

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 21 • N.º 2 • Abril-Junho 2011 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

SEPARATA

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")

PEDRO CAEIRO

 Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

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”) (*)

Pedro Caeiro
Professor auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra

À memória do Dr. Rui Lisboa Epifânio

Resumo: *Num momento em que a riqueza de origem criminosa parece dominar as preocupações de quem comanda a política criminal, pretende-se aqui reflectir sobre*

(*) Ao abrigo do programa financeiro europeu “Prevenir e Combater a Criminalidade”, criado pela Decisão 2007/125/JAI do Conselho, de 12/2/2007, a *Procuradoria-Geral da República*, em parceria com a *Polícia Judiciária*, a *Fiscalia General del Estado* (Espanha) e o *Bureau Ontnemingswetgeving OM — B.O.O.M.* (Gabinete de Recuperação de Activos dos Países Baixos), desenvolveu, sob a coordenação do Senhor Procurador-Geral Distrital de Coimbra, Dr. Euclides Dâmaso Simões, um projecto respeitante à recuperação de activos denominado “Projecto Fénix”, de que fui “consultor externo”. O presente artigo constitui uma versão desenvolvida da conferência que proferi, nessa veste, no Seminário de Encerramento do Projecto na Fundação Calouste Gulbenkian. Nos termos do contrato então celebrado, mantenho absoluta liberdade relativamente ao conteúdo das minhas opiniões, pelo que as considerações seguintes são da minha inteira responsabilidade e de nenhum modo devem ser associadas ao Projecto Fénix ou aos membros da equipa.

Por motivos que, sendo sempre menores, não causam menos estorvo, não pude participar na obra colectiva que prestou merecida homenagem ao Dr. Rui Epifânio, com quem tive a honra, o proveito e a alegria de trabalhar semanalmente durante dois anos. Estas linhas vão-lhe dedicadas, como testemunho modesto da marca que em mim deixou o jurista, o cidadão e o amigo.

as virtudes e os defeitos dos mecanismos que podem ser utilizados para impedi-la ou recuperá-la, nomeadamente, a instituição de procedimentos *in rem*, a criminalização do chamado enriquecimento “ilícito” e a perda de vantagens relacionadas com o crime, tanto na modalidade “clássica” como na sua versão “alargada”.

Palavras-chave: perda de vantagens do crime; confisco alargado; recuperação de activos; presunção de inocência; procedimentos *in rem*; enriquecimento ilícito.

I. Introdução

1. O Projecto Fénix é uma iniciativa meritória, na *intenção*, no *método* e no *resultado*.

Desde logo, porque pretende afrontar um problema candente na política criminal contemporânea, para o qual têm sido propostas, ultimamente, as mais variadas soluções: como pode o Estado reagir contra o domínio de bens com provável origem criminosa, quando não seja possível estabelecer concretamente essa ligação, em virtude, nomeadamente, do estalão de prova aplicável à condenação pela prática de um crime (para lá da dúvida razoável).

Depois, porque os produtos do Projecto (o *Manual de Boas Práticas* e os *Canais Dedicados de Comunicação* ⁽¹⁾) abordam a questão de forma adequada, focando-se, com realismo, nas práticas e na operacionalidade dos dispositivos legais, evitando assim a solução mais fácil e mais barata sempre à disposição do Estado, que os tempos certamente estimulam: editar, sofregamente, outra lei, sem procurar explorar e potenciar as virtualidades que as leis existentes oferecem.

Por último, o Projecto tem um importante valor de resultado, ao condensar aquelas que são, do ponto de vista das autoridades responsáveis, as melhores práticas relativas à recuperação de activos de origem criminosa (aí se incluindo as que dizem respeito à utilização dos canais dedicados de comunicação), com a preocupação de que sejam compatíveis com o maior número de sistemas jurídicos da União Europeia. Além da sua utilidade imediata para os destinatários, o *Manual de Boas Práticas* exprime de forma clara, concisa e enxuta a perspectiva de uma

⁽¹⁾ Disponíveis em <http://fenix.pgr.pt>.

parte dos operadores envolvidos no problema, constituindo um importante elemento de reflexão para eventuais intervenções futuras do legislador.

2. O presente estudo constitui uma reflexão sobre o sentido e a função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime, bem como sobre as suas virtualidades e insuficiências, no confronto com outros mecanismos destinados à prevenção da criminalidade reditícia. Para tanto, questionaremos a densidade jurídica do mandamento “o crime não compensa” e a sua posição no direito internacional que vincula o Estado Português; daremos breve notícia dos instrumentos de prevenção da criminalidade reditícia adoptados em outros países da nossa órbita cultural; examinaremos a legitimidade e a conveniência da instituição de procedimentos *in rem* para a recuperação de activos, bem como da incriminação do enriquecimento “ilícito”; e, por fim, centrar-nos-emos no instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime, nas suas modalidades “clássica” e “alargada”, cuja delimitação precisa nos convoca já para alguns problemas substantivos.

2.1. Por “perda”, ou confisco, entendemos as medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objecto (v. g., a posse) ⁽²⁾.

⁽²⁾ No entender de JOSÉ MANUEL 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 Económico-Financeira)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, 2009, p. 138 e ss., a expressão “perda de bens” constante dos arts. 7.º e ss. da L. 5/2002 é “duplamente errada”, porque “não se trata de sanção nenhuma” (mas sim da “execução da sanção”, caso esta última não seja voluntariamente cumprida) e porque “nada tem [que] ver com a ‘perda de bens’ que no CP se prevê”, pois toda a declaração de perda deve referir-se “a determinados objectos (é sempre um procedimento *in rem*)” e, ali, pretende-se “determinar o ‘montante apurado’ que deve ser declarado perdido a favor do Estado — trata-se, pois, de uma declaração de perda pelo valor (figura, a nosso ver, inexistente). Assim, a verdadeira sanção é uma sanção pecuniária avaliada em função do património do

condenado — que caso não seja voluntariamente cumprida é executada com os bens do condenado”.

Mais longe vai JORGE ALEXANDRE FERNANDES 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 *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 1356, nota 126 e s., para quem a introdução do termo “perda” no art. 64.º do CP de 1852 em detrimento do “confisco” usado no *Code Pénal* se deveria à proibição de confiscação de bens imposta no art. 11.º da Constituição de 1822 e no art. 145.º, § 19, da Carta Constitucional de 1826. Assim, no entender do A., “não faz sentido insistir no aparente tabu contra o termo ‘confisco’”, até porque “a terminologia que, procurando evitá-lo, se centra sobre o verbo perder (‘perda de bens’) é intuitivamente inadequada: os bens confiscados não se ‘perdem’, em qualquer dos sentidos mais comuns do termo (...)”. Em suma: “o termo ‘perda’ não contribui para a clareza conceptual nem para o entendimento da doutrina portuguesa fora do país e, como tal, deve ser abandonado”, em favor do vocábulo “confisco”.

Estas preferências foram também adoptadas pela doutrina mais recente: *vd.*, p. ex., DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *A Inversão do Ónus da Prova no tocante ao Confisco das Vantagens provenientes da Prática de Crimes como Instrumento de Combate à Criminalidade Organizada. Da justificação de tal Inversão e da sua Conformidade face à Constituição da República Portuguesa*, Relatório de Direito Processual Penal, Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa: Setembro de 2008 (não publicado), p. 4 e s.; e JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, no prelo; manuscrito gentilmente cedido pelo Autor.

Em nossa opinião, as expressões “perda de bens a favor do Estado” e “confisco” exprimem adequadamente a mesma noção e podem, por isso, ser usadas indistintamente. Na realidade, a sinonímia das duas expressões tem vetusta tradição no direito português, muito anterior ao CP de 1852 — veja-se, paradigmaticamente, o seguinte passo das Ordenações Afonsinas: “E dizemos ainda, que no caso honde a treição fosse cometida em cada hum dos Capitulos, em que o culpado deve morrer, e *perder seus bens em todo caso*, como dito he, se o culpado morresse ante que fosse acusado, preso ou afamado da dita maldade, ainda despois da sua morte se pode bem enquerer da dita maldade, por tal que se achado for que verdadeiramente he culpado, seja sua memoria dapnada, e seus *beens confiscados* pera a Coroa do Regno (...)” (Liv. V, Tít. 2, n.º 27: “Dos que fazem treição, ou aleive, etc.”; *vd.* também o n.º 35 do mesmo Título: “os Hereges condapnados por sentença da Igreja *percam os beens*”; itálicos nossos); ou o Tít. III, § 11, do Projecto de Código Criminal de Mello Freire: “11. Indaque o criminoso condemnado á morte *perca os seus bens*, não lhe serão comtudo tomados e *confiscados*, tendo descendentes ou ascendentes em qualquer gráo, ou transversaes dentro do terceiro” (PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Codigo Criminal inten-*

Por “vantagens relacionadas com o crime” entendemos, latamente, os bens que, existindo já à data da prática do crime (de forma a excluir os produtos), passam (ou destinam-se a passar) para a disponibilidade do agente como efeito desse crime, aí se incluindo as recompensas dadas ou prometidas aos agentes de factos ilícitos. A propósito da distinção legal entre “vantagens” e “recompensas”, importa dizer já o seguinte:

a) Aparentemente, o regime das recompensas dadas ou prometidas aos agentes de crimes (art. 111.º, n.º 1, do CP) distingue-se do regime das vantagens adquiridas através da prática de crimes (art. 111.º, n.º 2) em dois pontos: por um lado, as recompensas, ao contrário das vantagens, não pressupõem a efectiva prática de um crime pelo beneficiário, sendo legítimo confiscá-las antes que tenha lugar algum crime; por outro lado, a posição dos terceiros de boa fé só é protegida em relação às vantagens adquiridas através do crime, já não no que toca às recompensas dadas ou prometidas.

Esta distinção de regime exigiria uma diferença de pressupostos capaz de justificá-la. Ora, de acordo com o Autor do Projecto de Código Penal de 1963, no contexto da apreciação do § 2 do art. 103.º (idêntico ao actual n.º 2 do art. 111.º) pela Comissão Revisora, “quando se fala em direitos ou vantagens querem-se abarcar *apenas aqueles que, por sua natureza, estão ligados ao conceito de crime*”⁽³⁾. Assim, parece

tado pela Rainha D. Maria I, etc., 2.ª ed., 1823, p. 7; itálicos nossos). Nas Ordenações Filipinas, é usual cominar-se o “perdimento” de bens, seja como confisco geral (*v. g.*, Liv. V, Tít. 107, n.º 20), seja como confisco especial (Liv. IV, Tít. 67; Liv. V, Tít. 69 e Tít. 112, n.º 1). Por fim, note-se que o perdimento já podia revestir ali a forma de perda pelo valor: vejam-se, p. ex., o Liv. V, Tít. 112, n.º 2 (“Mandamos, que pessoa alguma não leve, nem mande levar courama para as partes da India, curtida, nem em cabelo, nem obra feita della (...)”). E levando-a sem nossa licença, sendo-lhe achada na Não, ou provado que a leva, perca a dita courama e obra, *ou sua justa valia em do[b]ro (...)*”, e o Tít. 115, onde se impõem certos deveres de registo aos criadores e comerciantes de gado, cuja violação importa o “perdimento do gado, ou da sua valia” (n.º 16) ou, noutra sub-hipótese, o “perdimento da valia do dito gado” (n.º 18).

⁽³⁾ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, vol. I e II, AAFDL, p. 208 (vol. II) (itálicos nossos).

que a (única) diferença entre as duas previsões residiria no seguinte: os direitos ou vantagens adquiridos através da prática de um crime teriam de ter uma *conexão típica* com a infracção (ou, ao menos uma *referência típica*), ao invés das recompensas, que designariam, residualmente, as vantagens que, não tendo conexão com o ilícito-típico, são atribuídas por outrem como *contrapartida* da prática de um crime.

Pois bem: se assim fosse, o regime enfermaria de graves defeitos. Em primeiro lugar, não seria possível confiscar, p. ex., as vantagens prometidas ou oferecidas como contrapartida de um crime de corrupção activa ou tráfico de influência quando o destinatário da promessa não viesse a recebê-las, porque, por um lado, têm uma conexão ou referência típica (fazem mesmo parte dos tipos de crime respectivos) e por isso são “vantagens” e não “recompensas”; e, por outro lado, enquanto se mantiverem na disponibilidade do promitente não são “vantagens adquiridas” com a prática de um crime. Em segundo lugar, não se vê qualquer justificação para tutelar de forma diferente a posição dos ofendidos e dos terceiros de boa fé em relação a bens com uma ou outra proveniência; a título de exemplo: por que razão o terceiro adquirente de uma jóia que anteriormente serviu de *recompensa* a um crime de difamação ou de ofensas corporais há-de ser *menos* protegido do que o terceiro que adquiriu ao funcionário a jóia que este recebeu como *suborno* (tipicamente relevante) de um crime de corrupção?

Perante as perplexidades causadas pelo direito vigente, cremos que, *de jure condito*, as recompensas devem ser vistas como uma mera sub-espécie das vantagens (*lato sensu*), diferenciada das restantes pela existência de uma relação intersubjectiva entre o agente e um disponente, que serve de contexto à atribuição dos bens com o propósito de recompensar. Consequentemente, é possível subsumir no conceito de recompensas todas as atribuições patrimoniais que ainda correspondam ao sentido literal da palavra (no respeito pelo princípio da legalidade), *mesmo que se trate de vantagens com relevância típica*, permitindo-se assim o confisco, v. g., de bens oferecidos como contrapartida da prática de um crime, ainda que não transmitidos. Por outro lado, dado o silêncio do art. 111.º, n.º 1, não se encontra vedada a interpretação segundo a qual a pretensão estatal não pode afectar os direitos de terceiros de boa fé que tenham adquirido as vantagens *sub specie* recompensas.

Em definitivo, a regulamentação do art. 111.º só teria a ganhar com a eliminação do n.º 1, reformulando-se o n.º 2 em conformidade: “São perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes, através da prática de facto ilícito típico, ou lhes tiverem sido dados ou prometidos para esse efeito, e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie”. Este conceito amplo de vantagens englobaria também as recompensas e sujeitaria todos os bens ao mesmo regime.

b) Em segundo lugar, a expressão “vantagens relacionadas com o crime” permite englobar não só as vantagens que provêm dos factos ilícitos-típicos que dão origem ao processo, sujeitas à “perda clássica”, como também aquelas que se suspeita provirem de uma actividade criminosa não incluída no objecto do processo, sujeitas à “perda alargada”.

II. “O crime não compensa”: variações sobre um lugar-comum

I. Na medida em que o crime, para sê-lo, é expressão do ser-livre que constitui o homem ⁽⁴⁾, todo o crime é uma auto-gratificação indesejada pela sociedade, que a proíbe através do seu instrumento mais poderoso em tempo de paz: o direito penal. Isso é evidente nos crimes dolosos, em que o agente sobrepõe conscientemente a realização do seu interesse ao bem comum, mas também se aplica aos crimes negligentes, porquanto o défice de cuidado que possibilita a materialização da conduta proibida incrusta-se ainda no desejo de prosseguir determinado interesse próprio (na generalidade dos casos, abster-se de um cuidado ou esforço juridicamente exigíveis). Assim, sem que desta forma se pretenda reabilitar a doutrina da acção final, é inequívoco que

⁽⁴⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade — Culpa — Direito Penal*, 1983, p. 148 e ss. e *passim*; e KAI AMBOS, “A liberdade no Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal — sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias”, trad. Pedro Caeiro / Susana Aires de Sousa, in Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, p. 53 e ss.

também nos crimes negligentes é possível encontrar uma finalidade referida ao programa de interesses do agente, porque todo o agir humano é teleologicamente cunhado, e aí adquire o sentido que permite qualificá-lo como tal ⁽⁵⁾.

