

**Maria José dos Santos de Matos**

**A perda de bens  
na Lei n.º 5/2002  
a sua problemática  
natureza jurídica**

**Dissertação para o Mestrado em Direito  
apresentada na Escola de Direito do Porto da  
Universidade Católica Portuguesa**

**Porto  
Maio  
2014**

“A lei não é a essência, a quididade do Direito. Uma concepção normativista do Direito não deve confundir-se com um entendimento normativista de todo o Direito. Há que “pensar” o direito antes da lei, ou melhor, buscar o direito através da lei. Autonomizar esta, limitando-a à expressão da vontade do Poder, é absolutizar a parte, relativizar o todo; ora quando se nega a existência da verdade global, absoluta, nasce paradoxalmente a pretensão das ideologias políticas a tomarem a veste da verdade.

Quando tantos empuxões desconexos abalam a segurança do Direito, tem de ser mais consciente e ampla a formação dos juristas. Cabe-lhes a função primacial da defesa do Direito, a defesa dos valores humanos que superam a mera actividade política e extravasam os limites duma formação puramente técnica. A política é, no seu campo, coisa meritória, mas não pode invadir a esfera do Direito no que ele contém de verdade ontológica nem transformar a utilidade em critério de Justiça. É que Direito não pode ser criação arbitrária do Estado; descobre-se, não se inventa. Legislar não é moldar ao sabor das ideologias várias e contraditórias a realidade humana e social. Quando uma sociedade se deixa dominar pela crença supersticiosa da onipotência do legislador e do relativismo dos valores, todos os despotismos apontam no horizonte, quer sejam autocráticos, quer sejam democráticos.

Mais do que em qualquer outro ramo da ciência jurídica, é no Direito Penal que se faz mister pensar o direito na sua unidade e na sua essência, e pensar o Direito implica a aptidão para compreender o que nele há de permanente e as razões do que é variável; implica alcançar a capacidade para, na mudança de sistemas legislativos, tomar sobre si autonomamente a missão de pesquisar o direito nas novas leis, de coordenar e hierarquizar os preceitos legais em função da Justiça que eles devem realizar, embora de diferentes épocas e diferentes fontes, porque todos concorrem e confluem na unidade da ordem jurídica que se plasma sobre uma ordem natural, correspondente à natureza do homem e à natureza das coisas”

Manuel Cavaleiro Ferreira<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Nota Prévia às suas *Lições de Direito Penal*, 1979/1980, Edição UCP

Dedico este meu trabalho a toda a minha família.

A meu Pai, quem me ensinou que todos os sonhos podem ser realidade.

A minha mãe, que pela sua enorme coragem, torna todos os sonhos possíveis.

Ao meu filho Pedro, porque tem em si todo o Amor do Mundo.

À minha filha Maria, que tem a ousadia de se fazer feliz.

Ao meu marido, José António, o único que conhece a minha Alma peregrina.

Expresso um profundo agradecimento, que é gratidão, ao Ex.mo Senhor Professor José Manuel Damião da Cunha pela generosidade, empenhamento e disponibilidade, sinal da sua nobreza.

## Índice

Pág. 2 - Texto de abertura

Pág. 4 - Índice

Pág. 6 - Siglas

Pág. 7 - Introdução ao problema

Pág. 9 - O conceito de vantagem “presumida”

Pág. 9 - Variantes do conceito de perda no Código Penal

Pág. 11 - O regime de perda ante a Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro

Pág. 11 - Pressupostos da medida

Pág. 12 - A natureza presuntiva dos pressupostos da medida

Pág. 15 - Natureza jurídica penal do instituto da perda

Pág. 19 - Indiferenciação inconstitucional do pressuposto acto e/ou actividade

Pág. 23 - A desproporção inconstitucional da medida

Pág. 26 - A violação pela medida penal em causa do princípio constitucional da culpa

Pág. 28 – Violação, enfim, da regra constitucional da igualdade

Pág. 30 - Prova da licitude da vantagem, ónus do arguido

Pág. 30 - Tipologia de modelos processuais e colocação do problema

Pág. 31 - O conceito civilístico de ónus da prova

Pág. 33 - Um modelo significativo, o italiano

Pág. 36 - O modelo processual penal português

Pág. 40 - O regime de contraprova decorrente da Lei nº 5/2002

Pág. 42 - Incongruências do novo regime

Pág. 42 - Lesão do princípio da presunção de inocência

Pág. 43 - Lesão ao direito ao silêncio

Pág. 48 - Ilogismo ante o sistema de adesão processual das questões civil e  
contraordenacional

Pág. 49 - Incompatibilidade com o princípio da separação de poderes

Pág. 52 - Limitação da liberdade e independência judicial pelo tarifar da prova

Pág. 56 - Bibliografia

Pág. 59 - Jurisprudência

## **Siglas**

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

C.P.C. – Código de Processo Civil

C.P.P. – Código de Processo Penal

C.R.P. – Constituição da Republica Portuguesa

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

T.C. – Tribunal Constitucional

T.E.D.H. – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

T.R.P. – Tribunal da Relação do Porto

## Introdução ao problema

Decorrente da publicação da Decisão-Quadro 2001/500/JAI, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime, Portugal face aos compromissos assumidos procedeu à criação e implementação de um regime especial de perda de bens, por via da Lei nº 05/2002, de 11/02.

Ali se determina, para além do mais, que cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que a sua legislação e procedimentos em matéria de perda dos produtos do crime permitam também, pelo menos nos casos em que esses produtos não possam ser apreendidos, confiscar os bens cujo valor corresponda ao dos produtos, tanto no quadro de procedimentos meramente internos, como nos instaurados a pedido de outro Estado-Membro, incluindo os pedidos de execução de ordens de perda emanadas do estrangeiro, permitindo, no entanto, a exclusão da perda dos bens cujo valor corresponda aos produtos do crime nos casos em que esse valor seja inferior a 4000 euros.

Previsto foi, também, que os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que todos os pedidos de outros Estados-Membros relacionados com a identificação, detecção, congelamento ou apreensão e perda de bens sejam tratados com o mesmo grau de prioridade que conferem a essas medidas no âmbito dos seus procedimentos internos.

Lida tal Decisão-Quadro pode concluir-se que a margem de discricionariedade do legislador português era tal que lhe permitia ter criado, como criou, o mecanismo substantivo e adjectivo previsto na Lei nº 5/2002, só que, ao tê-lo feito, a nosso ver, ignorou o estatuído em matéria de Direito interno a nível da Lei Fundamental, consagrando um regime que a afronta.

Assim se compreende que logo na sua génese se tenha colocado a problemática da sua eventual inconstitucionalidade, através de questões que

foram aduzidas pela Deputada Odete Santos<sup>2</sup>, pelo ex-Procurador-Geral da República, Narciso da Cunha Rodrigues<sup>3</sup> e por parte da doutrina.

Isto sem embargo ante o consignado no Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias junto à Proposta de Lei nº 94/VIII.

É esta a controversa matéria que entendemos abordar a nível académico, reconduzindo a geratriz do problema à questão que temos por nuclear: a da natureza jurídica do instituto em causa, o da perda de bens, a que alguns não só chamam, de “confisco alargado”, como o interpretam como se uma categoria apropriativa se tratasse desligada dos valores constitucionais que travam o ímpeto estadual face aos direitos e garantias dos cidadãos.

---

<sup>2</sup> *Diário da Assembleia da República*, I, nº 1, 20 de Setembro de 2001, 27 e segs

<sup>3</sup> RPCC, 1999, 7 e segs

## O conceito de vantagem “presumida”

### Variantes do conceito de perda no Código Penal

O sistema padrão do Direito substantivo penal distingue a perda dos instrumentos da dos produtos e vantagens conexions com o facto ilícito típico.

Considerando a definição legal e começando pelos primeiros, os da perda dos instrumentos, constata-se que «são os objectos utilizados como meios para realizar o crime», ao passo que os produtos são “os objectos criados ou produzidos pela actividade criminosa”.<sup>4</sup>

Quanto à declaração da sua perda a favor do Estado, tal sucede quanto aos que:

- » Tenham sido utilizados ou estivessem destinados a uma actividade criminosa ou serem produto que resulte dela;
- » Coloquem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública ou ofereçam sério risco de serem usados para o cometimento de novos factos ilícitos culposos.

Duas menções ilustram estes requisitos de uma medida cuja natureza é problemática.<sup>5</sup>

Primeiro, porque como observam Manuel Leal-Henriques e Manuel Simas Santos<sup>6</sup>, não se afigura, por um lado, exigível para que seja declarada a aludida perda que os instrumentos tenham sido utilizados na prática de um facto típico ilícito, razão pela qual a mesma deve ser declarada também ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto – ou porque não se iniciou a execução do crime ou por falta de um elemento essencial do

---

<sup>4</sup> *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Jorge Figueiredo Dias, 618

<sup>5</sup> Ac. STJ, Proc. nº 08P3269, de 20/11/2008

<sup>6</sup> *Código Penal Anotado*, I, 621

ilícito; por outro lado para que se efective tal declaração de perda impõe-se que os objectos por tenham a virtualidade de colocar em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública terão de ser perigosos, quer pela sua natureza, quer pela sua danosidade social.

Depois, como refere Jorge Figueiredo Dias <sup>7</sup>, quando afirma que «a perigosidade do objecto não deve ser avaliada em abstracto, mas em concreto, ou seja, nas concretas condições em que ele possa ser utilizado, o que pode implicar uma referência ao próprio agente».

Postas nestes termos, qualquer das posições adiantadas parece assumir esta medida como de segurança, ainda que a jurisprudência dominante profile que «a perda dos instrumentos do crime para o Estado não é uma pena, nem um seu efeito, mas uma medida autónoma essencialmente preventiva.» <sup>8</sup>

Já no que atende à declaração de perda das vantagens do crime visa destituir-se o agente do facto de todos os réditos que o mesmo tenha obtido, directa ou indirectamente, mediante a prática do delito.

Curando da sua natureza jurídica, em nosso entender, sendo um *plus* relativamente à pena aplicado ao delito, a perda de vantagens terá de elencar-se ainda no âmbito sancionatório, pois, para além de visar repor a situação anterior à prática do crime, visa também dissuadir à prática de novos ilícitos – quer o agente do crime como a comunidade em geral – o que a assimila por equiparação às funções de prevenção especial e geral, típicas da pena.

Há outrossim conexão intrínseca desta declaração de perdimento com o ilícito penal e a sua prática, uma vez que a primeira tem como pressuposto e condição a verificação da segunda, isto é, como *conditio sine qua non* da declaração de perdimento das vantagens importa a prévia cristalização de prova tendente à declaração de culpabilidade do agente pela prática do ilícito penal.

Isto sem embargo de, em comum e como pressuposto de qualquer das declarações de perda, se exigir a enunciação probatória de todos os factos que

---

<sup>7</sup> *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 622

<sup>8</sup> Ac. RP de 12/12/2001

preenchem os requisitos típicos do crime, bem como os que sejam o pressuposto formal da aplicação de tal medida e que importa estejam vertidos na acusação para que se cumpram na íntegra dois princípios conformadores do processo penal português, o acusatório e o contraditório <sup>9</sup> <sup>10</sup>, sem que olvidados possam ser, também, os princípios da legalidade dos actos e o da investigação.

## **O regime da perda ante a Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro**

Visto o atinente ao regime geral, importa que nos debrucemos agora sobre a Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

### **Pressupostos da medida**

Veio este diploma estabelecer normas substantivas e processuais diferenciadas no que tange ao regime de perda de bens quando estiverem em causa os crimes previstos no artigo 1º do mesmo: 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, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção activa e passiva, peculato, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa; e, se praticados de forma organizada os de contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores, contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.

