

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ESCOLA DE LISBOA**



**UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA**

**A Lei n. ° 5/2002 de 11 de janeiro: Derrogação de Princípios  
Constitucionais em prol de um Regime de Suspeição?**

Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense, sob a orientação  
do Professor Doutor Rogério Alves

Mestrado Forense

Ana Rita Gaspar Rodrigues

Lisboa  
maio de 2023

*“O destino destina,  
Mas o resto é comigo.”*

Miguel Torga

## Índice

<i>Resumo</i> .....	5
Abstract .....	6
Introdução .....	7
1.....Da perda de bens prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – preliminares .....	9
1.1    Dos pressupostos de aplicação da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro .....	9
2.....Da natureza presuntiva .....	12
2.1    Meios de elisão da presunção .....	12
2.2    A presunção e a inversão do ónus da prova – um binómio de simplicidade? .....	13
3.....Um quarto requisito? – prova da existência de uma atividade criminosa precedente como móbil da descoberta da verdade material. ....	17
3.1    Posições convergentes .....	17
3.2    Posição divergente.....	20
4.....Um percurso pela (in)constitucionalidade .....	22
4.2    Violação do princípio da presunção de inocência .....	28
4.3    Violação do princípio do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> .....	34
Conclusões .....	39
Bibliografia .....	41
Jurisprudência .....	43

## **Siglas e Abreviaturas**

<b>Ac./Acs.</b>	Acórdão/Acórdãos
<b>Al/Als.</b>	Alínea/Alíneas
<b>Art./Arts.</b>	Artigo/Artigos
<b>CC</b>	Código Civil
<b>cit.</b>	Citado
<b>coord.</b>	Coordenação
<b>CEDH</b>	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<b>CDFUE</b>	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPP</b>	Código Processo Penal
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DUDH</b>	Declaração Universal dos Direitos Humanos
<b>DL</b>	Decreto-Lei
<b>Ed.</b>	Edição
<b>ex</b>	Exemplo
<b>i.e</b>	Isto é
<b>MP</b>	Ministério Público
<b>ONU</b>	Organização Nacional das Nações Unidas
<b>Op. cit.</b>	Obra citada
<b>P./pp.</b>	Página/Páginas
<b>Proc.</b>	Processo
<b>Rel.</b>	Relator
<b>Ss.</b>	Seguintes
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal Justiça
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justiça da União Europeia
<b>TRL</b>	Tribunal da Relação de Lisboa
<b>UE</b>	União Europeia
<b>Vol.</b>	Volume

## **Resumo**

A presente dissertação tem como objetivo refletir sobre aquele que tem sido o caminho na luta contra a corrupção, a nível nacional, através da Lei n. º5/2002, de 11 de janeiro em matéria de Combate à Criminalidade Organizada.

Longe de ser um tema consensual, com o presente estudo pretende-se fomentar a discussão e o confronto de ideias sobre um tema que ao longo dos anos tem vindo a ocupar o seu lugar na esfera social.

Por ser um assunto que merece o seu contexto e devidas explicitações, iniciaremos o nosso estudo com uma breve contextualização sobre o Regime em causa e devidos pressupostos para a sua aplicação. Seguidamente, far-se-á uma análise técnica daquele que é o conceito de “presunção” e em que medida a inversão do ónus da prova comporta uma exceção e complicações face ao Diploma em análise.

Posteriormente, passaremos ao substrato deste estudo o qual incidirá sobre a confrontação da formulação legislativa *per si*, a posição do TC em matéria de livre apreciação da prova e o direito a um processo equitativo.

Formularemos as devidas e finais conclusões.

## **Abstract**

The aim of this dissertation is to reflect on what has been the way forward in the fight against corruption, at national level, through Law no. 5/2002, of 11 January, on Combating Organised Crime.

Far from being a consensual topic, the aim of this study is to encourage discussion and the confrontation of ideas on a subject that over the years has come to occupy its place in the social sphere.

As it is a subject that deserves its own context and due explanation, we will begin our study with a brief contextualisation of the regime and the assumptions for its application. This will be followed by a technical analysis of the concept of "presumption" and the extent to which the reversal of the burden of proof is an exception and complication under the law in question.

Subsequently, we will move on to the substance of this study, which will focus on confronting the legislative formulation per se, the TC's position on the free assessment of evidence and the right to a fair trial.

We will draw the appropriate and final conclusions.

## Introdução

Pela insuficiência dos mecanismos repressivos destinados a combater a criminalidade organizada e económico-financeira, surge o instituto da “perda de bens”<sup>1</sup> como resposta ao crescente despoletar de crimes associados a elevados proventos e avultadas vantagens, comumente conhecidos como os *white collar crimes* (i.e branqueamento de capitais, recebimento indevido de vantagem, tráfico de influência, etc).

O paradigma atual caracterizado por uma sociedade globalizada, associada a um mercado sem fronteiras, onde impera a liberdade de circulação de pessoas e mercadorias, dificulta ações de repressão e combate contra este tipo de ilícito, criando obstáculos à sua investigação e prevenção.

Deste modo, e sob o prefácio plasmado no presente diploma - “Medidas de combate à criminalidade organizada” -, o instituto da perda de bens tem subjacente uma prioridade de política criminal, cujo efeito jurídico é a transferência da propriedade do bem, que será perdido para o Estado.

A finalidade deste Regime é, face ao explanado, em harmonia e alinhamento com a Proposta de Lei N.º 94/VIII<sup>2</sup>, orientada para neutralizar as vantagens económicas obtidas pelo agente criminoso, passando pela restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente,<sup>3</sup> colocando o condenado na situação patrimonial

---

<sup>1</sup> Designação alvo de grande discussão doutrinária. Veja-se DUARTE ALBERTO NUNES *in* “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes – Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional”, p. 8, que opta pela denominação “confisco alargado”. Note-se, em sentido oposto, PEDRO CAIERO “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, p.270, Coimbra Editora, aponta no sentido da sinonímia das expressões “perda de bens a favor do Estado” e “confisco alargado”. Ainda, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA “Perda de bens a favor do Estado Artigos 7º-12º da Lei n.º5/2002, de 11 de Janeiro Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira”, Centro de Estudos Judiciários, 2002, p. 26 considera a denominação “perda de bens a favor do Estado” «duplamente errada». Atente-se, também, na posição de JORGE A. F. GODINHO que opta pela designação “confisco” *in* “Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova, *in Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2003, p. 1316. Por fim, a posição de MARIA JOSÉ MATOS *in* “Perda de bens na lei n.º5/2002 “Requiem” pelo Estado de Direito”, Edições Esgotadas, p. 15 que se refere ao instituto em causa como “perda de bens”. Na exposição em apreço, iremos de encontro a esta última opção doutrinária, optando-se pela terminologia “perda de bens”, tal como decorre, igualmente, da posição do legislador prevista pelo Capítulo IV, Secção I do Diploma em análise.

<sup>2</sup> Proposta de Lei que estabeleceu as “Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira”, originando, mais tarde, a Lei n.º5/2002.

<sup>3</sup> CORREIA JOÃO CONDE / RODRIGUES HÉLIO, 2022, *O processo de recuperação de ativos: da teoria à prática*, Lisboa, Procuradoria -Geral da República, prólogo.

anterior à prática do crime, fazendo valer o princípio e mandamento basilar de que “o crime não compensa”.

Assim, e em reforço da ideia *supra*, está em causa a supressão dos benefícios patrimoniais do crime, cuja manutenção na esfera do visado poderia induzi-lo à prática de novos ilícitos.

Porém, a fragilidade deste Regime surge quando faz recair sobre o arguido o carrear da prova para o processo, constituindo tal “convite” uma verdadeira inversão do ónus da prova, implicando a supressão e compressão de uma série de direitos que lhe estão constitucionalmente assistidos, tais como o princípio da presunção da inocência, o direito ao silêncio, o direito à não autoincriminação e, ainda, o direito à propriedade privada, Tal derrogação prevalecerá diante o direito a um processo equitativo? Ou será apenas o regime da perda alargada uma mera sanção administrativa, sem que haja lugar à aplicação de preceitos penais?

A seu tempo teceremos as considerações apropriadas para dilucidar estes temas.

## 1. Da perda de bens prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – preliminares

Cumprido, ultrapassada esta breve introdução, colocar a questão sobre o *modus operandi* deste regime.

Em breves termos e sem prejuízo de uma análise e dissecação mais detalhada que adiante se apresentará, pela leitura do diploma prevê-se que, em caso de condenação por um dos crimes elencados no catálogo previsto no art. 1.º<sup>4</sup>, se apreciará a congruência entre o património do arguido e os seus rendimentos lícitos, constituindo vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e o seu rendimento lícito.

Logo se depreende que o raciocínio subjacente a este juízo assenta numa lógica presuntiva, recaindo *a posteriori* o ónus de ilidir tal presunção sobre o arguido.

Como se verá adiante, desde a implementação da Lei no ordenamento jurídico português, muitas têm sido as críticas levantadas ao nível da sua (in)suficiência, legitimidade, riscos para a democracia e conseqüente violação dos princípios e valores do Estado de Direito Democrático, questionando-se a sua (in)constitucionalidade, com afrontações, ainda, ao nível supranacional - Lei Fundamental e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Para já, avancemos na análise dos pressupostos para a aplicação do Diploma<sup>5</sup>.

### 1.1 Dos pressupostos de aplicação da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro

Em primeiro lugar, para que haja lugar à aplicação do Diploma em apreço é necessário que o arguido seja condenado pela prática de um dos crimes elencados no catálogo<sup>6</sup> do art.1.º da presente Lei - os ditos crimes que se caracterizam pela sua suscetibilidade de gerarem avultadas vantagens patrimoniais<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> De acordo com a posição do Tribunal Constitucional, “a imputação de um crime de catálogo funciona apenas como pressuposto indicador que poderão ter-se verificado ganhos patrimoniais de origem ilícita, o que justifica (...) que, no mesmo processo em que se apure a prática desse crime e, eventualmente se conclua pela respetiva condenação, se averigüe a existência desses ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa” no seu Ac. n.º 392/2015, Proc n.º 665/15, Relator: Conselheiro João Cura Mariano.

<sup>5</sup> Sempre nos reportando à Lei n.º 5/2002.

<sup>6</sup> Considerado por muitos Autores um catálogo redutor e até mesmo gerador de algumas perplexidades. Porém, não nos caberá neste estudo essa análise.