Tudo isto significa que o crime, por definição, *compensa*, mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística.

É precisamente por o crime ser, estruturalmente, compensação para o seu autor, que a lei procura levantar obstáculos contra a sua prática — a cominação de penas. Esse é mesmo o cerne das doutrinas da prevenção geral negativa, assente na pressuposição do hedonismo (a pena como contra-motivo para a prática do crime) ⁽⁶⁾, mas não só aí: numa formulação contemporânea, a pena é a confirmação solene, à custa do infractor, de que o modelo de orientação continua a ser o consignado na norma, e não aquele que a conduta transgressora egoisticamente exprime e com o qual pretende desautorizá-la ⁽⁷⁾. Da mesma forma, à doutrina da protecção de bens jurídicos através do direito penal está subjacente uma necessidade colectivamente percebida e legitimada de proteger valores sociais contra ofensas causadas pelo arbítrio individual.

2. Deste modo, o risco de sujeição às penas cominadas — *maxime*, à privação da liberdade — faz com que, na óptica do Estado, a poten-

⁽⁵⁾ O que não significa, naturalmente, tomar a acção (empírica) subjacente à violação do dever de cuidado como elemento do crime negligente: cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), 1963, p. 246 e ss.

⁽⁶⁾ Nas palavras de Beccaria, “para que uma pena tenha efeito, basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito e é neste excedente de mal que deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria” (CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. de José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 116); e também, de forma porventura mais exacta [comparando o mal da pena (*Uebel*) com o mal da frustração (*Unlust*) por não praticar o crime], PAUL J. ANSELM R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14.^a ed. (hrsg. v. C. Mittermaier), Giessen: Georg Friedrich Heyer's Vlg., 1847, p. 38 e s.

⁽⁷⁾ *Vd.* GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht — Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin: de Gruyter, 1993, p. 9.

cial gratificação propiciada pelo crime seja anulada. Nesse contexto, o crime torna-se numa acção sem sentido e é legítimo esperar que desapareça. Porém, a experiência mostra que as coisas não se passam dessa forma e que essa expectativa continua, hoje como ontem, a frustrar-se com a prática de cada crime. Isso deve-se a três factores diferentes:

2.1. O primeiro, e mais comum, consiste na percepção de um *baixo risco* de efectiva punição por parte do infractor, que naturalmente variará com o grau de probabilidade de punição objectivamente existente, mas que mantém, em relação a ele, uma certa autonomia — circunstância bem conhecida e imortalizada por Montesquieu na sua lapidar sentença.

2.2. Em outros casos, a satisfação pessoal com a prática do crime, que pode até ser sentida pelo infractor como um dever moral, atinge um grau elevadíssimo, sendo impossível desmotivá-lo através da cominação de um mal — uma compensação *imponderável*, que nenhuma acção pública pode eliminar.

2.3. Por último, casos há em que a apreciação do infractor relativamente à compensação trazida pelo crime diverge daquela que o Estado supõe ao cominar as penas: a sujeição à pena pelo facto (independentemente do grau em que é representado o risco da sua efectiva aplicação) não anula o sentimento de compensação *material* trazida pelo crime. Nesta óptica, a pena funciona como um custo, e tão-só eventual, de um benefício económico. A diferença com a situação anterior, como rapidamente se intui, está em que a eliminação deste benefício se encontra ao alcance do Estado.

É a estas situações que nos referimos quando relacionamos a perda de vantagens com o brocardo “o crime não compensa”, que tem portanto um conteúdo normativo: o crime não *deve* compensar.

3. A questão que se põe então é a de saber se pode conferir-se vigência jurídica àquela proposição, ou se, pelo contrário, ela tem um conteúdo eminentemente moral, insusceptível de ser prosseguido pelo

Estado, a quem compete apenas proteger bens jurídicos, e não executar coercivamente máximas daquela natureza — sobretudo quando isso implica, de certa forma, uma *degradação* do Estado, que assim se vê forçado a funcionar de acordo com a lógica (económica) ditada pelo criminoso ⁽⁸⁾.

Parece claro que a eliminação de todas as compensações do crime que esteja ao alcance da acção pública tem um efeito relevante de prevenção ⁽⁹⁾, em todas as suas dimensões, que será tão mais importante quanto a obtenção de tais vantagens obedecer a uma lógica comercial, onde a sujeição às penas clássicas seja contabilizada como um custo. Assim, não pode pretender-se que a ablação das vantagens provenientes da prática de crimes prossegue um fim puramente moral, porque ela é imanente à prevenção de certas formas de criminalidade, que se legitima na protecção de bens jurídicos. Aliás, num outro plano, só essa densidade especificamente jurídica lhe permite constituir-se, ela própria, em expressão da administração da justiça com dignidade penal e por aí justificar a incriminação do branqueamento.

Mas daqui decorre também uma outra consequência: *é à luz desses fins de prevenção criminal*, e não de outros mais ou menos evanescentes — como, p. ex., a tutela da concorrência ou o restabelecimento de uma ordenação dominial juridicamente válida —, que a acção pública relativa ao confisco de vantagens de origem criminosa deve ser prosseguida. Com efeito, deve rejeitar-se a ambiguidade do discurso que alerta para a imperiosa necessidade de adoptar mecanismos particularmente agressivos para os direitos individuais, em virtude da organização da criminalidade, da ineficácia dos mecanismos tradicionais de prevenção do crime, etc., para depois “civilizar” tais instrumentos, ordenando-os a *fins* não especificamente penais e arredando *logo por aí* as garantias que o direito penal e processual penal normalmente propiciam.

⁽⁸⁾ Aquilo a que J. CONDE CORREIA, *cit.*, chama “falar a mesma linguagem” do criminoso.

⁽⁹⁾ *Vd.*, p. ex., PETER ALLDRIDGE, *Money Laundering Law*, Hart Publishing, 2003, p. 55.

III. Os instrumentos mobilizáveis para que o crime não compense: breve resenha de direito estrangeiro

1. Para evitar que o crime compense, o Estado dispõe de vários instrumentos, que não são mutuamente exclusivos, embora possam apresentar margens de sobreposição. Trata-se, portanto, de saber qual o sentido e as funções que estes institutos desempenham hoje, reflexão que se impõe não tanto por um comprovado aumento da geração e circulação de riqueza de origem criminosa (as máfias, os sindicatos de crime organizado e os cartéis da droga existem há várias décadas), mas, sobretudo, por força da atenção crescente que vem sendo dada às chamadas “estratégias patrimoniais de combate à criminalidade” ⁽¹⁰⁾ por parte das autoridades estatais e transnacionais.

Além da perda de vantagens “clássica” ⁽¹¹⁾, divisam-se, assim, as seguintes vias:

1.1. Em primeiro lugar, há que prevenir e reprimir as manobras tendentes a dissimular ou a converter as vantagens de origem ilícita, ou a sua natureza, que visam iludir a pretensão do Estado à detecção e confisco das mesmas. A isso veio a criminalização do branqueamento, que, tendo sido pensada para o controlo das vantagens provenientes do tráfico de droga, foi sendo estendida, ao longo da última década, a uma

⁽¹⁰⁾ JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, “Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau”, in Leonel Alves / Paulo Cardinal (coords.), *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa*, Coimbra Editora: Coimbra, 2009, p. 139 ss. Cf. também, para uma visão compreensiva destes instrumentos, ANNA MARIA MAUGERI, “I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato”, in Anna Maria Maugeri (a cura di), *Le Sanzioni Patrimoniali come Moderno Strumento di Lotta contro il Crimine: Reciproco Riconoscimento e Prospettive di Armonizzazione. Atti del Convegno. Catania, 19-20 gennaio 2007*, Giuffrè, 2008, p. 5 e ss.; EUCLIDES DÂMASO SIMÕES / JOSÉ FERREIRA TRINDADE, “Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, *Julgar on line*, 2009; e J. CONDE CORREIA, *cit.*

⁽¹¹⁾ Para uma descrição exaustiva das normas que regulam a perda de vantagens em vários lugares do sistema jurídico-penal português, *vd.* J. CONDE CORREIA, *cit.*

vasta panóplia de infracções, praticamente esgotando o leque dos crimes com escopo lucrativo e, até, transcendendo-o ⁽¹²⁾.

1.2. Em segundo lugar, é possível estender o confisco a bens de origem desconhecida que se encontram na posse ou titularidade do agente através de presunções cuja base factual (exclusiva ou concomitante) é a condenação por certos crimes tipicamente rendosos ⁽¹³⁾.

1.3. Outra forma de evitar que o crime compense é a previsão de um procedimento *in rem*, de natureza administrativa, dirigido contra coisas de origem suspeita (a *civil forfeiture* do direito estadunidense ou a *civil recovery* do direito britânico), impondo aos pretensos titulares que provem a legitimidade da sua pretensão ou a titularidade dos bens, sob pena de os perderem para o Estado.

1.4. Por fim, é ainda pensável criminalizar o enriquecimento “ilícito” (*rectius*, injustificado), isto é, cominar penas para quem possua ou domine um património incongruente com os seus rendimentos lícitos, cuja origem é desconhecida.

2. Sendo certo que todos os sistemas conhecem formas de “perda clássica”, e que a generalidade dos países pune hoje o branqueamento, ao menos em relação às vantagens provenientes de certos crimes, em cumprimento dos deveres de fonte internacional ⁽¹⁴⁾ ou europeia ⁽¹⁵⁾ que

⁽¹²⁾ Veja-se, em Portugal, o âmbito do art. 368.º-A, n.º 1.

⁽¹³⁾ Este é o regime da chamada “perda alargada”, constante da L. 5/2002, de 11 de Janeiro.

⁽¹⁴⁾ Vd. a *Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas*, de 1988 (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 6 de Setembro) e a *Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo*, de 2005 (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 78/2009, de 27 de Agosto).

⁽¹⁵⁾ Vd. a *Decisão-Quadro do Conselho 2001/500/JAI*, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento,

sobre eles impendem, o panorama do direito comparado relativamente aos restantes instrumentos é muito diversificado.

2.1. *Espanha*: No direito espanhol, a *Ley Orgánica 5/2010* modificou o art. 127 do Código Penal Espanhol, que impõe agora ao tribunal o dever de “ampliar” o âmbito da perda às vantagens provenientes de “actividades criminosas” cometidas no quadro de uma organização criminosa ou terrorista, entendendo-se que provém de actividade criminosa o património de todas e cada uma das pessoas condenadas por crimes cometidos no quadro da organização criminosa ou terrorista, ou por crimes de terrorismo, cujo valor seja desproporcional aos rendimentos lícitos de cada uma das ditas pessoas. Assim, é necessário: 1) uma condenação por crimes cometidos no quadro de uma organização criminosa ou terrorista, ou por crimes de terrorismo; 2) a prova, no primeiro caso, de uma actividade criminosa no quadro de uma organização criminosa ou terrorista; 3) a desproporção patrimonial. A partir daqui, a lei presume — *iuris tantum* — a conexão entre a dita actividade criminosa ou crime (de terrorismo) e a desproporção patrimonial ⁽¹⁶⁾.

apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (JO L 182 de 05/07/2001, p. 1 e ss.).

⁽¹⁶⁾ Na interpretação da *Fiscalía General del Estado*, “[e]n virtud de esta nueva regulación, en los expresados supuestos de comiso ampliado — efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo —, no será necesaria la prueba de la relación de causa-efecto o, en otras palabras, de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo comiso se decreta, pero si será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización criminal, grupo criminal o terrorista o que ha realizado un delito de terrorismo y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada. A partir de dichos presupuestos, el legislador establece una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible en todo caso de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o al menos que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización

No que especificamente diz respeito às vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes e do branqueamento, o *Acuerdo Plenario de la Sala de lo Penal* do Tribunal Supremo, de 5-10-1998, havia já estabelecido que o art. 374 do CP deve interpretar-se no sentido de que a decisão de confisco abrange as vantagens provenientes de operações anteriores ao concreto crime por que o agente é condenado, sempre que se prove essa proveniência e se respeite o princípio do acusatório ⁽¹⁷⁾.

2.2. *Países-Baixos*: Desde 1 de Março de 1993, e levando em conta as modificações introduzidas pela Lei de 1 de Setembro de 2003, o direito neerlandês trata a perda de vantagens do seguinte modo:

A requerimento do Ministério Público, o tribunal pode impor ao condenado a obrigação de pagar um certo montante como forma de privá-lo de vantagens obtidas ilegalmente quando elas provenham do crime em questão, ou de crimes semelhantes ou crimes puníveis com multa do 5.º grau, desde que, neste caso, existam *indícios suficientes (voldoende aanwijzingen)* de que foram cometidos pelo condenado (art. 36e, 2, do CP Neerlandês). Se o agente tiver sido condenado por um

de un delito de terrorismo" (Fiscalía General del Estado, Circular n.º 4/2010, de 30-12-2010, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, ponto 2.3.).

⁽¹⁷⁾ "El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio". A jurisprudência posterior tem enfatizado a necessidade de se determinar a "relação directa" entre as vantagens com os crimes sub iudice: "la jurisprudencia exige (cfr. SSTS 31/2003, de 16 de enero y 1528/2002, de 20 de septiembre), además, una relación directa de lo decomisado con la actividad ilícita enjuiciada de modo que si no se determina claramente en la sentencia, la afirmación expresa de que el dinero ocupado eran ganancias procedentes de la venta de drogas carece de un requisito imprescindible para la aplicación de los artículos 127 y 374, pues, en todo caso, debe constar la procedencia del delito y no pertenencia a un tercero, como condiciones para acordarse el comiso (STS 235/2001, de 20 de febrero)" (Sentença do Tribunal Supremo, de 21-10-2010).

crime punível com multa do 5.º grau e houver a suspeita de que a vantagem ilicitamente obtida excede 12.000 euros, inicia-se uma investigação financeira autónoma em relação ao processo penal. A perda é decretada se essa investigação tornar *plausível (aannemelijk)* que outras infracções penais tenham permitido ao condenado obter vantagens ilegais (art. 36e, n.º 3). Neste caso, não é necessário provar que o condenado participou no cometimento desses crimes, nem especificá-los: basta provar que não foi possível estabelecer uma origem legítima relativamente aos bens do visado.

A obrigação de pagamento é flanqueada pela medida de detenção para pagamento da dívida por um período que pode ir até 3 anos ⁽¹⁸⁾, excepto se se provar a impossibilidade de pagamento.

