

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

Escola de Direito

**O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da “perda
alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro**

**A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas
implicações**

Ana Patrícia Cruz Duarte

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Sob a orientação do Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha

PORTO

2013

*Às estrelas que
lá do alto brilham para mim.*

Agradecimentos

Ao longo de todo o meu percurso académico, que se esgota por agora com a esta dissertação, foram muitas as pessoas que estiveram do meu lado e que contribuíram de alguma forma, a todas elas devo uma palavra de agradecimento.

Aos meus pais obviamente, por terem sido os meus mecenas e pelos sacrifícios que foram fazendo para que pudesse investir na minha formação.

Á minha mãe, por ter feito de mim a pessoa que sou hoje, e por não me deixar desistir nunca, nem nos momentos mais difíceis em que tudo parece insuperável.

Ao meu pai, pelos ensinamentos que me foi transmitindo, e que mesmo longe, esteve comigo à sua maneira, e nunca deixou de me apoiar nas minhas decisões.

Á Leninha e ao Sr. Mota por me terem aberto a porta da sua casa, mas acima de tudo dos seus corações.

Ao Rodolfo e á Rita por me inspirarem com o seu sorriso, mesmo sem terem essa noção.

Ao Fábio, pela paciência, pela força, e pelo carinho.

Ao Zé, que me ajudou a crescer, e que mesmo muitas vezes em silêncio, foi despertando em mim o interesse por estas coisas do Direito.

Á minha família e aos meus amigos, a todos e a cada um deles, por serem um pilar fundamental.

Aos meus colegas de escritório, que mais do que colegas, foram verdadeiros amigos de todos as horas.

Á Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e à Escola de Direito da Universidade Católica do Porto.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Damião da Cunha, pela paciência e dedicação.

Resumo

Em tempos de crise, como este que vivemos, são de explorar todos os mecanismos jurídicos que nos permitam recuperar a riqueza ilícita gerada por atos criminosos. No presente estudo cuidaremos de analisar a questão da inversão das regras de prova em processo penal e nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, as implicações para o arguido, a sua dignidade constitucional, e as instruções dos instrumentos de direito internacional e europeu.

Abstract

In times of crisis, like these in which we are living today, we must explore every legal mechanisms that allow us to recover the illicit wealth created by criminal acts. In this review, we are going to analyse the inversion of the rules of evidence in criminal proceedings and based on article 7.º Law n.º 5/2002, its implications for the defendant, the constitutional dignity of it, and instructions of the international and european Law.

Abreviaturas

AA. VV.- Autores Vários

Art.- Artigo

CC- Código Civil

CP- Código Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

Ed.- Edição

MP- Ministério Público

Ob. cit.- Obra citada

P.- Página

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TC- Tribunal Constitucional

TRC- Tribunal da Relação de Coimbra

TRP- Tribunal da Relação do Porto

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

Considerações Iniciais

As presentes páginas foram motivadas pela vontade e entusiasmo de tentar contribuir de alguma forma, para que em tempos de crise, difíceis como os que estamos a atravessar agora, se possa compreender melhor os mecanismos jurídicos ao nosso dispor para a recuperação de lucros ilícitos e combate às economias paralelas, que atentam severamente contra a sobrevivência do próprio Estado.

Centramos as nossas atenções num mecanismo em especial, a perda alargada, constante do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, que se traduz na consagração de uma inversão do ónus da prova, que tem como finalidade determinar a perda de bens de origem ilícita, mas cuja prova do crime ou crimes subjacentes não se conseguiu fazer em sede de processo penal, e que por isso impossibilita o funcionamento dos mecanismos tradicionais de perda constantes dos artigos 109.º a 111.º do CP. No referido artigo, a inversão do ónus da prova dá-se através do estabelecimento de uma presunção *juris tantum*.

A especificidade deste mecanismo, que permite a declaração de perda de bens, reside essencialmente no fato, de se consagrarem regras de prova estranhas, e mesmo contrárias aos princípios do processo penal, mas que são justificáveis pela natureza não penal do instituto, aplicável por ocasião de uma condenação penal, por um dos crimes que lhe serve de pressuposto.

Num primeiro capítulo tentaremos descortinar as razões de fato que levaram à necessidade de criação de novos institutos que permitam a declaração de perda dos rendimentos, bens ou lucros provenientes de uma fonte ilícita, que atentam contra o Direito e a Justiça. Uma primeira abordagem passará então pela contextualização da perda alargada no seio do ordenamento jurídico português, quais os seus antecedentes e as razões que foram ditando que se tornassem insuficientes face aos novos desafios. E, de seguida, apontaremos alguns dos instrumentos de direito internacional e europeu, nos quais se manifesta uma preocupação no alcance de uma solução viável que permita facilitar o combate à criminalidade geradora de grandes lucros, e descortinaremos as opções que foram sendo tomadas noutros ordenamentos jurídicos.

Num segundo capítulo, as nossas preocupações principais passarão pela análise mais de perto do mecanismo consagrado no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

Tentaremos indagar os pressupostos da sua aplicação, para depois nos centrarmos na questão que será a pedra angular deste trabalho, a inversão do ónus da prova.

Para que possamos perceber o que representa uma inversão do ónus da prova no processo penal, será necessária uma aproximação ao significado da regra geral da repartição do ónus da prova no direito processual civil, e as suas exceções.

Após a definição das regras de prova em processo penal e em processo civil, cumpre tentar perceber o que tem de especial uma consagração da inversão de ónus da prova como a prevista para a perda alargada, e de que forma é que se poderá afastar a aplicação deste mecanismo.

Num terceiro capítulo, o objectivo será aferir a dignidade constitucional de um instrumento deste tipo face a alguns princípios constitucionais, como o da presunção de inocência, *in dubio pro reo*, da culpa, ou da proibição de auto-incriminação.

Na parte final, no quarto capítulo, tentaremos descortinar de que forma é que os diplomas de direito internacional e europeu impunham uma solução como a que o nosso legislador consagrou em Portugal, para permitir a perda alargada de lucros de determinados tipos de crime.

Capítulo I – Contextualização do mecanismo da perda alargada no ordenamento jurídico português e seus antecedentes

1. A perda alargada¹ no contexto do direito interno português

O instituto da perda alargada encontra-se em vigor no ordenamento jurídico português nos termos Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro², mais concretamente no capítulo IV, artigo 7.º e seguintes.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, criou um conjunto de medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, medidas essas que recaíram sobre a recolha de prova, quebra de segredo profissional e perda de bens a favor do Estado³ quando em causa estejam os tipos legais de crime catalogados no artigo 1.º⁴, crimes

¹Vulgarmente entendida na doutrina nacional como o mecanismo estabelecido nos artigos 7º e ²Na redação do Decreto-Lei n.º 242/2012 de 7 de Novembro.

³Como bem salienta **JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA**, de entre as medidas enunciadas pela Lei n.º 5/2002, a Perda de Bens a Favor do Estado é uma verdadeira sanção que visa anular as vantagens presumidas de uma atividade criminosa que implica uma regra de inversão do ónus da prova, como veremos adiante, diferentemente da recolha da prova e quebra de segredo profissional que se traduzem em meros mecanismos processuais. Cunha, José Manuel Damião da, “*Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*”, in AA.VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 126.

⁴ “**Artigo 1.º**

Âmbito de Aplicação

1- *A presente lei estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativa aos crimes de:*

- a) *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;*
- b) *Terrorismo e organização;*
- c) *Tráfico de armas;*
- d) *Tráfico de influência;*
- e) *Corrupção activa e passiva;*
- f) *Peculato;*
- g) *Participação económica em negócio;*
- h) *Branqueamento de capitais;*
- i) *Associação criminosa;*
- j) *Contrabando;*
- a) *Tráfico e viciação de veículos furtados;*
- b) *Lenocínio e tráfico de menores;*
- c) *Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.*

2- *O disposto na presente lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas j) a n) do número anterior se o crime for praticado de forma organizada.*

3- *O disposto nos Capítulos II e III é ainda aplicável aos demais crimes referidos no n.º1 da Lei 36/94, de 29 de Setembro,”*

estes que são reputados pelo legislador como os mais prováveis de gerarem um acréscimo patrimonial para quem os pratica.

Numa primeira abordagem tentaremos explicar as razões do surgimento e as suas finalidades.

Desde já avançamos a ideia de que a perda de bens a favor do Estado, constante dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, visa colmatar as insuficiências dos mecanismos tradicionais de perda previstos no CP e em legislação penal avulsa, onde a declaração de perda está conetada com um crime em concreto dado como provado.

Antes de mais cumpre delinear a noção de perda que aqui cuidaremos, atendendo ao disposto nos instrumentos internacionais. A “*perda de bens*” é a perda definitiva de bens determinada por decisão judicial ou de outra autoridade competente (conforme o artigo 2.º alínea g) da Convenção de Mérida). Por sua vez a “*perda*” traduz-se numa sanção ou medida judicial que se decreta na sequência de um processo, que levará à privação definitiva de um determinado bem. Dentro desta última insere-se quer a perda de vantagens clássica, quer as modalidades de perda alargada (conforme o artigo 1.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 24 de Setembro).⁵

Para uma melhor compreensão das dificuldades que levaram à necessidade de criação de mecanismos novos de perda ampliada, é de grande utilidade proceder a uma pequeno enquadramento da evolução do confisco geral de bens e dos mecanismos clássicos positivados no nosso CP.

⁵Simões, Euclides Dâmaso, e Trindade, José Luís F., “*Recuperação de activos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)*”, in Revista Julgar on line 2009, p. 3, disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/>.

1.1 Antecedentes da perda alargada: o confisco geral de bens e a perda clássica constante dos artigos 109.º e 111.º do CP

1.1.1 A evolução histórica da conceção do confisco geral de bens em Portugal

Se recuarmos à época das ordenações, o confisco geral era essencialmente uma medida política e económica, estava especialmente delineado para crimes económicos cuja motivação fosse o enriquecimento e também para crimes políticos. Era muito frequente o funcionamento deste mecanismo, até que contagiado pelos “ventos de mudança”, o confisco geral de bens foi abolido em 1822.

A sua proibição foi um legado iluminista, foi uma tentativa de humanizar a justiça, e de não permitir que o criminoso e a sua família fossem “atirados” para a miséria.

Apesar de ter sido proibido o confisco geral de bens, o que é certo é que sempre existiram outras medidas que se destinaram a acautelar que os instrumentos, produtos e vantagens seriam retirados da esfera patrimonial do agente do crime.

Face à evolução da doutrina penalista e ao estabelecimento das finalidades de prevenção geral e especial, o confisco geral não se coadunaria com a necessidade de ressocialização do agente do crime até porque, muitas das vezes, implicaria dolorosas consequências para terceiros nem, tão pouco, era exigido pela sociedade em geral e para a demonstração da validade das normas violadas.

Atualmente, com a conjuntura económica-social e crise financeira que se faz sentir, os mecanismos de confisco de bens têm-se manifestado como uma das preocupações principais dos Estados, que visam a todo o custo a recuperação de ativos⁶.

⁶Em Portugal temos a recente experiência do *Projecto Fénix* coordenado por Euclides Dâmaso Simões, um programa de cariz interestadual, que teve como principal objetivo reforçar o sistema de justiça na área da recuperação de ativos, especialmente no que diz respeito ao combate à criminalidade grave e suscetível de gerar grandes lucros, e chamar a atenção dos operadores judiciais para a utilização, entre outros, do regime legal da perda ampliada.

Este projeto foi desenvolvido tendo por base uma candidatura ao Programa Financeiro “Prevenir e Combater a Criminalidade”, criado pela Decisão do Conselho da União Europeia 2007/125/JAI. AA. VV., “*Recuperação de Activos*”, Projecto Fénix, Edição da Procuradoria-Geral da República, Março de 2012, p. 5 e 11.