Segundo o artigo 7º daquela Lei, epigrafado «Perda de Bens»:

1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

---

<sup>9</sup> Ac. TC nº 336/2006 de 18/05/2006

<sup>10</sup> Ac. STJ, Proc. 611/02 de 02/05/2002

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido <sup>11</sup> o conjunto dos bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

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

Da leitura destes termos legais conclui-se estar firmado um novo regime de perda de bens que se reconduz substancialmente a perda de vantagens, mecanismo este que tem sido geralmente assumido como revestindo natureza repressiva e sancionatória e por isso alvo de discussão doutrinária.

### **A natureza presuntiva dos pressupostos da medida**

Inquestionável é ter ficado consignada uma presunção, aplicável aos crimes mencionados no artigo 1º da versada lei, porque «presume-se» – assim o diz a norma – constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e o que seja congruente com o seu rendimento lícito.

É por explicitação presuntiva que se define o que deverá ser tido como vantagem da actividade criminosa, seja a diferença entre o valor do património do arguido e o valor congruente com o seu rendimento lícito, especificando a lei no nº 2 e no n.º 3 da norma citada qual o conceito de “património” a ter em consideração.

---

<sup>11</sup> Ac. do STJ, Proc. nº 06P3163, de 24/10/2006

Ora prova por presunção – que pode ser de cariz legal ou judicial, conforme estipulação legal expressa no artigo 349º do Código Civil – é a que resulta de ilação que a lei ou o julgador, conforme a fonte, tirem de facto conhecido para firmar facto desconhecido.

A este propósito siga-se João de Castro Mendes <sup>12</sup> que, na sua extensa dissertação, diserteando acerca do “Conteúdo da Prova – Título II”, e debruçando sobre a temática da “prova legal”, conceptualizou-a afirmando que:

«Há prova legal positiva quando a ordem jurídica impõe ao juiz que perfilhe certa e determina conclusão, em face de certa fonte, factor ou motivo de prova de determinada natureza. A prova legal é, portanto, a imposta por lei; é aquela em que o conteúdo do resultado probatório é fixado em obediência a preceitos imperativos; resulta necessariamente de uma presunção legal. Daqui conclui-se que a prova legal deriva sempre de normas que marcam (tarifam) a certa fonte, factor ou motivo probatório uma eficácia determinada – a de, em absoluto ou dadas certas condições (designadamente a ausência de motivos probatórios em contrario), fixarem os factos que devem servir de fundamento à decisão.»

Continuando a sua explanação, e dando conta que «a prova legal diz respeito apenas ao momento da avaliação ou valoração da eficácia probatória dos meios de prova», remata, ao considerar que «o sistema contrário é o da livre apreciação, ou, mais rigorosamente, da livre avaliação ou valoração da prova».

No caso vertente, o do artigo 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002, o facto conhecido é a condenação do arguido pela prática de um dos crimes de catálogo – isto é qualquer dos previstos no artigo 1º da citada Lei – do qual se conclui a existência de vantagem económica, no sentido acima enunciado.

Este regime substantivo, que criou novo modo de declaração de perdimento de vantagens, efectivando-o por meio do que firmou como sendo uma presunção, teve na sua génese a «constatação da insuficiência dos actuais mecanismos

---

<sup>12</sup> *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, 410 e 411.

de combate à criminalidade organizada económico-financeira e visa introduzir mecanismos de investigação e de repressão mais eficazes. (...) Por outro lado, a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado poder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respectivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa. Os crimes aos quais se aplica este regime especial são os identificados no art. 1º. Trata-se de crimes que se caracterizam pela sua susceptibilidade de gerarem grandes proventos.»<sup>13</sup>

Vale assim dizer – não obstante o silêncio do legislador que não redigiu qualquer nota preambular ou introdutória à Lei nº 5/2002<sup>14</sup> – que a concepção substantiva (e adjectiva, como veremos adiante) consagrada teve o seu arrimo em pressupostos que se estribam, por um lado, na ineficácia do regime geral de perda de bens e vantagens antes estabelecido no Código Penal, e por outro, na capacidade dos ilícitos penais elencados no artigo 1º da citada Lei, dada a respectiva natureza e a modalidade de execução, gerarem proventos económicos avultados inadmissíveis.

Já o desiderato do legislador ao estipular o mecanismo regulado no artigo 7º da Lei nº 5/2002 foi o de, nas palavras de José Damião da Cunha<sup>15</sup>, «reprimir vantagens presumidas de uma actividade criminosa, baseada num juízo de (in) congruência entre o património do arguido e o rendimento lícito do mesmo».

---

<sup>13</sup> Proposta de Lei nº 94/VIII – Exposição de Motivos

<sup>14</sup> *Perda de Bens a Favor do Estado – Artigos 7º - 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, 8 e 9

<sup>15</sup> *Idem*, 8

Era o defendido pelo legislador na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII, cujo conteúdo veio a ser convertido em forma de Lei – a aqui estudada Lei nº 5/2002 – ao dar conta, como acabamos de ver, por um lado que «a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado poder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa», alinhando, além disso, como critério que «o que pode acontecer é que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respectivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa.»

### **Natureza jurídica penal do instituto da perda**

Posto isto, importa conhecer da natureza deste mecanismo, reportando-nos ao que tem sido considerado a propósito.

José Damião da Cunha <sup>16</sup>, salientando a dupla finalidade da medida legal em causa, seja «por um lado, retrospectivamente, combater lucros (presuntivamente) ilícitos», e «por outro, prospectivamente, destruir a base económica de actividades ilícitas que, pela sua diversificação, poderiam servir de base à continuação da actividade criminosa» – fins referidos na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII – afirma que se trata «de uma medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança (uma sanção de suspeita, condicionada à prova de um crime)”, para concluir que é assim “uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal».

---

<sup>16</sup> *Idem*, 20

Jorge Godinho <sup>17</sup> considera que a sanção em causa tem índole penal, alegando como argumento essencial a respectiva dependência ante uma condenação criminal, a sua teleologia tender para fins preventivos e o seu regime subsidiário ser constituído pelas regras gerais do confisco das vantagens do Código Penal, concluindo: «Não se trata pois de um instituto novo mas sim de um instrumento conhecido (o confisco), a certos crimes (constantes do catálogo), em termos excepcionais (através de uma presunção)» <sup>18</sup>

Pedro Caeiro <sup>19</sup>, no seguimento da análise da natureza jurídica da perda “clássica”, considera o mecanismo previsto neste diploma como de “perda alargada”, para assim rebater a sua natureza penal, para concluir, acompanhando substancialmente José Damião da Cunha, no sentido de caracterizar «o confisco alargado como uma medida (embora não como uma sanção) de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal.»<sup>20</sup>

Ora para que possamos tomar posição na matéria importa convocar o pensamento que se acha expresso a propósito na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII, já aludida. Nesta, após justificação da insuficiência dos meios penais de índole geral face à criminalidade organizada e económico-financeira, dadas as respectivas características e natureza, faz-se menção a que «a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminoso. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos

---

<sup>17</sup> *“Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”*, in “Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias”, 1347 a 1351

<sup>18</sup> *Idem*, 1348

<sup>19</sup> *Sentido e função do instituto da perda alargada 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”)*, 267 a 321

<sup>20</sup> *Idem*, 311

criminosos e a totalidade dos respectivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode, constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa.»

Por seu turno, da letra dos artigos 1º e 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002 ressalta serem requisitos para a aplicação do mecanismo de perda de vantagens a exigência da condenação por um dos crimes elencados no artigo 1º e a incongruência do valor do património do arguido e o seu rendimento lícito.

Da conjugação do enunciado na Proposta de Lei, em sede de Exposição de Motivos, com o que veio a ser vertido como letra de lei nas normas antes aludidas, bem como a do artigo 7º, nº 3, e não deixando de convocar os princípios plasmados no artigo 29º da Lei Fundamental e no artigo 40º do Código Penal, é mister concluir, e eis o nosso ponto de vista, que o mecanismo em causa é de natureza eminentemente penal.

Por um lado, ele encontra-se intrinsecamente ligado à prática de crime, sendo exigível a condenação por crime que tenha como “móbil” a aquisição de proventos que, assim, ainda que indirectamente, sejam o seu fruto, o que acentua a natureza eminentemente punitiva.

Além disso, definem-se como objectivos da punição a prevenção criminal, posto que com a declaração de perda alargada é expressamente pretendido evitar que tais vantagens sejam «meio de retomar essa actividade económica», o que evidencia que esta medida está vinculada a finalidades que são as do Direito Penal.

Outrossim há uma mesclagem com o regime geral de perda de vantagens previsto no Código Penal, pois no artigo 7º, nº 3 da Lei nº 5/2002 há o apelo integrativo ao estatuído no artigo 111º do Código Penal, o que adensa a inserção intra-sistemática do instituto em causa com os institutos de natureza penal.

Certo é que, em oposição ao regime geral de perda, aqui o legislador não estabeleceu correlação directa entre a vantagem a declarar perdida e o agente do crime, antes o faz por referência ao património do agente, razão porque

estamos perante não uma perda referida a bens concretos, antes, face a uma “perda pelo valor”.<sup>21</sup> Mas tal é uma pura decorrência lógica da técnica usada pelo legislador, a de construir a norma do artigo 7º, 1 da Lei nº 5/2002 mediante o uso de uma presunção legal, presunção esta que tem a virtualidade de se interpor entre o acto criminoso praticado pelo arguido e o seu património, o que não nos parece descaracterizar a qualificação que temos por válida do instituto em causa como de natureza penal. É que, diversamente, em sede de Direito Penal geral, a exigência é a da prova da ligação entre a conduta delituosa e a vantagem a declarar perdida, como pressuposto da aplicação da medida.

Convocando como critério diferenciador das zonas punitivas penais face às não penais a circunstância de as primeiras darem tutela a bens jurídicos essenciais, porque com assento constitucional, achamos nesta medida uma situação com aquele contorno, pois visa prosseguir a prevenção especial e a prevenção geral, funciona como tutela da propriedade, seja pública ou privada, bem como da segurança individual, além de que assumir natureza instrumental essencial para que bens jurídicos especificamente tutelados por cada uma das normas incriminatórias possam ser reforçados na sua tutela efectiva. Ou seja, valorada a situação agora na perspectiva diferenciadora do bem jurídico enquanto critério de definição do criminal, tudo aponta para que seja penal a natureza da perda de bens.

Não se pode, face ao que se explanou, afirmarmos estarmos ante um *aliud* ou um *tertium genus*, sitiado entre a categoria tradicional das penas e das medidas de segurança. Mantemos que a qualificação jurídica devida ao caso se deverá manter entre a dicotomia dos dois géneros. Se afastamos a qualificação no sentido de se tratar de uma medida de segurança, por não haver argumento legal decisivo que nos leve a tal, resta-nos como conclusão que de uma pena se tratará. Como, aliás, se procurou demonstrar, porquanto, salvo atentando contra a Lei Fundamental, e afinal, a própria expressão que o

---

<sup>21</sup> *Perda de Bens a Favor do Estado – Artigos 7º - 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, 27

legislador ordinário consagrou na lei de que curamos, assim se trata e disso nos convencemos, até melhor opinião.

### **Indiferenciação inconstitucional do pressuposto acto e/ou actividade**

Outras conclusões importa, no entanto, extrair do confronto das normas antes visadas ainda com o ditado em sede de Exposição de Motivos na Proposta de Lei nº 94/VIII, tendo em vista aferir agora da respectiva constitucionalidade.

Para tal urge tomar, como enquadramento, o estudo de José Damião da Cunha.<sup>22</sup>

É que da análise dos artigos 1º e 7º da Lei parece lógico concluir-se que, caso o arguido tenha praticado factos que tenham a virtualidade de preencherem os requisitos, objectivos e subjectivos, de um dos tipos legais de crime catalogados no artigo 1º será sempre de aplicar-se o mecanismo de perda a que alude o nº 1 do artigo 7º. Todavia, e acompanhando aqui a lição daquele autor<sup>23</sup>, entendemos não ser tal conclusão peremptória, menos ainda obrigatória.