2.3. *França*: No direito francês, o controlo das vantagens relacionadas com o crime evoluiu em duas direcções.

a) Em primeiro lugar, a Lei n.º 2006-64, de 23 de Janeiro de 2006, modificou o art. 321-6 do CP Francês (integrado no capítulo onde se pune a receptação e crimes afins), que passou a incriminar, punindo-o com 3 anos de prisão e 75.000 euros de multa, o facto de o agente não apresentar recursos lícitos que justifiquem o seu modo de vida, mantendo ao mesmo tempo relações habituais com pessoas que, ou se entregam ao cometimento de crimes ou delitos puníveis com pena não inferior a 5 anos de prisão que lhes trazem um benefício directo ou indirecto, ou são vítimas de uma destas infracções ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Art. 36e, n.º 10, do CP, e art. 577c do Código de Processo Penal. Esta medida veio substituir, com a modificação legislativa de 2003, a prisão subsidiária (até 6 anos) em caso de incumprimento, prevista no revogado art. 24d do CP, que, uma vez executada, isentava o agente do pagamento.

⁽¹⁹⁾ Anteriormente, o art. 321-6 punia quem, tendo autoridade sobre um menor que com ele/ela coabitasse e que se entregasse habitualmente à prática de crimes contra o património, não conseguisse justificar o seu modo de vida através da apresentação de recursos lícitos. Esta incriminação desapareceu enquanto tal, passando a integrar uma das circunstâncias agravantes previstas no art. 321-6-1 criado em 2006 (embora já não se exija a coabitação).

b) Em segundo lugar, a Lei n.º 2007-297, de 5 de Março de 2007, modificou o art. 131-21 do CP, estabelecendo, no que aqui interessa, o seguinte regime ⁽²⁰⁾:

- a perda (*confiscation*) é uma pena complementar, de carácter facultativo, aplicável nos casos previstos na lei e às infracções puníveis com pena superior a 1 ano (exceptuando os crimes de imprensa);
- no que diz respeito ao seu âmbito, o confisco incide sobre os bens móveis e imóveis que tenham servido ou estivessem destinados a servir para o cometimento do crime e que sejam propriedade do agente, ou que se encontrem na sua disponibilidade, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé, bem como sobre os bens que constituem o objecto ou o produto, directo ou indirecto, da infracção, à excepção daqueles que possam ser restituídos à vítima;
- se se tratar de uma infracção punível com pena não inferior a 5 anos de prisão, que tenha proporcionado um lucro directo ou indirecto, a perda abrange os bens que pertençam ao condenado quando este não consiga justificar a origem dos bens que se pretende confiscar;
- o confisco geral pode incidir sobre todo o património do condenado, ou apenas parte dele, se as normas que punem o crime em causa o previrem, como sucede, v. g., com os arts. 213-1, 213-3 (crimes contra a Humanidade) e 225-25 (tráfico de pessoas e lenocínio) do CP;
- a perda é aplicável às pessoas jurídicas condenadas em processo penal.

⁽²⁰⁾ Sobre a evolução da *confiscation*, veja-se o *Rapport n.º 328 (2009-2010) de M. François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 février 2010*, precedendo a *Proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale* (disponível em <<http://www.senat.fr/rap/109-328/109-328.html>>), que deu origem à Lei n.º 2010-769 de 9-07-2010, à qual se deve a inclusão dos “*droits incorporels*” no âmbito dos bens confiscáveis.

2.4. *Itália*: O ordenamento italiano é aquele que mais semelhanças apresenta com o vigente direito português, ao menos nas suas disposições essenciais.

a) O art. 204 do CP Italiano regula a “perda clássica”, que tem por pressuposto uma condenação e a prova da ligação entre o crime e as vantagens, sendo qualificada como uma “medida de segurança patrimonial”, assente na perigosidade representada pela posse dos bens ⁽²¹⁾.

b) Por sentença de 17 de Fevereiro de 1994, o Tribunal Constitucional italiano declarou a inconstitucionalidade da norma contida no art. 12-*quinquies* da L. 356/92, que incriminava a posse injustificada de bens desproporcionais aos respectivos rendimentos por parte de pessoas arguidas por certos crimes. Na sequência, o legislador aprovou o art. 12-*sexies*, onde veio prever o confisco desses bens desproporcionais e injustificados que se encontrem na titularidade ou posse de pessoas condenadas pelos ditos crimes. A jurisprudência maioritária considera que se trata de uma medida de segurança patrimonial (atípica) ⁽²²⁾, ao passo que a doutrina dominante entende que se trata de uma pena, devido à prevalência dos fins punitivos sobre os fins preventivos ⁽²³⁾ e à inexistência de umnexo entre a medida e o facto por que o agente é condenado ⁽²⁴⁾. Esta pena seria assim semelhante à

⁽²¹⁾ Para uma resenha de outras normas dispersas que regulam o confisco em determinados sectores normativos e a diferente natureza que ele assume em cada um desses lugares (um instituto “camaleónico”), cf. ALESSANDRO AULETTA / ANTONIO SERPICO, “La natura giuridica della confisca e l’incidenza della CEDU”, *Innovazione e Diritto* 6/2010, p. 209 e s.

⁽²²⁾ *Cass.*, sez. UU, n.º 920, de 17-12-2003; dessa natureza decorreria, p. ex., a legitimidade da aplicação retroactiva da perda alargada a factos anteriores à entrada em vigor da lei: cf. A. AULETTA / A. SERPICO, *cit.*, p. 216, com indicações de jurisprudência.

⁽²³⁾ LUIGI FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Cedam, 1997, p. 63 e ss.

⁽²⁴⁾ GABRIELE FORNASARI, “L’ultima forma di manifestazione della ‘cultura del sospetto’: il nuovo art. 12-*sexies* della legge n. 356 del 1992”, *Critica del Diritto* (1994), p. 17.

Vermögensstrafe que o Tribunal Constitucional alemão declarou inconstitucional por decisão de 20 de Março de 2002 ⁽²⁵⁾.

2.5. *Alemanha*: O direito alemão prevê também a perda e a perda alargada, respectivamente nos §§ 73 e 73d do CP. Duas características merecem destaque:

a) Tradicionalmente, a perda era vista como uma medida de segurança, que tinha por objectivo privar os agentes da vantagem patrimonial obtida através de um facto ilícito-típico, colocando-os na posição em que estariam se não o tivessem praticado. Porém, a Lei de 28 de Fevereiro de 1992 alterou o enunciado da norma, substituindo a expressão “vantagem patrimonial” (*Vermögensvorteil*) pelo termo “aquilo” (*etwas*); em consequência, a perda deixou de ter por objecto o benefício patrimonial concreto (a vantagem líquida, calculada de acordo com o *Nettoprinzip*) e passou a referir-se aos bens obtidos (*Bruttoprinzip*), o que, de acordo com a doutrina dominante, deu uma configuração diferente ao instituto: o possível excesso do valor da perda relativamente ao ganho concreto obtido pelo agente constitui materialmente uma punição, pelo que o confisco passou a assumir a natureza de pena ⁽²⁶⁾. Daqui decorre que, pelo menos nos casos em que tal

⁽²⁵⁾ BVerfG, 2 BvR 794/95, de 20 de Março de 2002. Neste preciso sentido, DÉSIREE FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press: Bologna, 2007, p. 225.

⁽²⁶⁾ Vd. SVEN KEUSCH, *Probleme des Verfalls im Strafrecht*, Peter Lang, 2005, p. 45 e ss., com indicação de outra bibliografia, e, por último, HANS ACHENBACH, “Sanktionen gegen Unternehmen”, in Achenbach / Ransiek (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3.ª ed., 2012, p. 18 e s. Vd. também, a propósito, PETER ALLDRIDGE, cit., p. 57, citando o *Hodgson Report* (DAVID HODGSON, *Profits of Crime and their Recovery*, Heinemann, 1984) e desenvolvendo o argumento mais adiante, p. 149. Esta construção não foi partilhada pelo Tribunal Constitucional alemão, que a afastou expressamente, sustentando que o *Bruttoprinzip* é uma mera transposição, para o regime do confisco, de um critério de distribuição do risco vigente na disciplina do enriquecimento sem causa (BVerfG, 2 BvR 564/95, de 14 de Janeiro de 2004): vd. *infra* no texto.

excesso se verifica, não basta, para a sua aplicação, a prática do ilícito-típico referida na lei: é ainda necessária a prova da culpa, ou seja, de um crime completo (*volldeliktische Tat*), sob pena de violação do princípio *nulla poena sine culpa* ⁽²⁷⁾.

b) A perda alargada (*erweiterte Verfall*) foi introduzida no § 73d do CP Alemão pela Lei de 15-07-1992, que entrou em vigor a 22 de Setembro do mesmo ano. De acordo com o enunciado da norma, em caso de cometimento de um facto ilícito-típico punido por uma norma que expressamente remeta para o instituto da perda alargada, o tribunal ordena a perda dos bens titulados ou detidos pelos autores e participantes sempre que as circunstâncias justifiquem a suposição (“... wenn Umstände die Annahme rechtfertigen...”) de que eles foram obtidos através ou para o cometimento de outros factos ilícitos-típicos. O *Bundesgerichtshof* pronunciou-se no sentido da conformidade do confisco alargado com o princípio da culpa e a presunção de inocência constitucionalmente garantidos, adoptando para tanto uma interpretação (muito) restritiva da referida norma: a medida só pode ser decretada se o tribunal se encontrar plenamente convencido, em virtude de exaustiva produção e valoração da prova, que o arguido adquiriu os bens através de factos típicos e ilícitos, os quais todavia não têm que ser individualmente provados; consequentemente, a dúvida razoável sobre a proveniência dos bens impedirá o decretamento do confisco ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ S. KEUSCH, cit., p. 59 e ss.

⁽²⁸⁾ BGH 4 StR 516/94, de 22 de Novembro de 1994, § 8 e s.: “Die Anordnung des erweiterten Verfalls kommt nur in Betracht, wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und-würdigung (...) die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, daß der Angeklagte die von der Anordnung erfaßten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne daß diese selbst im einzelnen festgestellt werden müßten (...). Insoweit kann an die Rechtsprechung zur rechtsfehlerfreien richterlichen Überzeugungsbildung angeknüpft werden (...). Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln an einer deliktischen Herkunft von Tätervermögen Anlaß geben, stehen der Anordnung des erweiterten Verfalls dieser Gegenstände entgegen”. Note-se que a decisão do BGH 2 StR 691/94, de 1 de Março de 1995, não parece ter vindo admitir, contra aquele entendimento, a possibilidade de “um menor grau de convencimento do tribunal” relativamente à origem dos bens; diversamente, afirmou-se ali que as objec-

Mas as dúvidas sobre a constitucionalidade da perda alargada no direito alemão suscitam-se também em outros quadrantes. Na verdade, tanto o legislador como o Tribunal Constitucional pretenderam conferir a esta medida um carácter não penal, por analogia com a perda clássica. Porém, como vimos, a perda clássica, dirigindo-se agora ao valor bruto dos bens obtidos — inovação que, curiosamente, foi introduzida para uniformizar o seu regime com o da perda alargada, criada uns meses depois... — tem, de acordo com a doutrina dominante, a natureza de uma pena. Ora, parte da doutrina entende que, ao invés do que ocorre com a perda clássica, não é possível fazer aqui uma interpretação conforme com a Constituição, de maneira a harmonizar o regime com o princípio da culpa, visto que este foi expressamente afastado pelo legislador e aquela interpretação implicaria, na realidade, a (metodologicamente ilegítima) determinação de uma nova norma ⁽²⁹⁾. Consequentemente, o § 73d seria inconstitucional.

2.6. Reino Unido: O direito britânico mais recente, contido no *Proceeds of Crime Act* de 2002 (POCA) ⁽³⁰⁾, prevê uma dupla via para

ções que pressupõem essa interpretação não tinham aplicação ao caso, porque o tribunal *a quo* se tinha convencido da origem criminosa do património: “[z]u Recht hat das Landgericht die zwingende Vorschrift des § 73 d StGB angewandt. Es ist von der strafbaren Herkunft des Geldes überzeugt. Bedenken, welche sich daraus ergeben, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers bereits ein geringerer Grad richterlicher Gewißheit die Anordnung der Maßnahme rechtfertigt (Dreher/Tröndle StGB 46. Aufl. § 73 d Rdn. 4; Eser in Festschrift für Stree und Wessels [1993] S. 833, 845), stellen sich daher nicht (s. dazu auch BGH, Beschl. v. 22. November 1994 — 4 StR 516/94)”.
⁽²⁹⁾ S. KEUSCH, *cit.*, p. 155 ss. O A. entende também que a perda alargada viola a presunção de inocência e a garantia da propriedade privada, caracterizando-a como um instituto “totalmente falhado” (“völlig missglückten Vorschrift”: *ibid.*, p. 172). Em sentido oposto, por entender que a aplicação do *Bruttoprinzip* não dá ao instituto a natureza de pena, *vd.* a decisão do Tribunal Constitucional alemão referida *supra*, na nota (26).

⁽³⁰⁾ Subsequentemente modificado pelos diplomas *Serious and Organised Crime Act 2005*, *Serious Crime Act 2007* e *Policing and Crime Act 2009*.

a perda de vantagens provenientes de crimes: o confisco penal (*criminal confiscation*) e o confisco administrativo (*civil recovery*).

a) O processo de confisco penal decorre num *Crown Court* e pode seguir-se à prolação de uma sentença condenatória em processo decorrido perante esse tribunal ou à receção de um processo que terminou com sentença condenatória proferida num *Magistrates' Court* e remetido por este tribunal ao *Crown Court* para efeitos de determinação da pena, ou especificamente para a instauração de um processo de confisco. O processo pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal ou por promoção da Coroa (caso em que o processo é obrigatório, salvo *abuse of process*).

Para decretar a medida, o tribunal determina se o condenado tem um modo de vida criminoso (*criminal lifestyle* ⁽³¹⁾), o qual pode resultar de um dos três seguintes factores, a provar pela acusação “*on the balance of probabilities*” ⁽³²⁾:

- (i) a condenação em causa diz respeito a *certos crimes* (tráfico de estupefacientes, branqueamento, direcção de grupo terrorista, tráfico de pessoas ou armas, contrafacção e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão, bem como a tentativa, a instigação e a conspiração para praticar estes crimes); ou
- (ii) o crime insere-se numa sequência de actividade criminosa (“*part of a course of criminal activity*”); para tanto, é neces-

⁽³¹⁾ Secção 75 POCA.

⁽³²⁾ Secção 6(7) POCA. Na decisão *Briggs-Price* ([2009] 1 AC 1026), a Câmara dos Lordes afirmou que, se a prova do benefício assentar unicamente na prática de outros crimes (*sc.*, se não forem detectados bens na posse do arguido), o tribunal tem que convencer-se da culpabilidade do arguido por esses crimes para lá da dúvida razoável (“*beyond reasonable doubt*”), pois só assim o regime será compatível com o art. 6(1) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*vd.* EDWARD REES / RICHARD FISHER / RICHARD THOMAS, *Blackstone's Guide to the Proceeds of Crime Act*, 4.^a ed., OUP, 2011, p. 19 e p. 25). Essa jurisprudência parece não ter sido posta em crise na recente decisão da Câmara dos Lordes *Gale v. SOCA* ([2011] UKSC 49), de 26-10-2011, que considerou suficiente o estabelecimento da actividade criminosa anterior “*on the balance of probabilities*”, pois este caso dizia respeito a um confisco civil e os bens encontravam-se na posse dos demandados.

sário que o agente tenha tirado do crime por que foi condenado benefício não inferior a 5.000£ e:

- α) que tenha sido condenado, no mesmo processo, por, pelo menos, outros três crimes de que tenha tirado idêntico benefício ⁽³³⁾; ou
- β) que, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha tirado idêntico benefício ⁽³⁴⁾;

ou

- (iii) o crime foi cometido durante pelo menos 6 meses e o condenado tirou dele um benefício não inferior a 5.000£.