Lança-se mão de novos instrumentos destinados a demonstrar que “*o crime não compensa*”, principalmente quanto a determinados tipos de criminalidade onde os proventos são avultados, e as reações penais clássicas se manifestam insuficientes para os combater⁷.

1.1.2 A perda clássica: artigo 109.º e 111.º do CP

A consagração da perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime foi tendo associada finalidades diferentes, de retribuição e prevenção, quer geral, quer especial.

No CP Português anterior a perda clássica teria uma natureza híbrida, estaria algures entre uma pena e uma medida de segurança, traduzir-se-ia num efeito da pena ou da condenação.⁸

No CP atual a situação é bem diferente, estando subjacentes razões de ordem exclusivamente preventiva, distinguindo-se dois regimes com base no perigo para a segurança das pessoas.

Por um lado temos o regime da perda dos produtos e instrumentos do crime consagrados no artigo 109.º do CP, onde se verifica a tal perigosidade seja para a moral, ordem pública ou surgimento de novos crimes. Por outro a perda das vantagens provenientes do crime, consagrada no artigo 111.º do CP, que está isenta de qualquer ideia de perigosidade, no sentido de que não atentam contra a moral ou ordem pública, sendo o único perigo aqui presente o risco das vantagens serem reinvestidas no cometimento de novos ilícitos criminais.

Quando à perda estabelecida no artigo 109.º do CP, concordamos com as teses que defendem que a perda dos instrumentos e produtos do crime prossegue essencialmente a satisfação das necessidades de prevenção, e tem uma natureza análoga à medida de segurança. Como refere **PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE** “*Não se trata de uma pena acessória, porque não tem qualquer relação com a culpa do agente, nem de um efeito da condenação, porque não*

⁷“O risco de perder o património não deixa de influenciar o homo economicus (...) na hora de praticar o crime.”. Correia, João Conde, “*Da Proibição do Confisco à Perda alargada*”, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 30.

⁸Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal Português- Parte Geral II- As consequências jurídicas do crime.*”, 2.ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 615.

depende sequer da existência de uma condenação. Embora não sendo também uma medida de segurança, pois não se baseia na perigosidade do agente (...)”⁹.

Quando falamos em instrumentos do crime no âmbito do artigo 109.º do CP referimo-nos aos objetos¹⁰ utilizados para cometer o crime e, quando falamos de produtos referimo-nos aos objetos que surgiram, foram criados ou produzidos, pela prática do crime, não sendo porém exigível a sua consumação, nem a sua imputação ao arguido. Basta em abstrato que sejam utilizados numa atividade criminosa e que, atentos à sua natureza, eles sejam em si mesmos perigosos.

A aplicação deste mecanismo será guiada pelo princípio da proporcionalidade, como bem faz notar o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/03/2013: *“a declaração de perdimento de objetos a favor do Estado só deve acontecer quando do factualismo provado resulta que entre a utilização do objeto e a prática do crime existe uma relação de causalidade adequada, de tal forma que sem essa utilização, a infração em concreto não teria sido praticada ou não o teria sido na forma e com a significação penal relevante verificada; e, de todo o modo, que a perda do instrumento do crime equacione, à luz do princípio da proporcionalidade, a gravidade da atividade levada a cabo e a serventia que ao objeto foi dada na sua execução, de forma a não se ultrapassar a “justa medida”.*”¹¹

Juridicamente, a perda de objetos, sejam instrumentos ou produtos, tem como consequência a transferência da propriedade para o Estado logo que se dê o trânsito em julgado da sentença podendo, posteriormente, dependendo da sua espécie e natureza ser destruídos, ou entregues a alguém para que possam ser utilizados.

À semelhança do referido a propósito do regime da perda de instrumentos e produtos do crime, também na perda de vantagens reinam hoje finalidades de prevenção. Trata-se igualmente de uma medida de natureza análoga à medida de segurança, que visar evitar o perigo da prática de novos crimes.

Este artigo 111.º do CP comporta duas figuras distintas, as vantagens adquiridas pela prática do crime (constante do n.º 2) e as recompensas dadas ou prometidas aos

⁹Albuquerque, Paulo Pinto de, *“Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, 2.ª Edição revista e atualizada, Lisboa, 2010, Universidade Católica Editora, comentário ao Artigo 109.º, ponto 2, p. 355; No mesmo sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 628.

¹⁰Como bem refere **FIGUEIREDO DIAS**, parece que aqui estão em causa apenas coisas corpóreas, pois só elas poderão ser criminalmente perigosas. Para ultrapassar o perigo potencialmente criado pela titularidade de certos direitos (coisas incorpóreas), por certas pessoas existem as penas acessórias previstas no CP. Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 617.

¹¹Acórdão do TRP, Processo n.º 44/11.7PEMTS.P1 de 13/03/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

agentes criminosos (constante do n.º1). Acompanhamos o pensamento de **PEDRO CAEIRO** que entende 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.*”, propondo ainda a eliminação do n.º 1 do artigo 111.º do CP e respectiva formulação do n.º2.¹²

Para que as vantagens sejam declaradas perdidas, necessário é que tenha sido praticado um facto ilícito-típico, podendo mesmo operar em caso de falta de culpa do agente (o que não é naturalmente o caso da sub-espécie das recompensas, que exige a atuação dolosa).

As vantagens podem ser compostas por coisas corpóreas ou incorpóreas e não têm que provir diretamente da prática do crime, podendo eventualmente ser declarada a *perda do sucedâneo em valor* quando não for possível a perda em espécie. Em regra só pode ser declarada contra os agentes do crime, devendo igualmente respeito ao princípio da proporcionalidade.

1.2 Razões de ordem que ditaram a insuficiência dos mecanismos clássicos de perda

Após uma referência à configuração clássica da perda em Portugal, baseada na dicotomia entre perda de objetos e produtos e perda de vantagens, centraremos a nossa atenção essencialmente na perda de vantagens.

O mecanismo tradicional de perda de benefícios resultantes de um crime veio a revelar inúmeras insuficiências, precisamente porque exige que se prove a efetiva ligação entre os benefícios obtidos e o crime, prova esta que, na maioria das situações é impossível de ser feita.

Não tendo sido feita prova, não opera o mecanismo clássico e como tal poderiam ser mantidos os benefícios, provenientes de atividades ilícitas, na esfera patrimonial dos criminosos.

¹²Caeiro, Pedro, “*Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, p. 272.

Podemos assim afirmar, com segurança, que o mecanismo tradicional não se têm revelado uma arma capaz de combater os lucros do crime. Prova disso é a ideia geral da comunidade, de que o certos crimes continuam a compensar¹³.

Novos desafios vão surgindo, a criminalidade económico-financeira vai-se reinventando e organizando-se através de estruturas quase impossíveis de desmantelar, criando novos meios que a tornam cada vez mais implacável, sendo em grande parte dos casos “insensível à pena de prisão”¹⁴, razão pela qual se deve centrar esforços para o estabelecimento de regimes de perda mais eficazes.

Só atacando o verdadeiro móbil da criminalidade reditícia, o lucro, é que o legislador conseguirá prevenir este tipo de crimes.

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e **JOSÉ LUÍS F. TRINDADE** realçam três objetivos que são visados pela perda: acentuar a prevenção geral e especial demonstrando que afinal o crime não rende benefícios; evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes (canalizando-os para indemnizações às vítimas e investimento na investigação); e ainda reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado resultante da aplicação desses lucros ilícitos em determinados setores empresariais.¹⁵

Ao contrário dos instrumentos tradicionais, relembremos mais uma vez que a perda alargada visa, essencialmente, fazer face aos obstáculos criados pela impossibilidade de prova da relação entre o que se pretende declarar perdido e os crimes cometidos em concreto.

1.3 Mecanismos à disposição do legislador para fazer face às dificuldades evidenciadas pela perda clássica

Todos os mecanismos têm, em comum o facto de lhes estar subjacente a mesma política-criminal, o mesmo propósito de combater eficazmente os lucros susceptíveis de serem gerados pelo crime podendo, eventualmente, coexistir várias tipos diferentes de instrumentos de perda aqui referenciados.

¹³“Nos Estados de Direito a questão da recuperação de activos está hoje na ordem do dia. É por aí sobretudo e menos pela tradicional inflicção de sanções privativas da liberdade que se pretende afirmar a velha ideia de que o “crime não compensa”. Simões, Euclides Dâmaso, e Trindade, José Luís F., *ob. cit.*, p. 1;

¹⁴Correia, João Conde, *ob. cit.*, p.101;

¹⁵Simões, Euclides Dâmaso, e Trindade, José Luís F., *ob. cit.*, p. 2.

A primeira das opções para fazer valer os desideratos impostos pelas políticas-criminais atuais, é aquela em que se parte da ilicitude material. Retrata essencialmente uma evolução na conceção penalista. Assistimos nestas situações à criminalização da perda de benefícios em si mesma, deixamos de a entender como uma consequência da prática de um ilícito, para a concebermos como sendo ela própria um ilícito-criminal típico, tudo isto numa lógica de que primeiramente se deve sancionar os meios destinados a esconder as vantagens ilícitas.

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, apenas se encontra consagrado o branqueamento de capitais¹⁶ no artigo 268.º-A do CP, mas à semelhança de outros ordenamentos sistemas jurídicos têm-se equacionado a introdução de um outro tipo legal de crime que visa os mesmos propósitos, o crime de enriquecimento ilícito.¹⁷

São ainda de salientar as diversas normas fiscais destinadas a promover uma maior transparência e a controlar a proveniência dos patrimónios dos contribuintes em geral, permitindo, embora apenas num plano idealista, controlar a coerência entre os rendimentos declarados e o património. E de alguma forma também sancionar aqueles que tentem “escapar” ao controlo do sistema fiscal¹⁸.

¹⁶O crime de branqueamento de capitais não é mais do que a criminalização das tentativas de ocultação dos frutos de determinadas atividades ilícitas. É por esse motivo que uma acusação pelo crime de branqueamento de capitais está frequentemente associada a uma acusação por um outro crime, reputado como sendo o principal, que gerou os lucros que se pretendem ocultar. As características deste tipo de ilícito cedo fizeram levantar questões na doutrina, entre elas o facto de saber se o mesmo agente poderia ser punido em concurso efetivo por ter praticado esses dois crimes (o principal que gerou os lucros e o de ocultação). Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, “*Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra Editora, 2010, p. 364.

¹⁷A ideia de criminalização dos rendimentos ilícitos, ou insuscetíveis de justificação lícita, surge associada à mesma política criminal que esta na base da criação do mecanismo da “perda alargada”, o combate à criminalidade lucrativa. Aquando das propostas legislativas para a criação de um tipo legal de ilícito com estas características, as principais críticas apontadas rondaram o fato de se pretender assentar um crime numa presunção de ilicitude do património do arguido, cuja origem lícita ele não conseguisse provar. Tal incriminação, com base numa presunção, seria justificada pela dificuldade de investigação dos atos ilícitos que estariam na origem dos patrimónios avultados dos arguidos. No fundo o que se pretendia seria a criação de um crime, que viesse facilitar a punição de um agente por fatos que constituem outros tipos legais de crime que não se conseguem provar. Obviamente que não se poderia avançar com um projeto criminalizador deste tipo, por ferir os mais básicos preceitos constitucionais. A cruzada contra os lucros do crime não poderá ser feita a todo o custo. Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 297-306. Silva, Germano Marques da, “*Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado)*”, in AA. VV., Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 48-51.

¹⁸**JOÃO CONDE CORREIA** descreve uma tese intermédia a este respeito, com a qual concordamos, que defende que “*sempre que seja possível determinar a origem do património, o arguido deverá ser punido pelo respetivo ilícito jurídico criminal, e as vantagens dele decorrentes confiscadas. Só quando não for possível determinar a origem do bem e tenham sido omitidas as correspondentes declarações tributárias poderá recorrer-se aos delitos fiscais como forma subsidiária de confisco*”. Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 45.