<sup>7</sup> Os crimes previstos pelo Diploma são: Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro; Infrações terroristas, infrações relacionadas com um grupo terrorista e financiamento do terrorismo; Tráfico de armas; Tráfico de influência; Recebimento indevido de vantagem; Corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos sectores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva; Peculato; Participação económica em negócio; Branqueamento de capitais; Associação criminosa; Pornografia infantil e lenocínio de menores; Contrafação, uso e aquisição de cartões e outros dispositivos de pagamento contrafeitos e respetivos atos preparatórios, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento obtidos mediante crime

Deste modo, a condenação pela prática de um dos ilícitos suprarreferidos – devendo “condenação” ser entendida como sentença condenatória transitada em julgado<sup>8</sup> - constitui *conditio sine qua non*, desencadeadora do controlo da situação patrimonial do arguido.

De notar que a perda de bens não pode ser aplicada se o arguido for absolvido da acusação por si deduzida.

O segundo pressuposto de índole fáctica recai sobre a existência de um património do arguido.

Para efeitos do Diploma, pela leitura do seu artigo 7º, n.º 2, alíneas a), b) e c), entende-se que este conceito abarca o , “conjunto de bens”, entendendo-se este como englobando todos os bens que, no momento de constituição do arguido, estejam na sua titularidade<sup>9</sup> ou em relação aos quais tenha o domínio e benefício à data da constituição como arguido ou posteriormente<sup>10</sup> ou, ainda, que tenham sido transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante prestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido<sup>11</sup>

---

informático, dano relativo a programas ou outros dados informáticos e sabotagem informática, nos termos dos artigos 3.º-A, 3.º-B, 3.º-C, 3.º-D, 3.º-E, 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e ainda acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos nas alíneas a) e b) do n.º 5 do artigo 6º daquela lei, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos no n.º 2 do mesmo artigo, ou integrar uma das condutas aí tipificadas; Tráfico de pessoas; Contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda; Lenocínio; Contrabando; Tráfico e viciação de veículos furtados – nestes últimos três ilícitos é, também, necessário provar que o crime foi cometido “de forma organizada”, de acordo com o previsto no n.º 2.

<sup>8</sup> FARIA COSTA, BERNARDO, 2022, *Perda Alargada de Bens no Sistema Penal Português – As singularidades do Confisco Previsto na Lei N.º 5/2002: Um «Non-Conviction Based Confiscation» Dirigida à Perda do Valor do Património Incongruente*, Almedina, , p. 28.

<sup>9</sup> Neste ponto, de acordo com JORGE A. F. GODINHO in “Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2003, p. 1345 a expressão “titular” abarca não apenas o direito de propriedade, mas também outras formas jurídicas, bastando ao Ministério Público elencar, por exemplo imóveis, contas bancárias, automóveis, embarcações, etc de que o arguido seja o titular nominal. Vide igual modo PEDRO SILVA MARQUES in “O Confisco Ampliado no Direito Penal Português”, p. 10.

<sup>10</sup> No mesmo sentido, JORGE A.F. GODINHO, *idem*, p. 1345 “visa-se aqui os bens detidos *formalmente por outra pessoa*, singular ou coletiva, tratando-se de provar que em todo o caso os bens pertencem à esfera jurídica do arguido”, cabendo “à acusação provar que, apesar de a titularidade pertencer a outrem, o respetivo domínio e benefício pertencem ao arguido.” Nestes casos, estará em causa a titularidade e não a origem dos bens.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 1345. Nestes parece incluir-se uma nova presunção – a de que as transmissões foram simuladas, levantando-se uma questão já suscitada por diversos Autores: o problema da tutela de terceiros, contra os quais não parece admissível o estabelecimento de presunções, dando o exemplo no caso de se tratar de uma doação: caberá ao terceiro provar o *animus donandi* do autor da doação? Pense-se, ainda, a título de exemplo no caso de o bem confiscado estar arrendando, hipotecado ou penhorado, como funcionará a inversão do ónus da prova nestas situações? Não nos caberá indagar sobre estas problemáticas no presente estudo.

ou até “recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino<sup>12</sup>”.

Desta feita, fazem parte do conceito de “património” não só os bens que no momento da constituição de arguido estejam na sua titularidade, como também todos aqueles de que o mesmo já não seja titular, mas dos quais retire benefícios ou vantagens.

Por inerência, se não forem identificados na acusação quaisquer bens suscetíveis de confisco, a medida não tem aplicação prática, por falta de objeto.

Ainda neste seguimento, importa compreender qual o momento determinante para a fixação do valor do património, previsto pelo artigo 8º n.ºs 1 e 2 da Lei em estudo.

Pela leitura conjugada dos dois números, compete ao MP liquidar, nos próprios autos e na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado, podendo tal liquidação ser efetuada até ao 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento e os montantes devem ser aferidos em termos líquidos, considerando o real valor comercial dos bens. Esta liquidação pode ser alterada se, entretanto, houver conhecimento superveniente da inexatidão do valor antes determinado.

Tendo por base a presunção de que constitui vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e o que seja congruente com o seu rendimento lícito, avancemos para o terceiro pressuposto para a ativação do Regime.

No tocante à incongruência patrimonial, o presente mecanismo tem lugar quando haja o apuramento de uma desproporção entre o valor do património do arguido e o seu rendimento lícito<sup>13</sup>, ou seja, a conjugação da existência de um património incongruente com os seus rendimentos lícitos, fundamenta a presunção de que o mesmo tenha proveniência ilícita, sendo, conseqüentemente, liquidado.

Cabe ao MP, em fase de inquérito, tal demonstração da incongruência patrimonial do arguido.

---

<sup>12</sup> Como ensina JORGE DIAS DUARTE, embora não sendo localizáveis os bens, ainda assim, o respetivo valor deve ser contabilizado para aferir do valor real do património do agente do crime em causa, *in* “Lei n.º5/2002, de 11 de Janeiro – Breve Comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, p. 147.

<sup>13</sup> Uma nota apenas quanto à conceção de alguns Autores relativamente ao conceito “rendimento lícito” só poderá considerado enquanto declaração fiscal nos termos dos regimes legais respetivamente aplicáveis para uns COSTA, FARIA BERNARDO, *op. cit.*, p. 31; Outros, partilhando deste entendimento, acrescentam que existem rendimentos lícitos que não são declarados, como é o exemplo do subsídio de compensação e que os rendimentos ilícitos podem ser declarados e fiscalmente tributados CORREIA JOÃO CONDE / RODRIGUES HÉLIO, *op. cit.*, p. 25-26.

Deste modo, a perda incidirá sobre o valor da incongruência patrimonial - correspondente à diferença entre o valor do património a considerar do arguido e aquele que seria congruente com os seus rendimentos lícitos – cabendo ao arguido afastar tal presunção, através da inversão do ónus da prova, que adiante se explorará.

Assim, verificados estes pressupostos, presume-se que o valor do património do arguido que não seja congruente com os seus rendimentos lícitos, tem origem ilícita.

Porém, merece menção que tem sido levantada pela doutrina a verificação de um quarto requisito para aplicação deste instituto: a necessidade de demonstração de uma carreira criminosa anterior à condenação, a que oportunamente retomaremos.

Posta esta breve exposição dos requisitos para aplicação do Diploma, seguimos caminho para o estudo da presunção em questão.

## 2. Da natureza presuntiva

### 2.1 Meios de elisão da presunção

Perante estes pressupostos, analise-se os três meios de elisão previstos pelo artigo 7º.

Em primeiro lugar, prevista pela alínea a) : “se o condenado provar (através de qualquer meio admissível em direito penal) que os bens foram adquiridos com rendimentos de origem lícita.”

Isto é, a elisão em causa encontra-se subordinada à comprovação/justificação da existência de uma atividade lícita geradora de rendimentos. Trata-se de aferir a proveniência dos rendimentos, através da qual foram obtidos os bens agora alvo de suspeita.

Outra forma de afastar esta presunção é a prevista pela alínea b): “ou que estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido.”

Neste caso, encontramos-nos diante um juízo objetivo, na medida em que não só terá o arguido de provar que os bens estavam na sua titularidade, como também o estavam há cinco anos. A justificação, nestes pressupostos, basta-se-á com a exibição de prova documental (como por exemplo, extratos bancários, registos, declarações fiscais) da entrada do património, ou da parte do mesmo que esteja em causa, na esfera jurídica do arguido num momento anterior ao limite temporal fixado pela lei, caso em que se preclude o apuramento da concreta origem e da sua licitude<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> GODINHO, JORGE A.F., op. cit., p. 1343.

Por fim, poderá, ainda, no âmbito da alínea c) “provar que os bens foram adquiridos com rendimentos obtidos há mais de cinco anos” – também aqui uma questão de natureza objetiva. Logo se depreenderá a dificuldade desta *probatio diabolica*, pelo simples facto de que constitui uma conjugação das disposições anteriores, que se analisará com mais detalhe adiante.

Repare-se: primeiro terá o arguido que provar que possuía rendimentos, depois que tais rendimentos foram obtidos há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido e, por fim, que os bens foram obtidos com esses rendimentos.

## 2.2 A presunção e a inversão do ónus da prova – um binómio de simplicidade?

Após uma breve explicitação do mecanismo da presunção e respetiva inversão do ónus da prova, alguns esclarecimentos carecem, neste ponto de ser feitos.

As presunções legais<sup>15</sup>, isto é, aquelas que encontram respaldo na própria lei, pressupõem um mecanismo em que através de um facto conhecido, se aceita como válido outro facto, este desconhecido, isto é, assentam numa logica racional em que uma vez verificado o facto real, o presumido é verdadeiro, se não for feita prova em contrário.

Como ainda ensinam GERMANO MARQUES DA SILVA/HENRIQUE SALINAS<sup>16</sup> as presunções (em que se inserem também as legais) assentam no senso comum, nas regras válidas da experiência, constituindo princípios de direito para a valoração da prova, sem nunca dispensarem o Tribunal de procurar a verdade e de assegurar ao arguido todos os meios práticos para demonstrar o infundado da presunção.

No seu escopo, o Diploma que ora se apresenta, assenta numa presunção que, pela sua estrutura, recai nos factos previamente discutidos: condenação pela prática de pelo menos um dos crimes elencados no artigo 1º da Lei (alguns deles praticados de forma organizada) – base da presunção; e incongruência patrimonial – a relação lógico-causal entre os dois factos, de tal forma que o facto presumido deriva da base da presunção em

---

<sup>15</sup> Cfr. BAPTISTA, JOSÉ JOÃO, *Processo Civil I (Teoria Geral e Processo Declarativo, com referências ao Ante-projeto do novo Código de Processo Civil)*, Universidade Lusíada, 1993, Lisboa, p. 285: “As presunções podem ser definidas enquanto presunções legais ou de direito; presunções *iuris tantum* ou *iure et de iure*.”

