

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa

Manuel Picão Minas

**O confisco alargado no ordenamento
jurídico português**

Dissertação de Mestrado em Direito Forense

Sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

LISBOA

2017

ÍNDICE

1. Considerações iniciais.....	2
2. Introdução à figura do confisco.....	4
3. Questões actuais: a necessidade de eliminar o lucro dos crimes e o problema da prova diabólica.....	7
4. Medidas de combate ao património ilícito.....	10
5. O confisco alargado na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.....	13
5.1. A introdução da figura do confisco alargado na ordem jurídica portuguesa.....	13
5.2. Presunção de ilicitude.....	15
5.3. Ilação da presunção de ilicitude.....	18
5.4. Bens sujeitos ao confisco.....	20
5.5. O processo de confisco alargado.....	21
6. Pressupostos da inversão do ónus da prova.....	24
7. Natureza jurídica do confisco alargado.....	29
8. Dignidade constitucional do confisco alargado.....	34
8.1 A relação entre o confisco alargado e os princípios Constitucionais.....	34
8.2 Princípio da presunção da inocência.....	34
8.2.1. Presunção de inocência na vertente subjectiva.....	36
8.2.2. Presunção de inocência na vertente objectiva.....	38
8.3 Princípio da culpa.....	40
8.4 Direito ao silêncio.....	40
8.5 Direito à propriedade.....	41
8.6 Princípio da independência judicial e da separação de poderes.....	42
9. Legitimação do regime de confisco.....	42
10. Considerações finais.....	44
11. Bibliografia.....	47

Palavras-chave: confisco alargado; perda de bens; criminalidade económica; património ilícito; presunção de ilicitude; Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

1. Considerações iniciais

É um facto inegável que o mundo está em constante mutação. O desenvolvimento da sociedade dá-se a todos os níveis - as mentalidades mudam, os hábitos alteram-se, a tecnologia evolui, a ciência especializa-se, o Direito desenvolve-se – no fundo tudo se altera com o passar do tempo.

A criminalidade não é excepção à regra. Também este fenómeno social tem evoluído muito ao longo dos tempos. Na verdade, hoje em dia, a criminalidade tem a capacidade de gerar elevadíssimas quantias de dinheiro. Isto significa que o Direito Penal, enquanto mecanismo de combate ao crime, se deve alterar também em conformidade com esta tendência, de forma a poder fazer frente aos novos tipos de criminalidade.

Dois dos grandes desafios do Direito Penal moderno são a criminalidade económica e a criminalidade organizada, sendo que ambas têm em comum o facto de perseguirem o lucro¹. Antigamente o crime era praticado por criminosos que se encontravam desintegrados socialmente e que se rebelavam contra as leis. Hoje em dia o paradigma mudou, é muito frequente a prática de crimes por indivíduos totalmente integrados na sociedade, ou por organizações económicas, que praticam os factos ilícitos como forma de fazer negócios e de gerar lucros.

Nesta linha de pensamento, devemos concluir que, se o crime começou a ser visto por algumas pessoas como um negócio, o Direito Penal deve encontrar uma forma de conseguir impedir que os factos ilícitos possam gerar lucros, porque essa é, hoje em dia, a única forma de prevenção deste tipo de criminalidade. Este objectivo já é prosseguido há bastante tempo através dos mecanismos clássicos de confisco de produtos e de vantagens do crime, previstos nos artigos 109.º e 111.º do Código Penal.

No entanto, o desenvolvimento da criminalidade económica levou a que estes mecanismos clássicos se tornassem insuficientes para assegurar à comunidade que o

¹ DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 30

crime não compensa. Os agentes dos crimes económicos, mesmo depois de serem condenados pela prática desses crimes, na maior parte dos casos conservam as avultadas somas de dinheiro que angariaram através de anos a violar leis porque o Ministério Público não consegue provar a conexão entre essas somas de dinheiro e o crime ou crimes constantes na acusação.