Para além dos instrumentos que partem da ilicitude material, certo é que existem outros mecanismos, que podem ou não estar associados a uma prévia condenação em processo penal.

Existem institutos destinados a determinar perda de bens a favor do Estado, que poderão revestir as mais diversas formas e ter os mais diversos alvos, podendo mesmo não configurar figuras de direito penal, mas antes, de direito civil ou administrativo.

O primeiro dos exemplos destes instrumentos diversificados, embora com uma forte componente tradicional, é o confisco geral de bens. Verdadeira pena, está direcionado para todo o património dos condenados por crimes com alguma gravidade. Não tem qualquer preocupação com a ligação criminosa, levantando no entanto questões de ordem constitucional que contendem com a proporcionalidade e que levaram ao seu afastamento da maioria dos ordenamentos jurídicos.

O segundo exemplo consiste na perda de bens que se destinam a fins ilícitos, ou seja atende-se aqui ao que se tenciona fazer com o bem e não propriamente à sua origem. Este mecanismo suscita obviamente algumas dificuldades, nomeadamente a prova da conexão entre o que é confiscado e o fato criminoso que se virá a cometer. Nesta sede também se colocam questões de ordem constitucional, nomeadamente de violação dos princípios de proporcionalidade e presunção de inocência, uma vez que não se deixa de fantasiar um possível destino ilícito dos bens. Este mecanismo é especialmente pensado para as organizações criminosas.

Como terceiro exemplo, menos eficaz mas mais garantístico, surge um confisco que tem por base a origem ilícita de certos bens. É este tipo de confisco que será desenvolvido ao longo desta reflexão e que tem concretização, entre nós, nos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro. Através deste método ficciona-se uma atividade criminosa que não se conseguiu provar em sede de processo penal para justificar um património desfasado em relação aos rendimentos lícitos. Segundo a maioria dos autores, aqui opera uma inversão do ónus da prova, que faz com que um condenado tenha que afastar, para que o mecanismo não opere, certos pressupostos.

Por fim, falta referir o confisco que decorre das chamadas *actio in rem*¹⁹ de cariz administrativo e civil. São, essencialmente, processos contra a propriedade ilícita que, como não se dirigem a uma pessoa, escapam às garantias do processo

¹⁹Correia, João Conde, *ob. cit.*, p.50. Caeiro, Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 294 e 295.

penal. No entanto, não ultrapassam as barreiras impostas pelo princípio da proporcionalidade e, também, não parece defensável que o mesmo Estado que não consegue provar a ilicitude de determinados bens em sede de processo penal possa, nas vestes de autor num processo de partes, confiscar esses mesmos bens. Como bem refere **PEDRO CAEIRO**, *“trata-se tão só de fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida.”*²⁰

2. Contextualização ao nível internacional do estado atual dos mecanismos de perda alargada

Em virtude da vinculação do ordenamento jurídico português ao direito internacional público e europeu, conforme o previsto no artigo 8.º da CRP, é de grande importância tentar perceber quais as instruções que são dadas aos Estados vinculados nestas matérias.

Numa época em que as fronteiras se abrem e a circulação de pessoas e bens se faz de uma forma facilitada, deixando de lado medidas protecionistas de outrora, são diversas as chamadas de atenção, tanto a nível internacional como europeu, para a necessidade de aperfeiçoamento e criação de novos mecanismos que possam colmatar as falhas dos instrumentos clássicos de perda de vantagens e combater eficazmente certos tipos criminalidade geradores de avultados proventos.

Parece, também, ser unânime que só atacando os patrimónios ilícitos é que se consegue evitar a proliferação de certas atividades criminosas que colocam em risco a subsistência do próprio Estado de Direito²¹.

As próximas linhas serão dedicadas à indicação dos principais instrumentos, de cariz internacional e europeu, que manifestaram preocupações neste sentido e que foram apontando para possíveis caminhos de combate aos lucros dos crimes. Será, no entanto, um aspecto a ser objecto, no capítulo final, de um tratamento mais aprofundado a propósito da inversão do ónus da prova no capítulo final.

²⁰Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 293.

²¹Correia, João Conde, *ob. cit.*, p.37.

2.1 Direito Internacional

Ao nível do direito internacional, cumpre salientar quatro Convenções: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988; a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000; a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao financiamento do Terrorismo de 2005, e a Convenção da Assembleia Geral das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003 (também conhecida como Convenção de Mérida).

Em comum, têm o facto de salientarem a necessidade de adopção de mecanismos alargados de perda, sugerindo que se opte pela inversão do ónus da prova (essencialmente as três primeiras), deixando no entanto ao critério dos Estados Partes a organização de tais mecanismos tendo, também, em atenção a compatibilidade com os ordenamentos jurídicos internos.

2.2 Direito Europeu

No âmbito europeu, surgiram diversos diplomas que se destinaram a promover a homogeneização da legislação dos Estados Membros nesta matéria. De salientar o plano de ação adoptado pelo Conselho Europeu, em 2000, denominado de “Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: Estratégia da União Europeia Para o início do novo Milénio”, a Decisão-Quadro n.º 2005/212/JAI de Fevereiro de 2005, e a Decisão-Quadro n.º 2006/783/JAI de Outubro de 2006. Também a nível europeu os incentivos foram no sentido da inversão do ónus da prova relativamente aos bens dos condenados por crimes relacionados com a criminalidade organizada.

3. Direito Comparado

Após a referência aos principais diplomas internacionais e europeus que se referem à necessidade de adopção de mecanismos de perda ampliada, importa agora perceber ao nível do direito comparado, quais as opções que têm sido tomadas face a tais indicações externas.

Desde finais do século passado, vários países têm enveredado por regimes especiais de perda alargada, sendo a opção mais comum basear a perda das vantagens do crime, numa inversão do ónus da prova ou “atenuação” do ónus da prova, que pode consistir numa exigência maior ou menor de conexão com o crime que despoletou a aplicação do mecanismo²².

Em Itália, consagrou-se a presunção de origem ilícita e inversão do ónus da prova, previu-se a declaração de perda de bens que sejam considerados desproporcionais e sem justificação lícita quando estejam na titularidade ou domínio de condenados por determinados tipos de crimes.²³

No Reino Unido, para os crimes como tráfico de estupefacientes, branqueamento, direção de grupo terrorista, tráfico de pessoas ou armas, contrafação e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio e extorsão, vigora um mecanismo muito semelhante ao Italiano e ao consagrado em Portugal, uma presunção de origem ilícita do património do condenado adquirido nos últimos seis anos.²⁴

O ordenamento jurídico alemão consagra uma figura de perda alargada (*Erweiterter Verfall*)²⁵ que determina que, em caso de crimes que expressamente remetam para este instituto, o juiz tem a possibilidade de declarar a perda de bens quando se puder supor a sua proveniência ilícita e não se exige nem se dispensa a prova da proveniência ilícita. No entanto, segundo a jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, a dúvida sobre a proveniência ditará a não aplicação do instituto em causa.

Na Suíça, encontra-se consagrada uma disposição que permite declarar perdidos os valores que estejam à disposição de organizações criminosas, incluindo valores de pessoas que apoiem ou participem nas referidas organizações. A presunção aqui subjacente não se refere à origem ilícita dos bens, mas sim à sua pertença a uma organização criminosa²⁶.

²²Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, “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. 1327.

²³Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 283, e Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 1322.

²⁴Este mecanismo encontra-se plasmado no Drug Trafficking Act de 1994 e Proceeds of Crime Act de 2002, a par com o confisco administrativo, um verdadeiro procedimento *in rem* que visa o património composto por bens provenientes de uma atividade criminosa. Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 286-289, e também Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 1323.

²⁵Introduzida pela lei de 17/02/1992, que levanta na doutrina questões de inconstitucionalidade. Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 284-286, e também Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 1324.

²⁶Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 1325.

Na Áustria vigora, por sua vez, um mecanismo que prevê a possibilidade de perda de bens que estejam na disponibilidade de uma organização criminosa ou terrorista, não funcionando aqui qualquer presunção de origem ilícita dos bens bastando, somente, a prova da ligação dos referidos bens às organizações criminosas ou terroristas.²⁷

No direito interno espanhol, estabeleceu-se o dever do tribunal de alargar a declaração de perda das vantagens que são fruto de atividades criminosas de organizações criminosas ou terroristas, entendendo que é proveniente de atividade criminosa todo o património dos condenados por crimes no âmbito da associação criminosa que não tenham uma justificação lícita. Há, portanto, uma presunção de relação entre a atividade criminosa ou crime de terrorismo e a desproporcionalidade do património não compatível com os rendimentos lícitos do condenado²⁸.

Em França, face a Lei n.º 2006-64, procedeu-se à incriminação do agente que não apresentar rendimentos lícitos justificativos da sua forma de vida e que mantenha ligações com pessoas que tenham cometido crimes puníveis com pena de prisão superior a cinco anos ou que tenham sido vítimas de tais crimes. Foi também estabelecido um regime de perda²⁹, que se traduz essencialmente numa pena complementar facultativa quando em causa estejam casos previstos legalmente, puníveis com penas superiores a um ano. Em caso de crimes puníveis com penas superiores a cinco anos de prisão, a declaração de perda abrange os bens pertencentes ao condenado que não consiga provar a sua origem. Tanto pode ser confiscado todo o património do condenado, como apenas parte dele, sendo que, apenas é aplicável este regime de perda a pessoas condenadas em processo penal.

Nos Países Baixos, é levada a cabo uma investigação quando o crime em causa for punível com multa do 5.º grau e se suspeitar que as vantagens sejam iguais ou superiores aos 12.000 euros. É posteriormente declarada a perda dos restantes bens e valores cuja origem lícita não foi possível determinar.³⁰

²⁷Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 1325.

²⁸Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 279.

²⁹Alterações ao artigo 131-21 do CP francês introduzidas pela Lei n.º 2007-297. Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 281-284.

³⁰Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 280.

Capítulo II - A consagração da perda alargada na Lei n.º 5/2002: inversão do ónus da prova

1. O Artigo 7.º da Lei n.º 5/2002

Este artigo 7.º inicia um capítulo intitulado de “Perda de bens a favor do Estado” e, ao contrário dos dois capítulos anteriores que consagram instrumentos processuais, estabelece, em nosso entender, um mecanismo de natureza sancionatória, materialmente de cariz administrativo, mas aplicado por força de uma condenação penal, o que justificará a sua sujeição a certos princípios e garantias penais e seja aplicado por um juiz penal.³¹

Antes de mais, será útil fazer uma pequena ressalva, apesar de se considerar que o procedimento de que aqui falamos tem autonomia em relação ao processo penal a que está associado, o que é certo é que este mecanismo se desenvolve em simultâneo com o desenrolar do processo penal principal que, em última instância, irá originar a condenação que será um dos pressupostos para a declaração de perda alargada.

O n.º 1 do artigo 7.º começa por fazer aplicar este mecanismo apenas quando em causa estejam os crimes catalogados no artigo 1.º³² da mesma lei, estabelecendo em seguida a presunção, de que constitui vantagem da atividade criminosa, a diferença entre o património do arguido e aquele que possa provar ser congruente com os seus rendimentos obtidos licitamente.

Atentos à letra da lei, ironicamente, parece ser de salientar que funcionam aqui simultaneamente duas presunções. Uma que presume, implicitamente, que havendo condenação por um dos crimes do catalogo existe uma “atividade criminosa”³³ e outra que presume que é vantagem de uma atividade criminosa a diferença entre o património total do condenado e o património que este obteve de forma lícita.

³¹No mesmo sentido José Manuel Damiano da Cunha e Pedro Caeiro. Cunha, José Manuel Damiano da, *ob. cit.*, p.134 e Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 311-313.