<sup>16</sup> DA SILVA, MARQUES GERMANO/ SALINAS, HENRIQUE, “Art. 32.º” in “Constituição Anotada”, I, 2ª edição, pp. 725-726.

virtude de uma probabilidade racional assente em uma regra máxima de experiência<sup>17</sup>. O facto presumido, corresponderá, por inerência, à diferença entre os rendimentos obtidos de forma lícita e o património total do arguido.

Contrariamente às regras gerais do ónus da prova constantes do artigo 342º do CC no seu n.º1 “Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”, a presunção *iuris tantum* assume, neste campo, uma característica *sui generis* já que, além de poder ser elidível/refutável, isto é, admitindo a prova em contrário, com valor de prova plena, dispensa, ainda, a *probatio diabolica*, recaindo sobre o arguido o ónus de fazer prova em contrário - e já não à acusação – inversão do ónus da prova pelo artigo 344º, n.º1 do CC.

Como ensina ANTUNES VARELA<sup>18</sup> “a presunção altera o facto que ao onerado cumpre provar: em lugar de provar o *facto presumido*, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do facto que serve de base à *presunção*.”

Apesar de nos encontrarmos diante uma realidade típica do direito civil, a que corresponde uma verdade formal, parece-nos que foi intenção do legislador transpor este conceito para o processo penal a que corresponde a descoberta da verdade material.

Desta feita, atente-se nas consequências de uma presunção deste cariz: primeiramente, parte-se da premissa de que todo o património liquidado pelo MP tem origem ilícita, devendo ser confiscado; de seguida, cabe ao arguido, como se teve oportunidade de explorar, derivado da inversão do ónus da prova, fornecer dados para o processo, que permitam a prova em contrário – se o arguido não fizer uso deste “convite à contraprova”<sup>19</sup> ter-se-á como assente que o património em questão tem origem ilícita; ainda, um eventual *non liquet* sobre a verdadeira proveniência do património deverá ser resolvida em desfavor do arguido; por fim, que todo o património atual do arguido foi adquirido nos últimos cinco anos.

Aqui chegados, levanta-se o véu a uma miríade de constelações hipotéticas que reservam sérias dúvidas quanto à falibilidade deste instituto, tendo em atenção a formulação legal do artigo 7º em conjugação com o artigo 9º relativamente aos meios de elisão da presunção, sem prejuízo, ainda, de entrarmos a fundo na questão da (in)constitucionalidade.

---

<sup>17</sup> Cit. MARQUES, PAULO SILVA, 2012, “O Confisco Ampliado no Direito Penal Português”, *Revista Lusitana*, Direito, Lisboa, n.º10, p. 303.

<sup>18</sup> VARELA, ANTUNES, *Manual de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 503.

<sup>19</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, op. cit., p. 61.

Como se teve oportunidade de analisar *supra*, as presunções são meios de prova de natureza falível, precários, cuja força persuasiva pode ser afastada por simples contraprova<sup>20</sup>, cuja a probabilidade de erro é real e não pode ser ignorada cuja consequência recai gravosamente para o cidadão<sup>21</sup>.

Como ilustra GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>22</sup>, imagine-se o arguido que ao longo da sua vida amealhou um determinado património e o converteu em jóias, acabando por o guardar em casa ou num cofre bancário. Caberá ao arguido a inversão do ónus da prova neste cenário? E em que termos?

Em alinhamento com este entendimento, JORGE DIAS DUARTE<sup>23</sup> coloca a questão de saber como proceder quando no processo se demonstrar, sem sombra de dúvidas, que o arguido se dedicava já à prática criminosa pela qual vem a ser condenado há, por exemplo, sete ou mais anos, tendo adquirido bens com os proveitos de tal atividade criminosa.

É notória a dificuldade da inversão do ónus da prova neste tipo de situações, em que ao extremo, pela impossibilidade o arguido fazer prova do alegado enriquecimento, o tribunal comunga deste silêncio, partindo da premissa de que a ausência de uma explicação para tal desproporção patrimonial acaba por deduzir a existência de um fenómeno criminal de base.

Ainda num outro prisma veja-se a problemática suscitada que recai sobre a natureza dos crimes elencados no catálogo do artigo 1º do Diploma.

Este tipo de criminalidade não se constitui, tipicamente, em atos isolados, ou seja, estas são por norma atividades cometidas no seio de uma organização criminosa, ou pelo menos com mais de uma pessoa envolvida – na qual participam diversas pessoas, com diferentes aceções/papéis no próprio crime. Neste paradigma, como hodiernamente observamos, os intervenientes simulam, muitas das vezes, a licitude dos seus proventos recorrendo a entidades terceiras, como sociedades *off shore*, sociedades veículo, etc. Reforçamos a indagação acima: sobre quem recai o ónus da prova nestas circunstâncias em que existe um grande esforço na dissimulação das vantagens provenientes da atividade criminosa? A leitura deste Instituto não parece tão linear como à primeira vista faz parecer.

Além disto, estes crimes caracterizam-se, de igual modo, por estarem integrados numa prática continuada.

---

<sup>20</sup> Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 269/08.2TBPBL-C.C1, Relator: Fernando Monteiro

<sup>21</sup> SILVA MARQUES, PAULO, op. cit., p. 304.

<sup>22</sup> MARQUES DA SILVA, GERMANO, op. cit., p. 22.

<sup>23</sup> in “Lei n.º5/2002, de 11 de Janeiro (...)” p. 153.

Aliás, como reconhece a própria Proposta de Lei “a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma atividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respetivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos”.

Tratando-se de uma atividade continuada, nestes contornos torna-se especialmente dificultada a tarefa de estabelecer um nexó entre os factos criminosos e a totalidade dos respetivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas ilícitas continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos, por um lado, naquilo que constitui o móbil do crime e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa atividade criminosa<sup>24</sup>.

Invocando o exemplo de JOÃO CONDE CORREIA<sup>25</sup> imagine-se um recluso condenado pela prática do crime de tráfico de estupefacientes numa pena de prisão elevada declarar que até “valeu a pena” ter cometido o crime, dado que dessa forma a mulher e os filhos conseguem ter uma boa casa, um bom carro e uma boa conta bancária. Além disso, quando sair da cadeia terá, sem sombra de dúvidas, o seu futuro assegurado.

A tarefa de estabelecer um nexó entre cada crime e o respetivo provento económico encontra-se especialmente dificultada, também, nestas situações.

Conjeturados os cenários, passemos, ainda que brevemente, a algumas soluções propostas por vários Autores.

Alguns defendem o valor da transparência enquanto móbil da descoberta de patrimónios incongruentes, desde logo assente no dever que impende sobre cada cidadão de declarar a riqueza possuída.

Indo mais longe, aludimos à proposta sustentada num dever dos cidadãos de fazerem o seu próprio inventário de bens<sup>27</sup>, o que preveniria, de igual modo como acima explicitado, não só o tipo de criminalidade subjacente, como também muitos outros, como por exemplo a fraude fiscal.

---

<sup>24</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, *op. cit.*, p.25.

<sup>25</sup> CONDE, JOÃO CORREIA, 2014, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014, ‘O arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime’”, *Revista Julgar*, p. 24.

<sup>27</sup> MARQUES DA SILVA, GERMANO *in* “Meios Processuais (...)”, *cit.*, p.22.

3. Um quarto requisito? – prova da existência de uma atividade criminosa precedente como móbil da descoberta da verdade material.

### 3.1 Posições convergentes

Após analisado o sustentáculo do Regime, o capítulo que agora se apresenta foi intencionalmente colocado a este ponto da exposição.

Se por um lado alguns Autores defendem a existência de um quarto requisito, outros renegam tal doutrina.

Retomando o raciocínio relativo aos pressupostos de aplicação do Diploma, a presunção da ilicitude assenta: na condenação pela prática de um dos crimes do catálogo, existência de património e no apuramento de uma desproporção entre o valor do património do arguido e o seu rendimento lícito. Note-se o art 7º no seu n.º1 “Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º (...) presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.”

Adensando esta questão, a própria Exposição de Motivos faz referência aos *proventus acumulados no decurso de uma carreira criminosa*.

Deste modo, ao resultar da letra da lei que para a aplicação do Regime tem de existir uma condenação por um dos crimes previstos no artigo 1º, fica em aberto saber se a “atividade criminosa” tem ou não que ser demonstrada, isto é, a necessidade de estabelecer um nexo causal entre o património a confiscar e a prática de crimes.

Deve presumir-se que determinada vantagem de atividade criminosa deve corresponder ao crime pelo qual o arguido foi condenado? Deve o MP comprovar a “probabilidade de uma atividade criminosa”?

Vejam as vozes convergentes deste entendimento.

PEDRO CAEIRO<sup>28</sup> afirma que se confisca não em função da origem desconhecida ou meramente ilícita dos bens, mas sim porque se presume que os bens provêm de uma atividade criminosa – *ratio* da medida.

Esta conceção assenta nos seguintes pressupostos: muitas das vezes as vantagens em causa podem não ter qualquer nexo causal com o crime do catálogo pelo qual se é

---

<sup>28</sup> CAEIRO, PEDRO, op. cit., p. 314.

condenado, havendo a necessidade, nestes casos, de demonstrar a plausibilidade de serem provenientes de uma atividade criminosa.

Além disto, dado que o regime sob o qual nos debruçamos se aplica aos ditos crimes geradores de avultados proveitos e vantagens, teria de existir uma ligação entre a atividade criminosa e o tipo pelo qual fora o agente condenado.

Ademais, as vozes emergentes deste entendimento invocam muitas das vezes o argumento de que se não fosse necessário provar a atividade criminosa (i.e mantendo-se a configuração atual assente nos três pressupostos acima explorados) o legislador não a teria mencionado.

Por fim, a existência de um património incongruente não permite ao tribunal inferir da existência de uma atividade criminosa.

Adiante-se já que se discorda deste entendimento, pelos motivos que se explicarão mais à frente. Para já, passemos à compreensão deste *modus operandi*.

De acordo com esta conceção, entende o Autor que, tendo em conta que o tribunal não pode inferir a atividade criminosa a partir da existência de um património incongruente, tem de ser feita prova de uma atividade criminosa anterior do mesmo género de crime pelo qual o agente é condenado.

Na ótica do Autor sucede assim por duas razões: primeiramente, se a presunção apenas se baseasse na condenação e incongruência patrimonial o legislador não teria feito referência a “atividade criminosa” no seu artigo 7º, n.º1

Bastava, ao invés, que o artigo dispusesse “em caso de condenação pela prática de crime referido no art 1º, 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”.