Tendo em mente o princípio enunciado no artigo 9º, nº 3 do Código Civil, o de que «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados», é inevitável assinalar o desacerto, incoerência e mesmo contradição intrínseca do conteúdo da norma do artigo 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002 – porquanto se no campo da previsão, e como requisito e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, se estabelece a «condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º», já na estatuição é referido que «presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.»

---

<sup>22</sup> *Idem*, 10 a 22

<sup>23</sup> *Idem*, 22.

Isto é, se a um passo a condenação pela prática daquilo que pode configurar ser acto isolado susceptível de perfectibilizar o preenchimento de um dos ilícitos versados no artigo 1º se apresenta como requisito suficiente, logo de seguida a norma faz alusão já não a “acto” mas sim a conceito diverso, o de “actividade criminosa”.

Certo é que, dada a natureza de alguns dos tipos legais de crime versados no artigo 1º, bastará um só acto delituoso, revestido que seja de todas as características estipuladas, para que o instituto em causa possa ser aplicado <sup>24</sup>. Neste caso se encontram, sem dúvida, os ilícitos de tráfico de estupefacientes, – aqui pelo enunciado expresso nos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro – o tráfico de armas, o tráfico de influência, a corrupção activa e passiva, o peculato e a participação económica em negócio.

E não se diga que o legislador quis fazer equivaler “acto” a “actividade criminosa” – pois a dissemelhança de conceitos ante o respectivo conteúdo semântico – acto define-se como acção enquanto actividade é conjunto de acções – saem reforçados na sua definição jurídico-penal, pois a acto isolado não pode fazer-se equivaler actividade, desde logo pelas consequências que daí decorrem.

Lembram-se a este propósito as palavras de Américo Taipa de Carvalho:<sup>25</sup>

«O texto legal constitui, porém, um limite às conclusões interpretativas teleológicas, no sentido de impedir a aplicação da norma a uma situação que não esteja abrangida pelo teor literal da norma, isto é, por um ou vários significados da (s) palavra (s) do texto legal. Poder-se-á dizer que, assim, ficarão, por vezes, fora do âmbito jurídico-penal situações tão ou mais graves do que as expressamente abrangidas pela norma legal [...] Responde-se que assim é, e tem de ser quer em nome da tal garantia política do cidadão quer na linha do carácter fragmentário do direito penal»

---

<sup>24</sup> Ac. TRP, Proc. nº 0814979, de 05/11/2008

<sup>25</sup> *Direito Penal*, tomo I, 210 e segs

Tal interpretação, a da equivalência de acto a actividade, não a consente ainda a análise do inciso que antes enunciámos, da Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII, onde a propósito da temática do instituto de perda das vantagens do crime em favor do Estado é mencionada a nomenclatura “criminalidade organizada e económico-financeira”, “uma carreira criminosa”, “actividade continuada”, sendo expressivo, porque sintomático, que se mencione que «parte deles (os crimes) são incluídos apenas se forem praticados de forma organizada, dado que só assim eles são abrangidos pela ratio desta proposta, que não visa a pequena criminalidade.»<sup>26</sup>

Ante esta indiferenciação conceitual típica entre “acto” e “actividade” é plausível concluir que ao criar-se a norma do artigo 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002, não foi dado cumprimento cabal ao princípio constitucional definido no artigo 29º da Lei Fundamental, o da exigência da tipicidade enunciativa rigorosa como decorrência da regra da legalidade incriminatória.

É que a afirmação de um Estado de Direito faz-se, para além do mais, mediante a estipulação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, estando, igualmente, vedadas as intromissões arbitrárias ou excessivas.

Ao nível do Direito Penal global, isto é, o substantivo e o adjectivo, um dos princípios que vela pelo seu rigoroso cumprimento é o da legalidade, pois não pode haver crime nem pena que não resultem de lei prévia, escrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), como resulta do nº 1 da norma do citado artigo 29º da C.R.P.

Germano Marques da Silva<sup>27</sup> ao abordar a natureza do Direito Penal, afirma precisamente que «uma característica que singulariza o direito penal relativamente a outros ramos do direito, e que cumpre a função garantístico-individual do direito penal, é o seu alto grau de formalização. Esta formalização que preside ao exercício do *jus puniendi*, mostrando-se como o exercício controlado por garantias estabelecidas a favor do delinquente, e que tem expressão em princípios como o [...] da legalidade [...]»

---

<sup>26</sup> Proposta de Lei nº 94/VIII – Exposição de Motivos

<sup>27</sup> *Direito Penal Português*, I, Lisboa, 1997, 130

A descrição da conduta típica, bem como dos requisitos de que é feito depender a aplicação de uma sanção, tem de ser levada a cabo de modo que, nas palavras de Jorge Figueiredo Dias <sup>28</sup>, «se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos».

Como decorrência deste princípio achamos o da tipicidade penal, do qual resulta que a lei penal tem de claramente concretizar quais os factos que constituem o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos de medida de segurança), bem como tipificar, pelo mesmo modo, as penas (ou medidas de segurança), impedindo-se, pois, a utilização de enunciações vagas e ambíguas, as quais não permitam a determinação segura e certa de qualquer segmento das normas da arquitectura penal e processual penal.

Mais longe vai Joaquim Gomes Canotilho <sup>29</sup>, ao entender ser este um «princípio-garantia», pois tem por finalidade «instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos», incluída entre a categoria dos direitos, liberdades e garantias e, nesta medida, uma afirmação, tanto no plano jurídico, quanto de afirmação política.

Com efeito, num Estado de Direito democrático o sistema de Direito Penal tem necessariamente de incluir um conjunto e regras de natureza garantística que sejam válvula de segurança face ao desempenho pelo Estado da função punitiva, sendo, nessa medida, consagrados os princípios da culpa, da presunção de inocência e o da legalidade, para além de uma plêiade de direitos que integram o estatuto do arguido, tudo visando consagrar primaciais direitos igualmente de assento constitucional, desde o direito à liberdade, à dignidade pessoal, à igualdade, ao direito à propriedade e tantos mais.

---

<sup>28</sup> *Idem*, 186

<sup>29</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., 1167

Bem explicitam as palavras de Jorge Figueiredo Dias <sup>30</sup> quais as consequências decorrentes da violação de tal princípio com assento constitucional:

«Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam, por isso, sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também outros comportamentos. Neste sentido se tornou célebre a afirmação de v. Liszt segundo a qual a lei penal constitui a *'magna charta do criminoso'*.»

Neste mesmo sentido se tem, em diversas ocasiões, pronunciado o Tribunal Constitucional. <sup>31</sup>

### **A desproporção inconstitucional da medida**

Outra conclusão importa extrair da análise das normas antes em confronto, os artigos 1º e 7º da Lei nº 5/2002: ao formular o regime de perda alargada, e assumindo que a mesma revista natureza penal, o legislador não terá respeitado o princípio consagrado no nº 2 do artigo 18º da Lei Fundamental, isto é, o da proporcionalidade. <sup>32</sup>

A raiz desta exigência acha-se no artigo 2º daquela Lei, posto que uma das directrizes em que se firma a República Portuguesa, como Estado de Direito democrático, é «no respeito e na garantia de efectivação dos direitos fundamentais.» Sob a epígrafe "*Força Jurídica*", no enumerado artigo 18º, nº1 é, aliás, conferida aplicabilidade directa às normas constitucionais que se refiram a direitos, liberdades e garantias, especificando-se, ainda a vinculação das entidades públicas e privadas a tais preceitos.

De tal asserção resulta que o Estado, na sua veste de legislador, está impedido de criar normas em desconformidade com os direitos fundamentais, sob pena

---

<sup>30</sup> *Direito Penal, Parte Geral*, 180

<sup>31</sup> Ver por todos o Ac. do TC nº 41/2004

<sup>32</sup> Acs. do TC nºs 1142/1996, 124/2004 e 577/2011

de emiti-las inconstitucionais, bem como se encontra obrigado ao dever da sua protecção «perante terceiros que os violam ou ameaçam violar» <sup>33</sup>

Igualmente estão vinculados os Tribunais, enquanto órgãos de soberania, ao direito e ao dever de fiscalização da constitucionalidade das normas legais, obstando à sua aplicabilidade caso violem a Lei Fundamental.

Conforme tem sido ditado pela jurisprudência constitucional <sup>34</sup> e, ainda, pela doutrina dominante, o visado princípio desdobra-se em três subprincípios:

-» O da *conformidade ou adequação*, no sentido de que as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem ser as apropriadas para a prossecução dos fins a elas subjacentes, importando que as mesmas salvaguardem os demais direitos ou bens constitucionalmente protegidos, razão pela qual Jorge Miranda <sup>35</sup> acentua que adequação «significa que a providência se mostra adequada ao objectivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não outro; significa, pois, correspondência de meios a fins»;

-» O da *exigibilidade ou necessidade*, no sentido de que tais medidas restritivas são exigência imperativa para que se alcancem os desideratos firmados, por serem os meios de menor restrição para atingir os fins visados <sup>36</sup> – desdobrando a doutrina tal requisito em quatro vertentes: o da exigibilidade material (o meio deve ser o menos restritivo possível), a espacial (face à necessidade de limitar o âmbito de intervenção) a temporal (que determina a restrição temporal da medida) e a pessoal (no sentido de que a mesma deve limitar a sua aplicabilidade aos sujeitos cujos interesses devem ser sacrificados) <sup>37</sup>;

-» O da *proporcionalidade* em sentido estrito, no sentido de estar vedada a adopção de medidas excessivas e desproporcionadas face ao desiderato

---

<sup>33</sup> *Constituição da Republica Anotada*, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Vol. I, 383 e 387

<sup>34</sup> Acs. do TC nº 634/1993, 643/2006, 187/2001 e 375/2008

<sup>35</sup> *Manual de Direito Constitucional*, IV, 207

<sup>36</sup> *Idem*, 207

<sup>37</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 264 e 265

prosseguido, que Jorge Miranda <sup>38</sup> formula como sendo o da “justa medida” <sup>39</sup> tal como já o havia mencionado Joaquim Gomes Canotilho, afirmando aquele primeiro autor em relação ao subprincípio em análise que o mesmo implica, para além daquele sentido da “justa medida” «que o órgão competente proceda a uma correcta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos); que – nem mais, nem menos».

O princípio da proporcionalidade, segundo qualquer dos constitucionalistas nomeados, é perspectivado no sentido do seu fundamento, compreensão e até reforço, relativamente ao princípio da igualdade, que tem assento no artigo 13º da Lei Fundamental <sup>40</sup>, salientando Jorge Miranda que o primeiro sentido do princípio da igualdade é o negativo pois «consiste na vedação de privilégios e discriminações» mas «também de proteger pessoas contra discriminações», sem deixar de dar conta do sentido positivo do mesmo princípio, o de, para além do mais, exigir o «tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade ora em mera obrigação».

Referindo-se, agora, aos campos de aplicabilidade deste princípio, Joaquim Gomes Canotilho <sup>41</sup> entende que o mais importante campo de aplicação «é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos» designadamente «a conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie», por exemplo o binómio culpa/pena, fazendo nota de que o controlo judicial baseado neste princípio se limita «a examinar se a regulamentação legislativa é *manifestamente* inadequada» ao passo que ao legislador vem reconhecer uma «liberdade de conformação» que radica «na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação.» <sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> *Manual de Direito Constitucional*, IV, 207

<sup>39</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 265

<sup>40</sup> *Idem*, 1216 e *Manual de Direito Constitucional*, 238 e 239

<sup>41</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 266

<sup>42</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 266

## **A violação pela medida penal em causa do princípio constitucional da culpa**

É no âmbito daquele referido binómio que se situa a última das conclusões que extraímos: nos termos em que foi consagrado o regime de perda alargada, o legislador não respeitou o princípio consagrado no nº 2 do artigo 18º da C.R.P., isto é, o da proporcionalidade, como obliterou, ainda, o princípio geral do artigo 71º, nº 1 do Código Penal.