Em sentido diverso, Jorge Godinho considera que estamos perante uma reação penal sem fato, uma vez que em tudo se assemelha ao mecanismo de perda consagrado no CP, mas que assenta na mera suspeita de cometimentos de ilícitos-típicos, que serão a razão das vantagens possuídas. será portanto um mecanismo ferido de inconstitucionalidade principalmente por violação de princípios como do da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Godinho, Jorge, *ob. cit.*, p. 1348- 1350.

³²Vide anotação n.º 4;

³³Como bem faz notar Damiano da Cunha o legislador escusou-se aqui de esclarecer quem e como tem que provar a existência de uma atividade criminosa. Cunha, José Manuel Damiano da, *ob. cit.*, p. 127;

No n.º 2 deste artigo 7.º, a lei define o que deve entender-se por património do arguido. Abrange tudo que esteja na sua titularidade ou domínio à data da constituição de arguido ou posteriormente. Inclui, também, os bens transferidos para terceiros de forma gratuita ou através de uma contraprestação simbólica nos cinco anos anteriores à constituição de arguido. E, por fim, inclui-se ainda os bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido cujo destino foi impossível determinar.

O n.º 3 vem ressaltar que se devem considerar como vantagens ou benefícios da atividade criminosa, os juros, lucros e demais benefícios obtidos através dos bens submetidos ao regime do artigo 111.º do CP.

2. Pressupostos de aplicação do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002

Para que este mecanismo sancionatório opere, é necessário que estejam reunidos alguns pressupostos fundamentais que convém explicitar.

Em primeiro lugar, exige-se que se verifique uma condenação, transitada em julgado, por um dos crimes catalogados (alguns deles só quando praticados de forma organizada) e não qualquer outro, mesmo que suscetível de gerar lucros avultados.³⁴ A exigência deste primeiro pressuposto fica-se pela condenação transitada em julgado.³⁵

Para além disso, tem que existir um património que esteja na titularidade ou mero domínio e benefício do condenado, património este em desacordo com aquele que

³⁴João Conde Correia chega a uma conclusão da maior importância, de facto só pode ser uma condenação referente a um dos crimes do catálogo por força do princípio da legalidade (art. 29.º/1 da CRP), no entanto o elenco de crimes catalogados não é adequado à realidade, uma vez que por um lado contempla crimes que não serão muito rentáveis e por outro omite crimes com um forte potencial lucrativo. Nesta questão, julgamos que seria de grande utilidade que o elenco de crimes fosse pensado exclusivamente para o mecanismo da perda alargada, o que não é o caso, uma vez que serve simultaneamente para a aplicação dos mecanismos processuais presentes na Lei n.º 5/2002. Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 103.

No mesmo sentido Figueiredo Dias realça que no catálogo previsto no art. 1.º encontram-se crimes como a corrupção para ato lícito que não tem grande gravidade, estando de fora do catálogo crimes que se podem apresentar como gravíssimos e produtores de grades e novos riscos para a humanidade. Dias, Jorge de Figueiredo, *“O Processo Penal Português: Problemas e Perceptivas”* in AA. VV., *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora 2009, p. 810.

³⁵A este propósito José M. Damião da Cunha chama a atenção para o fato de só fazer sentido o funcionamento do mecanismo da perda alargada quando em causa esteja uma condenação e aplicação de uma pena de prisão efetiva por questões de adequação e proporcionalidade, ao que se opõe João Conde Correia por julgar que tal entendimento coloca em crise a finalidade pretendida pelo legislador de *“lograr uma ordenação patrimonial conforme ao direito”*. Cunha, José M. Damião da Cunha, *ob. cit.*, pág. 127, anotação 1, e Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 105;

seria possível obter face aos seus rendimentos lícitos. A noção de património sobre o qual recai a aplicação do mecanismo é mais ampla, abrangendo mais do que aquilo que está na titularidade do condenado, compreendendo também tudo o que estiver efetivamente ao seu dispor. A determinação do património que será sujeito à declaração de perda alargada deve ser feita com o maior rigor, de forma a corresponder escrupulosamente ao que foi adquirido graças ao cometimento de crimes³⁶, quer isto dizer que pode até já não existir património na esfera do condenado por variadíssimos motivos. Na verdade e de encontro com aquilo que refere **JOÃO CONDE CORREIA**, em causa estarão as vantagens que ele auferiu no período em que vigora a presunção, independentemente do destino que tenham tido, ressaltando os bens e vantagens que sejam concretamente provenientes do crime pelo qual foi condenado, pois face a estes funciona a perda clássica constante do CP.³⁷

Um terceira exigência passa pela demonstração de que o património do condenado é desproporcional em relação aos seus rendimentos que tenham uma origem lícita.

Tem sido ainda discutida a necessidade de verificação de um quarto pressuposto, a prova de uma “carreira criminosa” anterior à condenação, que seja a origem do património incongruente com os rendimentos lícitos. Apesar do espírito da lei não acolher este pressuposto, é defensável que a sua dispensa constituirá um ónus excessivo para o arguido, pois basta uma condenação por um dos crimes do catálogo e ao MP fazer prova da existência de um património incongruente com os rendimentos lícitos nos cinco anos anteriores à constituição de arguido, correndo-se mesmo o risco de aplicar o mecanismo a vantagens provenientes de crimes que nem sequer estão catalogados.³⁸ Deve aqui sustentar-se a prova, por parte do MP, de um mínimo de

³⁶O artigo 8.º da Lei n.º 5/2002 determina que, a liquidação do valor que deve ser declarado perdido, deve ser feita pelo Ministério Público, até ao momento da acusação ou posteriormente até trinta dias antes da data da primeira audiência de julgamento.

³⁷Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 107;

³⁸Esta questão tem sido amplamente discutida na doutrina, a favor da necessidade de prova de uma carreira criminosa está José M. Damiano da Cunha, Pedro Caeiro, Euclides Dâmaso Simões e José Trindade, argumentando precisamente com a constituição de um ónus excessivo para o condenado a dispensa de prova da atividade criminosa anterior, e a necessidade de um mínimo de ligação com os crimes do catálogo. Pedro Caeiro ressalva que a própria inserção sistemática na norma que define os pressupostos de aplicação, sendo a declaração de perda motivada pela proveniência de uma carreira criminosa e não apenas por ser de origem desconhecida ou ilícita, justificam que seja um pressuposto da aplicação do mecanismo da perda alargada. Cunha, José M. Damiano da, *ob. cit.*, p. 129, Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 313-315, e Simões, Euclides Dâmaso, e Trindade, José Luís F., *ob. cit.*, p. 32.

Em sentido diverso, João Conde Correia entende que não se justifica tal dever probatório por parte do MP, pois tal seria um entrave acrescido que o próprio legislador quis evitar com a consagração do mecanismo da perda alargada. Também Jorge Godinho se manifesta no sentido de dispensa da

evidências que permitam conferir alguma certeza quanto à anterior carreira criminosa (da mesma natureza criminal dos crimes previstos no catálogo) do condenado, de onde provêm as vantagens que se pretendem expropriar a favor do Estado. Não se defende que haja uma prova inequívoca, mas pelo menos que seja provável a existência de atos ilícitos anteriores da mesma natureza daqueles pelo quais houve condenação.

Esta necessidade impõe-se por duas razões que se nos parecem óbvias, por um lado se não há relação entre as vantagens e o crime pelo qual há condenação tem que se provar um mínimo de relação entre as vantagens e práticas ilícitas anteriores, por outro as práticas ilícitas anteriores em que assenta o património a declarar perdido tem que ser da mesma natureza dos crimes do catálogo.

3. A inversão do ónus da prova

Apresentando o artigo que estabelece uma verdadeira inversão do ónus da prova e enunciados aqueles que julgamos ser os critérios iniciais para a sua aplicação, cumpre agora descortinar o seu verdadeiro sentido.

3.1 O conceito de ónus da prova no direito processual civil

Tradicionalmente ouvimos falar na repartição do ónus da prova no âmbito do direito processual civil que se traduz na faculdade de cada uma das partes fazer prova dos factos que lhe são favoráveis na lide e que pretendem ver dados como provados, estando cientes das consequências desvantajosas da omissão dessa prova e da prova de factos contrários (artigo 342.º/1 CC).

O ónus da prova é uma das principais manifestações do princípio do dispositivo segundo o qual, às partes, cabe impulsionar o processo e carrear o que se lhes afigura essencial à decisão da causa sendo que, sobre o juiz, impende a obrigação de decidir

prova de qualquer atividade criminosa, como base na falta de apoio legal de tal solução. Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 110. Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *ob. cit.*, p. 1342.

mesmo não tendo sido feita prova dos factos³⁹, decisão que neste caso será contra a parte a quem cabe o ónus de alegar.

De uma forma geral, esta será a regra em termos de prova no processo civil, no entanto, na verdade também poderão surgir casos em que a prova se fará com base em presunções (artigo 349.º CC), ou seja “*é a prova por indução ou inferência (prova conjectural) a partir de um facto provado por outra forma- e não destinado a representar o mesmo nem a indicar (como sinal ou contramarca) o facto que constitui o thema probandum.*”⁴⁰, opera assim um raciocínio que nos faz chegar de um facto conhecido que serve de base à presunção, a um facto desconhecido que é o facto presumido.

As presunções podem ser naturais (aquelas que resultam do desenrolar natural dos acontecimentos), legais quando estabelecidas pelo legislador ou judiciais decorrentes do princípio da livre apreciação da prova⁴¹.

Importa agora focar as presunções legais que fazem inverter a regra geral do ónus da prova. Estas podem ser divididas em duas subcategorias, por um lado as presunções “*juris et jure*” que são absolutas e irrefutáveis e as presunções “*juris tantum*” que admitem prova em contrário.

Como já referimos, quando a prova é feita com base em presunções, inverte-se a regra geral do ónus da prova, que determina que é aquele que invoca o direito que cabe provar os factos que o sustentam. Quando a lei presume determinado facto “*não é a parte a quem o facto aproveita que tem de provar a existência dele, é a parte a quem o facto prejudica que tem de provar a sua inexistência*”.⁴²

Entendemos as presunções como sendo verdadeiras antecipações da verdade, no fundo parte-se de realidades que muito provavelmente se verificam e são aceites como verdadeiras até que se venha provar o contrário.

A prova por presunção é, como já vimos, mais comum no direito civil do que em qualquer outro ramo do direito, no entanto devido aos riscos que acarreta é

³⁹“(…)não pode pronunciar uma decisão de non liquet, nos termos do artigo 8.º/1 do Código Civil”, Marques, J.P. Remédio, “Acção declarativa à luz do código revisto”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 572.

⁴⁰Andrade, Manuel A. Domingues de, “Noções Elementares de Processo Civil”, Coimbra Editora, 1993, p. 215.

⁴¹Rodrigues, Fernando Pereira, “A Prova em Direito Civil”, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, p.17.

⁴²Varela, Antunes, Bezerra, J. Miguel, e Nora, Sampaio e, “Manual de Processo Civil”, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 465.

frequentemente negligenciada e preterida face a outros meios probatórios, sendo mesmo apontada como prova subsidiária e indireta.

Em suma temos um facto base ou indiciário que através de um nexó lógico nos remeterá para o facto presumido, assim funcionam as presunções.⁴³

Como bem nos elucida **LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA** o raciocínio presuntivo funciona “*após a apreciação da prova e antes da intervenção da regra do ónus da prova*”⁴⁴, e quem beneficia da presunção tem sempre que provar o facto base, se não o fizer funcionará a regra geral do ónus da prova já enunciada. A presunção facilita a prova só na medida em que ao invés de ter que ser provado o facto presumido, basta a prova do facto que serve de base à presunção. Em relação a quem beneficia da presunção há portanto uma flexibilização da prova, operando, por outra via, uma inversão do ónus da prova (artigo 344.º CC) para quem tiver que provar o inverso do que é presumido.