Uma segunda razão tem sustento na ideia de que se a perda alargada assenta na condenação por um crime de certa espécie para atingir bens que não foram adquiridos através dele, o Autor considera razoável exigir-se que a atividade criminosa geradora das ditas vantagens seja do mesmo género. Afirma o mesmo que além de se permitir compatibilizar a presunção da proveniência criminosa do património incongruente com o princípio da proporcionalidade consagrado na nossa Constituição, esta conjugação fortalece a legitimidade da presunção e o abrandamento das exigências probatórias relativas à atividade criminosa.

Concretizando: em que consistiria uma então prova de uma atividade criminosa?

Tal não significa a prova de um crime para lá da dúvida razoável (i.e factos integrantes de um ilícito-típico culposo e punível, tempo e lugar), mas sim um conjunto de circunstâncias – indícios – que dão preponderância à probabilidade de o condenado ter tido uma atividade daquele género.

Num cenário em que a versão do Ministério Público não preponderar sobre a do condenado, isto é, de maneira que nenhuma das versões se mostre mais provável que a outra, o tribunal não decretará a perda.

Noutro prisma, provadas que estão as bases da presunção, já não caberá MP provar a relação entre a atividade criminosa e a incongruência patrimonial, recaindo, neste caso, sobre o condenado o ónus de ilidir a presunção. Porém, neste ponto, o Autor não clarifica de que modo deve fazê-lo.

Em alinhamento com esta posição, DAMIÃO DA CUNHA<sup>29</sup> defende uma solução que, na sua ótica, seria a que melhor se adequaria aos fins da sanção.

Em breves pontos, a sua conceção assenta na ideia de que é ao MP quem compete demonstrar a probabilidade de uma atividade criminosa, de uma atividade criminosa análoga dos crimes previstos no catálogo, de forma a que se possa afirmar que o património incongruente tem uma fonte substancialmente análoga. Só depois desta confirmação se passaria à inversão do ónus da prova.

O Autor considera que o legislador deveria ter regulado questões como: a quem cabe provar e quais os pressupostos para se poder deduzir de uma condenação uma anterior atividade criminosa?

Vejamos de que forma operaria esta conceção: após a prova “para além da dúvida razoável” da prática de um dos crimes do catálogo, caberia a demonstração de que esse crime se insere numa determinada atividade criminosa – esta prova bastar-se-ia com um juízo de probabilidade.

Posteriormente, caberia ao MP demonstrar que existe um conjunto de bens que, por revelarem a dita desproporção com o rendimento normal do condenado, se deveriam presumir como vantagens de atividade criminosa.

Deste modo, ficaria o MP exonerado de demonstrar a ligação da incongruência dos valores com a atividade criminosa, recaindo sobre o arguido a demonstração de que,

---

<sup>29</sup> CUNHA, DAMIÃO, *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*, 2004, Coimbra Editora, p. 21.

apesar da aparente desproporção, existe uma explicação razoável para a origem dos bens. Ou seja, o arguido terá apenas de demonstrar que os bens não têm como “causa provável” aquela concreta atividade criminosa.

Não sendo este o espírito da lei que o legislador quis prever, o Autor não deixa de sublinhar que a solução, como atualmente está configurada, além de fazer recair sobre o condenado um ónus (de prova) excessivo, tem ainda, por consequência, quando exige a prova da licitude dos rendimentos ou dos bens, que o património a ser retirado possa nada ter a ver com os crimes do catálogo.

Partindo de dois exemplos ilustrados pelo próprio: suponhamos que alguém é condenado por um dos crimes elencados no art. 1º do Diploma, demonstrando-se que o condenado esteve a cumprir pena de prisão durante um certo tempo nos últimos cinco anos antes da sua constituição como arguido. Ou, ainda, no caso de crime de corrupção o agente está na função, na qual cometeu o crime, só há três anos, antes da constituição como arguido. Em qualquer destes casos, afigura-se presumível uma atividade criminosa? E mais ainda impor ao condenado a prova da licitude dos seus rendimentos?

O Autor considera que no caso do crime de corrupção espelhado não há argumentos que sustentem o argumento de que as vantagens presumidas possam abranger bens adquiridos antes da entrada em funções. Consequentemente, não se poderá impor qualquer prova da licitude dos rendimentos ou dos bens, sobre a máxima de que “uma presunção deve corresponder a uma certa máxima de experiência comum”<sup>30</sup>.

Em súmula a posição do Autor alicerça-se sobre a ideia de que “a expropriação que o Estado queira fazer do património do condenado deve basear-se num mínimo de certeza quanto ao facto de se tratar de património proveniente de crimes que o legislador quis expressamente submeter a este regime”<sup>31</sup>.

Passemos à exposição daquela que é a nossa opinião nesta temática, de seguida.

### 3.2 Posição divergente

Discordamos do entendimento supra plasmado, desde logo por tal interpretação padecer de manifesta falta de apoio no texto da lei<sup>32</sup>. Vejamos de que forma.

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>32</sup> GODINHO, JORGE A. F., op. cit., p. 1343; FARIA, BERNARDO COSTA, op. cit., p. 32.

Primeiramente, como aliás já explorado, decorre do próprio art. 7º do Diploma que a ativação do Regime se basta apenas com a condenação por um dos crimes elencados no art.1º.

A lei, na sua formulação, não contempla qualquer referência a uma exigência de *atividade probatória adicional*.

Além disso, a presunção, como igualmente já se aprofundou, só é ilidida nos termos do art. 9º, ou seja, se se provar que os bens resultam de rendimentos lícitos, ou, em alternativa, se estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido, ou se foram adquiridos com rendimentos obtidos nesse período.

Neste sentido, é pertinente aludir à Declaração da Retificação n.º5/2002 de 6 de fevereiro que veio clarificar que “ no n.º 1 do artigo 7º, onde se lê *presume-se constituir vantagem da atividade criminosa* deve ler-se *presume-se constituir vantagem de atividade criminosa*.”

Partilhamos do entendimento de FRANCISCO BORGES<sup>33</sup> no sentido de que se tivesse sido intenção do legislador apenas abranger o crime que é pressuposto do confisco alargado, bastaria, para ilidir a presunção, provar que os bens tinham sido obtidos antes da prática desse crime.

Além disto, cremos que o intuito visado com o estabelecimento de uma presunção terá sido o de eliminar a exigência de uma atividade probatória adicional, na medida em que tal interpretação restritiva do regime legal significaria repriminar a prova da relação entre o crime pressuposto e o património que com este regime se quis dispensar<sup>34</sup>.

Exigir um pressuposto adicional deste cariz seria impor ao MP uma *probatio diabolica* uma vez que seria quase impossível demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes (além daquele pelo qual foi condenado) quando se investigou, mas não se recolheram indícios suficientes de forma a submeter o arguido a julgamento.<sup>35</sup>

Face à alta morosidade que caracteriza a tramitação dos processos na nossa justiça, bem como para efeitos de economia processual, não nos parece plausível um entendimento desta natureza.

---

<sup>33</sup> BORGES, FRANCISCO, 2017, “Perda Alargada de Bens: Alguns Problemas de Constitucionalidade”, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, p. 219.

<sup>34</sup> FARIA, COSTA BERNARDO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>35</sup> *in contrario* CAEIRO, PEDRO, *op. cit.*

Ademais, uma solução assim apresentada acreditamos que exponenciaria a atividade do Estado no confisco ampliado de bens.

No plano que defendemos, o que importa reter recai sobre a ideia de que a Lei que ora se estuda assenta na incongruência patrimonial e já não na probabilidade de uma atividade criminosa anterior.

Ainda noutra plano, partilhando do entendimento de DUARTE ALBERTO NUNES<sup>36</sup>, no caso do crime de tráfico de estupefacientes existe uma grande dificuldade em determinar, em julgamento, o número de pessoas a quem o arguido cedeu este tipo de substâncias, por si ou por terceiro.

Para nós, continuamos a frisar que a aplicação do regime apenas operará com os três requisitos acima explicitados: condenação por um dos crimes elencados no artigo 1º, existência de património e incongruência/desproporção entre o património do arguido e os seus rendimentos.

#### 4. Um percurso pela (in)constitucionalidade

Emergem das considerações ora tecidas uma série de dúvidas sobre a constitucionalidade do Diploma sobre as quais nos cabe agora debruçar.

Na Lei a que atentamos é excluída qualquer intervenção inquisitória do tribunal, partindo-se *a priori* de uma presunção em que se prescinde da prova concreta, podendo suceder que a perda incida sobre bens de origem lícita, representando uma errada administração da justiça.

Logo se depreende que este aspeto colide com aquele que é o arquétipo do processo penal *per si*, pautado pela busca da verdade material e a livre apreciação da prova.

Ao invés, encontramos um Regime alicerçado em presunções, em que o tribunal decide se estão ou não provados os requisitos de operatividade daquelas, configurando-se a perda alargada como uma reação penal *de suspeita*, como é descrita por parte da doutrina - entendimento que sufragamos.

---

<sup>36</sup> NUNES, DUARTE ALBERTO, 2017, “Anotações aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional – ‘Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco alargado de vantagens provenientes da prática de crimes’”, *Revista Julgar Online*, p. 39.

#### 4.1 Um problema de qualificação jurídica

Antes de avançarmos no caminho a que nos destinamos, é de fulcral importância abordar a questão atinente à natureza jurídica da perda alargada, prevista na Lei n.º 5/2002, dado que constituirão as conclusões aqui tecidas base para o nosso desiderato final.

Isto é, mediante a opção dogmática que se defenda, tal posição influenciará uma perspetiva em conformidade, ou não, com os preceitos constitucionais inerentes ao estatuto do arguido, como sejam o princípio da presunção da inocência, o direito à não autoincriminação e o direito a um processo equitativo.

Desde logo, analisando e confrontando várias perspetivas da doutrina nacional, contrapondo-as com a tese que tem sido defendida pelo próprio TC. Por fim, concluiremos tecendo as nossas considerações nesta matéria.

Começemos pelas posições que se centram na perspetiva de “natureza não penal” deste instituto, adiantando, desde já, que uma posição deste cariz irá ter repercussões ao nível da aferição da conformidade com a Lei Fundamental a título dos princípios supramencionados, que mais à frente se analisarão com maior enfoque.

Principiando pelo Autor JOÃO CONDE CORREIA<sup>37</sup> este considera que, embora inserido no processo penal com o objetivo de repor uma situação patrimonial contrária ao direito, o instituto em análise insere-se num mecanismo civil, desprovido de carácter sancionatório.