Acolhendo as palavras de Manuel Cavaleiro Ferreira <sup>43</sup> :

“O mal do crime (...) enquanto atinge os fundamentos da convivência social, é causa da responsabilidade social e é reparado por uma sanção penal proporcional à culpa do delinquentes” sem deixar de acentuar a sua afirmação que “a justiça distributiva, à qual se liga a justiça penal, realiza-se geometricamente (*aequalitas proportionis*); não supõe, como a justiça comutativa, uma justiça aritmética».

Por isso este Mestre conclui que tal é «indispensável à realização da justiça penal, como justiça distributiva, a consideração da pessoa».

Também José de Sousa e Brito <sup>44</sup> refere que o princípio da culpa «significa que a pena se funda na culpa do agente pela sua acção ou omissão, isto é, num juízo de reprovação do agente não ter agido em conformidade com o dever jurídico, embora tivesse podido conhecê-lo, motivar-se por ele e realizá-lo», aditando que «não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida da pena que exceda a da culpa».

Jorge Figueiredo Dias, por seu lado <sup>45</sup> defende, ao longo da sua obra, que o princípio da culpa, é «consequência da exigência incondicional da defesa da dignidade da pessoa humana que ressalta dos artigos 1º, 13º, n.º 1 e 25º, n.º 1 da Constituição da Republica Portuguesa».

---

<sup>43</sup> *Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, 45 a 51*

<sup>44</sup> *A Lei Penal na Constituição, Estudos sobre a Constituição, 2º vol., 199 e 200*

<sup>45</sup> *Direito Penal Português, Parte Geral, As Consequências Jurídicas do Crime, 84*

Seguindo de perto a jurisprudência dos tribunais superiores não podemos olvidar que, se as finalidades da aplicação da pena residem primordialmente na tutela dos bens jurídicos, e, quanto possível, na reinserção do agente na comunidade, então, o processo de determinação da pena concreta a aplicar reflectirá, de modo geral, a seguinte lógica: «a partir da moldura penal abstracta procurar-se-á encontrar uma “sub-moldura” para o caso concreto, que terá como limite superior a medida óptima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias, e, como limite inferior, o “quantum” abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar.»<sup>46</sup>.

Vale tudo por dizer que a vertente da reinserção só será de consentir até ao limite da prevenção geral positiva, sendo a culpa, nos termos sobreditos, o limite inultrapassável da medida da pena a aplicar.<sup>47 48</sup>

A pena «surgirá, nesta perspectiva, como motivação para todos, em geral, no sentido de serem fiéis ao direito, como factor de reforço da confiança da população, no funcionamento do sistema repressivo penal, e, em última instância como instrumento de política social ao serviço da pacificação. Em relação à tradicional prevenção geral negativa, como intimidação dos potenciais criminosos, sobreleva agora a vertente positiva da prevenção geral, enquanto tranquilização das potenciais vítimas. Quanto à prevenção especial, sabe-se como pode ela operar através da “neutralização-afastamento” do delinvente para que fique impedido fisicamente de cometer mais crimes, como intimidação do autor do crime para que não reincida, e, sobretudo, para que sejam fornecidos ao arguido os meios de modificação de uma personalidade revelada desviada, assim este queira colaborar em tal tarefa».<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> *Obra citada*

<sup>47</sup> Acs. TC nºs 432/2002 e 481/2010

<sup>48</sup> Ac. STJ, Proc. nº 154/12.3JDLSB.L1.S1, de 15/05/2013

<sup>49</sup> Neste sentido vide Claus Roxin, *Derecho Penal-Parte Especial*, Tomo I, 86

### **Violação, enfim, da regra constitucional da igualdade**

Confrontando o mecanismo da perda alargada face ao enunciado princípio, manifesta é a violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que a medida legislativa em causa, para além de não cumprir o ditame da necessidade, por ser em excesso intrusiva não cumprindo o princípio da “justa medida”, dado que é de aplicação objectiva, descurando a avaliação das circunstâncias concretas do agente do crime, quer quanto à sua culpa, quer quanto às necessidades de prevenção especial, deixando de apreciar qual o ponto óptimo da sanção ali prevista face ao concreto visado.

Opera-se, por via daquela desconsideração, ainda, a violação do princípio constitucional da igualdade, pois, como afirma Manuel Cavaleiro Ferreira <sup>50</sup>: «a pena deve ser igual para o que é igual. E como sujeito da pena é o homem, em razão da sua culpa, a pena será necessariamente diversa em concreto, para ser justa, embora por aplicação dos mesmos critérios e princípios jurídicos.»

José Damião da Cunha <sup>51</sup> é peremptório ao consignar que «a sua determinação (melhor dizendo, a sua quantificação) é baseada num cálculo patrimonial, matemático, não relevando, em medida alguma, quer a gravidade do ilícito, quer a gravidade da pena ou sequer o grau de participação do condenado. Mesmo a sua execução prescinde de qualquer consideração quanto aos efeitos que ela possa produzir na esfera pessoal do arguido ou da sua família”, firmando a conclusão que “determinação e execução puramente objectiva que obviamente suscita dúvidas, dado que qualquer medida sancionatória deve garantir, ou na sua determinação ou na sua execução, um mínimo de proporcionalidade.»

---

<sup>50</sup> *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, II, 48

<sup>51</sup> *Perda de Bens a Favor do Estado – Artigos 7º - 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, 24

**Em suma:** face ao conteúdo substantivo do regime de perda vertido na norma do artigos 7º da Lei nº 5/2002, atenta-se não só contra o princípio da tipicidade penal, promanação do princípio da legalidade, como se oblitera o princípio da proporcionalidade e assim, também, o da igualdade, logrando a violação do artigos 18º da Constituição da Republica Portuguesa.

## Prova da licitude da vantagem, ónus do arguido

### Tipologia de modelos processuais e colocação do problema

O Direito Processual Penal é, na definição de José António Barreiros <sup>52</sup>, «Direito que visa a concretização necessária do Direito Penal», existindo entre eles, como afirma Jorge Figueiredo Dias <sup>53</sup> «sob diversos pontos de vista, uma relação mútua de complementaridade funcional que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade.»

Feita a leitura histórica das instituições processuais penais encontram-se três tipos adestrados à prossecução processual: o acusatório, o inquisitório e o tipo misto. <sup>54</sup> Vingaram para a actualidade os sistemas de base acusatória e de base mista.

Cada uma das estruturas processuais aludidas contém particularidades inequívocas para qualquer fase do procedimento, diferenças essas que analisaremos somente no que atende ao modo de aquisição e valoração da prova.

Num ordenamento processual penal de base acusatória o procedimento no tocante à aquisição da prova norteia-se, nas palavras de Jorge Figueiredo Dias <sup>55</sup>, pelo «princípio da auto-responsabilidade probatória das partes», na medida em que segundo tal concepção de um “processo de partes” se trata, sendo elas que dele dispõem e têm o dever de proceder ao respectivo andamento, mediante o ónus em função do qual lhes cabe respectivamente afirmar, contradizer e impugnar. Isto é: às partes compete a alegação da matéria de facto, bem como a junção das provas, recaindo sobre quem alega, quem contradiz e quem impugna, o ónus da prova que lhe aproveite.

---

<sup>52</sup> *Processo Penal - I*, 166

<sup>53</sup> *Direito Processual Penal I*, 28

<sup>54</sup> Para uma descrição da história de cada um dos sistemas vide José António Barreiros, *Processo Penal – I*, 11 a 151

<sup>55</sup> *Direito Processual Penal I*, 189

Talhado assim o “objecto da lide” – e faz sentido aqui, neste modelo processual, a importação de tal terminologia privatística – só nessa sua configuração dele pode conhecer o julgador, atendo-se exclusivamente ao acervo da prova apresentado. É, nessa medida, função do juiz, para além de velar pelo cumprimento da lei, determinar a sorte da lide, julgando os factos apenas de acordo com a posição perfilhada pelas partes – podendo realizar-se mesmo uma conformação consensual da relação jurídica material controvertida – mediante a prova produzida, razão por que é, ainda, apelidado do sistema da verdade formal, pois que é a decorrente da acção probatória daqueles sujeitos que se atinge a realidade judicial, ainda que aparente.

Na expressão ilustrativa de Jorge Figueiredo Dias <sup>56</sup> «ser um processo presidido pelo princípio da contradição ou de discussão significa estarmos em um domínio onde valem ainda basicamente as concepções privatísticas (contratualistas ou quase-contratualistas) do processo, segundo as quais se desenha, na raiz, como duelo das partes na presença e sob a arbitragem do juiz».

### **O conceito civilístico de ónus da prova**

Neste contexto, analisemos a problemática do ónus de prova tal como se configura ante tal sistema.

Ponderando-o como o sistema português o admite, ou seja, restrito ao domínio do ordenamento civil e adjectivo civil, encontramos-lo no artigo 342º do Código Civil.

Conceptualizando-o, Manuel de Andrade <sup>57</sup> afirma que o conceito de ónus «traduz-se na necessidade, imposta pela ordem jurídica a uma certa pessoa, de proceder de certo modo para conseguir ou manter uma vantagem.»

Na configuração de um procedimento de base adversarial àquele que invoca um direito cabe a prova dos factos que o constituem, ao passo que já quanto

---

<sup>56</sup> *Direito Processual Penal I*, 1974, 188

<sup>57</sup> *Teoria Geral das Obrigações*, I, 122 e segs

aos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, a sua prova compete àquele contra quem a respectiva arguição foi efectivada: dá-lhe início o autor com a apresentação em juízo da sua pretensão, momento em que lhe é imposto, para além do mais, aduzir factos que sirvam de fundamento à sua pretensão e bem assim formular o objecto da mesma.

Betti <sup>58</sup>, diz ele, «*afirmar e pedir* são os dois actos essenciais do autor na sua petição inicial; e como o pedido há-de ser a consequência natural e lógica das afirmações, segue-se que os elementos constitutivos da petição inicial são a causa de pedir (*causa petendi*) e o pedido (*petitum*).»

Chamada à discussão sobre a existência/inexistência da pretensão feita valer pelo autor, pode a parte que se vê demandada opor-lhe contradição ou manter-se inerte, sendo neste jogo de alegação e contra alegação, havendo-a, que se fixa o *thema decidendum*, posto que a não impugnação vale como acordo, passando os factos apresentados pelo autor a serem tidos por verdadeiros e, nessa medida, considerados na decisão judicial.

A este propósito Miguel Teixeira de Sousa <sup>59</sup> salienta que «a prevalência da vontade das partes ou da faculdade inquisitória do tribunal não é indiferente para a delimitação do *thema decidendum*. Se nos sistemas processuais que cerceiam a actividade do tribunal sobre a matéria em apreciação o *thema decidendum* fica na disponibilidade das partes, nos sistemas que concedem ao tribunal possibilidades inquisitórias sobre a matéria em apreciação o *thema decidendum* pode divergir do objecto definido pelas partes.» Assim, ainda, a admissibilidade de desistência da instância, desistência do pedido ou mesmo transacção.<sup>60</sup>

Subjacente, pois, ao conceito de ónus está a ideia de “interesse” no sentido de pretensão que acarrete vantagem. Não cabe, por isso, falar em dever, que supõe uma relação de bilateralidade, por ter a correspectividade de outrem,

---

<sup>58</sup> *Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. 59, 60 e 169

<sup>59</sup> *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, 143

<sup>60</sup> Para uma análise mais aprofundada vide Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal I*, 190 e 191

mas em necessidade, pois do seu cumprimento resulta (ou pode resultar) a obtenção de benefício, assim tratando-se da relação do sujeito consigo mesmo. É, também, esta ideia que se encontra na doutrina de outro civilista Giuseppe Chiovenda,<sup>61</sup> quando defende que o ónus da prova se encontra estritamente ligado ao interesse de cada litigante.