3.2 A inexistência do ónus da prova pelo arguido em processo penal

Esta questão do ónus da prova e da sua repartição é algo aparentemente estranho ao processo penal. O processo penal não está, como no processo civil, na disponibilidade das partes, não é sequer um processo de partes onde vigora o dispositivo contraditório e busca pela verdade formal⁴⁵. Ao contrário, no processo penal vigora nesta sede de prova o princípio da investigação e como salienta **FIGUEIREDO DIAS** “*dado o dever de investigação autónoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar; como, igualmente que não se atribua qualquer eficácia à não apresentação de certos factos...*”⁴⁶

Não é portanto à partida compreensível no âmbito processual penal, que a não prova de um determinado facto tenha como consequência imediata a prova do facto contrário.

⁴³Sousa, Luís Filipe Pires de, “*Prova por Presunções no Direito Civil*”, Lisboa, Almedina, 2012, p.11 a 56.

⁴⁴Sousa, Luís Filipe Pires de, *ob. cit.*, p. 93.

⁴⁵Fonseca, Jorge Carlos, “*Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada*”, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação de Maria Fernanda Palma, Lisboa, Almedina, 2004, p. 423-425.

⁴⁶Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Processual Penal*”, 1.ª edição, 1974, Reimpressão 2004 - Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora, p. 193.

3.3 O caso especial previsto no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002

Ora, tudo o que foi dito quanto à não existência de um ónus probatório do arguido no processo penal foi posto em crise pelo instituto da perda de bens, introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, que estabelece uma presunção “*juris tantum*” tendente à aplicação desse mecanismo.

A presunção estabelecida faz com que a acusação seja dispensada de provar a origem ilícita dos bens, bastando a demonstração da realidade que serve como base à presunção, tendo por sua vez o visado o ónus de provar o contrário para que esta não funcione.

A base da presunção, neste caso, está na condenação por um dos crimes do catálogo e na existência de um património, património este que é incompatível com os rendimentos lícitos do condenado. A partir daqui infere-se que o património incongruente é de origem ilícita.

Segundo o preceito legal, a presunção recai sobre a “*diferença entre o património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito*”. Tal afirmação legal suscita-nos algumas questões. Se a presunção recaí exclusivamente sobre o património incongruente, deverá ser este o património liquidado pelo MP nos termos do artigo 8º e, se assim é, o MP já fez uma primeira aproximação ao património do arguido excluindo aquele que é congruente com o rendimento lícito, então o que caberá ao condenado provar para que não funcione a presunção?

Só admitindo que a presunção recairá sobre a totalidade do património é que poderemos compreender esta inversão do ónus da prova, cabendo ao arguido/condenado provar a origem lícita do seu património⁴⁷.

O que acontece é que quem beneficia da presunção fica desonerado de provar o facto presumido. Assim, na realidade, é todo o património do arguido que é tido como proveniente de fonte ilícita e adquirido dentro dos cinco anos anteriores à constituição de arguido, pois só desta forma fará sentido que o arguido tenha que ilidir a presunção.

⁴⁷Também assim entende José M. Damião da Cunha ressaltando aqui um alcance maior da presunção, afinal o que a presunção estabelece, é que todo o património do arguido é considerado proveniente da catividade criminosa, pois este é o verdadeiro fundamento de existir uma inversão do ónus da prova. Cunha, José M. Damião da, *ob. cit.*, p. 136.

No mesmo sentido Jorge Godinho afirma: “*A base do cálculo é o “valor do património do arguido”- em princípio todo o património está sujeito ao confisco (...) bastará ao MP elencar*”. Godinho, Jorge, *ob. cit.*, p. 1345.

Em bom rigor, a inversão do ónus da prova, consiste aqui no fato de ser o condenado a ter que provar que o seu património está de acordo com os seus rendimentos lícitos, tendo o MP apenas que proceder à liquidação de um património incongruente, que será como já vimos todo o património, pois a lógica da presunção estabelecida aplica-se a todo o património do condenado.

3.4 O afastamento da presunção

Explicados os contornos da presunção de que aqui se fala, importa agora perceber de que forma é que o onerado pode fazer com que a presunção seja afastada.

Prescreve o artigo 9.º da Lei n.º 5/2002 que a presunção poderá ser afastada através da prova de que os bens resultaram de rendimentos lícitos, de que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos a contar da data de constituição de arguido ou, provando ainda que adquiriu os referidos bens com rendimentos obtidos há mais de cinco anos, também a contar da data de constituição de arguido.

Em bom rigor, o arguido só estará a ilidir a presunção quando prove, que o património liquidado a fim de ser declarado perdido a favor do Estado, tem afinal uma origem lícita. Nos restantes casos, não se desfaz a dúvida quanto à origem lícita ou ilícita, apenas se faz valer do limite temporal dos cinco anos.⁴⁸

⁴⁸Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 314.

Capítulo III - A constitucionalidade da inversão do ónus da prova consagrada no artigo. 7.º da Lei n.º 5/2002

1. A conformidade constitucional da presunção consagrada no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002

A generalidade dos autores nacionais que abordaram a questão de que aqui tratamos, discutiram a admissibilidade da consagração de uma inversão do ónus da prova, uma vez que se poderá revelar inconstitucional face a princípios e garantias fundamentais como a presunção de inocência, o princípio da culpa, o *in dubio pro reu*, o direito à propriedade privada ou a estrutura acusatória do processo penal.

Iremos tratar com algum cuidado esta questão, começando por uma pequena aproximação a cada um destes princípios e garantias, passando depois pela análise dos diversos entendimentos, que implicarão necessariamente uma tomada de posição.

1.1 A Constitucionalidade face ao princípio da presunção de inocência

Nos termos do artigo 32.º n.º 2 da CRP “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*”.

É, precisamente, do texto constitucional que partimos para tentar aferir as consequências que advêm da consagração de uma presunção *juris tantum* e consequente inversão do ónus da prova no que respeita à origem ilícita dos bens de um arguido, quando em causa está a aplicação do mecanismo da perda alargada.

Historicamente, o princípio da presunção de inocência surge no seio de uma revolução contra os modelos inquisitórios⁴⁹ onde o acusado se presumia culpado, tendo ele a seu cargo o ónus de provar que estava inocente. Tendo por base uma reação contra abusos de poder que foram levados a cabo no passado, alicerça-se na dignidade da pessoa humana. A verdade é que o preceito constitucional de que aqui falamos é um pilar fundamental de todo o processo penal, devendo ser asseguradas

⁴⁹Valente, Manuel Monteiro Guedes, “*Processo Penal*”, Tomo I, 3.ª Edição revista, atualizada e aumentada, Almedina, 2010, p. 160.

*“todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada”*⁵⁰ no entanto, não podemos correr o risco de levar a cabo uma interpretação literal do preceito⁵¹.

O conteúdo do princípio da presunção de inocência, antagonicamente reflete a não presunção de culpa, a necessidade de tratar o arguido como sendo inocente até que a condenação venha consolidar o contrário. Daqui decorre a vinculação da aplicação de medidas restritivas dos direitos do arguido, aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade. Naturalmente, se partimos de um princípio de que todo o arguido é inocente, não se pode conceber que seja ele o incumbido de provar a sua inocência, bem pelo contrário a culpa do arguido terá que ser provada pelo MP e pelo próprio Tribunal à luz do princípio da investigação, não pode por isso operar qualquer inversão do ónus da prova. Como salienta **MANUEL GUEDES VALENTE** *“o arguido não pode ser obrigado a prestar qualquer colaboração com o tribunal, devendo a sua participação no processo ser livre, respeitando-se a sua integral vontade de forma que não surja uma verdade deturpada por força de qualquer pressão”*⁵².

Sintetizando, o princípio da presunção de inocência deve ser respeitado quando falamos na forma como deve ser tratado o arguido ao longo de todo o processo e na forma como se deve decidir em relação à prova produzida, impondo-se quer ao aplicador do direito quer ao próprio legislador. Este implica que se considere inocente todo o acusado até que seja provado o contrário, implica que seja a acusação a trazer para o processo a prova da culpa e ainda que em caso de dúvida a decisão seja em sentido favorável ao arguido.

Na doutrina, a resposta a esta dúvida surge nas diversas direções. Há autores que se manifestam no sentido da inconstitucionalidade do mecanismo da perda alargada, por estar em causa a violação do princípio da presunção da inocência através do estabelecimento de uma inversão do ónus probatório, isto porque, o regime estabelece uma *“presunção de culpa”* que serve de pressuposto à aplicação daquilo que

⁵⁰Silva, Germano Marques da, *“Curso de Processo Penal”*, Vol. I, 5.^a Edição Revista e Atualizada, 2008, Editorial Verbo, p.83.

⁵¹Como referem **GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA**, uma interpretação literal pode levar ao risco da não aceitação de todo de medidas coação, cautelares e de polícia. Canotilho, J.J. Gomes, e Moreira, Vital, *“Constituição da República Portuguesa Anotada”*, Vol. I, 4.^a Edição Revista, 2007, Coimbra Editora, anotações ao artigo 32.º, ponto VI, p.519.

⁵²Valente, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, p.168.

consideram ser uma reação criminal, implicando que seja o arguido a provar a não “*culpabilidade*” para que se afaste o mecanismo e ainda porque, em caso de dúvida, como o ónus de provar está do lado do arguido, a decisão ser-lhe-á desfavorável.⁵³

Num sentido inverso temos uma outra corrente maioritária na doutrina, que entende não existir qualquer risco de violação do princípio da presunção de inocência, desde logo porque a natureza jurídica do instituto visado não é sancionatória e como tal não vale nesta sede a maior exigência constitucional da presunção de inocência, e ainda porque não está em causa qualquer imputação criminal mas sim a declaração de perda de um património de origem ilícita⁵⁴. Mesmo que fosse de natureza sancionatória há quem considere que a questão nunca se colocaria, porque a declaração de perda de que aqui falamos tem como pressuposto uma condenação e como tal já estaria ultrapassada a questão da presunção de inocência.

Na esteira de **JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA**⁵⁵ optamos por assumir uma posição intermédia. De fato ao considerarmos que a perda alargada não tem natureza penal, mas sim uma natureza de sanção administrativa aplicada por ocasião de um processo penal, não faz sentido defender que a consagração de uma presunção que implica a inversão do ónus da prova viola o princípio constitucionalmente consagrado para o processo criminal da presunção de inocência. Se, a aplicação do mecanismo do artigo 7.º da Lei 5/2002, pressupõe uma anterior condenação e só é declarada a perda de bens após sentença transitada em julgado, assim sem mais, não faz qualquer sentido invocar a violação do princípio da presunção da inocência. Tudo isto seria líquido se todo o procedimento tendente à perda alargada fosse levado a cabo após a condenação. Porém não é essa a realidade, como bem sabemos, tanto a operação de liquidação do património incongruente, como a tentativa do arguido de afastar a presunção desenvolve-se simultaneamente com o processo penal. Esse facto é sim susceptível de lesar o direito do arguido de ser presumido inocente, uma vez que as garantias de defesa num e noutro processo (o penal e o destinado à declaração de perda), podem ser manifestamente incompatíveis. Além do mais, a apresentação da

⁵³ **JORGE GODINHO** salienta o seguinte: “*afigura-se que o confisco alargado com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção de inocência: presume a existência de pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o non liquet contra o arguido.*” Godinho, Jorge, *ob. cit.*, p. 1359. No mesmo sentido Jorge Carlos Fonseca. Fonseca, Jorge Carlos, *ob. cit.*, p. 425.