Segundo o Autor, só se estaria diante uma verdadeira penalização com carácter sancionatório se se atingisse o património congruente do arguido.

Na posição do Meritíssimo Juiz de Direito DUARTE NUNES<sup>38</sup>, o confisco alargado<sup>39</sup> não pode ser considerado como uma pena, efeito da pena, nem medida de segurança, não se tratando de uma medida de cariz penal nem sancionatório.

O Autor define o instituto como uma “medida de cariz não penal semelhante a uma medida de segurança” em que apenas de “forma meramente reflexa” há lugar à prevenção

---

<sup>37</sup> CORREIA, JOÃO CONDE, 2016, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015”, *Revista do Ministério Público*, A.37, nº145 (Jan.-Mar.2016) p. 213.

<sup>38</sup> NUNES, DUARTE ALBERTO, op. cit., pp. 13-16.

<sup>39</sup> Como já tivemos oportunidade de o dizer, ainda que brevemente, no nosso ponto 1. esta designação está longe de ser uniforme na doutrina, pelo que, no capítulo em apreço, usaremos a expressão que cada Autor adota nas suas obras.

da prática de futuros crimes, dado que em primeira linha está o restabelecimento da ordem jurídica violada.

Deste modo, pelas considerações explanadas, conclui o Autor que se estará diante uma “medida administrativa *sui generis*”. Será este, então, um mecanismo semelhante a uma medida de segurança que visa o restabelecimento da ordem jurídica violada, através da promoção de uma ordenação de bens adequada ao direito que, apenas de forma reflexa, prossegue finalidades preventivas.

Neste seguimento, analise-se agora a perspectiva de PEDRO CAEIRO<sup>40</sup>.

A nosso ver, o Autor, ao longo das suas motivações, tenta afastar qualquer conceção que se aproxime de uma classificação penal do instituto em apreço, acabando, a final, por concluir em sentido divergente ao inicial defendido, reconhecendo que este se trata de um regime com características subjacentes ao processo penal. Vejamos.

O penalista principia a sua exposição explicando que os objetivos inerentes à perda alargada são de índole especificamente político-criminal, tendo subjacente uma teleologia jurídico-penal, desde logo pelos pressupostos que a sustentam (exigência da condenação por um dos crimes do catálogo do art. 1º e a existência de um património incongruente com os seus rendimentos lícitos).

Além disso, renega qualquer conceção que a caracterize como se de uma pena, reação análoga a uma medida de segurança ou sanção penal *sui generis* se tratasse.

Deste modo, a perda alargada nunca poderia ser caracterizada como uma pena dado que não é limitada por considerações de culpa; também não poderia assumir-se como uma reação análoga a uma medida de segurança, dado que carece de um pressuposto essencial inerente à aplicação de uma medida de segurança, a saber: o “concreto perigo de as vantagens possuídas pelo condenado servirem para a prática de futuros crimes”; por fim não se trata, igualmente, de uma sanção penal *sui generis*, nem um efeito da pena, nem sequer qualquer reação penal, dado que a sua causa não constitui um facto típico, ilícito, culposo e punível, mas sim recai sobre a existência de um património desproporcional indicador da prática de certos crimes.

Ademais, remata que este Regime não poderá ser visto como uma reação penal que sanciona a atividade criminosa “extra processo”, sob pena de se violar a presunção da inocência.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> CAEIRO, PEDRO, op. cit., pp. 309-312.

<sup>41</sup> Este será um dos principais problemas que mais adiante ocupará a devida reflexão.

Sustenta, então, que nos encontramos diante uma medida (e não uma sanção) de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal.

Porém, algumas considerações da nossa parte merecem ser tecidas neste ponto da discussão.

Se por um lado o Autor nos apresenta uma explicação minuciosa das motivações que impedem que o regime da perda alargada seja caracterizado como um instituto de cariz penal, imediatamente a seguir reconhece que não se podem deixar de respeitar alguns dos princípios basilares do processo penal, como sejam o princípio do contraditório, o direito a uma defesa efetiva e a igualdade de armas, reconhecendo, de igual modo, o “o alto potencial lesivo de direitos” que é trazido por tipo de instrumentos.

Deste modo, parece argumentar no sentido de admitir que estaremos diante um regime de natureza penal, porém acaba por concluir que o melhor será concebê-lo como um processo *sui generis*.

Aqui chegados, chega o momento de analisar a posição do TC nesta matéria, servindo-nos dos Acórdãos n.ºs 392/2015<sup>42</sup> e 476/2015<sup>43</sup>.

Atendendo às finalidades da aplicação de perda a favor do Estado, o TC aponta a privação do arguido de um património por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente, bem como uma finalidade de prevenção criminal, com o objetivo de reforço da ideia de que o crime não compensa.

Neste seguimento, por serem estas as finalidades subjacentes a um regime deste cariz, embora o mesmo pressuponha uma anterior condenação por um dos crimes elencados no art 1º do Diploma, já não está em causa apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim “verificar a existência de ganhos resultantes da atividade criminosa”.

Citando “a presunção de proveniência ilícita de bens e a sua eventual perda em favor do Estado não é uma reação pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso. Trata-se antes de uma medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no art.1º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens”.

---

<sup>42</sup> Proc. n.º 665/15, Relator João Cura Mariano.

<sup>43</sup> Proc. n.º 1163/14, Relator Conselheiro João Cura Mariano.

Explica, ainda, o Tribunal que o regime em apreço está sujeito a um procedimento próprio, enxertado no procedimento criminal. Por esse motivo não operarão as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio.<sup>44</sup>

Por sua vez o STJ também se tem vindo a pronunciar sobre a natureza da perda, sufragando, em grande medida, os argumentos carreados pelo TC, afirmando que a perda alargada constitui uma “sanção não penal”, em Acórdão proferido a 14/03/2018<sup>45</sup>.

Neste sentido, também o STJ considera não existirem fatores relacionados com o crime, defendendo, de igual modo, que este é um processo enxertado no processo penal – “ao procedimento criminal junta-se a questão incidental relativa à aplicação de sanção administrativa”.

Como adiante se verá, uma visão desta natureza trará as devidas consequências e posicionamentos quando atendermos aos princípios da livre apreciação da prova e direitos de defesa do arguido.

Findas as posições pautadas por uma visão “não penal” do instituto da perda alargada, avancemos para as que tendem para uma visão divergente sobre a natureza em questão.

Começemos com a perspetiva defendida por DAMIÃO DA CUNHA.

O Autor em 2002<sup>46</sup> pugnava por uma visão dualista do instituto da perda alargada, correspondendo a uma medida de carácter não penal, análogo a uma medida de segurança - por um lado “combater lucros presuntivamente ilícitos” e por outro “destruir a base económica de atividades ilícitas que, pela sua diversificação, poderiam servir de base à continuação da atividade criminosa”. Ressalvando, porém, que o facto de não atribuir carácter não penal a este instituto não olvida a que a mesma não esteja submetida aos princípios-garantia do denominado “direito sancionatório de carácter punitivo”.

Atualmente<sup>47</sup>, afirma que este é um mecanismo sancionatório de direito público, concorrendo para este entendimento a consideração do mesmo como uma consequência jurídica do crime, que em caso algum pode ser considerado civil, contrariamente às teses proclamadas por alguns dos Autores supracitados.

Por sua vez, JORGE GODINHO<sup>48</sup> afirma que o instituto do confisco alargado tem índole penal desde logo por depender de uma condenação penal (isto é, uma condenação

---

<sup>44</sup> Adiante faremos a devida reflexão sobre estes argumentos.

<sup>45</sup> Proc. n.º 22/08.3JALRA.E1.S1, Relator Lopes da Mota.

<sup>46</sup> CUNHA, DAMIÃO, op. cit., p. 20.

<sup>47</sup> CUNHA, DAMIÃO, 2017, *Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, A Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro de 2002*, UCP Porto, pp. 18-25.

<sup>48</sup> GODINHO, JORGE, op. cit., pp. 1348-1351.

criminal anterior por um dos crimes elencados no art 1º do Regime); além disso, a sua teleologia tem subjacente um cunho geral-preventivo e a prova faz-se nos termos do processo penal. Além disso, continuam a ser aplicáveis as disposições do CP referentes ao confisco, a título subsidiário

Deste modo, o instituto do confisco constitui uma “reação penal de natureza substantiva”. AUGUSTO SILVA DIAS<sup>49</sup> por sua vez, reconhece, também, que se trata de um instituto de natureza penal, porém reconhecendo-lhe “consequências patrimoniais não automáticas”.

Neste sentido, não se lhe pode ser atribuído um total sentido penal porque “não assumem a natureza de verdadeiras penas por lhe faltar o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios daquelas”, acrescentando que se pauta por exigências de prevenção e não em exigências de culpa.

Decorrente do encadeamento de ideias que vem sido explorado, rematamos com aquela que consideramos espelhar as nossas convicções nesta matéria.

Assim, passemos a analisar a posição da Meritíssima Juíza de Direito MARIA JOSÉ MATOS<sup>50</sup>.

De acordo com a Autora, o regime da perda de vantagens tem notoriamente natureza penal.

Partindo do enunciado da Proposta de Lei na sua “Exposição de Motivos”, conjugado com a letra da lei dos artigos de que temos vindo a analisar referente aos pressupostos de aplicação do Diploma – arts 1º e 7º da Lei – esta pressupõe, em alinhamento com JORGE GODINHO, uma condenação anterior, encontrando-se, logo aqui, “intrinsecamente ligado à prática de crime”.

Além disso, a própria Proposta evidencia esta natureza, pois ao aludir a que se pretende evitar que tais vantagens sejam “meio de retomar essa atividade criminosa” reconhece as finalidades inerentes ao Direito Penal, no caso, a punição e a prevenção criminal.

Além disso, como também refletiu JORGE GODINHO, ao continuarem a ser aplicáveis as disposições, ainda que a título subsidiário, constantes do CP a título de perda “clássica”, tal fator adensa a “inserção intra-sistemática do instituto em causa com os institutos de natureza penal”.

---

<sup>49</sup> DIAS, AUGUSTO SILVA, 2011, “Criminalidade Organizada e Investigação Criminal” *in 2º Congresso de Investigação Criminal*, Maria Fernanda Palma, Paulo de Sousa Mendes, Augusto Silva Dias (Coord.), Almedina, pp. 38-40.

<sup>50</sup> JOSÉ, MARIA MATOS, op. cit., pp. 29-31.