Atento o modo como os factos são adquiridos neste sistema e, assim, colhidos para efeitos de decisão, é apelidado, como se disse, de sistema da verdade formal.

Mais uma vez, pelo seu carácter preciso ainda que mordaz, atento o respectivo posicionamento doutrinário, colhemos a lição de João de Castro Mendes.<sup>62</sup> Referindo-se, pois, ao conceito de verdade formal começa por afirmar que «normalmente o conceito é definido, no campo jurídico, em paralelo com o conceito de verdade formal usado em lógica: pela forma como se obteve, ou se demonstra como tal, certa verdade. Nesta linha de orientação, portanto, a ideia geral de verdade formal é a de uma verdade que é demonstrada como tal apenas pela verificação da correcta aplicação de um certo número de regras *jurídicas* pelas quais se deve pautar a obtenção do seu conteúdo e não pela exaustão de todos os meios humanamente possíveis de confronto entre esse conteúdo e a realidade. Esclarecendo melhor o conceito, nós vemos que ele se recorta pelos *meios* por que se atinge (regras de prova legal, ou melhor, dirigida). A verdade formal é, portanto, a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certo caso das regras da prova legal ou dirigida»

### **Um modelo significativo, o italiano**

Inspirado neste modelo encontramos o sistema processual penal italiano, o qual visou garantir, desde o seu *Progetto Preliminare*, o máximo de acusatoriedade compatível com a descoberta da verdade e as garantias de defesa.

---

<sup>61</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª edição

<sup>62</sup> *Do Conceito De Prova em Processo Civil*, 387 e 388.

Decorre, desde logo, dos artigos 65º, nº 1 e 405º do *Codice di Procedura Penale* que compete ao Ministério Público a acusação provisória e definitiva, razão por qual recai sobre o mesmo instrumentalmente o ónus probatório dos factos atribuídos ao “*imputato*” para que possa desse modo sustentar a sua posição acusatória em juízo.

Neste âmbito, o ónus da prova em tal sistema é configurável em dois ângulos distintos, o substancial e o formal.

Na síntese de Paolo Tonini <sup>63</sup> num livro que consultámos na sua mais recente edição (e cujos excertos são tradução nossa) «o ónus da prova em sentido substancial impõe à parte convencer o juiz da existência do facto afirmado, enquanto que o ónus em sentido formal impõe à parte requerer ao juiz a admissão da prova que reputa útil para efectivar o ónus substancial». O primeiro encontraria expressão no artigo 2697, nº 1 no Código Civil Italiano, segundo o qual «quem quer fazer valer um direito em juízo deve provar os factos que constituem o seu fundamento»; já o segundo estaria consignado no artigo 190º do Código do Processo Penal daquele país, segundo o qual «as provas são admitidas a requerimento da parte».

O ónus da prova é, nesta configuração, também uma regra probatória no sentido em que faz recair sobre a parte processual as consequências de não ter conseguido convencer o juízo daquilo que alegou. Concretizando, a defesa está adstrita à prova da falta de credibilidade ou da inadmissibilidade da prova da acusação ou, ainda, da produção da prova da existência de factos que lhe sejam favoráveis, os relativos às causas de justificação ou de não punibilidade ou, ainda também, para que os factos *sub judice* possam ser reconstruídos de modo diverso daquele outro que foi configurado pelo Ministério Público. Está, ainda, contido no âmago desta lógica, que aquele autor nos revela, a afirmação e prova da não prática dos factos ou da inexistência de determinado evento, seja a materialização de uma prova negativa.

---

<sup>63</sup> *Manuale di Procedura Penale*, 246 a 256

Realce-se que na formulação que referimos no que respeita à sua projecção no estatuto de arguido não se exclui que as questões do ónus da prova não possam ser configuradas em relação a outros sujeitos.

Quanto à prova negativa que está em causa, sendo impossível de a concretizar pela positiva, efectua-se pela prova da existência de um facto «logicamente incompatível do afirmado pela contraparte», citando o autor tomado como referência como concludente exemplo o “álibi”.

O ónus formal de introduzir a prova em juízo, com vista ao cumprimento do ónus substancial, desdobra-se não só na busca pelas partes das fontes de prova, como na sua avaliação para a obtenção do resultado vantajoso, ou seja a existência do facto afirmado e o requerimento ao juiz da admissibilidade destes meios de prova, cabendo a este decidir da respectiva relevância, isto é, que não sejam meios proibidos por lei ou manifestamente supérfluos, evitando superabundância de prova quanto ao mesmo facto.

No quadro deste sistema italiano, diga-se, este mecanismo que se denomina «princípio dispositivo em matéria probatória» conhece várias excepções, concretamente aquelas que estabelecem os casos em que as provas são admitidas oficiosamente.

Ainda no quadro do dito Direito o ónus substancial da prova não coincide inteiramente com o ónus formal, pois o convencimento do juiz pode ser alcançado por meio probatório apresentado por outrem que não aquele sobre o qual recai o ónus formal, vigorando assim o princípio da aquisição processual.

Relevantes são os denominados «*standards probatórios*», isto é a quantidade de prova necessária ao convencimento do juiz. É o mesmo autor quem desdobra a situação, contrapondo o que se passa no domínio do processo civil e do processo penal.

No processo civil a regra é a do «*più probabile che no*», pois o autor deve apresentar os factos constitutivos da sua pretensão de modo a que a configuração da sua pretensão pareça mais provável que a da parte contrária, sujeitando-se a rejeição se o que traz a juízo for insuficiente ou contraditório, o mesmo ocorrendo quanto ao réu civil no que diz respeito às impugnações e

excepções com que se defenda. O padrão probatório é, assim, o mesmo para ambos os contendores.

Já no processo penal o acusador está adstrito a provar a actuação típica do réu “*la reità dell'imputato*” de modo tal que elimine do espírito do juiz qualquer dúvida razoável. O sistema conheceu neste domínio, evolução histórica, primeiramente a formulada pela jurisprudência e ulteriormente concretizada pela Lei nº 46 do ano de 2006, a qual operou uma modificação do artigo 533, nº 1 do Código processual penal italiano e, assim, a sentença condenatória ocorre quando o arguido “*risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio.*” Correspectivamente, a prova da acusação que deixe dúvida razoável no espírito do julgador é equiparável à falta de prova.

A noção de dúvida razoável já foi equiparada àquela que for compreensível por uma pessoa racional e, além disso, objectivável através de motivação que faça referência a argumentos lógicos no que respeita ao princípio da não contradição; mas que não se trate de dúvidas meramente psicológicas, possíveis ou conjecturáveis, sentidas subjectivamente pelo juiz. Trata-se pois, numa certa medida, não de uma regra probatória, mas de uma regra de juízo: no primeiro ângulo disciplina o “*quantum*” probatório necessário, enquanto no segundo regula o modo como o juiz deve alcançar a prova dos factos que podem levar ou não à absolvição do acusado.

### **O modelo processual penal português**

Visto o modelo italiano enquanto referência, tomemos agora um sistema adjectivo penal integrado pelo princípio da investigação, como é o Código de Processo Penal vigente em Portugal, perspectivado este quanto à aquisição e valoração da prova: verifica-se que a condução e esclarecimento da matéria factual não pertence apenas aos sujeitos processuais (já não “partes”) mas ainda, e em última instância, ao juiz. Isto é, a actividade judicial não se limita ao controlo da legalidade dos actos como ainda sobre o magistrado impende, como salienta Jorge Figueiredo Dias<sup>64</sup> «o dever de investigação judicial

---

<sup>64</sup> *Direito Processual Penal I*, 193

autónoma da verdade», pois assim «se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar; como, igualmente, que se não atribua qualquer eficácia à não-apresentação de certos factos ou ao «acordo», expresso ou tácito, que se formaria sobre os factos não contraditados.»

É, pois uma arquitectura adjectiva que visa a verdade material, que implica, na síntese assertiva de António Castanheira Neves <sup>65</sup> «a decisiva consequência de não poder fundar-se o juízo probatório senão na prova efectiva dos factos.»

Versando sobre o aludido conceito de “verdade material” façamos uso, para a sua compreensão, das palavras do mesmo autor <sup>66</sup> quando este afirma que «quanto à «verdade» que aqui se visa, devemos ter em conta que ela tem a ver com a realidade da vida, com a acção humana e as circunstâncias do mundo humano, pois a verdade que importa ao direito (e, assim, ao processo) não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela, pois, uma verdade histórico-prática. A sua modalidade não é a de um juízo teórico, mas a daquela vivência de certeza em que na existência, na vida, se afirma a realidade das situações, com tudo o que nestas de material e de espiritual participa. Quer dizer, será errado identificarmos a ideia de objectividade científica (sistemático-conceitual e abstracto-generalizante) – pois isso seria esquecer, por um lado, que a intenção teórico-científica é o resultado de uma modificação específica, e metodologicamente deliberada, na intenção e modos originários da experiência fundamental em que se nos dá a realidade, e por outro lado, ignorar que o «facto» da ciência (os factos para a ciência), longe de ser o facto absoluto ou o «dado» correlativo das específicas intenções científicas, e que, portanto, haverá sempre de distinguir-se, pelo menos, dos factos da experiência humano-natural e histórica. Do que se trata aqui é antes daquela particular objectividade da vida, a exprimir sempre uma «indissolúvel unidade do conhecer e do agir», um prático experimentar-compreender teoreticamente irreduzível. O que não é, todavia, contraditório, com a pretensão da

---

<sup>65</sup> *Sumários de Processo Criminal*, 43 e 44 e 51 e segs.

<sup>66</sup> *Idem*, 51 a 53

racionalização. Só que não deve esquecer-se que se trata de uma racionalização de índole prático-histórica, a implicar menos o racional puro do que o razoável, proposta não à dedução apodítica, mas à fundamentação convincente para uma análoga experiência humana, e que se manifesta não em termos de intelecção, mas de convicção (integrada sem dúvida por um momento pessoal) – já por isso a racionalização toma no nosso caso muito justamente o nome de motivação e não o de demonstração.» (sublinhados do autor)

Correlativo à busca da verdade material (artigo 340º do C.P.P.) é o princípio da livre apreciação da prova (artigo 127º do C.P.P.) princípio este que se estriba, por um lado, na ausência de critérios legais predeterminantes do valor a atribuir à prova e, por outro lado, que o tribunal aprecie toda a prova produzida e examinada com base exclusivamente na livre apreciação da prova e na sua convicção pessoal

Na afirmação de Germano Marques da Silva <sup>67</sup> «a livre valoração da prova não deve ser entendida como uma operação puramente subjectiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas como uma valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão».

Jorge Figueiredo Dias <sup>68</sup>, por seu lado, afirma que aquele comando legal «não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável ou incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida. Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem na verdade esta discricionariedade (como já dissemos tem toda a discricionariedade jurídica) os seus limites que não podem licitamente ser ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada “verdade material”, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em

---

<sup>67</sup> *Curso de Processo Penal*, II, 111.

<sup>68</sup> *Direito Processual Penal I*, 202.

concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo».

