2011 n° 159

Codice di Procedura Penale – D.P.R. 22 settembre 1988

Codice Penale – Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398

Código de Processo Penal de 1987 – DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro

Código Penal de 1982 – DL n.º 48/95, de 15 de março

Código Penal – Ley Orgánica 10/1995, de 13 de novembro

Constituição da República Portuguesa de 1976 – Decreto de 10 de Abril de 1976

Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003 da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo de 2005

Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000

Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988

Criminal Finances Act 2017

Decisão 2007/845/JAI do Conselho, de 6 de dezembro de 2007, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da detecção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime

Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas

Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda

Decisão-Quadro de 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime

Decisão-Quadro do Conselho 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime

Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380

Decreto Legislativo 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale)

Decreto Legislativo 7 agosto 2015, n. 137 (Attuazione della decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca)

Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia

DL n.º 15/93, de 22 de janeiro (Legislação de combate à droga)

DL n.º 433/82, de 27 de outubro (ilícito de mera ordenação social)

Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch

Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (versão em alemão e em inglês)

Lei n.º 45/2011, de 24 de junho (Gabinete de Recuperação de Ativos)

Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada)

Lei n.º 88/2009, de 31 de agosto (emissão e execução decisões perda instrumentos, produtos e vantagens do crime)

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea

Proceeds of Crime Act 2002

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens COM/2022/245 final

Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Regulamento 2018/1805/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda

Strafgesetzbuch (versão em alemão e em inglês)

Strafprozeßordnung (versão em alemão e em inglês)