Por fim, ao reconhecermos ao instituto da perda de vantagens uma natureza penal, estamos a reconhecer-lhe, reflexivamente, a tutela de bens jurídicos essenciais, constitucionalmente reconhecidos, que já de seguida se estudarão.

Longe de ser um argumento consensual, este constitui o vértice principal de onde emergem as considerações atinentes à (in)constitucionalidade do instituto da perda alargada, relativamente no que toca ao estatuto do arguido e em matéria de livre apreciação da prova, os quais ocuparão lugar de seguida.

#### 4.2 Violação do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção da inocência encontra respaldo constitucional no artigo 32º da CRP no seu n.º2 “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...)”, resultando daqui dois corolários como a proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido e o princípio do *in dubio pro reo*.

Se por um lado existem Autores que defendem existir uma clara violação deste princípio à luz da Lei Fundamental em matéria de defesa e proteção do arguido no que concerne à matéria da Perda Alargada de Bens, outros sustentam a inexistência de qualquer inconstitucionalidade, partindo da consideração de que a perda alargada não é qualificada como uma medida penal e, portanto, não há lugar à aplicação deste princípio constitucionalmente reconhecido, como *a priori* se fez antever.

Adiantemos, desde já, que a própria Proposta afirma não existir qualquer violação do princípio da presunção da inocência.<sup>51</sup>

Começemos por uma breve explicação.

O princípio da presunção da inocência, além de constituir um dos princípios gerais quanto à prova na fase de julgamento, a par com o princípio da legalidade e da livre apreciação da prova, inclui-se, também, num conjunto de regras de natureza garantística característico de um Estado de Direito Democrático, como regra de tratamento do arguido tendente a restringir as limitações à sua liberdade.

---

<sup>51</sup> “O regime ora proposto não viola, assim, o princípio constitucional da presunção da inocência. Pelo contrário, a condenação do arguido, transitada em julgado, é o próprio pressuposto da aplicação destas normas. Não é excessivo (...) impor à pessoa que é condenada, nos termos referidos, o ónus de provar a licitude dos seus rendimentos.” *in* Proposta de Lei n.º 94/VIII - Exposição de Motivos, ponto 3.

Ademais, o princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena<sup>52</sup>.

Como decorre do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de março de 2020<sup>53</sup>, o princípio da presunção da inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, se por um lado, isentam o arguido de provar a sua inocência, por outro, impõem que, perante dúvida insanável, razoável e objetivável quanto ao sentido em que aponta a prova realizada, o arguido seja absolvido.

Em breves traços, como ensina MARIA JOÃO ANTUNES<sup>54</sup>, produzida a prova o tribunal aprecia-a de acordo com as regras da experiência e a sua livre convicção. Concluindo que não foi produzida prova dos factos imputados ao arguido, os mesmos são dados como não provados, isto é, enquanto não for provada a culpabilidade do arguido, não há lugar à sua condenação.

Daqui decorre que se deem como provados os factos favoráveis ao arguido, decidindo o tribunal como se tivesse sido feita prova dos factos, caso fique aquém da dúvida razoável. Por força deste princípio se impõe, de igual modo, a proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido e a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal.

Ainda aliado ao princípio do *in dubio pro reo* um *non liquet* relativo à prova tem de ser sempre valorado a favor do arguido.<sup>55</sup>

Deste modo, o “convite” que é dirigido ao arguido para elidir a presunção de que o seu património não tem origem ilícita, consubstancia uma verdadeira inversão do ónus da prova.

Servindo-nos das palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA “A dúvida sobre a culpabilidade é a razão de ser do processo (...) sucede frequentemente que a dúvida inicial permanece duvida a final, não obstante todo o esforço para a superar. Em tal situação, o princípio da presunção da inocência imporá a absolvição do acusado já que a condenação

---

<sup>52</sup> *in* “Constituição da República Portuguesa Anotada”, cit. p. 519.

<sup>53</sup> Proc. n.º 1005/17.PWLSB.L1-3, Relator Maria da Graça dos Santos Silva.

<sup>54</sup> ANTUNES, MARIA JOÃO, *Direito Processual Penal*, 2022, 4ª edição, Almedina, p.205.

<sup>55</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, *op. cit.*, p.87.

significaria a consagração de um ónus de prova a seu cargo baseado na previa presunção da sua culpabilidade, ou seja, princípio da presunção de culpa”<sup>56</sup>.

Como se teve oportunidade de explorar acima, o regime que assim se apresenta em teoria, plasma uma série de complicações na sua prática, desde logo pela dificuldade que recai sobre o arguido de provar a origem lícita dos seus bens.

Ora, não sendo possível ao arguido fazer prova da licitude dos seus rendimentos, ou mesmo que até hipoteticamente o faça e carreie elementos de prova para o processo, caso a prova produzida fique aquém da dúvida razoável, os factos dar-se-ão como desfavoráveis ao arguido.

Deste modo, sacrificando-se o próprio propósito inerente ao princípio da presunção da inocência, culminando na liquidação do valor respetivo pelo MP, resolvendo-se a dúvida em desfavor do arguido.

Outro entendimento tem sido o de diversos Autores<sup>57</sup> e do próprio TC que se tem vindo a pronunciar sobre esta temática, destacando-se o Acórdão n.º 392/2015<sup>58</sup> como *leading case* na matéria que ora se analisará.

Face às alegações da Recorrente no sentido de entender que a presunção prevista pelo art. 7º da Lei n.º 5/2002 implica a consignação da inversão do ónus da prova em violação do artigo 32º da CRP, o Tribunal entendeu não assistir razão a tais fundamentos.

Em primeiro lugar, por considerar que a presunção prevista pelo artigo 7º apenas opera após a condenação, não contrariando, nesta medida, o princípio da presunção de inocência, ademais tratando-se de uma presunção ilidível.

Além disso, afirma o Tribunal que a previsão desta presunção não tem em vista a imputação ao arguido da prática de qualquer crime e a sua consequente sanção, mas sim privá-lo de um património, por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente. A incongruência patrimonial funda-se na constatação de uma desproporção entre o património do condenado e os seus rendimentos lícitos, e já não num juízo de censura ou culpabilidade do agente.

---

<sup>56</sup> MARQUES DA SILVA, GERMANO, op. cit., p. 21.

<sup>57</sup> Veja-se PEDRO CAEIRO “não se trata da *imputação de crimes*: trata-se da determinação e confisco de um património com origem ilícita provada (através de uma presunção), que o legislador *quis* restringir às vantagens provenientes de atividade criminosa. Nem se visa aqui (...) impor ao condenado uma reação penal, mas sim privá-lo, através de uma medida administrativa, daquilo que adquiriu ilicitamente.” cit. p. 320.

<sup>58</sup> Proc. n.º 665/15, Relator João Cura Mariano.

Daqui decorre que a presunção não opera pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso, mas sim pela verificação de uma situação patrimonial incongruente.

De igual modo, a inversão do ónus da prova que recai sobre o arguido não é tida como excessiva ou até mesmo inconstitucional, na medida em que o TC considera que o arguido, melhor que ninguém, é quem consegue fazer prova de factos do seu conhecimento pessoal, citando “sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado”.

Nesta mesma linha de pensamento a própria Proposta afirma que “não é excessivo (...) impor à pessoa que é condenada, nos termos referidos, o ónus de provar a licitude dos seus rendimentos”.

Ou seja, o estabelecimento da presunção legal não visa imputar ao arguido a prática de qualquer ilícito, mas sim privá-lo de um património por se concluir que o mesmo foi adquirido ilicitamente, havendo como consequência a sua declaração de perda a favor do Estado no tocante à desproporção patrimonial verificada.

Por esta razão, considerando o TC ser este um procedimento enxertado no processo penal, resulta “daí que, quer a determinação do valor dessa incongruência, quer a eventual perda de bens daí decorrente, não se funde num concreto juízo de censura ou culpabilidade (...) nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes, mas numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos líquidos auferidos por este faz presumir a sua proveniência ilícita (...)”.<sup>59</sup>

Afirma ainda o Tribunal que a tramitação subjacente à perda em análise assegura “um adequado exercício do contraditório”, na medida em que o montante apurado o qual deverá ser declarado perdido a favor do Estado, consta de um ato de liquidação onde se indica a incongruência entre o património do arguido e os seus rendimentos lícitos.

Posteriormente, este ato de liquidação é notificado ao arguido e seu defensor, podendo o arguido apresentar a sua defesa (nos termos já explorados) – defesa esta que o Tribunal considera até quase que “vantajosa” para o arguido, afirmando que “o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às

---

<sup>59</sup> Em igual sentido CAEIRO, PEDRO, op. cit., p. 320.

limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo (...).”

De igual modo, sufraga o próprio STJ deste argumento afirmando que “o arguido pode arredar a presunção, demonstrando, no exercício do seu pleno direito de contraditório, a proveniência lícita dos bens ou vantagens (...)”<sup>60</sup>.

Acrescenta, ainda, em matéria de presunção de inocência que a questão da presunção *per si* circunscreve-se unicamente à matéria patrimonial, só operando quando tenha havido uma condenação por um dos crimes do catálogo do art 1º. Nestes termos, não há violação do princípio da presunção de inocência.<sup>61</sup>

Discordamos destes entendimentos servindo-nos dos argumentos apresentados pela Meritíssima Juíza de Direito MARIA JOSÉ MATOS quando invoca o princípio geral da concentração.

De acordo com a Autora, a prova adquirida pelo Tribunal para o conhecimento do objeto do processo, quer seja de âmbito criminal, quer se reporte à liquidação (ou seja, toda a matéria que faz parte do objeto do processo) está incluída na matéria que o julgador terá de conhecer para posteriormente proferir a decisão, com respeito pelos preceitos dos artigos 368º e 369º do CPP<sup>62</sup>.

Ademais, sufragamos do argumento apresentado por JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA quando afirma que é de “duvidosa constitucionalidade” a imposição a uma pessoa que, enquanto arguida, isto é, que até ao momento se presume inocente, carregue provas para o processo, ou, indo mais além, que o próprio MP apresente a liquidação antes de sustentar a acusação.

Veja-se, em qualquer um destes cenários está presente a dependência de uma sentença condenatória, culminando, na nossa perspetiva, numa derrogação daquele que é o fim da tramitação de um processo penal

Relembre-se: o processo penal não é um processo alicerçado em presunções, mas sim orientado pela busca da verdade material.