O mesmo vem sendo estabelecido em diversos arestos dos Tribunais Superiores <sup>69</sup>, como nesta decisão <sup>70</sup> na qual se afirma que «tudo vale por dizer que o princípio da livre apreciação da prova não tem carácter arbitrário, nem se circunscreve a meras impressões criadas no espírito do julgador, estando antes vinculado às regras da experiência e da lógica comum, bem como às provas que não estão subtraídas a esse juízo, sendo imprescindível que este seja motivado, estando ainda sujeito aos princípios estruturantes do processo penal, como o da legalidade das provas e do “in dubio pro reo”».

Esse mesmo entendimento vem sendo sufragado pelo Tribunal Constitucional <sup>71</sup>.

Vemos, nesta medida, que subjacente a todo o direito probatório em processo penal está o princípio da legalidade e numa dupla vertente: por um lado, apenas são admissíveis provas que não forem proibidas por lei e, por outro lado, a recolha da prova tem de ser levada a cabo com absoluto respeito dos direitos pessoais e das formalidades estipuladas na lei (artigos 125º e 126º do C.P.P.).

Manuel Costa Andrade, no seu artigo “Consenso e Oportunidade” <sup>72</sup>, explicitou que «o art. 126º estabelece um regime significativamente diferenciado: a par de métodos apenas proibidos quando obtidos sem o consentimento do titular a lei leva a prescrição de outros a ponto de impôr a sua invalidade mesmo quando obtidos com o consentimento do titular. Será assim sempre que estejam em causa métodos que contendam com a integridade física ou moral das pessoas. Uma solução a que não é naturalmente estranha a intenção de prevenir manifestações não livres de consentimento, hipótese sempre em aberto dada a desigualdade de facto entre os diferentes intervenientes. Mas o que

---

<sup>69</sup> Acórdão do STJ, Proc. nº 1191/98 de 21/10/1999

<sup>70</sup> Acórdão do TRP de 19/04/2006

<sup>71</sup> Acórdãos do TC nº 1165/1996, 464/1997, 542/1997 e 680/1998

<sup>72</sup> *Jornadas de Direito Processual Penal*, 337

verdadeiramente define a essência do regime é o duplo propósito de: por um lado, estabelecer um limite intransponível à redução da dissonância e, por outro lado, e reflexamente, salvaguardar a identidade e a imagem de um processo penal com as credenciais de um Estado de Direito.»

Essa é uma das promanações do artigo 32º, nº 1 da Lei Fundamental, o qual institui que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa ao arguido, afirmação esta que, para além disso, consagra a observância do princípio da presunção de inocência e do princípio *in dubio pro reo*.

Permitimo-nos, ainda, coligir as palavras de Claus Roxin <sup>73</sup> quando afirma, enunciando um princípio geral comum também ao nosso ordenamento que «as limitações às faculdades de intervenção do Estado, que devem proteger o inocente face à perseguições injustas e à compressão excessiva da respectiva liberdade, e que devem, também garantir ao culpado a salvaguarda dos seus direitos de defesa, caracterizam o “princípio da formalidade” do processo (*Justizformigkeit des Verfahrens*)», para concluir que «ainda que a sentença consiga estabelecer a culpabilidade do arguido, o julgamento só será conforme ao ordenamento processual (princípio da formalidade), quando nenhuma garantia processual haja sido violada em desfavor do acusado.» Lapidariamente assevera, aliás, que «num processo penal próprio de um Estado de Direito, o princípio da formalidade não tem menor valor que a condenação do culpado e o restabelecimento da paz jurídica.»

### **O regime de contraprova decorrente da Lei n.º 5/2002**

É agora o momento de conhecer da estrutural processual do regime de “perda de bens” conforme o mesmo se encontra estabelecido na Lei nº 5/2002.

Lembrando o disposto no nº 1 do artigo 7º daquele diploma: «Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade

---

<sup>73</sup> *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 2, lido em versão traduzida

criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.»

Já no artigo 9º do mesmo corpo legislativo, e sob a epígrafe “Prova encontramos as seguintes regras relevantes:

1 – Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no nº 2 do artigo 7º.

2 – Para os efeitos do número anterior é admissível, qualquer meio de prova válido em processo penal.

3 – A presunção estabelecida no nº 1 do artigo 7º é ilidida se se provar que os bens:

a) Resultam de rendimentos de actividade lícita;

b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;

c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.

Prevê aquele diploma que a promoção da “perda de bens” incumbe ao Ministério Público, por meio de liquidação, visando o apuramento do montante a ser declarado perdido a favor do Estado, impondo-se-lhe que o faça no prazo vertido no artigo 8º, nº 2, sendo aí também determinado o cumprimento do contraditório<sup>74</sup>.

Partindo da letra do artigo 7º, nº 1 e passando ao disposto no artigo 9º, nº 1 e 3 do citado diploma impõe-se a conclusão, aceite pela doutrina e jurisprudência, segundo a qual o legislador optou por “convidar” o arguido a fazer a contraprova da presunção estabelecida no nº 1 daquele artigo 7º, qual seja esta a de que a diferença entre o valor do seu património e o valor daquele que seria o congruente com o seu rendimento lícito constitui vantagem de actividade criminosa.

---

<sup>74</sup> Ac. TRP, Proc. nº 0814979, de 05/11/2008

## **Incongruências do novo regime**

Enunciado o regime, verificaremos que o mesmo se apresenta como incongruente com vários princípios basilares estruturantes do nosso sistema processual penal e até com regras constitucionais vinculativas.

### **Lesão do princípio da presunção de inocência**

Naturalmente aquele “convite” à contraprova consubstancia a criação de um verdadeiro ónus de prova para o arguido <sup>75</sup> <sup>76</sup>, pois aqui fazendo uso mais uma vez das palavras de Manuel de Andrade <sup>77</sup>, tal vem a traduzir-se «na necessidade, imposta pela ordem jurídica a uma certa pessoa, de proceder de certo modo para conseguir ou manter uma vantagem», vantagem essa que é a de, provando a origem lícita do seu património e/ou de que os bens que o constituem dele já faziam parte há pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido, assim logrando obstar ao mecanismo referido no n.º 1 do artigo 7.º e não se ver desapossado dos bens de que tenha domínio ou benefício ou de que seja titular: forma, como é bom de ver, de ilidir a presunção de vantagem ilícita.

A introdução de ónus probatório no direito adjectivo penal português, lembre-se, tem de ser vista como excrescência, posto que entre nós é ponto assente não existir qualquer ónus que recaia sobre acusação ou arguido, pois nenhum deles tem necessidade de produzir prova sobre factos por si adiantados para o objecto do processo penal sob cominação de os mesmos não serem tidos como provados, uma vez que o dever judicial autónomo de descoberta da verdade material impõe a investigação e esclarecimento dos factos levados a juízo.

Além disso, tal sistema faz tábua rasa, no que ao arguido respeita, de garantias firmadas no artigo 32.º da Lei Fundamental, quais sejam o princípio da presunção de inocência, por força do qual se impõe, para além do mais, a

---

<sup>75</sup> Ac. STJ, Proc. n.º 08P3180, de 20/11/2008

<sup>76</sup> Ac. TRP, Proc. n.º 0814979, de 05/11/2008

<sup>77</sup> *Teoria Geral das Obrigações*, I, 122 e segs.

proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal bem como do princípio *in dubio pro reo*, o que determina que um *non liquet* relativo à prova tenha de ser sempre valorado a favor do arguido.

Nas palavras de Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira <sup>78</sup> «este princípio (o do *in dubio pro reo*) considera-se também associado ao princípio *nulla poena sine culpa*, pois o princípio da culpa é violado se, não estando o juiz convencido sobre a existência dos pressupostos de facto, ele pronuncia uma sentença de condenação. Os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena».

É que, no regime em apreço, para além de o arguido ser “convidado” a uma actividade probatória para conseguir ou manter uma vantagem antes mesmo de ser condenado pela prática de um dos crimes versados no artigo 1º do citado diploma, assim se derogando, em concreto, o princípio que o presume inocente, igualmente se sacrifica a proposição garantística segundo a qual, havendo dúvida em sede de prova, a mesma tem que ser sempre valorada em favor do arguido: é que, de acordo com o que se legislou, não sendo demonstrada pelo arguido – ou não sendo sobre ela adquirida prova pelo tribunal – a proveniência lícita dos bens contidos no património daquele ou de que os mesmos ali se encontram pelo menos há cinco anos antes da sua constituição como arguido, ou mesmo na dúvida quanto a tal factualidade, ocorrerá a prova por puro recurso à presunção de vantagem ilícita contida no artigo 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002.

### **Lesão ao direito ao silêncio**

Posto em perigo também por este regime é o estatuto processual conferido ao arguido, nos termos do disposto no artigo 61º do C.P.P., em especial no que respeito ao seu direito ao silêncio <sup>79 80</sup> bem como quanto ao direito que lhe é

---

<sup>78</sup> *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, I, 519

<sup>79</sup> Acs. TC nºs 695/1995, 127/2007 e 461/2011

conferido a ser ouvido pela entidade judicial sobre a matéria que, incluída no objecto do processo, respeite ao ilícito penal de catálogo, e deste modo colocadas em crise, de novo, garantias que lhe estão reservadas.

É que, para além de já se encontrarem directamente prejudicados os princípios constitucionais em que se acha travejado o direito ao silêncio – para que o arguido não seja obrigado a contribuir para a sua condenação – como sejam, pela sua derrogação, os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, no caso que estudamos este ónus de prova, esta necessidade de desenvolver uma acção probatória para obter ou manter certa vantagem, nos termos explicitados, equivale a derrogação tácita desse mesmo direito, pois, dada a intrínseca relação entre a matéria factual respeitante aos factos do ilícito típico de catálogo e a matéria atinente à liquidação, ele tem, necessariamente, efeito extensivo a qualquer deles.

De modo paralelo derrogação ocorre também no que respeita ao direito do arguido prestar declarações perante a entidade judiciária quanto à matéria do objecto do processo que respeite ao crime de catálogo, no sentido confessório, é que ao lançar a sua versão sobre a matéria factual aduzida quanto ao ilícito típico de catálogo necessariamente se estará a reconduzir, ainda que possa ser em termos parciais, às questões factuais lançadas na liquidação, dada a falada conexão.

Vale tudo por dizer que o arguido que se prevaleça do silêncio quanto ao tema penal, como é seu direito, corre o risco da oponibilidade da presunção aludida no artigo 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002, por ter frustrado a prova que lhe é afinal exigida, sob a forma melíflua de um convite, quanto à data da permanência dos bens que constituem o seu património bem como à licitude da respectiva aquisição; mas, por outro lado, já o arguido que preste declarações no sentido da sua incriminação, confessando factos que constituem os pressupostos do ilícito típico para desse modo obter o benefício que lhe é correlato nos termos legais, desde logo ao nível da penalidade, nomeadamente para além da atenuação geral da pena, a sua atenuação especial ou até mesmo, a

---

<sup>80</sup> Ac. STJ, Proc. nº 07P3227, de 05/01/2005

respectiva dispensa ou isenção – está assim directamente a contribuir para desencadear o mecanismo de “perda de bens”, ao adiantar prova para a satisfação do primeiro dos requisitos que a letra da lei exige, isto é, a condenação pela prática de um dos crimes de catálogo. Inadmissível, reputamos nós, com todo o respeito.