⁵⁴ Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p.319-320; Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 116-117;

⁵⁵ Cunha, José M. Damião da, *ob. cit.*, p. 150.

liquidação do património incongruente que terá como origem uma atividade ilícita não provada, irá com certeza influenciar em termos de imparcialidade o julgador, e isso será tão mais evidente quanto maior for o montante apurado.⁵⁶

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi também chamado a pronunciar-se sobre esta questão no caso *Phillips V. The United Kingdom*⁵⁷, a propósito da aplicação de uma norma do “*Drug Trafficking Act 1994*”. O Tribunal chegou à conclusão que a declaração de perda quando baseada numa presunção *juris tantum* não viola a presunção de inocência⁵⁸ consagrada no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Apesar do princípio da presunção de inocência ser um direito consagrado a nível do processo criminal, ele não é um direito absoluto à luz da CEDH, sendo permitido o funcionamento de determinadas presunções de facto ou legais dentro de determinados limites, limites estes respeitados pela presunção de origem ilícita do bens consagrada no Drug Trafficking Act de 1994 não havendo portanto qualquer violação do princípio da presunção de inocência.⁵⁹

No mesmo sentido parece tender a jurisprudência nacional. O Acórdão do TC n.º 294/08 sintetizou a questão da seguinte forma : “*Num outro plano, os recorrentes invocam ainda a violação do princípio da presunção da inocência do arguido e do direito ao processo célere, tal como consagrados no artigo 32º, n.º 2, da Constituição. Não existindo dúvidas, no âmbito do processo, quanto ao alcance do primeiro dos princípios enunciados, e aceitando que este possa representar, no ponto em que mais releva para o caso, a proibição de antecipação de uma pena, haverá de convir-se que a manutenção da apreensão de valores, destinando-se a funcionar como elemento de prova a ser considerado nas fases ulteriores do processo e como garantia patrimonial de uma eventual medida de perda de bens a favor do Estado, não põe em causa esse parâmetro constitucional*”. Os Acórdãos do STJ de 24/10/2006 e de 12/11/2008 que se pronunciaram também em relação ao mesmo assunto, não evidenciam qualquer questão de inconstitucionalidade, reforçando

⁵⁶No mesmo sentido José M. Damião da Cunha. Cunha, José M. Damião da, *ob. cit.*, p. 151.

⁵⁷Decisão disponível em:

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/ECtHR%20Judgments/English/PHILLIPS%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20_English_.pdf

⁵⁸Albuquerque, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, p.. Em sentido inverso à decisão do TEDH, Godinho, Jorge, *ob. cit.*, p. 1352 a 1354.

⁵⁹“*This right is not, however, absolute, since presumptions of factor of law operate in every criminal-law system and are not prohibited in principle by Convention, as long as States remain within certain limits (...)*”. Decisão do TEDH no caso Phillips v. United Kingdom, disponível conforme link da anotação n.º 57, p. 11.

mesmo a aplicação do mecanismo da perda alargada. Mais recentemente, o Acórdão do TRC de 03/10/2012, realça a adequação do mecanismo aos princípios e normas constitucionais.⁶⁰

1.2 A constitucionalidade face ao princípio do *in dubio pro reo*

Quando falamos no direito do arguido a ser presumido inocente, contemplamos ainda a dimensão do chamado princípio do *in dubio pro reo*, que consiste na consagração de uma regra segundo a qual, em processo penal, não havendo prova suficiente da culpabilidade ou de qualquer facto que venha a prejudicar o arguido, a decisão deve ser-lhe favorável. Em caso de dúvida, o juiz deve decidir a favor do réu.

O *in dubio pro reo* representa no processo penal, precisamente o inverso daquilo que a regra o ónus da prova representa para o processo civil. Como sabemos, em processo civil se a parte que alegar um fato não o conseguir provar terá que acarretar com as desvantagens disso mesmo. Em processo penal, diversamente, não há qualquer ónus probatório que recaia sobre o arguido e assim sendo se o tribunal “*não lograr obter certeza dos factos mas antes permanecer na dúvida, terá por princípio de decidir em desfavor da acusação, absolvendo o arguido por falta de prova*”⁶¹.

Foi-se discutindo a questão de saber se a interpretação deste princípio geral do processo penal seria uma questão de fato ou de direito, uma vez que se traduz numa “regra” de absolvição, quando não há factos suficientes que permitam ao tribunal pronunciar-se através de uma condenação. Naturalmente que, enquanto princípio do processo penal, estaremos perante uma questão de direito.

O princípio do *in dubio pro reo* articulado com o princípio da presunção de inocência, configuram “*a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena*”⁶².

Nos termos da perda de bens a favor do Estado consagrada na Lei n.º 5/2002, não é de todo esse o princípio que se encontra estabelecido, de fato existindo dúvida quanto à origem lícita ou ilícita do património, o tribunal de acordo com a formação da sua convicção pode decidir pela declaração de perda desfavoravelmente ao

⁶⁰Acórdãos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt>.

⁶¹Dias, Jorge de Figueiredo, como na anotação n.º 46.

⁶²Canotilho, J.J. Gomes, e Moreira, Vital, *ob. cit.*, p. 519.

arguido. Se para alguns autores como **JORGE GODINHO**⁶³, é intolerável que assim seja, para a maioria da doutrina e atendendo ao fato de não estarmos perante uma sanção penal, não há lugar aqui à aplicabilidade da exigência do *in dubio pro reo*⁶⁴.

1.3 A constitucionalidade face ao direito à propriedade consagrado no artigo 62.º da CRP

Saber se a declaração de perda alargada é um mecanismo que atenta contra o “quase sagrado” direito de propriedade é uma questão deveras pertinente. O Tribunal constitucional já foi chamado a pronunciar-se sobre a dita questão e a resposta tem sido num sentido negativo. O direito de propriedade não pode ser tido como um direito absoluto, necessitando de ser interpretado à luz das restrições explícitas e mesmo implícitas dos direitos fundamentais. Como bem retrata **JOÃO CONDE CORREIA** a nossa constituição “*não tutela formas de aquisição que ponham em causa o conteúdo essencial de outros direitos ou que atingem intoleravelmente valores comunitários básicos, como acontece com os bens provenientes de crimes.*”⁶⁵ É esta linha de pensamento que seguimos.

1.4 Constitucionalidade face ao princípios do *nulla poena sine culpa*

Aqueles que consideram que o mecanismo da perda alargada tem um cariz penal, entendem também que se atenta contra a constitucionalidade por violação do princípio da culpa.

Uma vez que opera sem que haja a prova real da atividade criminosa, baseia-se na mera suspeita ou probabilidade de cometimento de outros crimes que não aquele pelo qual foi condenado, o que poderá suscitar um confronto com o tradicional princípio da culpa, segundo o qual ninguém poderá ser sujeito a uma pena sem que tenha atuado com culpa.

Quanto a nós e seguindo aqui a mesma linha de pensamento, não se correrá qualquer risco de por em causa o princípio *nulla poena sine culpa*, por uma simples

⁶³Godinho, Jorge, *ob. cit.*, p. 1359.

⁶⁴Caeiro, Pedro, *ob. cit.*, p. 318, anotação 101. Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 119.

⁶⁵Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 120.

razão, apesar de ser desencadeado uma instrumento sancionatório, esse mecanismo será desencadeado por uma condenação penal mas, terá um cariz administrativo, onde não vigora de forma rigorosa o princípio da culpa, mas onde prevalece a legalidade.

1.5 A constitucionalidade face ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*

Do mesmo modo, há quem entenda que ao ser chamado a esclarecer a sua situação patrimonial, o visado correrá o risco de se auto-incriminar pelo que, também, não será uma situação constitucionalmente aceitável.

Este direito do arguido de não se auto-incriminar, é um direito derivado da conceção do arguido enquanto sujeito e não objeto do processo, que abarca nomeadamente o direito ao silêncio, que como bem sabemos traduz-se na possibilidade de o arguido nada dizer em juízo, sem que esse facto lhe venha a ser prejudicial. Estas, são garantias básicas que se encontram hoje consagradas em quase todos os sistemas jurídicos. Entre nós, este direito de não contribuir para a acusação e condenação ou, de não colaborar com as autoridades judiciárias, encontra acolhimento no artigo 32.º n.º1 da CRP, mas também no CPP no art.º 61 n.º1 alínea a). Também a CEDH no artigo 6.º, primeiro parágrafo, estabelece o direito ao silêncio e à não colaboração com as autoridades judiciárias.

Não há, em nosso entender, qualquer perigo de violação da proibição de auto-incriminação, essencialmente pela mesma razão que tem sido invocada, estamos perante um mecanismo de natureza não penal, não se trata de uma pena, nem de um efeito penal da condenação.

No entanto julgamos que, pelo facto de se processar paralelamente ao processo penal, poderá ter implicações neste e, a ocorrer a violação desta proibição, será no âmbito do processo penal que levará à condenação, condenação esta que é pressuposto da declaração de perda alargada.

1.6 A Constitucionalidade face princípio do acusatório

Como já fomos referenciando, o montante incongruente que irá ser declarado perdido a favor do Estado deverá constar da acusação ou apresentado até trinta dias antes do julgamento. Na acusação, constará então à partida, o crime que serve de pressuposto e o património incongruente. Mas, uma vez que também estará em causa uma anterior atividade criminosa, poderá o arguido ter que se defender de fatos que não constam na acusação. Este fato poderá, para alguns, configurar uma alteração na concepção do princípio do acusatório⁶⁶, no entanto para nós a questão coloca-se a outro nível.

Do que realmente se trata é de uma transformação daquelas que são as funções do MP. Passa a ser “*degradado a mero agente administrativo*”,⁶⁷ por oposição ao seu estatuto legal e constitucional, o que não deveria acontecer sem que se evidenciasse que o MP atua numa veste diferente e não como titular da ação penal.

⁶⁶Correia, João Conde, *ob. cit.*, p. 119.

⁶⁷Cunha, José M. Damião da, *ob. cit.*, p. 148.

Capítulo IV - Exigências dos instrumentos de direito público internacional e europeu em matéria de perda alargada: a inevitabilidade da consagração de uma inversão do ónus da prova

1. Recomendações externas dos instrumentos de direito internacional público e Europeu

No segundo ponto do primeiro capítulo, já fomos avançando com a ideia de que os instrumentos internacionais que versam sobre esta matéria, incentivam quase todos, à criação de mecanismos que permitam estabelecer uma presunção de origem ilícita dos bens que deverão ser sujeitos à declaração de perda alargada. Estes incentivos internacionais surgem, como já fomos dizendo, como reação à inutilidade dos mecanismos tradicionais, face ao crescente domínio da criminalidade organizada no seio da comunidade internacional.

Cumpré, agora, olhar mais de perto os normativos dos textos internacionais, para percebermos se a inversão do ónus da prova estabelecida pela presunção seria a única solução plausível e inevitável para impedir a proliferação de atividades criminosas rentáveis.

1.1 Análise das principais Convenções acolhidas pelo nosso ordenamento jurídico

Optamos por focar três Convenções, aquelas que mais pormenorizadamente tratam a questão da perda de bens e da necessidade de introdução de novos mecanismos que combatam os possíveis lucros dos ilícitos criminais, principalmente quando associados à criminalidade organizada.

1.1.1 Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substância Psicotrópicas

Em 1991, foi aprovada a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Na base central das

preocupações manifestadas pelos Estados-Parte estavam os efeitos nefastos da produção e tráfico de droga, nas bases económicas sociais e culturais das sociedades. Reconhecia-se já a necessidade de combater estas formas de criminalidade por estarem estreitamente ligadas à criminalidade organizada, capaz de destruir as economias legais, a segurança, estabilidade e mesmo a soberania dos Estados.

Uma das principais estratégias definidas, foi precisamente combater os produtos destas atividades ilegais, de forma a eliminar o seu principal móbil.

No artigo 1.º, alínea f) da Convenção, define-se aquilo que deverá ser entendido como “*perda*” para os efeitos aí estabelecidos, sendo então a “*privação definitiva de bens por decisão de um tribunal ou de outra entidade competente*”.