Se concluir pela existência de um modo de vida criminoso, o Tribunal determina, por intermédio de presunções, o benefício obtido pelo condenado: presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos 6 anos anteriores ao início do processo e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento posterior à sentença condenatória, constituem resultado da sua actividade criminosa geral (“*general criminal activity*”); e presume-se também que todas as despesas efectuadas naquele período de 6 anos foram realizadas com bens com a mesma proveniência. As presunções incorrectas podem ser elididas pelo visado através da prova (por preponderância das probabilidades) de que certo bem ou rendimento é de fonte legítima e podem ser afastadas pelo tribunal quando a sua aplicação produzir um risco sério de injustiça.

Se concluir pela inexistência de um modo de vida criminoso, o tribunal tem que decidir se o condenado beneficiou da particular conduta que é objecto dos autos (aí se englobando todos os crimes que tiverem sido levados em conta na determinação da pena, para abranger as cha-

⁽³³⁾ Não é líquido se se trata de uma quantia global ou relativa a cada infracção (vd. REES / FISCHER / THOMAS, *cit.*, p. 23), mas a letra da Secção 75(4) do POCA parece apontar para a segunda alternativa (“[b]ut an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than 5.000£”).

⁽³⁴⁾ *Idem.*

madas “*lesser included offences*”). O ónus da prova do benefício cabe à Coroa, “*on the balance of probabilities*”.

b) O *confisco administrativo* é um procedimento *in rem*, dirigido contra a propriedade confiscável (*recoverable property*), que se define como sendo composta pelos bens obtidos através de actividade criminosa (*unlawful conduct*) ⁽³⁵⁾ de valor superior a 10.000£, ou os bens que se sub-rogam no lugar deles.

Na formulação do Juiz Sullivan ⁽³⁶⁾, as autoridades não têm que alegar e provar o cometimento de um crime determinado, mas devem expor e provar, “*on the balance of probabilities*”, que os bens procedem de factos que integram certo género ou géneros de crimes (fraude, roubo, etc.), mesmo que praticados por pessoa diferente daquela que actualmente é titular do bem ou têm sobre ele uma pretensão ⁽³⁷⁾.

A jurisprudência diverge quanto à questão de saber se a prova de que o demandado não tem rendimentos legítimos que expliquem o seu modo de vida é suficiente para se considerar provada (por preponderância das probabilidades) a origem criminosa dos bens: em sentido negativo, vd. *Director of ARA v. Green* ⁽³⁸⁾ e, em sentido afirmativo, o Juiz Griffith Williams no caso *SOCA v Gale and others* ⁽³⁹⁾.

IV. O estatuto da proposição “o crime não compensa” no direito internacional e europeu, a sua relação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: desfazendo alguns equívocos

1. Sucintamente, pode afirmar-se que não existem deveres internacionais ou europeus que imponham um abrandamento das exigências

⁽³⁵⁾ Secções 304(1) e 241(1) POCA; cf. REES / FISCHER / THOMAS, *cit.*, p. 161. Se se tratar de actividade praticada no estrangeiro, vale o princípio da dupla incriminação (Secção 241(2) POCA).

⁽³⁶⁾ *Director of ARA v. Green*, [2005] EWHC 3168 Admin.

⁽³⁷⁾ Assim também o Juiz Moore-Bick no caso *The Director of Assets Recovery Agency v. Szepietowski & Ors*, [2006] EWHC 3228 Admin., § 107.

⁽³⁸⁾ *Supra*, nota (36).

⁽³⁹⁾ [2009] EWHC 1015.

em matéria de prova para efeitos da perda alargada ou a criminalização do enriquecimento “ilícito”.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o direito da União Europeia só exige a declaração de perda quando o tribunal esteja plenamente persuadido, com base em factos específicos, de que os bens em questão foram obtidos a partir de actividades criminosas semelhantes da pessoa condenada ⁽⁴⁰⁾, deixando aos Estados-membros a opção de utilizar “procedimentos não penais para destituir dos bens em questão o autor da infracção” ⁽⁴¹⁾. Por sua vez, o art. 5.º, n.º 7, da *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas*, de 1988 ⁽⁴²⁾, o art. 12.º, n.º 7, da *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, de 2000 ⁽⁴³⁾, 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 ⁽⁴⁴⁾, prevêem a possibilidade, mas não o dever, de os Estados imporem o ónus de provar a origem lícita dos bens ao seu detentor, dentro do respeito pelos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Por outro lado, nem o direito internacional nem o direito europeu impõem um dever de criminalizar o enriquecimento “ilícito”. De acordo com o art. 20.º da *Convenção das Nações Unidas contra a*

⁽⁴⁰⁾ Art. 3.º, n.º 2, als. b) e c), da *Decisão-quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime* (JO L 68, de 15-03-2005, p. 51).

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, art. 3.º, n.º 4. Não será este o local para aprofundar o problema, mas seja-nos permitido questionar até que ponto a função das decisões-quadro e das directivas — impor certo resultado aos Estados-membros: art. 34.º, n.º 2, al. b), do Tratado da União Europeia, na versão de Amesterdão, e art. 228.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia vigente — é compatível com normas permissivas deste género (“os Estados-membros podem...”) fora dos casos em que se limitam a esclarecer que a vinculação à obtenção de certo resultado não impede os Estados-membros de adoptar certas soluções cuja compatibilidade com o instrumento europeu poderia ser, de outra forma, duvidosa.

⁽⁴²⁾ *Supra*, nota (14).

⁽⁴³⁾ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril.

⁽⁴⁴⁾ *Supra*, nota (14).

Corrupção, de 2003 ⁽⁴⁵⁾, os Estados Partes têm apenas o dever de ponderar, no respeito pelas respectivas Constituições e pelos princípios fundamentais dos respectivos sistemas jurídicos, a criminalização do aumento patrimonial significativo do/a funcionário/a que não possa ser por ele/a razoavelmente explicado, tendo em atenção os seus rendimentos lícitos.

2. Em segundo lugar, a conformidade de certo procedimento ou sanção com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tal como interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), muitas vezes brandida em matéria de confisco ⁽⁴⁶⁾, não é garantia absoluta e formal da sua legitimidade, nomeadamente perante o direito constitucional nacional: importa não esquecer que a CEDH contém apenas um catálogo de garantias mínimas, e não um código europeu dos direitos humanos.

3. Em terceiro lugar, devemos ter presente que não cabe ao TEDH determinar a “verdadeira natureza”, penal ou não-penal, de um certo procedimento ou sanção. Essa qualificação compete aos ordenamentos nacionais, de acordo com os instrumentos hermenêuticos geralmente

⁽⁴⁵⁾ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de Setembro.

⁽⁴⁶⁾ É usual invocar propósito do uso de presunções em matéria penal a jurisprudência expandida pelo Tribunal no *AcTEDH Salabiaku v. France*, de 7 de Outubro de 1988, segundo a qual “[p]resumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. (...) Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence” (§ 28). O Tribunal concluiu que, no caso concreto, tais limites não haviam sido violados, porque, apesar de a lei francesa presumir o cometimento do crime de importação ilegal de bens a partir da respectiva detenção, os tribunais da condenação não se acolheram simplesmente à presunção, antes formaram a sua convicção com base na prova existente no processo (§ 29 e s.). Criticamente sobre esta decisão, cf. STEFAN TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, O.U.P., 2005, p. 157 e s., e 158 e ss.

aplicáveis (*maxime*, atendendo aos respectivos pressupostos e fins). O que a jurisprudência do TEDH tem afirmado desde o célebre Acórdão *Engel* (e depois *Öztürk*) é que o conceito de “pena” e “matéria penal” constante da CEDH, *para efeitos da aplicação das garantias aí contidas*, é autónomo em relação às qualificações operadas pelos Estados. Assim, pode suceder que certa sanção, procedimento ou infracção, qualificados como não-penais (v. g., administrativos) no direito interno, devam obedecer aos parâmetros postos pela CEDH para a matéria penal — mas isso não significa que seja a CEDH, ou, muito menos, o Tribunal, a determinar a sua “verdadeira” natureza, nem que a qualificação aí operada modifique a natureza de que se revestem no direito nacional.

V. A inconveniência da instituição de procedimentos administrativos *in rem*

1. A instituição de procedimentos *in rem* para obter o confisco de bens de cuja origem *ilícita* (não necessariamente *criminosa*) se suspeita não é ilegítima no seu princípio. Sê-lo-á, decerto, em algumas das suas possíveis concretizações, como no modelo que vigorou nos Estados Unidos da América até a entrada em vigor do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA), de 25 de Abril de 2000, de acordo com o qual bastava ao Governo alegar os indícios (*probable cause*) da origem criminosa de certo bem para que o interessado tivesse de provar a legitimidade da sua proveniência⁽⁴⁷⁾. Dessa forma, os indícios que servem para a instauração da acção penal constituíam causa bastante para o confisco, levando, na prática, à imposição de um dever *geral* de justificação da proveniência do património, frontalmente contrário ao princípio liberal do Estado.

⁽⁴⁷⁾ Actualmente, o Título 18, Capítulo 46, § 983 (c), (1) do *US Code* exige que o Governo prove a sua pretensão estabelecendo que a origem ilícita é a mais provável das alternativas (*by preponderance of the evidence*): cf. DEE R. EDGEWORTH, *Asset Forfeiture: Practice and Procedure in State and Federal Courts*, 2. ed., ABA, 2008, p. 127 e s.; e CHARLES DOYLE, “Crime and forfeiture”, in Ryan E. McGowan / Colin H. Grovsten (Eds.), *Forfeiture, Conspiracy, Venue. Federal Crime Law*, Nova Science Publ., 2011, p. 4 e s.

Porém, corrigidos esses excessos, podem conceber-se procedimentos *prima facie* legítimos, que não visam imputar a responsabilidade pela prática de crimes (ou de outros ilícitos, v. g., administrativos) a uma pessoa, mas tão só fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida. Na verdade, o respeito escrupuloso pelos princípios e garantias vigentes no direito penal não impedem que o Estado possa provar em procedimento adequado, com vista ao decretamento do confisco, que o detentor de certos bens ou valores os obteve ilicitamente, pouco importando se a forma ilícita de tal obtenção constitui, ou não, um ilícito criminal, com todos os seus sinais. Mais concretamente, o respeito pela presunção de inocência não implica que só se possa eliminar certa posição patrimonial ilegítima obtida através de um crime lançando mão do direito e do processo penal, mesmo que, para tanto, seja necessário alegar e provar factos que *também* constituem um ilícito criminal — desde que a medida visada (a eliminação da posição patrimonial ilegítima) não tenha conteúdo nem finalidade punitivos e o procedimento não possa, por isso, prevalecer-se dos meios de investigação disponíveis no processo penal⁽⁴⁸⁾.

2. Sucede que, em nossa opinião, tal solução seria muito inconveniente, porque, na prática, tais procedimentos são construídos e mobilizados como um *sucedâneo* dos mecanismos penais, adivinhando-se a produção de um sem número de graves disfunções.

2.1. Desde logo, se desligarmos estes procedimentos da prática de crimes e, por aí, da prevenção criminal, não é fácil descortinar um fundamento sólido onde escorar a acção estatal. Com efeito, não parece que seja função do Estado assegurar contínua e estreneamente, de forma genérica, uma ordenação dominial conforme com a lei, lançando uma espécie de novas devassas gerais sobre a proveniência dos bens detidos pelos cidadãos. O que significa que, na prática, os procedimentos *in*

⁽⁴⁸⁾ E, parece-nos, desde que os factos em análise não tenham sido já objecto de uma decisão de absolvição, embora a questão seja discutida: *vd. infra* VIII, 7.

rem se fundariam exclusivamente na prática de crimes — e não é certamente por acaso que, nos países onde existem, esses procedimentos “civis” se encontram *legalmente* adstritos ao confisco de bens obtidos através do (ou relacionados com o) cometimento de crimes⁽⁴⁹⁾.

2.2. Depois, a coerência do instituto com o seu princípio — *sc.*, a inexistência de uma intencionalidade punitiva — obrigaria a limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida⁽⁵⁰⁾, desiderato que não só é alheio à lógica de um procedimento *in rem* (*sc.*, sobre a *coisa*), como também exige o estabelecimento de uma ligação pertinencial entre a coisa e um património (para calcular a vantagem líquida) e, por aí, implica forçosamente a referência a um sujeito de direito que precisamente se quis evitar.

2.3. Em terceiro lugar, embora a hibridez dos mecanismos de confisco não fundados na prova concreta de um crime pareça inevitável⁽⁵¹⁾, a duplicidade daí resultante não pode funcionar perversamente contra as garantias individuais. Assim, e a título de exemplo, o Estado não pode prevalecer-se (na veste de titular do *ius puniendi*) dos meios de obtenção de prova propiciados pelo processo penal para detectar e obter bens de origem ilícita e utilizar depois a prova obtida (na veste de simples “autor”) num procedimento administrativo / civil, *inter partes*, “livre” das garantias previstas no processo penal. De outra forma, estaremos perante uma verdadeira “burla de etiquetas”⁽⁵²⁾, incompatível com um princípio de *fairness* subjacente a todos os procedimentos que afectam direitos e pretensões individuais e com a própria ideia de Estado de direito.

⁽⁴⁹⁾ Cf. a Secção 241 do POCA; e TREVOR MILLINGTON / MARK SUTHERLAND WILLIAMS, *On the Proceeds of Crime*, 3. ed., O.U.P., 2010, p. 321.

⁽⁵⁰⁾ *Vd. supra*, III, 2.5, e *infra*, VII, 3.

⁽⁵¹⁾ *Vd. infra* VIII, 1.

⁽⁵²⁾ Assim também JORGE CARLOS FONSECA, “O crime de ‘lavagem de capitais’: uma perspectiva crítica dogmática e de política criminal, em especial a partir da experiência legislativa cabo-verdiana”, in Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, 2010, p. 290.