Tal derrogação do direito ao silêncio do arguido não é, ainda, autorizada em face do disposto no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pois que face à jurisprudência do T.E.D.H., é de concluir que a mesma «tem no seu epicentro a ideia segundo a qual o “direito ao processo equitativo” (...) é integrado, expressa ou implicitamente, por um conjunto de diferentes elementos, entre os quais o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação.»<sup>81</sup> Prosseguindo, pugna, ainda que «segundo o TEDH, apesar de não expressamente mencionados no artigo 6º da Convenção, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação constituem *standards* internacionais que se situam no coração da noção de “processo equitativo” (*fair procedure*), tendo na sua razão de ser a ideia de protecção do acusado contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades, enquanto condição essencial ao acautelamento do perigo de adulteração da justiça e, neste sentido, à própria realização plena do espírito do art. 6.º da Convenção», para não deixar, ainda, de afirmar, que «ainda segundo o Tribunal, o direito à não auto-incriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e constitui uma decorrência do pressuposto segundo o qual a acusação, num processo criminal, deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos coercivos ou opressivos com desrespeito pela vontade deste. Neste sentido, o direito à não auto-incriminação encontra-se intimamente relacionado com a presunção de inocência consagrada no nº 2 do art. 6º da Convenção. O direito à não auto-incriminação – e o princípio do processo equitativo do qual o mesmo decorre – aplicam-se aos procedimentos criminais independentemente do tipo de crime em causa,

---

<sup>81</sup> Joana Costa, Revista do Ministério Público, 128, 117 a 183

sem distinção entre os ilícitos mais simples e os mais complexos. Por isso, razões de ordem pública, mesmo que relacionadas com a segurança do Estado, não poderão legitimar o emprego de um nível de coerção que extinga a essência do direito à não auto-incriminação.»

E quanto à natureza das normas adjectivas penais importa não olvidar o afirmado a propósito põe Heinrich Henkel <sup>82</sup> na sua hoje tão vulgarizada fórmula, segundo a qual «o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado.»

Convoquemos, pela sua oportunidade, as palavras do Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha <sup>83</sup>, em sede de voto de vencido, quando, em sede de constitucionalidade, a propósito de questão jurídica simétrica – a da formulação do tipo legal do enriquecimento ilícito – adianta que «formularia, no entanto, um juízo de inconstitucionalidade, por violação dos direitos de defesa, por considerar que o tipo legal, tal como está construído, impõe ao arguido a iniciativa de alegação e prova em relação a factos que integram os elementos constitutivos do crime, violando o direito ao silêncio em termos que representam uma inversão do ónus da prova.» Continuando, mais explicita tal magistrado que «ainda que o direito ao silêncio por parte do arguido não seja um direito ilimitado e este não possa invocar ter sido prejudicado pelo exercício desse direito quando tenha prescindido de fornecer a sua versão pessoal dos factos ou de prestar esclarecimentos sobre questões que sejam do seu conhecimento (...), o certo é que, no caso, a *ausência de origem lícita determinada* corresponde a um elemento do tipo formulado negativamente relativamente ao qual a prova a coligir por parte do Ministério Público ou, em sede de julgamento, pelo juiz apenas poderá basear-se na discrepância entre o rendimento declarado e o enriquecimento verificado», para logo concluir que «nesse condicionalismo, o arguido não fica dispensado do ónus da prova, visto que se lhe impõe demonstrar, sob pena de ser penalmente responsabilizado, que o património adquirido tem uma origem lícita determinada, ainda que a sua proveniência não se encontre justificada através dos rendimentos revelados

---

<sup>82</sup> *Direito Processual Penal I*, 74

<sup>83</sup> Voto de vencido no Acórdão do TC nº 179/2012

pelas declarações fiscais. Não opera aqui o simples exercício do direito de declaração ou o direito ao silêncio, por parte do arguido, em função de uma estratégia de defesa que vise favorecer a sua posição processual. O silêncio terá sempre uma consequência desvantajosa na medida em que não permite contraditar a prova negativa da *origem lícita*, o que significa que ao arguido cabe o ónus da prova pela positiva, ou seja, cabe-lhe demonstrar que o património adquirido, ainda discrepante com os rendimentos declarados, tem uma origem lícita. Dito ainda de outro modo: deduzida uma acusação por enriquecimento ilícito, e não dispondo o juiz de outros elementos que possam favorecer o arguido, é a este que incumbe suscitar o estado de dúvida e prestar os esclarecimentos que permitam provar a sua inocência.» Eis a razão porque defende «ocorre assim a violação do princípio da presunção da inocência do arguido, na vertente da proibição da inversão do ónus da prova.»

Diga-se que José Damião da Cunha <sup>84</sup>, já em 2002, adiantava posição em sentido convergente, ainda que com fundamentos parcialmente diversos, desde logo ao pugnar que «a solução legal coloca ainda em causa os princípios da presunção de inocência e da garantia da plenitude dos direitos de defesa.»

Jorge Godinho <sup>85</sup> alinhando argumentação com base na análise da formulação do regime substantivo e adjectivo versado na Lei nº 5/2002 e confrontando-o com o princípio da presunção de inocência, acaba por concluir 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 ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o *non liquet* contra o arguido.»

---

<sup>84</sup> *Perda de Bens a Favor do Estado – Artigos 7º – 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, 42 a 44

<sup>85</sup> “*Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova*”, in “*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*”, 2003

Já Pedro Caeiro <sup>86</sup> e João Conde Correia <sup>87</sup> esses, por seu turno, defendem que o mecanismo de perda alargada a que alude a Lei nº 5/2002 não belisca qualquer das garantias constitucionais deferidas ao arguido bem como não oblitera qualquer dos direitos que lhe assiste, sobretudo tendo em conta a natureza jurídica da sanção em análise. Igualmente o Tribunal Constitucional <sup>88</sup> já teve oportunidade de se debruçar, sob a mesma perspectiva, acerca do versado regime e idêntica posição tomou.

### **Ilogismo ante o sistema de adesão processual das questões civil e contraordenacional**

Sem prejuízo de tudo o já alinhado quanto a esta questão – desde a natureza jurídica da sanção às suas implicações para o arguido – e face, a nosso ver, à natureza relativa e, como tal discutível, da argumentação firmada pelos dois últimos autores mencionados, entendemos serem de alinhar outras razões que, mesmo a ser categorizada tal sanção como de natureza não penal, obrigariam o legislador, face à integração do seu conhecimento no seio do procedimento processual penal, ao respeito dos princípios e garantias que são feitas valer pelo conjunto de normas vertidas no Código do Processo Penal, ou seja à inescapável força centrípeta penal.

Em primeiro lugar, porquanto não tendo sido prevista uma cisão no processo entre o momento do conhecimento da factualidade atinente ao crime de catálogo, respectiva deliberação e subsequente anúncio público e aquele outro que é o do conhecimento dos factos vertidos na liquidação, respectiva deliberação e ulterior decisão, forçoso é concluir que estamos perante um só e mesmo processo, cujos actos têm de ser regulados segundo as normas do sistema adjectivo penal; exigência esta de cariz formal, mas também imposta

---

<sup>86</sup> *Sentido e função do instituto da perda alargada 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”)*, 318 a 320

<sup>87</sup> *Da proibição do confisco à perda alargada*, 115 a 121

<sup>88</sup> Acórdão do TC nº 294/2008

pelo dever de imparcialidade do órgão judicial que é garantia da comunidade que os titulares daquele órgão representam no exercício de funções.

Em segundo lugar, e atendo-nos ao *argumento a pari*, importa atentar nas vicissitudes processuais de uma causa cível que se fundamente na prática de um ilícito típico culposo quando por via do princípio da adesão, plasmado na lei adjectiva processual penal, se vê conhecida conjuntamente com a causa criminal: ao invés das regras impostas no C.P.C., se conhecida no âmbito do processo penal, a falta de contestação do demandado não tem efeito admonitório, as declarações do demandado, ainda que confessórias, não são irretractáveis, não há lugar ao incidente da contradita, para além de outras especialidades, tudo para fazer prevalecer o princípio da verdade material e da livre apreciação da prova, desideratos fundamentais do processo penal português que fazem cumprir as garantias e os princípios constitucionalmente outorgados ao arguido.

Mas há mais; é que, em reforço argumentativo, sempre se dirá que da universalidade garantística outorgada pela lei processual penal beneficiará aquele que vir ser conhecida no foro criminal, em cumulação com o crime que lhe seja imputado, contraordenação pela qual responda. Isto é, ainda que no domínio do conhecimento atinente ao feito criminal *lato sensu*, as respectivas garantias vêm-se ampliadas se o respectivo conhecimento o for em sede de processo penal.

Vale por dizer que há uma regra de consumpção do *minus* garantístico inerente às matérias cíveis e contraordenacionais pelo *plus* que são os meios da tutela de direitos que é inerente ao sistema processual penal.

### **Incompatibilidade com o princípio da separação de poderes**

Não ficamos, porém, por aqui, pois uma outra decorrência que resulta do regime processual inerente à Lei n.º 5/2002 atinge o princípio da separação e interdependência de poderes com assento no artigo 2º da Lei Fundamental.

De acordo com a formulação expressa na Lei Fundamental e a inserção sistemática em sede de princípios fundamentais, fica denunciada a valoração e importância destacada que ao mesmo foi reservada.

Não despicienda é a rememoração de que «a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático.» Como afirmam Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira <sup>89</sup>, ancorando-se, para além do mais, na jurisprudência do Tribunal Constitucional <sup>90</sup>, «a articulação (do princípio da separação e interdependência dos poderes) com o princípio democrático e com o princípio do Estado de Direito tem subjacente a ideia clássica de que através da “divisão” e separação de poderes se asseguram dimensões democráticas e dimensões de jurisdição estatal», para, sintetizando, defenderem que «o princípio fundamental da separação e interdependência de poderes desempenha uma pluralidade de funções constitucionais: função de medida, função de racionalização, função de controlo e função de protecção»; já num outro passo, explicitando, afirmam os mesmos autores que «independentemente da questão de saber em que medida a interdependência e a separação deixam imperturbada a garantia autónoma de um *núcleo essencial de competências* para cada um deles, a fundamentalidade do princípio aponta para a ideia de ordenação de órgãos de soberania pautada pela adequação orgânica, pois as medidas e decisões dos poderes devem ser adoptadas previamente pelos órgãos que, segundo a sua organização, função, atribuição e procedimento de actuação, estão em melhor posição para analisar os pressupostos, os juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas.»

Foi com John Locke, Henry Bolingbroke e Charles de Montesquieu que a divisão de poderes alcançou significado político e, assim, de princípio de equilíbrio dos poderes, elemento estruturante do Estado liberal de Direito, mas tal ideário já se fazia presente no pensamento de filósofos da Grécia Antiga,

---

<sup>89</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 208 e 209

<sup>90</sup> Acórdãos do TC nºs 195/1994, 677/1995 e 24/1998

como Aristóteles <sup>91</sup>, Platão e Cícero. Montesquieu <sup>92</sup>, retomando o pensamento de Locke, afirmou como princípio «a desconfiança contra o detentor do poder», vindo a defender que «constitui uma experiência permanente o facto de todo e qualquer homem tender a abusar do poder que tem; ele abusa quanto pode até encontrar barreiras. A própria virtude carece de barreiras. A fim de evitar o abuso de poder, têm as coisas de ser organizadas de tal modo que um poder mantenha o outro em respeito», o que faz Reinhold Zippelius <sup>93</sup> concluir que «o princípio político de uma limitação de poderes foi também convertido em esquema organizatório (...) Têm que ser criados órgãos distintos para desempenharem as diferentes funções da legislação, da administração e da justiça.»

Giorgio Del Vecchio <sup>94</sup>, afirmando que “abstractamente considerado, uno é o poder público”, logo adianta que «isto não impede que se divida, quanto ao exercício, entre vários órgãos» e que «a pluralidade dos órgãos não destrói a unidade do Estado, antes é condição da organização e manutenção dela», isto para, após uma explanação comparativa entre a vida de uma planta e a vida do Estado, concluir que «a distinção das funções tem, por conseguinte, significado quase técnico e, por assim dizer, biológico. Mas, por outro aspecto, possui importância política, na medida em que representa uma garantia de liberdade.»