Porém, toda esta conceção advém da já explorada natureza que se atribui à perda alargada. Relativamente à limitação estabelecida pelo art. 9º do Diploma no que concerne aos meios de elisão da presunção, em contraste com o que explorámos no ponto 2.1, considera o

---

<sup>60</sup> Ac. STJ 12/11/2008, Proc. n.º 08P3180, Relator Armindo Monteiro

<sup>61</sup> Ac. STJ 15/04/2021, Proc. n.º 19/16.0YGLSB-J.S3, Relator António Gama.

<sup>62</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, op. cit., pp. 63-64.

Tribunal que tal período estabelecido constitui uma prova necessária menos onerosa para o arguido.

Se acima tecemos considerações atinentes à dificuldade conferida à elisão a que está o arguido adstrito, nas quais incluímos vários exemplos, o TC tem um entendimento notoriamente divergente, inclusive quando afirma que “o legislador teve o cuidado de prevenir que, sendo mais difícil ao arguido provar a licitude dos rendimentos obtidos num período muito anterior ao do processo, a prova da licitude dos rendimentos pode ser substituída pela prova de que os bens em causa estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido (...)” e ainda “As presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte, dentro dos limites do justo e do adequado, enquanto a tutela da parte “prejudicada” pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido (...)”<sup>63</sup>.

Pelos motivos que vêm sido explicitados, refutamos a orientação defendida pelos Tribunais superiores nesta matéria.

Não é possível concluir este capítulo sem antes deixar de fazer as devidas notas e menções, ainda que de forma não exaustiva, ao direito que em primeira linha está na linha da frente quando se fala em “perda alargada”: o direito à propriedade privada, constitucionalmente reconhecido no art. 62º da CRP.

Compreende este direito o domínio e o poder de disponibilidade dos indivíduos sobre os seus bens<sup>64</sup>.

Por partes: é ponto assente que os meios de aquisição da propriedade são os elencados no art. 1316º do CC, não havendo lugar à tutela da propriedade quando a mesma seja adquirida ilicitamente e, daí que também sufraguemos o entendimento de que um dos objetivos da presente Lei passe pela supressão dos benefícios patrimoniais do crime, cuja manutenção na esfera do visado poderia induzir à prática de novos ilícitos.

Porém, não podemos deixar de refletir sobre as conclusões do TC no Acórdão n.º340/87<sup>65</sup> notando que “os valores da segurança das pessoas, da moral e da ordem pública que

---

<sup>63</sup> Ac. TC, Processo n.º457/18, Relator: Conselheiro Limo Rodrigues Ribeiro.

<sup>64</sup> Ac. TC, Processo n.º n.º 996/21, Relatora: Relatora: Conselheira Mariana Canotilho.

<sup>65</sup> Processo: n.º 122/86, Relator Conselheiro Mário Afonso.

constituem o alicerce de um Estado de direito democrático se sobrepõem ao direito de propriedade.”

Se é certo que o valor pecuniário que o arguido é condenado a pagar é calculado em função da presumida ilicitude do seu património – património aqui ilicitamente adquirido – também não deixa de ser verdade que a pretensão do Estado sobre determinado bem ou valor sempre terá de ser efetivada através de um processo justo, em que ao particular seja dada a oportunidade de, sem entraves desproporcionais, fazer valer em juízo a pretensão contrária<sup>66</sup> - concluímos, também, por uma total derrogação do processo equitativo.

Neste seguimento, importa não olvidar, como ensina PEDRO CAEIRO<sup>67</sup> que ninguém tem o dever de não possuir riqueza superior à declarada, dado que o direito de propriedade não é limitado pelos deveres de declaração que impendem sobre os cidadãos. Outra coisa diferente é não declarar a riqueza possuída, constituindo nestes casos um crime de falsas declarações previsto e punido pelo art. 348º-A, n.º 1, do CP.

Neste ponto, causa-nos alguma perplexidade que o TC, enquanto órgão de soberania defensor último da Constituição, ao qual compete administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, tome este tipo de posição em matérias tão diretamente relacionadas com os Direitos Liberdades e Garantias dos seus cidadãos, direitos esses plasmados e reconhecidos pelo próprio TEDH e respetivas convenções internacionais, previstos pelos arts 20º, n.º4 e 32º, n.ºs 1 e 10 da CRP; 6º, n.º1 da CEDH; 10º da DUDH; 14º, n.º1 do PIDCP e 47º da CDFUE.

Por estas considerações, um trajeto delineado de tal forma terá como inevitável destino uma errada aplicação da justiça.

#### 4.3 Violação do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*

Novamente, indagamos a constitucionalidade do regime da perda alargada em confronto com mais um princípio integrante da matéria de defesa e proteção do arguido, implicitamente consagrado na CRP, com repercussões ao nível transnacional e intimamente ligado ao princípio da presunção da inocência.

Neste campo, existe uma verdadeira limitação à livre apreciação da prova pela entidade competente, na medida em que, aliado à não autoincriminação, existe a proposição de que

---

<sup>66</sup> BORGES, FRANCISCO, op. cit., p. 228.

<sup>67</sup> CAEIRO, PEDRO, op. cit., p 305.

“o silêncio nunca pode desfavorecer o arguido”, com remissão para os artigos 61º, n.º1, alínea d), 141º, n.º4, alínea a), 343º, n.º1 e 345º, n.º1 parte final do CPP.<sup>68</sup>

Citando o próprio Ac. do TRL<sup>69</sup> “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* significa fundamentalmente que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar.

O princípio não se restringe ao mero direito ao silêncio, - artigo 61º n.º 1, alínea d) CPP, mas abrange de uma forma ampla o “direito de a pessoa não ser obrigada a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade”, como igualmente decorre do supracitado Acórdão.

Ora, face às considerações *supra*, aliadas aos meios de elisão da presunção também já estudados, consideramos existir uma derrogação do direito ao silêncio do arguido.

Vejam os de que forma.

Primeiramente, recaindo sobre o arguido a inversão do ónus da prova, tendo de fornecer dados para o processo, tal “convite”, na nossa perspetiva, traduz-se numa forma de coação, que pode ser analisada de dois prismas.

Por um lado, o arguido nada diz, por hipoteticamente, não lhe ter sido possível fazer prova da proveniência dos seus rendimentos (como inclusivamente já pudemos concluir por esta especial dificuldade), ou, simplesmente porque lhe assiste tal direito ao silêncio.

Em qualquer um destes cenários opera a presunção, sendo o seu património liquidado - a sua inação e o seu silêncio traduzir-se-ão na verificação da presunção, sendo o respetivo montante apurado liquidado.<sup>70</sup>

O silêncio ser-lhe-á sempre desvantajoso na medida em que, além de não lhe permitir contraditar a prova negativa da origem ilícita, caber-lhe-á o ónus da prova pela positiva. Isto é, recai o ónus de demonstrar que o património adquirido, ainda que apresentando uma incongruência com os rendimentos declarados, tem uma origem lícita.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> ANTUNES, MARIA JOÃO, op. cit., p. 204.

<sup>69</sup> Proc. n.º 483/15.4IDLSB.L1-3, Relator João Lee Ferreira.

<sup>70</sup> De igual modo JORGE A.F. GODINHO “por força da presunção a sua inatividade (a do arguido) redundando em seu desfavor, pelo que estamos perante um verdadeiro *onus* e perante a supressão implícita do seu direito ao silêncio (...) há uma clara e frontal violação do princípio da presunção de inocência do arguido, que implica que não é ao arguido que cabe carrear elementos de prova em sua defesa, cabendo a iniciativa à acusação, e que o seu silêncio não o pode desfavorecer.”, in “Brandos Costumes (...)?”, p. 1359.

<sup>71</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, op. cit., pp. 64-69.

De outro modo, o arguido que carregue provas para o processo, pode acabar por emitir declarações que lhe podem ser desfavoráveis, ou seja, confessar factos que possam preencher os pressupostos do facto ilícito típico, previsto pelo artigo 344º do CPP.

Neste plano, como sabemos, a confissão pode ter efeitos ao nível das circunstâncias modificativas atenuantes e dispensa de pena.

Vistas as coisas nestes termos, poderá o arguido ser “tentado” a proferir confissões que o autoincriminem, com o objetivo de “fugir”, ou pelo menos obter um “benefício” que obste à liquidação consequente da perda alargada<sup>72</sup>.

Novamente, denotamos uma violação do direito ao silêncio e das garantias de defesa do arguido, em específico no tocante à colaboração do arguido com a justiça, em que pretende o primeiro obter um benefício, concomitantemente desencadeando o mecanismo da perda alargada – aqui, preenchendo o primeiro pressuposto da aplicação do Diploma previsto no art. 7º “Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1º (...)”.

Em qualquer um dos panoramas o direito ao silêncio, a que está aliado o direito à não autoincriminação, é comprimido visto ter o arguido necessariamente de proferir declarações, ainda que de índole patrimonial, que lhe poderão ser desfavoráveis na questão principal.

O TC por sua vez, sustenta uma visão antagónica ao até agora defendido, afirmando não existir qualquer violação do direito do arguido ao silêncio e não autoincriminação.

Com referência aos Acs. n.º 392/2015<sup>73</sup> e 476/2015<sup>74</sup> analisemos o fundamento desta posição.

No que tange ao direito ao silêncio, explica o Tribunal que este corresponde ao direito a não responder a perguntas feitas por qualquer entidade sobre os factos imputados ao arguido/suspeito e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar e a não fornecer elementos que configurem uma admissão expressa e direta da culpa.

---

<sup>72</sup> Problema também explorado por JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA “o arguido tem o direito , como forma de defesa, a admitir algumas responsabilidades do crime, em ordem a fazer valer aspetos que mitiguem ou mesmo eliminem a gravidade dos factos imputados. Só que, assim sendo, poderá haver casos em que o arguido, sob reconhecimento implícito da sua responsabilidade – e visando a atenuação da pena -, se tenha que confrontar com a possibilidade de se verificar a presunção estabelecida nesta lei. Pode, assim, o arguido ver-se no dilema de ter de enfrentar uma e outra questão, cuja defesa pode não ser coincidente.”, *in* “Perda de bens (...)”, p. 44.

<sup>73</sup> Proc. n.º 665/15, Relator Conselheiro João Cura Mariano.

<sup>74</sup> Proc. n.º 1163/14, Relator Conselheiro João Cura Mariano.

Deste modo, entende o TC não existir qualquer violação nos termos ora explanados desde logo, e replicando os argumentos ora apresentados aquando da análise do princípio da presunção da inocência supra, a perda alargada de bens pela Lei n.º5/2002 constitui um procedimento enxertado no processo penal onde não operam as normas constitucionais, tais como o princípio da presunção da inocência e o direito ao silêncio.