2.4. *Last but not the least*, os procedimentos *in rem* podem criar graves conflitos entre o interesse na recuperação de activos e o interesse na administração da justiça penal, especialmente quando se encontrem confiados aos mesmos órgãos e agências do Estado. Com efeito, não sendo claros, à partida, quais os efeitos que a decisão da questão penal pode ter sobre a pretensão civil⁽⁵³⁾, não está excluído que as agências formais de controlo considerem preferível atacar o lucro suspeito através do procedimento civil, mais atraente no plano da prova, em vez de procurarem a condenação dos agentes dos crimes que o geraram — sobretudo quando aquelas estruturas se vão tornando financeiramente dependentes dos activos recuperados, como sucede, p. ex., nos Estados Unidos da América, onde se fala já de “*addiction to the drug war*”⁽⁵⁴⁾ e “*policing for profit*”⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Mesmo que ponhamos entre parêntesis a eventual aplicabilidade da garantia *ne bis in idem*, o TEDH decidiu já, muito claramente, que o confisco subsequente a uma condenação “*is a measure (maatregel) inappropriate to assets which are not known to have been in the possession of the person affected, the more so if the measure concerned relates to a criminal act of which the person affected has not actually been found guilty. If it is not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt. This can hardly be considered compatible with Article 6, § 2 (...). Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted (...). Article 6 § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused’s innocence is no longer admissible*” (AcTEDH, *Geerings v. The Netherlands*, de 1-06-2007, § 47 e ss.). Em consequência, o Tribunal concluiu pela violação da presunção de inocência garantida pelo art. 6, § 2, da CEDH.

⁽⁵⁴⁾ JOHN L. WORRALL, “Addicted to the drug war: The role of civil asset forfeiture as a budgetary necessity in contemporary law enforcement”, *Journal of Criminal Justice* 29 (2001), p. 171 e ss.

⁽⁵⁵⁾ ERIC BLUMENSON / EVA NILSEN, “Policing for profit: The drug war’s hidden economic agenda”, *University of Chicago Law Review* 65 (1998), p. 35 ss. *Vd. também* ERIC MOORES, “Reforming the civil asset forfeiture reform act”, *Arizona Law Review* 51 (2009), p. 777 e ss.; e JEFFERSON E. HOLCOMB / TOMISLAV V. KOVANDZIC / MARIAN R. WILLIAMS, “Civil asset forfeiture, equitable sharing, and policing for profit in the United States”, *Journal of Criminal Justice* 39 (2011) p. 273 e ss., com outras referências bibliográficas.

2.5. Em suma: os procedimentos *in rem* para o confisco de bens de origem ilícita não conseguem libertar-se da sombra jurídico-penal que constantemente os persegue, e deixam a indelével impressão de *expedientes* manobrados pelo Estado para subverter os princípios e mecanismos do direito penal. Na verdade, de cada vez que procuramos afastá-los do direito penal, para assim justificar as especialidades que os tornariam eficientes, deparamos com uma acção pública falha de fundamento bastante, uma medida que contradiz a sua intencionalidade, um processo onde teriam de abundar os limites aos poderes de investigação, uma indesejável concorrência com a acção penal e, no caso português, um Ministério Público esgaçado entre a obediência ao princípio da legalidade (processual) e da objectividade, que regem a sua actuação como titular da acção penal, e o interesse na oportunidade de uma reversão, *pro domo sua* (em sentido amplo ou em sentido estrito), de activos ilegítimamente detidos por particulares ⁽⁵⁶⁾.

Deste modo, existe um forte risco de que os procedimentos *in rem* acabem por incorporar várias das características do direito e do processo penal (*naturam expellas furca, tamen usque recurret*), excepto as que visam proteger as garantias individuais ⁽⁵⁷⁾.

Tudo o que nos leva a concluir que os procedimentos *in rem*, quando sejam verdadeiramente autónomos do direito penal, serão provavelmente inúteis e talvez até perniciosos; quando o não sejam, constituem atalhos para o Estado impor, como titular do *ius puniendi*, medidas com finalidades preventivas num quase-processo penal, subtraindo a acção pública às garantias constitucionalmente previstas.

⁽⁵⁶⁾ Em sentido próximo, J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 148 e ss., referindo-se embora — posição que já não acompanhamos: *vd. infra* VIII — ao regime instituído na L. 5/2002.

⁽⁵⁷⁾ Em sentido próximo, mas centrando o problema na violação da presunção de inocência (presunção que, de acordo com o raciocínio que vimos expondo, não deveria ter lugar em procedimentos de natureza genuinamente não-penal), JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, “Civil confiscation of proceeds of crime: a view from Macau”, in Simon N. M. Young (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Edward Elgar Pub., 2009, p. 330 e ss.

VI. A ilegitimidade da incriminação do enriquecimento “ilícito”: entre a violação da presunção de inocência e a falta de dignidade penal

1. Se os procedimentos *in rem* não são necessariamente ilegítimos, o mesmo não pode dizer-se da incriminação do enriquecimento “ilícito”, *rectius*, injustificado, que por isso tem sido rejeitada pela generalidade, senão totalidade, dos países da União Europeia ⁽⁵⁸⁾.

As propostas apresentadas em Portugal para a criminalização do enriquecimento “ilícito” reconduzem-se a três modelos básicos, que podem aliás mesclar-se entre si: um *crime de suspeita* ⁽⁵⁹⁾, cujo conteúdo de ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o

⁽⁵⁸⁾ A norma italiana que previa o crime de enriquecimento “ilícito” (o art. 12-*quiquies* da Lei 356 de 1992) — que era aliás um crime específico, exigindo a qualidade de arguido por certos crimes — foi declarada inconstitucional pela *Corte Costituzionale*, por decisão de 17 de Fevereiro de 1994. A mesma sorte viria a ter a norma contravencional prevista no art. 708 do CP italiano, onde se punia a posse injustificada de valores por parte de quem tivesse sido condenado por delitos motivados pelo lucro ou por contravenções relativas à prevenção dos delitos contra o património (sentença da *C. Cost.* n.º 370, de 2-11-1996; o segmento restante da norma, referido aos condenados por mendicidade, advertidos ou sujeitos a medida de segurança pessoal ou caução de boa conduta havia sido declarado inconstitucional pela sentença da *C. Cost.* n.º 110, de 2-07-1968).

O direito francês conhece, desde 2006, uma espécie de crime de enriquecimento ilícito (art. 321-6 do CP), mas exige que o titular do património injustificado “mantenha relações habituais” com agentes de crimes puníveis com prisão superior a 5 anos, que lhes tragam um benefício directo ou indirecto, ou com vítimas desses crimes — e por isso se compreende que esta infracção seja concebida como uma forma de *receptação*, integrando-se no respectivo capítulo.

⁽⁵⁹⁾ Sobre a categoria dos “reati di sospetto”, *vd.* GIORGIO MARINUCCI / EMILIO DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3 ed., Giuffrè, 2009, p. 174; VALERIO NAPOLEONI, “Art. 707. Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli”, in Giorgio Lattanzi / Ernesto Lupo, *Codice Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina. vol. XIII. Le Contravvenzioni. Libro III. Artt. 650-734-bis*, Giuffrè, 2010, p. 403 e ss.; e, especificamente sobre o enriquecimento ilícito como um crime de suspeita, JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, “Do crime de ‘riqueza injustificada’ (Artigo 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n.º 24 (2007), p. 27 e ss.

agente praticou certos crimes que lhe propiciaram o património incongruente ⁽⁶⁰⁾; um *crime de estado*, cujo conteúdo de ilícito é a própria incongruência entre o património possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente ⁽⁶¹⁾; ou um *crime de falsidade*, cujo conteúdo de

⁽⁶⁰⁾ Assim podiam caracterizar-se os Projectos de Lei n.º 374/X (2007) e n.º 89/XI (2009) do Partido Social Democrata, que puniam o funcionário (e o titular de cargo político) que, “durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que sejam manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas (...)”; bem como o Projecto de Lei n.º 72/XII (2011) do Partido Social Democrata e do Centro Democrático Social — Partido Popular, que, com uma redacção aliás bizarra, tipifica o crime da seguinte forma: “Sempre que se verifique um incremento significativo do património, ou das despesas realizadas por um funcionário [ou um titular de cargo político ou de alto cargo público], que não possam razoavelmente por ele ser justificados, em manifesta desproporção relativamente aos seus rendimentos legítimos, com perigo manifesto daquele património provir de vantagens obtidas de forma ilegítima no exercício de funções, é punível com pena de prisão até 5 anos” (interpolação nossa).

⁽⁶¹⁾ A generalidade das propostas apresentadas até à data inclui-se neste modelo.

É o caso dos dois primeiros tipos legais previstos nos Projectos de Lei n.º 360/X (2007), n.º 25/XI-1.ª (2009) e n.º 11/XII (2011) do Partido Comunista Português, que — reproduzindo quase *verbatim* o art. 28.º, n.º 1, da Lei 11/2003, de 28 de Junho, da Região Autónoma Especial de Macau — punem (1) “os cidadãos abrangidos pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 38/83, de 25 de Outubro e n.º 25/95, de 18 de Agosto que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita (...)”; e (2) “os cidadãos relativamente a quem se verifique, no âmbito de um procedimento tributário, que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita”.

Era também o caso dos Projectos de Lei n.º 769/X/4.ª e n.º 43/XI (2009) do Bloco de Esquerda: “o titular de cargo político, o titular de alto cargo público ou o

funcionário que durante o período do exercício de funções, ou nos cinco anos subsequentes à cessação das suas funções adquirir, no país ou no estrangeiro, património imobiliário, ou títulos, ou aplicações financeiras, ou contas bancárias a prazo, ou direitos de crédito, ou quotas, ou acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, ou direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis ou bens de consumo, de valor manifestamente discrepante do seu rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito (...)”. Posteriormente, o Projecto de Lei n.º 4/XII/1.ª (2011) do mesmo partido, assumidamente elaborado no seguimento de sugestões feitas pelo Dr. Júlio Pereira e pelo Dr. Magalhães e Silva em audições parlamentares [vd. também, a propósito, JÚLIO PEREIRA, “O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal”, *Polícia e Justiça*, III Série, n.º 8, (Jul. / Dez. 2006), p. 43 e ss.; e MAGALHÃES E SILVA, “Enriquecimento ilícito”, *Diário de Notícias* de 10-12-2009], eliminou da factualidade típica o segmento “e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito”, apesar da “fragilidade do argumentário” (Preâmbulo do Projecto de Lei) de quem o criticava [vd., p. ex., PEDRO CAEIRO, “Enriquecimento ‘ilícito’: tapar o sol com más peneiras”, *Público* de 10-01-2010, p. 35; e GERMANO MARQUES DA SILVA, “Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal”, in Paulo Pinto de Albuquerque (coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2011, p. 59]. Nessa segunda versão, o crime parecia aproximar-se de um crime de falsidade / omissão de declaração, punindo “o titular de cargo político, de alto cargo público, funcionário ou equiparado que esteja abrangido pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, com as alterações que lhe foram subsequentemente introduzidas até à Lei n.º 38/2010, de 2 de Setembro, que por si ou interposta pessoa, estejam na posse ou título de património e rendimentos manifestamente superiores aos apresentados nas respectivas e prévias declarações (...)”. Porém, logo se acrescentou que “a justificação da origem lícita do património ou rendimentos detidos, exclui a ilicitude do facto do respectivo titular”, por aí se mostrando que o que está causa não é a omissão de declaração do património incongruente, mas sim a origem ignota do património incongruente não declarado; inciso que permitirá eventualmente compreender a de outra forma contraditória afirmação, feita no mesmo Preâmbulo, segundo a qual “a concepção penal que aqui se aperfeiçoa, pela sua carga de responsabilidade política, da confiança da comunidade, está muito para além da mera comprovação de falsas declarações”.

Nesta órbita se inscreve também o tipo legal sugerido no *Parecer do Conselho Superior do Ministério Público sobre os Projectos de Lei 4/XII/1.ª, 5/XII/1.ª e 72/XII/1.ª (tipificação do crime de enriquecimento ilícito)*, datado de 29 de Setembro de 2011, onde se propõe a punição de “quem exerça ou tenha exercido, nos cinco anos anteriores, cargo político ou de funcionário e possua património ou rendimentos sem

ilícito consiste no falseamento ou omissão das declarações de riqueza / património e respectiva fonte que o agente se encontrava obrigado a fazer: o enriquecimento não é ilícito por presuntivamente provir de crimes, mas sim por não ter sido declarado como devia ⁽⁶²⁾.

2. À excepção da terceira modalidade — onde se retratam condutas cuja dignidade penal é duvidosa, na parte em que não sejam subsumíveis a outras normas, e cuja punição com as usualmente elevadas penas exigidas para o enriquecimento ilícito violaria o princípio da proporcionalidade (proibição de excesso) — as restantes propostas, apesar das variações que nelas se detectam, deparam com o mesmo dilema ⁽⁶³⁾: ou se pune o agente em virtude de presuntivos crimes cometidos no passado, indiciados pela detenção de um património incongruente injustificado (eventualmente acrescida de outros factos onde se consubstancie o “perigo de proveniência criminosa”); ou se procura desligar o crime de enriquecimento ilícito dessa presuntiva origem e se pune o agente pela simples posse de um património sem certificado de origem lícita.

2.1. A primeira modalidade constitui uma irremissível violação da presunção de inocência garantida no art. 32.º, n.º 2, da CRP, porquanto

origem lícita determinada desproporcionais [incongruentes] com os rendimentos declarados para efeitos fiscais (...)”.

Por fim, a concretização mais radical deste crime de estado encontra-se no terceiro tipo legal previsto pelos Projectos de Lei n.º 25/XI-1.ª (2009) e n.º 11/XII (2011) do Partido Comunista Português, que pune os “cidadãos cujas declarações efectuadas nos termos da lei revelem a obtenção, no decurso do exercício dos cargos a que as declarações se referem, de património e rendimentos anormalmente superiores aos que decorreriam das remunerações correspondentes aos cargos públicos e às actividades profissionais exercidas”, mesmo que se trate, segundo parece, de património obtido licitamente.

⁽⁶²⁾ Assim G. MARQUES DA SILVA, *cit.*, p. 53, 57 e 62. Se bem a compreendemos, a sugestão do A. aproxima-se sensivelmente da lei vigente na República Popular da China, tal como descrita por JÚLIO PEREIRA, *cit.*, p. 55 e ss.

⁽⁶³⁾ Assim também AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, 2010, p. 33 e ss.

a punição não decorre daquilo que o agente fez, mas sim daquilo que, salvo prova em contrário, se presume ter ele feito: os crimes não esclarecidos geradores do património incongruente ⁽⁶⁴⁾.

Esta presunção de responsabilidade é muito clara quando se inclui na factualidade típica o “perigo” de o património incongruente provir da prática de crimes: ao invés do que se pretende, e como tivemos já ocasião de observar em outra ocasião ⁽⁶⁵⁾, não se trata aí de desenhar um crime de perigo (porquanto o perigo se traduz *sempre*, como categoria jurídica, num risco qualificado de um evento desvalioso futuro), mas sim de construir o ilícito-típico com os *indícios* de outros crimes *passados*, o que constituiria, ao que sabemos, manobra inédita na legislação penal.

A segunda malformação fatal deste modo de incriminar o enrique-

⁽⁶⁴⁾ A propósito desta modalidade, cf. JORGE GODINHO, como na nota (46), p. 31 e ss., cuja argumentação acompanhamos no essencial, e, em sentido crítico semelhante, A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 33. De todo o modo, preferimos ver a violação da presunção de inocência na imposição de penas que radica na presunção da prática de crimes, e não numa pretensa *inversão* do ónus da prova, que incorrectamente supõe a geral existência de um ónus de prova em processo penal e a sua atribuição ao Ministério Público.