No artigo 3.º estabelece-se um compromisso que implica que os Estados-Parte criem nos ordenamentos jurídicos internos, tipos legais de ilícitos, que criminalizem os comportamentos relacionados com a produção, venda ou comercialização de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, definindo ainda múltiplas situações em que se poderão configurar comportamentos relacionados com a produção dessas substâncias e mesmo com a ocultação dos produtos provenientes da prática desses ilícitos. Porém é no artigo 5.º que se estabelece uma vinculação das partes a adoptarem medidas adequadas a facultar a perda dos produtos, valor dos produtos ainda que misturados com bens licitamente adquiridos e quaisquer rendimentos ou vantagens provenientes dos comportamentos cuja criminalização se incentiva no artigo 3.º. E, ainda, dos próprios estupefacientes, substâncias psicotrópicas e todos os instrumentos relacionados com a sua produção e fabrico.

Fomenta-se, igualmente neste artigo 5.º, a necessidade de identificar e apreender bens ou produtos para efeitos de eventual declaração de perda não podendo o sigilo bancário ser um obstáculo determinante.

No n.º 7 do artigo 5.º refere-se, expressamente, a possibilidade das Partes considerarem a introdução da inversão do ónus da prova no que respeita à origem ilícita dos presumíveis produtos ou bens que possam ser declarados perdidos, ressalvando, no entanto, o respeito pelos princípios do respectivo ordenamento interno, assim como a própria natureza dos procedimentos judiciais. Salvaguardam-se ainda no n.º 8 os interesses e direitos de terceiros de boa fé.

1.1.2 Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas

Mais recentemente, no ano de 2007, foi aprovada a Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas de 2003. As principais preocupações manifestadas, rondaram a promoção e reforço de medidas que permitam a prevenção e o combate eficaz da corrupção, nomeadamente através da cooperação internacional e assistência técnica na prevenção. Em foco está o combate mas, também a recuperação de ativos.

Neste instrumento de direito internacional público ficaram definidos alguns conceitos, merecendo destaque nesta sede, a definição de “*Produtos do Crime*” como sendo “*os bens de qualquer tipo, resultantes ou obtidos, directa ou indirectamente, da prática de uma infracção*” e o conceito de “*Perda de bens*”, muito similar ao definido na Convenção anteriormente abordada, que consiste na “*perda definitiva de bens por decisão de um tribunal ou de uma autoridade competente*”.

Após serem elencadas as medidas destinadas à prevenção da corrupção, surge na Convenção em análise, um capítulo terceiro que articula as formas de criminalização, detecção e repressão da corrupção que devem ser levadas a cabo pelos Estados-Parte. É precisamente no artigo 31.º, integrante deste terceiro capítulo, que se faz um apelo ao Estados para que adoptem medidas destinadas a permitir a declaração de perda dos produtos, bens, equipamentos e qualquer tipo de instrumentos provenientes da prática das infracções em causa. No n.º 8, do mesmo artigo 31.º, levanta-se a possibilidade dos Estados poderem “*exigir que o autor de uma infracção demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objecto de perda*”, salientando-se mais uma vez a questão da compatibilidade com os princípios do direito interno e, claro, com a natureza dos procedimentos judiciais em causa.

Esta Convenção contra a Corrupção apresenta uma particularidade, um capítulo inteiramente dedicado à recuperação de ativos, onde se estabelecem medidas de prevenção e detecção do produtos dos crimes, mas que acentua igualmente uma necessidade de cooperação entre os Estados-Partes para que se aumentem as possibilidades de recuperação dos proventos do crime.

1.1.3 Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo

Ainda no âmbito das Convenções, merece destaque a Convenção do Conselho de Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo adoptada em 2005 e aprovada em 2009.

Na luta contra a criminalidade organizada grave, pretende-se aqui promover a uniformização da política criminal dos Estados membros, utilizando métodos novos e modernos, que se revelem mais eficazes a nível internacional.

No artigo 1.º da Convenção, de entre vários conceitos, define o conceito de “perda” como sendo *“uma pena ou medida decretada por um tribunal no âmbito de um processo relativo a uma ou a várias infracções penais, que conduza à privação permanente do bem”*. Apesar da terminologia ser diferente, as definições de perda nas diversas convenções aqui analisadas comportam essencialmente o mesmo conteúdo.

Ao longo do terceiro capítulo são indicadas uma série de medidas, a serem adoptadas pelos Estados, para que seja facilitada a declaração de perda de todos os bens, instrumentos e produtos relacionados principalmente com o crime de branqueamento. Tais medidas passam quer pela investigação criminal, quer pela criação de mecanismos de apreensão e congelamento.

Quanto à possibilidade de inversão do ónus da prova nesta matéria, esta convenção refere apenas, no artigo 3.º n.º 4, que as partes poderão tomar *“medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infracções graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno”*.

1.1.4 Apreciação global das instruções contidas nas Convenções

Das três Convenções aqui analisadas, podemos extrair uma conclusão comum no que concerne à necessidade de criação de um mecanismo que permita criar uma presunção de origem ilícita de determinados bens. Em todas se sugere, de forma clara,

a necessidade de criação de mecanismos que favoreçam o regime probatório em matéria de perda, nomeadamente através da consagração de uma presunção de origem ilícita dos bens. Parece estar patente uma ideia, mais ou menos clara, de que será normal impor ao visado que prove a origem dos seus bens suspeitos. No entanto, importa frisar, que se salvaguarda sempre a necessidade de respeitar os princípios do direito interno de cada Estado.

Face ao que ficou exposto, concluímos que o mecanismo plasmado na Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, segue as indicações sugeridas pelas Convenções aprovadas pelo nosso Estado, consagra efetivamente um meio de facilitar a prova para efeitos de declaração de perda. No entanto, uma lei turva e pouco clara como a que temos entre nós colocará de certa forma em causa os princípios estruturantes do nosso ordenamento jurídico. O problema estará, principalmente, na forma como o nosso legislador converteu as instruções internacionais.

1.2 As principais instruções comunitárias

Na União Europeia, cedo se fizeram sentir fortes necessidades de criar estratégias e medidas de combate e prevenção, da ameaça que sempre foi a criminalidade organizada, para a ideia de uma Europa forte e comum. As organizações criminosas, hábeis e perspicazes, foram-se movimentando pelos territórios comunitários, proliferando as suas atividades ilícitas, tirando partido das lacunas e diferenças legislativas dos Estados-Membros.

Atentas a essas movimentações, as instâncias Europeias foram tentando fazer frente a esta realidade e no seguimento de outros planos já adoptados em 1997, 1998, e 1999, surge em 2000 o chamado plano de Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milénio.

Merece-nos especial atenção a Recomendação n.º 19, que incentiva os Estados-Membros, de acordo com os seus princípios fundamentais, a preverem a possibilidade de tornarem menos rigorosas as disposições em matérias de ónus da prova, quando em causa esteja a origem dos bens que se encontram na titularidade de uma pessoa condenada por um crime relacionado com a criminalidade organizada.

Ainda no que respeita aos normativos comunitários, temos que salientar duas Decisões-Quadro que versam especialmente sobre a questão dos lucros originários da

criminalidade organizada e da necessidade de apetrechar os Estados-membros com mecanismos de perda mais eficazes.

A Decisão-Quadro 2005/121/JAI, parte do pressuposto já conhecido, de que o principal móbil do crime organizado é o lucro. E, nesse sentido, parece evidente que se enfatize a necessidade de medidas eficientes de apreensão, congelamento e perda. Pretende-se por isso promover uma regulamentação, que nos mesmos termos do Plano de Controlo e Prevenção da Criminalidade organizada, assegure que os Estados-Membro criem mecanismos eficazes para a declaração de perda dos produtos do crime, atendendo necessariamente ao ónus da prova relativamente aos bens detidos por um condenado a um crime relacionado com a criminalidade organizada.

É, também, no seguimento destes objectivos que surge a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, que incita também à adopção por partes dos Estados-Membros de regras destinadas a permitir a perda dos lucros dos crimes, principalmente no que se refere ao ónus da prova, salientando igualmente a necessidade de cooperação entre os Estados para que se efetivem tais propósitos.

Considerações Finais

Chegados à reta final desta análise que nos propusemos fazer, cumpre agora tecer algumas considerações relativamente às ideias que fomos consolidando e ao entendimento que foi sendo formado.

Como foi mencionado nas páginas anteriores, o mecanismo da *Perda de Bens a Favor do Estado* presente na Lei n.º 5/2002, surgiu como forma de fazer face às difíceis exigências de prova que os mecanismos tradicionais de perda levantaram. Foi, mais precisamente, num sentido de facilitar a prova, da conexão entre as vantagens e os concretos crimes de onde elas provêm.

Reconhecemos a bondade das intenções do legislador ao criar um instrumento que vem prevenir o crescimento da criminalidade organizada e, principalmente, combater os lucros dos crimes mais rentáveis e, como também tivemos a oportunidade de salientar, são vários os ordenamentos jurídicos que fizeram opções semelhantes, o que nos deixa perceber que estamos perante uma opção que acima de tudo é necessária. No entanto, julgamos que mais uma vez, o nosso legislador “desonerou-se” de elaborar uma Lei clara e exímia, “invertendo o ónus” e deixando a clarificação das normas que comportam tal mecanismo a cargo do aplicador e intérprete da Lei.

São vários os aspectos que gostaríamos de focar nesta apreciação final. Desde logo, parece-nos bastante evidente que “*patologias graves*” carecem de “*remédios fortes*”⁶⁸ para serem solucionadas, que poderão naturalmente implicar limitações às garantias e princípios base de um Estado de Direito. Limitações estas que deverão respeitar as exigências de proporcionalidade e que jamais deverão significar uma anulação efetiva de tais princípios e garantias fundamentais dos cidadãos.

Quanto à natureza do procedimento em causa, julgamos que o simples fato de se estabelecer uma presunção com vista à inversão do ónus da prova, deixando a cargo do arguido/condenado a prova da origem lícita dos seus bens, é um argumento forte para que não seja possível considerar que estamos perante um mecanismo de natureza penal. A estrutura do procedimento que será finalizado pela declaração de perda alargada, foge bastante aos cânones tradicionais do processo penal.

⁶⁸Simões, Euclides Dâmaso, e Trindade, José Luís F., *ob. cit.*, p. 1.

Apesar de não sermos do entendimento de que estamos perante uma sanção de carácter penal e, que por isso, não se colocará em causa certos princípios constitucionais como salientamos essencialmente ao longo do terceiro capítulo, a verdade é que mesmo tendo um cariz de sanção administrativa que opera por força de uma condenação penal, este instrumento não deixa de ser bastante agressivo para o património do condenado.

É em nome dessa “agressividade” que julgamos ser inevitável a prova por parte do MP da carreira criminosa do visado para que a presunção opere e se inverta o ónus da prova. Não é necessário que o MP deixe provado, sem margem para dúvidas, que foram cometidos crimes do catálogo, pois se assim fosse o processo penal seria suficiente para resolver estas situações. Mas, pelo menos, que se afigure como muito provável o cometimento desses crimes que se ligam ao património incongruente, através da apresentação em juízo de determinados indícios. Caso assim não se entenda, serão graves os riscos de distorção da verdadeira *ratio* do instrumento de perda em causa, uma vez que poderemos cair no risco de que seja declarada a “perda alargada” de bens, cuja origem não tem por base uma atividade criminosa, ou tendo poderá nem ser uma atividade criminosa da mesma espécie daquela que está catalogada, e pela qual há a condenação que serve como pressuposto.

Afigura-se-nos igualmente evidente que o nosso legislador não teve grandes preocupações de manter a harmonia jurídica neste contexto. Ora vejamos. Criou-se um procedimento autónomo em relação ao processo penal, na medida em que é desencadeado por uma condenação prévia por um dos crimes catalogados. No entanto o procedimento destinado à perda inicia-se, simultaneamente ao início do processo que culminará ou não na condenação pressuposta, estando mesmo o MP obrigado a liquidar o património de origem ilícita até o trigésimo dia anterior ao julgamento do processo principal. Ou seja, apesar de autónomos estão umbilicalmente ligados, apesar de serem dois processos distintos são desencadeados inicialmente pelo mesmo facto: o indício da prática de um crime do catálogo.