Ademais, considera, de igual modo, que a inversão do ónus da prova que recai sobre o arguido não inviabiliza o seu direito ao silêncio “não se vislumbrando em que medida da demonstração da origem lícita de determinados rendimentos possa resultar uma autoincriminação relativamente ao ilícito penal que lhe é imputado nesse processo” “e muito menos um desvio à estrutura acusatória do processo penal”.

Geradora de algumas perplexidades, a nosso ver, é, ainda, a afirmação de que ainda que hipoteticamente fosse aplicável o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* à perda alargada “em lado algum o arguido é obrigado a prestar declarações no âmbito de tal incidente e muito menos ter de admitir factos que lhe sejam desfavoráveis (...)”.

Relativamente à posição do TEDH e, atendendo, novamente, aos argumentos trazidos pela Meritíssima Juíza de Direito MARIA JOSÉ MATOS<sup>75</sup>, face à jurisprudência deste Tribunal é de atentar, em primeira linha, o carácter umbilical que existe entre o direito à não autoincriminação e o princípio da presunção da inocência os quais se aplicam independentemente dos tipos de crime em causa.

Além disso, estes dois princípios são intrínsecos ao direito a um processo equitativo “tendo a sua razão de ser a ideia de proteção do acusado contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades (...)”.

Além do mais, uma renegação destes princípios colide diretamente com a CDFUE, na qual o ser humano constitui a base da sua ação.

Por fim, destacamos a seguinte afirmação “o direito à não autoincriminação relaciona-se com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio, e constitui uma decorrência do pressuposto segundo o qual a acusação, num processo criminal, deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de meios coercivos ou opressivos com desrespeito pela vontade deste.”

Deste modo, e face ao exposto, algumas considerações merecem ser feitas.

---

<sup>75</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, op. cit., pp. 65-66.

Primeiramente, e sem querermos estar a iniciar um novo ciclo de argumentação, não podemos deixar de refletir sobre os argumentos apresentados pelo próprio TC.

Desde logo, a base que o leva a refutar a admissibilidade do princípio da presunção da inocência é a mesma que serve para derrogar o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* (aqui inseridos o direito ao silêncio e à não autoincriminação): a natureza/qualificação jurídica que se atribui ao instituto da perda alargada plasmada na Lei n.º5/2002, de 11 de janeiro.

Ora, na perspetiva deste Tribunal, partindo-se de uma qualificação jurídica, que, no caso, não reconhece ao regime em estudo, um cunho penal, tal derroga princípios e conceções constitucionalmente reconhecidas.

Isto é, confrontado com estas questões, o TC retoma uma argumentação circular, a nosso ver facilitada, bastando imprimir ao instituto da perda uma natureza não penal para refutar tais entendimentos.

Questionamo-nos da verdadeira importância do estatuto de arguido, pondo em xeque o verdadeiro processo equitativo.

Retomando este último ponto, reconhecemos a importância da imposição de deveres de colaboração no âmbito da realização de ações inspetivas e de supervisão, aliado ao dever de declarar a riqueza possuída, porém, tais ações não podem ser, de algum modo, coativas e desproporcionais face aos objetivos prosseguidos.

Além disso, quando o TC afirma que “uma coisa é o direito a não prestar declarações (...) e outra bem diferente é o arguido retirar benefícios pelo exercício desse direito, posto que em algum lado a Constituição ou a Lei impõem que o arguido tenha de retirar vantagens de ter optado por não prestar declarações”, com o devido respeito, face ao “convite” dirigido ao arguido este não teria outra hipótese senão agir em conformidade, sob pena de ver o seu património liquidado, como aliás já pudemos explorar tais conclusões *supra*. Por tudo o que foi exposto, cabe-nos apenas tecer as conclusões finais.

## Conclusões

O estudo a que ora nos propusemos colocou em confronto muitas das vozes que se insurgiram sobre a temática subjacente à perda alargada de bens com enfoque na Lei n.º5/2002 de 11 de janeiro, as quais mereceram a devida atenção para as considerações que ora se seguirão.

Desde logo, consideramos que um regime desta natureza não se deve reger por fins extraordinários, mas sim fazer trave-mestra pelo respeito dos princípios basilares de um Estado de Direito Democrático, como sejam regras de natureza garantística face à função punitiva do Estado.

Um Diploma assim formulado, em que o silêncio terá sempre uma consequência desvantajosa para o arguido, entra em disrupção e desarmonia com aquela que é a essência de um processo penal: a busca pela verdade material, com respeito a um processo equitativo.

Consideramos, de igual modo, que a visão do TC sobre o facto da Lei em apreço apenas dizer respeito à questão patrimonial *per si*, é falaciosa.

Desde já, é possível concluir que, a inversão do ónus da prova, suscitará questões que poderão ser desfavoráveis ao arguido durante a questão principal.

Ainda neste raciocínio, o facto de o TC alicerçar a sua convicção no dogma de que o instituto da perda alargada não constitui uma sanção de cariz penal, leva-nos a concluir em diversas aceções.

Primeiro, tal parece constituir uma “válvula de escape” para legitimar uma arbitrária aplicação da justiça, com especial enfoque no tipo de crimes a que está associado este regime.

Desde logo, por estarmos a lidar com os ditos *white collar crimes* (i.e crimes de colarinho branco), está, atualmente, enraizada na sociedade a perceção de que os seus agentes – normalmente associados a altos cargos de chefia – nunca são verdadeiramente punidos pela prática deste tipo de crimes.

Esta pressão muitas das vezes moldada pela própria opinião pública com especial enfoque na influência dos *media*, parece impactar, diretamente, os próprios órgãos legislativos e atuar como verdadeira força moldadora do próprio processo legislativo, legitimando arquétipos nos moldes ora estudados.

Legitimar um Regime nestes contornos, constitui um abrir de portas ao despotismo e arbitrariedade total na formação e aplicação da lei, escalando-se numa renegação de valores constitucionalmente reconhecidos.

Citando a própria Juíza de Direito MARIA JOSÉ MATOS “Legislar não é moldar ao sabor das ideologias várias e contraditórias a realidade humana e social”<sup>76</sup>.

Acreditamos que a solução no combate à corrupção nunca poderá passar pela atuação do poder coercivo do Estado, obliterando direitos e garantias dos seus cidadãos e do próprio estatuto processual de arguido - mas sim dotando a justiça de meios e ferramentas adequadas ao seu objetivo para uma investigação justa e imparcial.

---

<sup>76</sup> MATOS, MARIA JOSÉ, op. cit., p.5.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, 2010, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição, Universidade Católica Editora.

CONDE, JOÃO CORREIA, 2014, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014, ‘O arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime’”, *Revista Julgar*.

DA SILVA, MARQUES GERMANO/ SALINAS, HENRIQUE, “Art. 32.º” in “Constituição Anotada”, I, 2ª edição.

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Direito Processual Penal*, 2022, 4ª edição, Almedina.

BAPTISTA, JOSÉ JOÃO, *Processo Civil I (Teoria Geral e Processo Declarativo, com referências ao Ante-projeto do novo Código de Processo Civil)*, Universidade Lusíada, 1993, Lisboa.

BORGES, FRANCISCO, 2017, “Perda Alargada de Bens: Alguns Problemas de Constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra.

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

CORREIA JOÃO CONDE / RODRIGUES HÉLIO, 2022, *O processo de recuperação de ativos: da teoria à prática*, Lisboa, Procuradoria-Geral da República.

CORREIA, JOÃO CONDE, 2016, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015”, *Revista do Ministério Público*, A.37, n.º145 (Jan.-Mar.2016).

CORREIA, JOÃO CONDE, 2017, “Non-conviction based confiscations no Direito Penal português vigente – Quem tem medo do lobo mau?”, *Revista Julgar*, n.º32, Almedina.

CUNHA, DAMIÃO, 2017, *Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, A Lei n.º5/2002 de 11 de janeiro de 2002*, UCP Porto.

CUNHA, DAMIÃO, *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)*, 2004, Coimbra Editora.

DIAS, AUGUSTO SILVA, 2011, “Criminalidade Organizada e Investigação Criminal” in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Maria Fernanda Palma, Paulo de Sousa Mendes, Augusto Silva Dias (Coord.), Almedina.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 2019, *Direito Penal Parte Geral, TOMO I Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*, 3ª edição, GESTLEGAL.

DUARTE, JORGE DIAS, *Lei n.º5/2002, de 11 de janeiro -Breve comentário dos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado*.

FARIA COSTA, BERNARDO, 2022, *Perda Alargada de Bens no Sistema Penal Português – As singularidades do Confisco Previsto na Lei N.º5/2002: Um «Non-Conviction Based Confiscation» Dirigida à Perda do Valor do Património Incongruente*, Almedina.

GODINHO, JORGE A.F., “Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2003.

MARQUES DA SILVA, GERMANO, 2002, “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)”, Colóquio Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada.

MARQUES, PAULO SILVA, 2012, “O Confisco Ampliado no Direito Penal Português”, *Revista Lusíada*, Direito, Lisboa, n.º10.

MATOS, MARIA JOSÉ, 2017, “Perda de Bens na Lei n.º5/2002 – Requiem pelo Estado de Direito”, 1ª edição, Edições Esgotadas.

NUNES, DUARTE ALBERTO, 2017, “Anotações aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional – ‘Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco alargado de vantagens provenientes da prática de crimes’”, *Revista Julgar Online*.

VARELA, ANTUNES, *Manual de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

## **Jurisprudência**

Ac. STJ Proc. n.º 08P3180, Relator Armindo Monteiro.

Ac. STJ Proc. n.º 19/16.0YGLSB-J.S3, Relator António Gama.

Ac. TC n.º 392/2015, Proc. n.º 665/15, Relator Conselheiro João Cura Mariano.

Ac. TC n.º 476/2015, Proc. n.º 1163/14, Relator Conselheiro João Cura Mariano

Ac. TC n.º 498/19, Proc. n.º 457/18, Relator: Conselheiro Limo Rodrigues Ribeiro.

Ac. TC n.º 34/2024 Proc. n.º 996/21, Relatora: Conselheira Mariana Canotilho.

Ac. TC n.º 340/87, Proc. n.º 122/86, Relator: Conselheiro Mário Afonso.

Ac. TRC, Proc. n.º 269/08.2TBPBL-C.C1, Relator: Fernando Monteiro.

Ac. TRL Proc. n.º 483/15.4IDLSB.L1-3, Relator João Lee Ferreira.

Ac. TRL Proc. n.º 1005/17.8PWLSB.L1-3, Relator Maria da Graça dos Santos Silva.