No mesmo sentido se pronunciava EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Principais instrumentos para a prevenção e repressão da corrupção — o sistema português face à Convenção de Mérida”, *RMP* n.º 101, Ano 26 (2006), p. 88, que recusava a implementação do crime de enriquecimento ilícito no direito penal português “por razões de ordem constitucional, mormente de respeito pelo *princípio de presunção de inocência* do arguido” (itálicos no original). Porém, em escrito posterior (EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Contra a corrupção — as leis de 2010”, in Rui do Carmo / Helena Leitão (coord.), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2011, p. 58 e s.), o A. veio rever a sua posição, por força da “patente alteração de circunstâncias” pragmáticas (aliada, em subtil referência, a certas “interpretações constitucionais” sobre “matérias estatutárias e remuneratórias” de onde se depreenderia a legitimidade de uma aplicação das garantias constitucionais, digamos, sob reserva do possível), que afinal permitiria tal solução “sem lesão do princípio fundamental da presunção de inocência”; embora restrita “por agora, aos parâmetros dos ‘crimes especiais próprios’ ou ‘crimes de mão própria’, isto é, ao campo da acção dos funcionários públicos e dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos”.

⁽⁶⁵⁾ PEDRO CAEIRO, como na nota (61).

cimento “ilícito” é a ausência de um bem jurídico determinado. Se a finalidade é punir, por este meio, os crimes anteriormente praticados e não esclarecidos, o bem jurídico é absolutamente aleatório, tornando-se função de uma remissão cega: pune-se para proteger um qualquer bem jurídico (a administração da justiça, a autonomia intencional da administração, a saúde pública, o património, o funcionamento do sistema de subsídios, a liberdade sexual...), cuja lesão terá presuntivamente enriquecido o condenado e que *permanecerá ignoto mesmo após a condenação*. A punição do enriquecimento “ilícito” assemelhar-se-ia, nesta modalidade, a uma espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido.

2.2. Pese embora a diversidade de formulações que podemos surpreender nas propostas recenseadas como concretizações de um crime de estado ⁽⁶⁶⁾, a realidade é que todas assentam numa estrutura comum: pretende-se punir o agente por deter um património incongruente com os seus rendimentos lícitos (cujo modo de determinação não importa para este efeito ⁽⁶⁷⁾) e de origem desconhecida. Embora a finalidade político-criminal última seja, também aqui, atingir os agentes da criminalidade reditícia, a característica específica deste modo de incriminação reside em que se procura, tanto quanto possível, desligar a conduta punível da prática de crimes anteriores, de maneira a evitar as críticas e as objecções constitucionais suscitadas pela violação da presunção de inocência.

Para tanto, constrói-se o regime de maneira a garantir que o desconhecimento da proveniência do património incongruente não afasta a punição e que, simultaneamente, a prova da sua origem lícita exclui a punição. Este desiderato é levado a cabo através de vários mecanismos: v. g., caracterizando tipicamente o património desproporcionado

⁽⁶⁶⁾ *Supra*, nota (61).

⁽⁶⁷⁾ Sobre as perversidades a que conduziria um sistema de determinação dos rendimentos lícitos baseado nas declarações fiscais, *vd.* A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 33 e s.; e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caribdis”, *Público* de 28-10-2011.

como não resultando de qualquer meio de aquisição lícito (e impondo ao Ministério Público a respectiva prova); incluindo no tipo incriminador um elemento negativo (a origem lícita dos bens) cuja prova se impõe ao arguido; ou permitindo a exclusão da ilicitude do facto através da prova da origem lícita dos bens.

Se bem vemos, e sem detenções nas inusitadas regras de distribuição de ónus de prova em processo penal (!) que se foram aventando ⁽⁶⁸⁾, todos estes cuidados com a não punição da desproporção patrimonial que tem uma fonte legítima são, no contexto desta incriminação, redundantes: com efeito, se se provar que os bens têm origem lícita, não se preenche o tipo incriminador, que tem que exigir que o património desproporcional seja (ao menos) de origem *desconhecida* ⁽⁶⁹⁾. Na rea-

⁽⁶⁸⁾ P. ex., a atribuição da prova de um facto “*por inteiro* ao Ministério Público, nos termos gerais do artigo 283.º do Código de Processo Penal” (redacção proposta para o n.º 5 do art. 386.º-A no Projecto de Lei n.º 89/XI (2009) do Partido Social Democrata; itálicos nossos); e a imposição do ónus de provar a origem lícita dos bens ao arguido, nos citados Projectos de Lei do Partido Comunista Português (*supra*, nota (61)). O problema de uma eventual atribuição e distribuição do ónus da prova relativa a esta infracção, em derrogação das regras gerais do processo penal (onde ele não existe, e por isso não pode distribuir-se), não se confunde com a identificação dos elementos da factualidade típica. Por isso, não podemos acompanhar, neste ponto, a crítica de JORGE GODINHO, como na nota (46), p. 32 e s., segundo a qual a discussão do problema no plano substantivo levada a cabo por JÚLIO PEREIRA, *cit.*, p. 51 e ss., constituiria um “deslocamento”, crítica que parece determinada pela ideia, muito vincada no texto do A., de que a incriminação do enriquecimento “ilícito” conduz forçosamente e em qualquer caso a um “crime de suspeita” (posição que, como será já evidente, não acompanhamos). Ora, o exame dos elementos da factualidade típica, a que também procedemos de seguida no texto, faz todo o sentido, não tanto para determinar a quem compete provar o quê (pois o mesmo tipo legal pode ser transposto, tal qual, para um ambiente processual “normal”, sem ónus, bastando editar as formulações no modo impessoal), mas sim para apreender o conteúdo de ilícito, a sua relação com um bem jurídico e a danosidade social que nela vai incorporada.

⁽⁶⁹⁾ No caso de alguém deter um património anormalmente superior ao declarado em virtude do recebimento de uma fortuna por herança, não é possível dizer, mesmo na lógica de quem defende a legitimidade da incriminação, que se preencheu o tipo incriminador (com o dano social que aí vai implicado), mas que a conduta, embora típica, vê a sua ilicitude excluída em virtude da proveniência legítima dos bens (*vd.* já a seguir no texto). O que sucede é que a desproporção patrimonial preenche ape-

lidade, o conteúdo do ilícito reconduz-se aqui à infracção de um (pre-tenso) dever geral de justificação perante o Estado da proveniência dos bens que um cidadão detém em cada momento. Em consequência, o cumprimento desse dever não pode constituir, em caso algum, uma causa de exclusão da ilicitude (destinada a justificar a lesão do bem jurídico), visto que não existirá então, sequer, facto típico, nem ofensa que careça de justificação.

Disso mesmo, aliás, se deu conta o Conselho Superior do Ministério Público no *Parecer* que emitiu ⁽⁷⁰⁾. Do ponto de vista técnico, trata-se certamente da formulação mais adequada, não só porque separa, na máxima medida possível, a incriminação do enriquecimento ilícito dos eventuais crimes geradores do património incongruente, depurando a respectiva factualidade típica, como também porque ignora completamente, com boa razão, as estranhas regras de prova constantes de algumas das propostas recenseadas.

Sucede porém que esta modalidade, em qualquer das mostrações analisadas, tão-pouco oferece uma base sólida à incriminação do enriquecimento “ilícito”. Desde logo, por isso que, como sustentámos, um dever geral de revelação da *proveniência* dos bens detidos por cada cidadão — embora se mostre consistente com a actual obsessão pela “transparência” — não é compatível com um Estado que se reclama do princípio liberal ⁽⁷¹⁾. Depois, e decisivamente, porque a detenção de um património incongruente com os rendimentos lícitos do detentor, cuja origem se desconhece, constitui decerto um indício da prática de crimes *anteriores*, que por isso devem ser investigados — *mas tal detenção, em si mesma, e por mais que provoque a exasperação das instâncias formais de controlo, não ofende bem jurídico algum.*

Mesmo que se pretendesse restringir o círculo de destinatários da norma a certos agentes que têm especiais deveres perante a comunidade (*maxime*, os funcionários e os titulares de cargos políticos), como sucede

nas parcialmente o tipo incriminador, que todavia não se perfaz, dada a identificação positiva da origem legítima do património.

⁽⁷⁰⁾ *Supra*, nota (61).

⁽⁷¹⁾ *Mas vd.*, em sentido oposto, G. MARQUES DA SILVA, *cit.*, p. 53 e ss.

em algumas propostas, não é a detenção de um património desproporcional que põe em perigo ou lesa a “transparência da administração” ⁽⁷²⁾. Vejamos.

Desde logo, há que convir em que ninguém tem o dever de não possuir riqueza superior à declarada, porque o direito fundamental à propriedade do art. 62.º, n.º 1, da CRP, não é limitado pelos deveres de declaração (de rendimentos, de património, de interesses, etc.) que possam impender sobre os cidadãos ⁽⁷³⁾. Existem, sim, deveres de declarar a riqueza possuída, cuja infracção pode eventualmente ser punida enquanto omissão ou falsidade de declaração, e através de cuja instituição se visa garantir, como bem instrumental, a transparência patrimonial dos titulares de certos cargos públicos, para assim se controlarem incrementos patrimoniais inexplicáveis que podem indiciar a prática de crimes com prejuízo para o interesse público.

Ora, a descoberta desses patrimónios incongruentes, de origem desconhecida, tem três possíveis consequências. Por um lado, deve conduzir à aplicação dos mecanismos fiscais e para-fiscais pertinentes. Por outro lado, deve desencadear uma investigação tendente a determinar se na origem da riqueza se encontram crimes ou outras irregularidades que devam ser sancionadas. Por último, tal descoberta torna evidente que, nesse caso, as leis que protegem a administração impondo a transparência patrimonial aos seus agentes não só não foram violadas (pondo entre parêntesis as já referidas omissões e falsidades da declaração), *como cumpriram plenamente a sua finalidade*: permitiram que o património do agente fosse visto “à transparência” e assim propiciaram uma base sólida sobre a qual as autoridades podem identificar a existência de um património incongruente e adoptar, em consequência,

⁽⁷²⁾ Assim, todavia, JÚLIO PEREIRA, *cit.*, p. 54 e ss., a propósito da lei macaense, mas em termos que são perfeitamente transponíveis para as propostas em apreço: “o eixo da ilicitude não reside na falta de justificação ou de explicações mas na detenção de bens ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações prestadas. (...) O ilícito típico basta-se com a posse, pelo obrigado à declaração ou por interposta pessoa, de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas”.

⁽⁷³⁾ No mesmo preciso sentido, A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 34 e s.

as iniciativas investigatórias que se afigurem necessárias. Por outras palavras, a detenção de um património *anormal, de origem desconhecida*, não é uma ofensa à transparência da administração, mas sim, em último termo, uma *realização* dessa transparência ⁽⁷⁴⁾.

Deste modo, a incriminação do enriquecimento “ilícito” que assente na violação de um pretenso dever geral (ou especial) de revelação da proveniência do património, consubstanciada na mera detenção de um património desproporcional com os rendimentos lícitos do agente, cuja origem seja desconhecida, não protege bem jurídico algum e, como tal, é contrária à Constituição, por violação do seu art. 18.º, n.º 2.

VII. A perda clássica

1. A natureza de qualquer medida depende, naturalmente, dos pressupostos em que assenta. À luz da legislação anterior a 1995 — que, diversamente da actual, se referia à perda de vantagens adquiridas através do *crime*, implicando portanto, no seu teor literal, um ilícito-típico culposo e punível —, defendia Damião da Cunha que a perda de vantagens constituía uma pena acessória ⁽⁷⁵⁾; mas, perante a mesma norma, contrapunha Figueiredo Dias que a finalidade da providência é eminentemente preventiva (o crime não compensa) e seria absolutamente contrário a tal finalidade “que ela não tivesse lugar só porque o agente actuou (...) sem culpa. Ainda nestes casos o benefício resultante da prática de um facto ilícito-típico deve ser anulado e a ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito restaurada” ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ E por isso se convocam por vezes, para “escaltar” a *transparência* da administração, valores bem diversos dela, como o *prestígio* da administração: “quando a verificação, ao invés de esclarecer, reforça a suspeita, por se constatar que o património é anormalmente superior ao declarado, o prestígio da Administração sofre um sério revés. É exactamente aqui que reside a legitimidade da intervenção da lei penal, tendente a contrariar a violação do dever de transparência e assim poupar o prestígio da Administração” (JÚLIO PEREIRA, *cit.*, p. 59).

⁽⁷⁵⁾ J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 7.

⁽⁷⁶⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas / Editorial Notícias, 1993, § 1002 e ss.

Assim, operava-se uma extensão teleológica da norma (onde se dizia crime deveria ler-se, mais latamente, facto ilícito-típico) e, em consequência, a perda constituiria uma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança” ⁽⁷⁷⁾. Esta construção viria a ser recebida pela Reforma do CP de 1995, que lhe deu força de lei, e é hoje aceita pela maior parte da doutrina ⁽⁷⁸⁾.

2. Se a proposta de Damião da Cunha não parece viável perante a lei vigente, também não podemos acompanhar, neste ponto, o entendimento de Figueiredo Dias, nem a doutrina que a ele se acolheu, e isto por duas razões.

Em primeiro lugar, do ponto de vista das finalidades prosseguidas, a perda encontra-se mais próxima das penas do que das medidas de segurança, porque a mensagem “o crime não compensa” é primordialmente dirigida à comunidade (prevenção geral) ⁽⁷⁹⁾, e só em segundo plano ao visado (prevenção especial).

Depois, e decisivamente, a analogia com as medidas de segurança fica-se pela suficiência da prática de um facto ilícito-típico, deixando de fora o segundo elemento fundamental daquelas sanções: a concreta perigosidade revelada pelo agente. Como se sabe, é o perigo do cometimento de novos ilícitos que constitui o *fundamento* e, em certo sentido, a *medida* da medida de segurança ⁽⁸⁰⁾. Ora, mesmo que se “torcesse” o instituto de maneira a fazer incidir o juízo de perigosidade não sobre o *agente*, mas sim sobre um *estado patrimonial* (a disponibilidade das

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, § 1014.

⁽⁷⁸⁾ JORGE GODINHO, como na nota (2), p. 1349; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., 2010, p. 360; e J. CONDE CORREIA, *cit.*

⁽⁷⁹⁾ JORGE GODINHO, como na nota (2), p. 1351.

⁽⁸⁰⁾ Sobre todo o ponto, analisando, nomeadamente, os problemas postos pelo art. 91.º, n.º 2, do CP, cf. J. FIGUEIREDO DIAS, como na nota (76), § 667 e ss.; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e ‘in dubio pro reo’*, Coimbra Editora, 1997, p. 137 e ss.; e MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, 2002, p. 480 e ss., e *passim*.

vantagens), nada é mais alheio ao instituto da perda do que a avaliação *concreta* do perigo de que as vantagens sejam futuramente utilizadas na prática de novos crimes, valha esse perigo como o *se* (co-pressuposto) da reacção, ou como sua *medida*. Por outro lado, ainda que tal perigosidade pudesse ser estabelecida num plano abstracto — e nada leva a crer que assim seja, sobretudo nos crimes reidícios de que o agente é apenas beneficiário e não investidor (corrupção passiva, tráfico de influência) —, esse juízo exorbitaria claramente do quadro das medidas de segurança.