Na prática quando o MP, aqui reduzido a mero operador da administração pública, dá início ao mecanismo da perda ampliada ainda não há uma condenação, existe apenas um inquérito, eventualmente já uma decisão de acusar e/ou pronunciar. Esta circunstância é o que nos causa mais estranheza. Como pode um procedimento que tem como um dos pressupostos de aplicação uma condenação, começar a funcionar (e pode trazer alguns prejuízos ao arguido, dadas as medidas de carácter

cautelar previstas para assegurar a sua efetividade), sem que haja condenação que lhe serve de pressuposto? Somos da opinião, que mais uma vez a lógica aqui presente é uma lógica tipicamente portuguesa, a de “adiantar serviço”, mesmo que no final de contas não sirva de nada. Trata-se verdadeiramente de desperdiçar esforços, energias e trabalho, uma vez que uma posterior absolvição deixará cair por terra todo o fundamento da aplicação do instrumento da perda ampliada.

Este desenvolvimento simultâneo dos dois processos configura ainda, como tivemos também a oportunidade de referir, um verdadeiro atentado ao princípio constitucional da presunção de inocência. Se o cálculo do património incongruente, de origem ilícita, se faz antes da condenação, mesmo antes do julgamento, está-se indiretamente a assumir que há um património que decorre da prática de ilícitos-típicos e com isto abala-se o direito do arguido a ser presumido inocente até que haja condenação, o seu direito ao silêncio e exercer-se-ão pressões inevitáveis sobre o processo principal. Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei n.º 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação.

Quanto à inversão do ónus da prova desencadeada pela presunção constante do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, que pode ser ilidida nos termos do artigo 9.º da mesma lei, importa ressaltar que esta recai em nosso entendimento sobre todo o património do arguido e não apenas sobre o património incongruente. Atendendo à letra da lei, será forçosa esta conclusão.

Se há uma presunção que estabelece a inversão do ónus da prova, tal significa que o MP fica desonerado de provar a origem ilícita do património a ser declarado perdido, estando a prova do contrário a cargo do arguido para que não fique com o seu património confiscado. Na verdade o MP só terá que fazer prova, quando o património incongruente esteja na titularidade do arguido, para lá de cinco anos da constituição de arguido.

Não é o estabelecimento deste “*padrão probatório menos exigente*”⁶⁹ que nos causa perplexidade e nos faz rejeitar este mecanismo, entendemo-lo como um mal necessário, que será de menor relevância assim que se estabelecer a autonomização

⁶⁹ Correia, João Conde, *ob. cit.*, p.141.

completa face ao processo penal principal e se delinear com clareza e lucidez quais os contornos que deverá ter o procedimento e em que vestes atua aí o MP.

Ao analisarmos esta questão da inversão do ónus da prova, do ponto de vista das recomendações dos instrumentos de direito internacional e europeu, facilmente concluímos, que numa regra geral, há um forte incentivo para que se “*baixe a guarda*” e se permitam regras de prova menos rígidas, nomeadamente que se inverta a ordem normal da prova em processo penal e se permita a consagração de um ónus de provar a origem lícita dos bens, a cargo do visado pelos mecanismos de confisco. Mas, tal não quererá necessariamente dizer, que se estabeleça um mecanismo de perda alargada com uma inversão do ónus da prova pura e sem preocupações de maior. Quando se salienta, também nos instrumentos internacionais, a necessidade de atuar de acordo com o direito interno dos Estados, cria-se uma válvula de segurança para que se salvaguardem os interesses e direitos dos cidadãos, de forma a que seja compatível com o cumprimento da política-criminal atual de recuperação dos lucros gerados pelos crimes. A conclusão a retirar para o nosso ordenamento jurídico é essencialmente uma, o facto de se permitir a criação de mecanismos que passam pela inversão do ónus da prova não justifica a falta de cuidado do nosso legislador, que parece ter pensado no regime da perda alargada muito superficialmente, sem atender à realidade.

Atendendo ao exposto e face às exigências atuais em termos de política de recuperação de ativos, prevenção e combate da criminalidade reditícia, não podemos negar a existência de virtudes no mecanismo de perda de bens a favor do Estado da Lei n.º 5/2002, no entanto parece que as dificuldades de aplicação do mecanismo as têm neutralizado. Tais dificuldades seriam a nosso ver ultrapassáveis, desde que uma intervenção legislativa viesse consagrar, sem margem para dúvidas, a real natureza do mecanismo da perda alargada e procedesse à sua efetiva separação processual face ao processo penal principal. Deste modo, mais facilmente se aceitaria a normalidade de uma inversão do ónus da prova em sede de confisco alargado, uma vez que em sede de processo penal todas as garantias estariam asseguradas.

Bibliografia

- AA. VV. “*Recuperação de Activos, Projecto Fénix*”, Edição da Procuradoria-Geral da República, Março de 2012.
- Albuquerque, Paulo Pinto, “*Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Universidade Católica Editora, 2.^a Edição Atualizada, 2010, comentários aos artigos 109.º a 111.º.
- Albuquerque, Paulo Pinto, “*Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Universidade Católica Editora, 4.^a Edição Atualizada, 2011, comentários aos artigo. 127.º.
- Andrade, Manuel A. Domingues de, “*Noções Elementares de Processo Civil*”, Coimbra Editora, 1993.
- Assunção, Maria Leonor, “*Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, p. 85-97.
- Bravo, Jorge dos Reis, “*Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário*”, Working Papers #18 /2013, Observatório de Economia e Gestão da Fraude, Edições Húmus, 1.^a Edição, Janeiro 2013, disponível em www.gestaodefraude.ue
- Caeiro, Pedro, “*Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 267-321.
- Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital, “*CRP- Constituição da República Portuguesa, anotada, artigos 1.º a 107.º*”, Volume I, Coimbra Editora, 4.^a Edição Revista, 2007.
- Carvalho, Américo A. Taipa de, “*Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais*”, Porto, Publicações Universidade Católica, 2003.

- Correia, João Conde, *“Da Proibição do Confisco à Perda alargada”*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.
- Cunha, José Manuel Damião da, *“Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)”*, in AA.VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 121-164.
- Dias, Jorge de Figueiredo, *“Direito Processual Penal”*, 1.ª edição, 1974, Reimpressão 2004 -Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora.
- Dias, Figueiredo, *“Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007.
- Dias, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal Português- Parte Geral II- As consequências jurídicas do crime.”*, 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2009.
- Dias, Jorge de Figueiredo, *“O Processo Penal Português: Problemas e Perceptivas”* in AA. VV., *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 805-819.
- Duarte, Jorge Dias, *“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”*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 89, 2002, p. 141-154.
- Fonseca, Jorge Carlos, *“Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada”*, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação de Maria Fernanda Palma, Lisboa, 2004, Almedina.
- Fonseca, Jorge Carlos, *“Direitos, Liberdades e Garantia individuais e os desafios impostos pelo combate à “Criminalidade Organizada”- Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste”*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, p. 157-205.
- Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, *“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.

- Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, “*Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra Editora, 2010, p. 363-399.*
- Marques, J.P. Remédio, “*Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- Martins, A. J. Lourenço, “*Luta contra o tráfico de droga – Necessidades de investigação e sistema garantístico*”, in *Revista do Ministério Público, n.º111, 2007, p. 33-55.*
- Maugeri, Anna Maria, “*I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*”, *relazione per l’incontro di studio sul tema: I patrimonio illeciti: strumenti investigativi e processuale. Il coordinamento tra il processo penale e di prevenzione, organizzato dal CSM a Roma nei giorni, 4-6 marzo 2009, in www.csm.it*
- Rodrigues, Fernando Pereira, “*A Prova em Direito Civil*”, Lisboa, Coimbra Editora, 2011.
- Silva, Germano Marques da «*Direito Penal Português - III- Teoria Das Penas e Das Medidas de Segurança*», Lisboa, Verbo, 1999.
- Silva, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, Vol. I, 5.ª Edição Revista e Atualizada, Editorial Verbo, 2008.
- Silva, Germano Marques da, “*Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado)*”, in AA. VV., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 43-63.*
- Simões, Euclides Dâmaso, e Trindade, José Luís F., “*Recuperação de activos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)*”, in *Revista Julgar on line* 2009, p. 3, disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/>

- Simões, Euclides Dâmaso, “*Contra a corrupção – As leis de 2010*” in AA. VV., *As Alterações de 2010 ao Código Penal e Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.43-63.
- Simões, Euclides Dâmaso Simões, “*Principais Instrumentos para a prevenção e repressão da corrupção – o sistema português face à Convenção de Mérida*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º101, 2005, p. 79-94.
- Sousa, Luís Filipe Pires de, “*Prova por Presunções no Direito Civil*”, Lisboa, Almedina, 2012.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes, “*Processo Penal*”, Tomo I, 3.^a Edição revista, atualizada e aumentada, Almedina, 2010.
- Varela, Antunes, Bezerra, J. Miguel, e Nora, Sampaio e, “*Manual de Processo Civil*”, 2.^a edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

Índice

<u>Resumo</u>	4
<u>Abstract</u>	4
<u>Abreviaturas</u>	5
<u>Considerações Iniciais</u>	6
Capítulo I – Contextualização do mecanismo da perda alargada no ordenamento jurídico português e seus antecedentes	8
1. A perda alargada no contexto do direito interno português	8
1.1 Antecedentes da perda alargada: o confisco geral de bens e a perda clássica constante dos artigos 109.º e 111.º do CP	10
1.1.1 A evolução histórica da conceção do confisco geral de bens em Portugal	10
1.1.2 A perda clássica: artigo 109.º e 111.º do CP	11
1.2 Razões de ordem que ditaram a insuficiência dos mecanismos clássicos de perda	13
1.3 Mecanismos à disposição do legislador para fazer face às dificuldades evidenciadas pela perda clássica	14
2. Contextualização ao nível internacional do estado atual dos mecanismos de perda alargada	17
2.1 Direito Internacional	18
2.2 Direito Europeu	18
3. Direito Comparado.....	18
Capítulo II - A consagração da perda alargada na Lei n.º 5/2002: inversão do ónus da prova	21

1. O Artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.....	21
2. Pressupostos de aplicação do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002	22
3. A inversão do ónus da prova.....	24
3.1 O conceito de ónus da prova no direito processual civil	24
3.2 A inexistência do ónus da prova pelo arguido em processo penal	26
3.3 O caso especial previsto no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.....	27
3.4 O afastamento da presunção	28
Capítulo III - A constitucionalidade da inversão do ónus da prova consagrada no artigo. 7.º da Lei n.º 5/2002.....	29
1. A conformidade constitucional da presunção consagrada no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.....	29
1.1 A Constitucionalidade face ao princípio da presunção de inocência.....	29
1.2 A constitucionalidade face ao princípio do <i>in dubio pro reo</i>	33
1.3 A constitucionalidade face ao direito à propriedade consagrado no artigo 62.º da CRP	34
1.4 Constitucionalidade face ao princípios do <i>nulla poena sine culpa</i>	34
1.5 A constitucionalidade face ao princípio do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	35
1.6 A Constitucionalidade face princípio do acusatório	36
Capítulo IV - Exigências dos instrumentos de direito público internacional e europeu em matéria de perda alargada: a inevitabilidade da consagração de uma inversão do ónus da prova.....	37
1. Recomendações externas dos instrumentos de direito internacional público e Europeu	37
1.1 Análise das principais Convenções acolhidas pelo nosso ordenamento jurídico	37
1.1.1 Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substância Psicotrópicas	37

1.1.2	Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas.....	39
1.1.3	Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo.....	40
1.1.4	Apreciação global das instruções contidas nas Convenções.....	40
1.2	As principais instruções comunitárias	41
	<u>Considerações Finais</u>	43
	<u>Bibliografia</u>	47
	<u>Índice</u>	51