De acordo com o firmado com os artigos 161º e 198º da C.R.P., se a competência legislativa primordial está cometida à Assembleia da República e ao Governo, já a função jurisdicional está atribuída aos Tribunais, conforme o estatui o artigo 202º da mesma lei, que consigna que «os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo», administração da justiça que visa «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.»

---

<sup>91</sup> No seu livro *Política* descreve as três funções primordiais do Estado e as três espécies de órgãos do Estado

<sup>92</sup> *Teoria Geral do Estado*, 148

<sup>93</sup> *Teoria Geral do Estado*, 148

<sup>94</sup> *Lições de Filosofia de Direito*, II, 242 a 244

Como em síntese descritiva referem Jorge Miranda e Rui Medeiros <sup>95</sup> «a função de administrar a justiça incumbe aos tribunais e os tribunais são os *órgãos* de soberania com competência para o exercício de tal função. Assiste-lhes o monopólio do exercício da jurisdição; esta compete-lhes de modo rigorosamente exclusivo. Dito de outro modo, do nº 1 do art. 202º resulta o estabelecimento de um nexó íntimo e inelutável entre os tribunais e a função jurisdicional (...). É também esta – prossegue-se a resultar definidas por aqueles. A função de administrar a justiça incumbe aos tribunais e os tribunais são os *órgãos* de soberania com competência para o exercício de tal função. Assiste-lhes o monopólio do exercício da jurisdição; esta compete-lhes de modo rigorosamente exclusivo.»

Explicitando o nosso entendimento, o de que o regime de perda de bens da Lei nº 5/2002, colide com a violação do princípio da separação dos poderes estabelecido no artigo 2º da Lei Fundamental, importa ter presente a conformação legal do artigo 7º, nº 1 bem como a do artigo 9º, nºs 1 e 3 da falada Lei: da sua conjugação resulta que, na sequência da condenação do arguido pela prática de um dos crimes de catálogo, é firmada a presunção de que constitui vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e a aquele que seja incongruente com o seu rendimento lícito; bem como que, caso não seja adquirida para os autos a prova da licitude da referida diferença e/ou que os bens *lato sensu* que integram o património do arguido já o integravam pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido, quer no decurso do julgamento da factualidade atinente ao ilícito típico, quer por ausência de apresentação de prova pelo arguido ou porque a prova arrolada pelo arguido quanto a tais matérias não seja reputada para lograr a respectiva prova, opera a prova por presunção.

### **Limitação da liberdade e independência judicial pelo tarifar da prova**

Ora a oponibilidade desta presunção não se dirige exclusivamente ao arguido, seja na modalidade de ónus de prova ou de contraprova. Se na aparência

---

<sup>95</sup> *Constituição da República Portuguesa*, III, 24 e 25

assim parece suceder restritivamente, na realidade é o julgador que se vê, através deste instituto, confrontado com uma vinculação probatória, limitadora do seu poder de aquisição e, conseqüentemente, da livre apreciação da prova. É que ao invés do que lhe é imposto pela lei adjectiva penal, por via da norma do artigo 340º, que postula o principio genérico da investigação como um poder/dever do julgador tendo em vista a busca da verdade material e boa decisão da causa, o juiz vê deste modo subtraída a faculdade de indagar “*ex officio*” qual a composição do património do arguido, a data de aquisição dos bens *lato sensu* que o compõe bem como a respectiva origem, ainda que o mesmo decorra no âmbito do mesmo procedimento processual e sem qualquer *césure* que efectivamente demarque o conhecimento pelo julgador da factualidade atinente ao crime imputado ao arguido e à liquidação relativa aos bens do mesmo.

Tudo a marcar um retorno ao sistema de prova dirigida e legal ou tarifada que a lógica de todo o sistema processual penal já havia banido.

Resulta clara a explicitação destes conceitos à luz das palavras de João de Castro Mendes <sup>96</sup>. Começando por explicitar o primeiro dos dois conceitos afirma «como espécie no género *prova regulada* encontramos num plano de maior concretização a *prova dirigida* (...) esta é a que se verifica sempre que a actividade probatória e a conclusão que a termina disciplinada por normas imperativas – preceptivas ou proibitivas – susceptíveis de influir na referida conclusão.» Já quanto à prova legal afirma-a como sendo «aquela obtida por meios cujo valor é fixado por lei; as normas de prova legal incidem, por conseguinte, no campo da avaliação da prova e só nesse (...) quer dizer: tudo está em saber se há ou não no sistema probatório normas que fixem o valor dos meios de prova (operações, motivos, fontes ou factores). Se há estamos face dum sistema em que participa (ou domina) o princípio da prova legal, ou tarifada, ou da avaliação vinculada das provas. Se não há, estamos em face do puro sistema da livre avaliação das provas.»

---

<sup>96</sup> *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, 406 a 416

Numa perspectiva da reflexão entre a Ética e o Direito, José de Sousa e Brito<sup>97</sup> adianta que «estas limitações que o direito impõe ao raciocínio prático e que permitem distinguir a prática jurídica da prática da ética – da *praxis* aristotélica – não são, porém, contrárias à ética. Fundam-se, mesmo, em razões éticas, que o direito incorpora, fazendo-as suas, como razões do regime jurídico. Assim, a primazia das fontes funda-se num Estado de direito democrático no próprio princípio democrático, que tem, como veremos, fundamento ético, e, em geral, as limitações processuais fundam-se nos valores jurídicos da paz, da segurança e da utilidade das decisões, que têm igualmente uma base ética. As mesmas limitações são, por outro lado, limitadas por razões éticas, que são de novo incorporadas pelo direito através do direito de desobediência, do direito de resistência e da teoria jurídica da revolução. Trata-se, então, de formas extremas de solução de conflitos ético-jurídicos, já que tais conflitos se resolvem normalmente dentro do sistema através do regime da inconstitucionalidade. Se há divergências, não há menos coincidências entre razões jurídicas e razões éticas. E não apenas coincidências ocasionais de conteúdo entre regras ou princípios jurídicos e regras ou princípios de ética. Estas coincidências resultam muitas vezes historicamente de o direito ter por vezes importado um corpo inteiro de doutrina ética, como acontece com as declarações de direitos do homem, com partes consideráveis do direito penal, como grande parte dos princípios da justificação (assim a doutrina da legítima defesa), da exclusão da culpa (assim a doutrina do erro ou do estado de necessidade), dos fins das penas, etc. Há dois processos fundamentais de inclusão da ética no direito. Temos, primeiro, normas remissivas do direito para ética. Há normas jurídicas que dispõem que certas questões devem ser resolvidas através do recurso às normas da ética, como quando dizem que a solução deve ser encontrada segundo a boa fé, os bons costumes, os princípios de direito natural ou a solução que o juiz encontraria se fosse legislador. Mas além de remissões explícitas, há remissões implícitas através do uso nas normas jurídicas de conceitos éticos fundamentais. Assim, quando

---

<sup>97</sup> *O que é o positivismo jurídico: as suas teses e as consequências delas*

se refere a dignidade da pessoa humana ou a culpa como critério normativo, está-se de facto a acolher princípios éticos fundamentais que têm imensas consequências. Estas remissões implícitas articulam-se logicamente com corpos inteiros de disposições legais, como sejam os relativos aos direitos fundamentais no caso da referência à dignidade da pessoa humana, e toda a parte geral da doutrina do crime no caso do princípio da culpa, que passam, por consequência, a ter a pretensão de serem aplicações da ética e a medirem os seus desenvolvimentos interpretativos pelos critérios da ética.»

**Em suma:** face ao conteúdo adjectivo do regime de perda vertido nas normas dos artigos 7º e 9º da Lei nº 5/2002, atenta-se não só contra direitos do arguido mas contra o núcleo essencial e fundamento do poder judicial, por ser uma intromissão do poder legislativo no poder judiciário, contaminada assim pelo vício inconstitucional da lesão primária à separação e interdependência dos poderes do Estado de Direito, logrando a violação do artigo 2º da Constituição da Republica Portuguesa.

## Bibliografia

Andrade, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 1966, 3ª edição

Andrade, Manuel Costa, *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Coimbra, 1989

Barreiros, José António, *Processo Penal - I*, Almedina, Coimbra, 1981

Betti, Emílio, *Diritto Processuale Civile*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936, 3ª edizione

Caeiro, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda alargada de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade rediticia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 21, nº 2, Abril/Junho de 2011

Chiovenda, Guiseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, Bookseller, 4ª edição

Correia, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2012

Costa, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Revista do Ministério Público, 128, Outubro/Dezembro 2011

Cunha, José Damião da, *Perda de Bens a Favor do Estado – Artigos 7º - 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra, 2002

Del Vecchio, Giorgio, *Lições de Filosofia de Direito*, II, Arménio Amado, Editor, Suc., Coimbra, 1959

Ferreira, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, II, Editorial Verbo, Lisboa, 1989

Figueiredo Dias, Jorge, *Direito Penal Português, Parte Geral – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Æquitas/Nobar, 1993

Figueiredo Dias, Jorge, *Direito Processual Penal I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974

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

Gomes Canotilho, Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2007, 7ª edição

Gomes Canotilho, Joaquim e Vital Moreira, *Constituição da Republica Anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 4ª edição

Leal-Henriques, Manuel e Simas Santos, Manuel, *Código Penal Anotado*, I, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2002

Mendes, João de Castro, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2000

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição da República Portuguesa*, III, Coimbra Editora, 2007

Neves, António de Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, policopiado, 1968

Rodrigues, José Cunha, *Os senhores do crime*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1999, nº 1, Janeiro/Março de 1999

Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 1995, 25ª edição, lido em versão traduzida

Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, I, Editorial Verbo, 1997

Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Editorial Verbo, 2002, 3ª edição

Sousa e Brito, José de, *A lei Penal na Constituição, Estudos sobre a Constituição*, 2º volume, 1978

Sousa e Brito, José de, *O que é o positivismo jurídico: as suas teses e as consequências delas*, acessível em

[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jsb\\_MA\\_6030.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_MA_6030.doc)

Taipa de Carvalho, Américo, *Direito Penal*, Tomo I, Universidade Católica, Porto, 2003

Teixeira de Sousa, Miguel, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980

Tonini, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè Editore, 2013

Zippelius, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984

## **Jurisprudência**

### **Tribunal Constitucional**

Acórdão nº 634/1993, de 04/11/1993, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 195/1994, de 01/03/1994, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 677/1995, de 23/11/1995, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 695/1995, de 05/12/1995, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 1142/1996, de 06/11/1996, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 1165/1996, de 19/11/1996, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 464/1997, de 01/07/1997, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 542/1997, de 24/09/1997, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 24/1998, de 22/01/1998, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 680/1998, de 02/12/1998, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 187/2001, de 02/05/2001, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 432/2002, de 22/10/2002, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 41/2004, de 14/01/2004, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 124/2004, de 02/03/2004, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 336/2006, de 18/05/2006, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 643/2006, de 28/11/2006, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 127/2007, de 27/02/2007, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 294/2008, de 29/05/2008, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 375/2008, de 09/07/2008, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 481/2010, de 09/12/2010, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 461/2011, de 11/10/2011, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 577/2011, de 29/11/2011, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Acórdão nº 179/2012, de 04/04/2012, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

## **Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão de 21/10/1999, Processo nº 1191/98, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 02/05/2002, Processo nº 611/02, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 05/01/2005, Processo nº 07P3227, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 24/10/2006, Processo nº 06P3163, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 20/11/2008, Processo nº 08P3269, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 20/11/2008, Processo nº 08P3180, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 15/05/2013, Processo nº 154/12.3JDLSB.L1.S1, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

## **Tribunal da Relação do Porto**

Acórdão de 12/12/2001, Processo nº 0141213, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 19/04/2006, Processo nº 0516550, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão de 05/11/2008, Processo nº 0814979, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)