Em suma, cremos que a suficiência da prova de um ilícito-típico para o decretamento da perda não é fundamento bastante para ver ali uma providência de natureza análoga às medidas de segurança, seja pelas finalidades que serve, seja pelos pressupostos em que assenta.

3. Deste jeito, parece preferível conceber a perda clássica como um *tertium genus* dentro da panóplia das reacções penais. Todas visam finalidades de prevenção criminal e todas arrancam de um tronco comum — um concreto facto ilícito-típico —, requerendo, depois, circunstâncias particulares (que aliás não são mutuamente exclusivas): a pena exige a culpa; a medida de segurança exige a perigosidade do agente; a perda basta-se, muito prosaicamente, com a existência de vantagens patrimoniais obtidas através da prática do crime.

A exigência de proporcionalidade da perda, comum a todas as reacções penais, encontra-se assegurada, em princípio, pela exigência de que os bens “(...) representem uma vantagem patrimonial” e, consequentemente, pela restrição do âmbito da medida à vantagem líquida (colocar o agente na situação em que estaria se não tivesse cometido o crime), visto que, para lá dessa fronteira, a perda assumiria um carácter inequivocamente punitivo (pena), com as consequências daí decorrentes (nomeadamente, a sua sujeição ao princípio da culpa).

VIII. A perda alargada

1. No que diz respeito à perda alargada, nomeadamente a que se prevê no art. 9.º da Lei 5/2002, a primeira intuição seria, naturalmente,

assimilá-la à perda clássica, modificando-se apenas o âmbito do seu objecto e parte dos pressupostos da sua aplicação.

O problema é, porém, bem mais complexo, como se mostra pelas divergências doutrinárias que o envolvem: a perda alargada já foi qualificada de “medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança (uma sanção de suspeita, condicionada à prova de um crime) (...), uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”⁽⁸¹⁾, de “reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança (...), reacção penal de suspeita (...), sem facto”⁽⁸²⁾ e de “efeito da pena”⁽⁸³⁾, tudo designações susceptíveis de implicar importantes diferenças de regime. Cada uma destas classificações adopta, como se compreende, um prisma diverso e portanto o problema principal reside, antes de mais, em eleger o ponto de vista mais adequado para encarar a questão.

1.1. No direito português, não há dúvidas de que os objectivos prosseguidos pela perda alargada são de índole especificamente político-criminal: confirmar a vigência das normas penais privando os agentes de certas espécies de crimes das vantagens que adquiriram através da sua actividade criminosa pregressa, mesmo quando não haja prova concreta da ligação entre os dois termos. A teleologia propriamente jurídico-penal da perda alargada é corroborada pela *ocasião* da sua aplicação (o processo penal) e pelos pressupostos em que assenta: a exigência de uma condenação por certos crimes e a presumida proveniência do património incongruente de uma certa actividade criminosa, também ela integrante do catálogo constante do art. 1.º do mesmo diploma (e não de quaisquer outros ilícitos administrativos, contra-ordenacionais, civis, etc.).

Estes propósitos são claros, não devendo misturar-se aqui finalidades espúrias, que, ou são efeitos remotos, onde a perda tem uma ressonância insignificante (como sucede com a tutela da concorrência), ou

⁽⁸¹⁾ J. DAMIÃO DA CUNHA, como na nota (2), p. 134.

⁽⁸²⁾ JORGE GODINHO, como na nota (2), p. 1348, 1351 e 1357.

⁽⁸³⁾ A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 39.

implicariam uma conformação bem diversa do mecanismo, convocando genericamente todas as instâncias de ilegitimidade das posições patrimoniais (como sucede com a tutela da economia legal, da correcta ordenação dominial, etc.). Com o devido respeito, justificar a perda alargada com a tutela destes interesses seria como fundar a proibição do homicídio no perigo de recessão demográfica.

1.2. Contudo, a circunstância de a perda alargada se encontrar ordenada à prevenção criminal e de exigir uma condenação penal e a (presumida) proveniência criminosa dos bens não satisfaz ainda a sua classificação como reacção penal.

Não é, seguramente, uma pena, porque não é limitada por considerações de culpa (embora pressuponha uma condenação e, portanto, um ilícito-típico culposo). Não é, tão pouco, uma reacção análoga a uma medida de segurança, não porque se exija a condenação por um ilícito-típico culposo⁽⁸⁴⁾ — pois nada impede a aplicação de medidas de segurança não privativas da liberdade a agentes que actuam com culpa —, mas porque valem para ela as considerações que tecemos relativamente à perda clássica: falta a determinação de um pressuposto essencial das medidas de segurança, qual seja, o *concreto* perigo de as vantagens possuídas pelo condenado servirem para a prática de futuros crimes.

Não é, enfim, uma sanção penal *sui generis*, de natureza idêntica à que atribuímos à perda clássica, nem um efeito da pena, nem pode constituir reacção penal alguma, por uma razão singela mas decisiva: a sua *causa* não é um *facto* (típico, ilícito e culposo) *punitivo*, mas sim um *património incongruente* acoplado a indícios da prática de certos crimes (a “actividade criminosa”). A nosso ver, essa ausência de um *facto* é bastante para negar, no plano material, a pertinência do instituto às reacções penais, em qualquer das suas categorias, incluindo a dos “efeitos da pena” (*rectius*, da condenação): a pena (ou condenação) é necessariamente referida ao crime por que o agente é sentenciado, pelo que é nessa relação que os seus “efeitos” — a admitir-se a persistência desta categoria no direito vigente — hão-de encontrar-se e esgotar-se.

⁽⁸⁴⁾ Assim todavia A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 40, nota 32.

Por último, a perda alargada não pode ser vista como uma reacção penal que sanciona a actividade criminosa extra-processo, sob pena de se violar clamorosamente a presunção de inocência.

1.3. Acompanhamos, neste ponto, o entendimento de Damião da Cunha relativamente à caracterização do confisco alargado como uma medida (embora não como uma sanção⁽⁸⁵⁾) de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal; conjugação, sem dúvida, peculiar, que se deve à também incomum circunstância de o confisco ter por objecto bens e direitos que, por definição, *não são* provenientes do crime *sub judice* e, conseqüentemente, não exibem uma ligação directa com o facto criminoso (e com a responsabilidade por ele gerada) que permita concebê-lo como uma reacção *criminal*⁽⁸⁶⁾.

2. No entanto, esta classificação cria aparentemente mais problemas do que aqueles que resolve: tratando-se de uma medida materialmente administrativa, quais as regras a que obedece o processo da sua aplicação e a sua determinação? E não seria melhor “civilizar” a maté-

⁽⁸⁵⁾ E por isso nos distanciamos das posições assumidas pelo A. que pressupõem o carácter sancionatório do confisco alargado (v. g., a subordinação da sua aplicação a uma condenação em prisão efectiva, “por razões de adequação e proporcionalidade da sanção”: J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 127, nota 1; criticamente, também J. CONDE CORREIA, *cit.* No sentido de que não se trata aqui de uma sanção, cf. ainda DUARTE NUNES, *cit.*, p. 30 e ss., embora tal posição decorra com naturalidade da negação de um lugar primacial às finalidades de prevenção no âmbito da perda alargada, que seria ocupado pelo “restabelecimento da Ordem Jurídica” (*ibidem*, p. 31).

⁽⁸⁶⁾ Embora peculiar, a aplicação de medidas materialmente administrativas no âmbito de um processo penal não é aberrante, mesmo quando tenham uma *conexão directa* com o crime: veja-se, p. ex., a reflexão de MARIA JOÃO ANTUNES, “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica”, *RPCC* 13 (2003), p. 361 e ss., que questiona a radicação das medidas de segurança de internamento no modelo de justiça penal, tendo em consideração o actual contexto de “plenitude da garantia jurisdicional administrativa” (Gomes Canotilho), capaz de assegurar eficazmente os direitos e garantias do cidadão. Naturalmente que esta eventual substituição do modelo penal por um modelo “médico-assistencial, devidamente enquadrado por uma justiça administrativa” (*ibidem*, p. 362) só pode ser pensada no pressuposto de que tais medidas não têm uma natureza *materialmente* penal.

ria, degradando o seu *ethos* e o seu *pathos*, e remeter todo o problema para um procedimento de tipo administrativo, quiçá *inter partes*?

Parte das razões que nos levaram a recusar a instituição de um procedimento *in rem* conduzem também à rejeição de um procedimento (agora *in personam*) para aplicação da perda alargada totalmente alheio às regras do processo penal. Com efeito, 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). Bem pelo contrário, é precisamente o alto potencial lesivo de direitos deste género de instrumentos, que ninguém contesta, a impor um especial cuidado no respeito pelos direitos da defesa, que, como se sabe, encontra uma realização apurada no processo penal⁽⁸⁷⁾. Assim, e a título de exemplo, o Estado não pode prevalecer-se, para a detecção e apreensão das vantagens, dos meios de obtenção de prova do processo penal sem subordinar a sua acção às garantias aí previstas. Deste modo, parece preferível conceber este procedimento como um processo *sui generis*, que, não sendo processo penal (determinada aqui a sua natureza pela finalidade a que se destina e pela posição do MP), não pode deixar de respeitar alguns dos seus princípios típicos, como sejam, *v. g.*, o contraditório, o direito a uma defesa efectiva e a igualdade de armas⁽⁸⁸⁾.

Por outro lado, e sem prejuízo de uma dissociação dos ritmos dos dois procedimentos, que de todo o lado colhe apoios⁽⁸⁹⁾, faz sentido

⁽⁸⁷⁾ *Vd.* também A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 40 e s.; todavia, diferentemente do A. e pelas razões avançadas na nota anterior, não cremos que a manutenção da aplicação da perda no ambiente do processo penal exija a natureza penal da medida.

⁽⁸⁸⁾ Neste sentido, *vd.* também DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 134, nota 6. Contudo, é precisamente por “não se tratar de qualquer sanção penal, e, por isso, nada ter a ver com o exercício da acção penal” (*ibidem*, p. 148 e s.) que a diferente natureza do processo permite uma diferente posição e função do Ministério Público, e portanto não parece ser “por demais evidente”, ao menos para nós, que “o MP actu[e] segundo um estatuto que, constitucional mas também legalmente, lhe não cabe” (*ibidem*).

⁽⁸⁹⁾ *Vd.* logo J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 148 e ss., esp. p. 153; JORGE GODINHO, como na nota (2), p. 1360; DUARTE NUNES, *cit.*, p. 25 e ss., que entende que a vigente “solução legal” da simultaneidade dos processos é inconstitucional; e J. CONDE CORREIA, *cit.*

que seja o juiz penal a apreciar a questão, porque está numa posição ímpar para avaliar a consistência da natureza do crime praticado com a probabilidade da existência de uma actividade criminosa do mesmo género, susceptível de gerar o património incongruente.

3. No que diz respeito à aplicação da medida, cremos que ela depende de três requisitos cumulativos, que devem ser objecto de prova:

- a) uma condenação (*sc.*, a aplicação de uma pena) por um dos crimes do catálogo;
- b) o domínio jurídico ou fáctico do condenado sobre um património incongruente com os seus rendimentos lícitos conhecidos;
- c) a existência de uma actividade criminosa anterior do condenado⁽⁹⁰⁾, onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ao crime do processo em causa, ou que com ele tenham uma certa conexão (*v. g.*, tráfico de influência e corrupção, tráfico de estupefacientes e branqueamento).

Perante a prova desses pressupostos, plenamente sujeita ao contraditório, opera a presunção de que o património incongruente⁽⁹¹⁾ procede

⁽⁹⁰⁾ Cf. J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 127 e ss. Em outro passo (*ibidem*, p. 135 e s.), o A., louvando-se na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII, parece até sugerir, de forma porventura mais exigente, que a melhor interpretação da lei requer a prova de uma “carreira criminosa”; no mesmo sentido *vd.* também EUCLIDES DÂMASO SIMÕES / JOSÉ FERREIRA TRINDADE, *cit.*, p. 32. No sentido de que o Ministério Público não precisa sequer de provar a actividade criminosa (embora a partir de perspectivas opostas), cf. JORGE GODINHO, como na nota (2), p. 1342 e s., e J. CONDE CORREIA, *cit.*

⁽⁹¹⁾ E não todo o património: assim logo JORGE DIAS DUARTE, “Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, *RMP* n.º 89 (2002), p. 151; EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Principais instrumentos para a prevenção e repressão da corrupção — o sistema português face à Convenção de Mérida”, *RMP* 20 (2005), p. 87; JORGE DOS REIS BRAVO, “Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada”,

de actividade criminosa e o tribunal determina a perda do respectivo valor.

Só assim não será se o condenado provar que os bens foram adquiridos com rendimentos de origem lícita, ou que estavam na sua titularidade pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido, ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos pelo menos cinco anos antes desse momento. No primeiro caso, estabelece-se que o património aparentemente incongruente, ou parte dele, tem afinal uma origem lícita. No segundo e terceiro casos não se trata, ao contrário do que a lei inculca, de elidir a presunção — pois o momento da aquisição dos bens ou da obtenção dos rendimentos nada tem que ver com a natureza da respectiva origem que é, ela sim, objecto da presunção —, mas sim de mostrar que aqueles bens não podem ser confiscados através da perda alargada (embora possam vir a sê-lo, nos termos gerais do CP, se se provar “a título principal”, em outro procedimento, o cometimento dos crimes que os geraram e, conseqüentemente, a sua concreta proveniência criminosa ⁽⁹²⁾), porque a sua aquisição está para lá da “barreira de fogo” dos 5 anos ⁽⁹³⁾.

4. O problema da necessidade de prova de uma actividade criminosa anterior do mesmo género de crime por que o agente é condenado merece uma menção especial.

4.1. Parece, na verdade, que essa prova tem que ser feita, não tanto porque, de contrário, se faria uma “dupla presunção” ⁽⁹⁴⁾ (a pre-

Policia e Justiça, III série, n.º 8 (Jul.-Dez. 2006), p. 128; A. SILVA DIAS, *cit.*, p. 39, nota 30; e J. CONDE CORREIA, *cit.* Na realidade, o “montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado” (art. 8.º, n.º 1) há-de ser o montante das vantagens presumivelmente provenientes da actividade criminosa, *sc.*, o valor do património incongruente (art. 7.º, n.º 1), cujo cálculo supõe o estabelecimento do património congruente com os rendimentos lícitos do agente; mas *vd.*, em sentido oposto, J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 136, p. 140 e *passim* (embora criticando essa solução), e DUARTE NUNES, *cit.*, p. 16 e s., e 22.

⁽⁹²⁾ Assim também, segundo cremos, JORGE DUARTE, *cit.*, p. 153.

⁽⁹³⁾ Em sentido diferente do texto, *vd.* J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 144 e s.

⁽⁹⁴⁾ Assim todavia ANNA MARIA MAUGERI, *cit.*, p. 82.

sunção é só uma, a de que o agente obteve o património incongruente através de uma actividade criminosa), mas antes por duas razões de ordem diversa.

a) Em primeiro lugar, um argumento que deriva da própria hermenêutica do instituto: se não fosse necessário provar a actividade criminosa — isto é: se a presunção se baseasse apenas na condenação e na incongruência patrimonial —, o legislador não a teria mencionado explicitamente na norma que designa os pressupostos da medida. Bastaria, então, que o art. 7.º, n.º 1, dispusesse: “em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1.º, o tribunal ordena a perda da diferença entre o valor do património do condenado e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, salvo se este provar a origem lícita dos bens”. Ora, não foi isso que fez: ao nomear a origem presumida das vantagens (*actividade criminosa*), o legislador indicou claramente a *ratio* da medida — confisca-se porque se presume que os bens provêm de uma actividade especificamente criminosa, e não em função da sua origem *desconhecida* ou meramente *ilícita*. Por isso mesmo, tal actividade não é presumida, antes tem que ser provada, de maneira a que a presunção da proveniência possa operar: trata-se de uma presunção *iuris tantum* e não de uma liberação total do ónus probatório ⁽⁹⁵⁾.

Por outro lado, o tribunal não pode inferir a actividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, porque, além de assentar num raciocínio circular (a desproporção patrimonial prova a actividade criminosa que explica a desproporção patrimonial), essa presunção *judicial* tornaria a presunção *legal* sobre a proveniência absolutamente inútil: o verdadeiro e único pressuposto da perda alargada seria a incongruência do património possuído por um condenado em certos crimes — resultado que, insistimos, não se coaduna com o desiderato de aplicar a perda apenas às “vantagens de actividade criminosa”.

⁽⁹⁵⁾ Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1976, p. 215. Neste processo, e ao invés do que sucede com o processo penal, *tem* sentido falar de ónus da prova.

b) Em segundo lugar, um argumento atinente à legitimidade do instituto: atendendo a que a perda alargada é desencadeada pela condenação por um crime de certa espécie para atingir bens que não foram adquiridos através dele, parece razoável exigir que a actividade criminosa geradora de vantagens seja do mesmo género ⁽⁹⁶⁾, o que só pode determinar-se com a prova de certos factos.

Aliás, em nossa opinião, é precisamente a articulação da condenação por um crime do catálogo com a prova de uma actividade criminosa congénere que permite compatibilizar a presunção da proveniência criminosa do património incongruente com o princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado. Por outro lado, a conjugação entre a condenação e a prova da actividade criminosa, entendida da forma proposta, concorre para fortalecer a legitimidade da presunção e o abrandamento das exigências probatórias relativas à actividade criminosa: de acordo com as regras da experiência, os crimes do catálogo raramente são cometidos como actos isolados.

4.2. A presunção legal relativa à proveniência dos bens e a natureza não penal (administrativa) do confisco alargado apontam no sentido de o instituto incorporar regras de prova autónomas, diversas das que regem o processo penal “comum”, onde a presunção de inocência impõe a prova dos elementos do crime (*sc.*, da “culpabilidade”) para além da dúvida razoável.

Vimos já que o Ministério Público, actuando como representante do Estado (art. 219.º, n.º 1, da CRP), mas não como titular da acção penal ⁽⁹⁷⁾, tem que provar ⁽⁹⁸⁾ o domínio de um património incongruente e a existência de uma “actividade criminosa” anterior, materialmente

⁽⁹⁶⁾ J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 131.

⁽⁹⁷⁾ J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 148 e s., p. 154 e *passim*. Mas *vd.*, em sentido provavelmente diferente, J. REIS BRAVO, *cit.*, p. 129 e s.

⁽⁹⁸⁾ Propendemos a acompanhar a doutrina que entende não se aplicar neste processo o princípio inquisitório (limitado) que vigora no processo penal e que, portanto, a aquisição e produção da prova é, em princípio, da responsabilidade das partes: cf., em sentidos divergentes, JORGE GODINHO, como na nota (2), p. 1344, e DUARTE NUNES, *cit.*, p. 25.

idêntica ou contígua ao crime por que o agente foi condenado. Mas o que é, para este efeito, “provar uma actividade criminosa”? Certo é apenas que não pode significar a prova de um *crime* (*sc.*, de factos integrantes de um ilícito-típico culposo e punível) para lá da dúvida razoável: por um lado, tal exigência implicaria, quase por imposição lógica, provar os concretos crimes e esvaziaria o instituto de quase todo o seu interesse prático; por outro lado, a disponibilidade de prova de tais factos suficiente para uma condenação importaria ao Ministério Público o dever de acusar o agente num processo penal normal, no cumprimento do princípio da legalidade da perseguição penal, não sendo razoável admitir que a perda alargada tenha sido concebida como mecanismo residual para os casos em que a acção penal, por qualquer motivo, se encontre impedida ⁽⁹⁹⁾.

Contudo, seria paradoxal que a “actividade criminosa” se definisse como um *quid* imprecisamente relacionado com um crime, cuja única característica segura é — *não constituir* um crime. Assim, parece que a menor exigência probatória da expressão “actividade criminosa” em relação ao conceito de “crime” não se reflecte tanto sobre o *objecto da prova* (aquilo que deve ser provado) como sobre o *estalo de prova* (o grau de persuasão requerido). Neste sentido, provar a actividade criminosa não significa provar, para lá da dúvida razoável, cada ilícito-típico nos seus contornos precisos de espécie, tempo e lugar (como seria necessário para proferir uma condenação), mas sim um conjunto de circunstâncias (indícios) que dão *preponderância* à probabilidade de o condenado ter tido uma actividade daquele género ⁽¹⁰⁰⁾, que equivale

⁽⁹⁹⁾ Aliás, no contexto da regulamentação vigente, parece ser virtualmente impossível aplicar o confisco alargado em situações onde a “actividade criminosa” só não é perseguida em virtude de um obstáculo processual: todos os crimes constantes do catálogo do art. 1.º da L 5/2002 são públicos e o esgotamento do prazo prescricional significará, com grande probabilidade, que as vantagens obtidas através do crime se encontram na posse do agente há pelo menos cinco anos no momento da sua constituição como arguido.

⁽¹⁰⁰⁾ J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 129 e s. Esta diferença parece ser ignorada por DUARTE NUNES, *cit.*, p. 18, que se refere ao problema nos seguintes termos: “exigir-se um tal pressuposto iria transformar o ‘ónus da prova’ a cargo do Ministério

à prova “*by preponderance of the evidence*” ou “*on the balance of probabilities*” vigente nos sistemas de *common law*. Se a contraprova oferecida pelo condenado impedir tal preponderância, tornando os factos incertos, de maneira a que nenhuma das versões se mostre mais provável do que a outra, o tribunal não deverá decretar a perda, dado que não se prova um dos seus pressupostos ⁽¹⁰¹⁾. As mesmas regras valem, *mutatis mutandis*, para a incongruência do património ⁽¹⁰²⁾.

5. Provadas as bases da presunção, o Ministério Público fica dispensado de provar a relação entre a actividade criminosa e a desproporção patrimonial.

Nesse momento, impenderá sobre o condenado o ónus de elidir a presunção; porém, não é claro o modo por que deve fazê-lo. Desde logo, porque, como vimos, a prova de que os bens (ou os rendimentos) foram adquiridos mais de cinco anos antes da constituição como arguido nada tem que ver com a elisão da presunção (que versa sobre a origem das vantagens), pelo que deve bastar aí a mera contraprova. Depois, porque se põe a questão de saber se, para a elisão da presunção pro-

Público numa verdadeira *diabolica probatio*, uma vez que seria quase impossível demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes, para mais de crimes do catálogo (!!!), quando se investigou mas não se recolheram quaisquer indícios ou, pelo menos, indícios suficientes em ordem a submeter o arguido a julgamento”.

⁽¹⁰¹⁾ A instituição de um regime probatório específico, aliada à natureza não penal do confisco alargado, sugere a inaplicabilidade, neste processo, do princípio *in dubio pro reo*. Seja como for, a decisão de não aplicar a medida fundada na circunstância de a versão do Ministério Público não preponderar, no plano das probabilidades, sobre a do condenado, não instancia aquele princípio, cujo campo de aplicação *específico* supõe já um certo grau de convencimento do tribunal (uma maior probabilidade), embora *aquém* da certeza exigida.

⁽¹⁰²⁾ Naturalmente que estas regras são estranhas ao processo penal português, mas importa lembrar que a finalidade do processo de que curamos (decidir sobre a aplicação de uma medida materialmente administrativa) lhe dá uma natureza híbrida, que legitima a introdução de regras diferentes; para uma análise da relação entre a diferenciação de graus de persuasão requeridos e o tipo de processo penal (puramente adversarial ou moderadamente inquisitório), *vd.* PAULO DA MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento (Estudo sobre a Prova no Processo Penal Português, à luz do Sistema Norte-Americano)*, 2012, p. 333 e ss.

priamente dita, devem aplicar-se as regras do direito civil, que importariam aqui a prova do contrário (art. 350.º, n.º 2) — *sc.*, a prova de que os bens não provêm da actividade criminosa identificada —, ou se bastará a contraprova — *sc.*, “a prova de que os bens não têm como ‘causa provável’ aquela concreta actividade criminosa” ⁽¹⁰³⁾.

Creemos que uma interpretação sistemática e teleológica do instituto não pode deixar de seguir a primeira alternativa. Com efeito, toda a arquitectura do regime foi pensada para permitir o confisco de bens de cuja proveniência criminosa se suspeita, embora não seja possível ligar concretamente os dois termos. Ora, admitir a elisão da presunção através de simples contraprova, *sc.*, através da simples instauração da dúvida relativamente à proveniência das vantagens, seria remeter o problema para a posição inicial de incerteza, que precisamente se quis superar através da prova por presunção ⁽¹⁰⁴⁾, frustrando-se por completo as virtualidades do mecanismo ⁽¹⁰⁵⁾.

6. Neste momento, ter-se-á já tornado claro que a perda alargada não viola a presunção de inocência, não porque integre um momento atinente à determinação da pena de um condenado — onde, na formulação quase farisaica do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não valeria já tal presunção ⁽¹⁰⁶⁾ —, mas sim porque não se trata da *impu-*

⁽¹⁰³⁾ J. DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 135.

⁽¹⁰⁴⁾ Convém não esquecer que as presunções legais são, primacialmente, meios de prova de certos factos: *cf.* MANUEL DE ANDRADE, *cit.*, p. 207 e s., p. 214 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ DUARTE NUNES, *cit.*, p. 24.

⁽¹⁰⁶⁾ ACTEDH de 12-12-2001, *Phillips v. The United Kingdom*, § 35: “However, whilst it is clear that Article 6 § 2 governs criminal proceedings in their entirety, and not solely the examination of the merits of the charge (...), the right to be presumed innocent under Article 6 § 2 arises only in connection with the particular offence ‘charged’. Once an accused has properly been proved guilty of that offence, Article 6 § 2 can have no application in relation to allegations made about the accused’s character and conduct as part of the sentencing process, unless such accusations are of such a nature and degree as to amount to the bringing of a new ‘charge’ within the autonomous Convention meaning (...)”. Acolhendo este raciocínio, ainda que só para a hipótese de se dever concluir pela natureza de sanção penal do confisco, DUARTE NUNES, *cit.*, p. 36 e s. Em sentido contrário, *vd.* só JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito*

tação de crimes: trata-se da determinação e confisco de um património com origem ilícita provada (através de uma presunção), que o legislador quis restringir às vantagens provenientes de actividade criminosa. Nem se visa aqui, como é também de meridiana clareza, impor ao condenado uma reacção penal, mas sim privá-lo, através de uma medida administrativa, daquilo que adquiriu ilicitamente ⁽¹⁰⁷⁾.

Por outro lado, a configuração da perda alargada no direito vigente não parece violar o princípio da proporcionalidade. A presunção legal é legitimada pelas três bases sólidas em que assenta (a condenação por um crime do catálogo, o domínio sobre um património incongruente e a actividade criminosa idêntica ou contígua ao crime *sub judice*), cuja prova permite razoavelmente inferir a origem criminosa dos bens, sendo que o condenado preserva o direito de elidir essa presunção.

Tudo o que empresta ao instituto do confisco alargado a legitimidade material e validade constitucional de que definitivamente não goza, pelas razões expostas, a incriminação do enriquecimento “ilícito”.

7. Como todos os “remédios fortes” ⁽¹⁰⁸⁾, a perda alargada deve ser administrada com cuidado.

Por um lado, e sob pena de se cair nos inconvenientes que apontámos aos procedimentos *in rem*, nos casos em que se verifiquem os pressupostos gerais do procedimento penal relativamente a certa “actividade criminosa”, o Ministério Público tem a obrigação *legal* de instaurá-lo, não podendo optar por não investigar e acusar essa actividade, ou parte dela ⁽¹⁰⁹⁾, para assim, numa clara inversão de prioridades,

Processual Penal, 1974, p. 213: “à luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos à ‘dúvida razoável’ do tribunal, também não possam considerar-se como ‘provados’ ”.

⁽¹⁰⁷⁾ Assim também DUARTE NUNES, *cit.*, p. 35, e J. CONDE CORREIA, *cit.*

⁽¹⁰⁸⁾ DÁMASO SIMÕES / FERREIRA TRINDADE, *cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ Num plano análogo, o art. 2A(4) do POCA — no contexto, recorde-se, de um princípio geral de oportunidade da perseguição penal — dá clara preferência às investigações e procedimentos penais relativamente aos procedimentos civis.

beneficiar de um estalão de prova menos exigente e da presunção de proveniência no processo de perda alargada ⁽¹¹⁰⁾.

Por outro lado, e embora a lei não disponha a esse respeito, parece que a medida não pode ser aplicada a incrementos patrimoniais presumivelmente obtidos através de uma actividade criminosa que foi já submetida a julgamento num processo penal próprio e alvo de uma sentença absolutória, mesmo que por falta de prova para lá da dúvida razoável ⁽¹¹¹⁾.

Coimbra, 2011

⁽¹¹⁰⁾ Sobre o problema do “auto-financiamento” das agências formais de controlo à custa das vantagens de origem criminosa e das disfunções que daí resultam, cf. *supra* notas (54) e (55), e texto correspondente. A importação desta duvidosa lógica de *eficiência* para a administração da justiça levou também ao encerramento da *Assets Recovery Agency* inglesa ao fim de cinco anos de funcionamento, por ter dispendido, com o seu financiamento, o triplo dos valores que conseguiu confiscar (65 milhões de libras *versus* 23 milhões de libras).

Por outro lado, esta súbita apetência do Estado relativamente aos bens de origem criminosa, que pretende depois utilizar no pagamento de recursos e salários, mostra à saciedade que não é a introdução de vantagens de origem criminosa na economia legal que causa um dano social, e que, portanto, não é sobre ela que pode edificar-se a punição do branqueamento (cf. PEDRO CAEIRO, “A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, in Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes (eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1084, com outras referências bibliográficas).

⁽¹¹¹⁾ Já não assim, necessariamente, em relação aos factos que hajam sido acusados no mesmo processo, mas que não se provam para lá da dúvida razoável: cf. J. CONDE CORREIA, *cit.*