Como forma de ultrapassar essa dificuldade e de preservar a confiança da sociedade no adágio “o crime não compensa”, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro², criou uma medida de combate à criminalidade económica e organizada que consiste na inversão do ónus da prova na questão do confisco das vantagens do crime. Esta forma de confisco alargado permite que todo o património do criminoso que não seja congruente com os seus rendimentos lícitos se presuma proveniente da actividade criminosa.

Apesar de a maior parte da doutrina e jurisprudência, tanto nacional como internacional, reconhecer que o confisco alargado é um mal necessário, todos concordam que, por esta ser uma medida tão interventiva, ela deve ser utilizada cuidadosamente, respeitando os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. É verdade que patologias fortes requerem remédios fortes, mas é necessário assegurar que o remédio não é mais prejudicial que a própria doença.

Esta dissertação tem como objectivo tentar conjugar esta necessidade moderna do Direito Penal - de fazer frente aos lucros da criminalidade económica - com o respeito pelos direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Para tal será necessário proceder a uma análise crítica da Lei n.º 5/2002, identificando os problemas que a mesma levanta e tentando oferecer soluções.

A metodologia prosseguida nesta dissertação passa por começar com um breve enquadramento à figura do confisco, explicando a sua origem e a sua evolução ao longo da História. Será também necessário explicar as razões pelas quais os mecanismos clássicos de perda de bens a favor do Estado se tornaram insuficientes para fazer frente à criminalidade económica e ainda analisar criticamente as medidas alternativas a esses mecanismos, finalizando por justificar a escolha da figura do confisco ampliado pelo legislador português.

² De ora em diante designada apenas por Lei n.º 5/2002.

Após esse enquadramento geral, torna-se necessário focar o essencial: a figura do confisco alargado. Nesta segunda fase da dissertação será explicado o mecanismo do confisco alargado, nomeadamente o seu regime na Lei n.º 5/2002, os pressupostos da inversão do ónus da prova e a sua natureza jurídica.

Por último, será averiguada a dignidade constitucional do regime do confisco alargado e, no caso de seguirmos a via da inconstitucionalidade, será ainda proposta uma solução alternativa àquela que foi consagrada na ordem jurídica portuguesa, de forma a compatibilizar o confisco alargado com os princípios e garantias constitucionais.

2. Introdução à figura do confisco

Antes de analisar a questão central, do confisco alargado, é necessário fazer um pequeno enquadramento à figura do confisco. O confisco é uma sanção pecuniária³ - traduz-se no pagamento ao Estado de uma soma de dinheiro - que funciona como forma de privar o condenado da posse de bens que tenham uma ligação com o crime ou crimes imputados. O confisco, sinónimo da expressão “perda de bens”, é decretado pelo Estado, no exercício do *jus imperii*, e os bens ou valores confiscados passam para o seu domínio, deixando de existir qualquer tipo de tutela jurídica da posição do anterior proprietário⁴.

A figura do confisco sub-divide-se em duas categorias: o confisco especial, que incide sobre determinados bens em concreto que têm uma conexão com o ilícito, e o confisco geral, também denominado pela doutrina como confisco alargado, que visa todo o património do arguido ou uma parte determinada do mesmo⁵.

O confisco é um instituto que já existe há milénios, tendo tido uma presença quase constante em todos os ordenamentos jurídicos. Apesar dos delicados problemas que

³ GODINHO, Jorge A. F., “Brandos Costumes? O Confisco Penal com Base na Inversão do Ónus da Prova (Lei 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in *Liber Disciplorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1355

⁴ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, Ano 21, Abril-Junho de 2011, pág. 269

⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “Direito Penal Português, Parte Geral”, Tomo II, Lisboa, Verbo, 1999, págs. 335 e ss.

levanta, este instituto tem se revelado importante na tarefa de combater a criminalidade económica, sendo um dos mais importantes instrumentos sancionatórios estaduais⁶.

Os primeiros registos da existência do confisco remontam ao direito romano. Assim que o direito penal romano abandonou a *vindicta* privada e passou a ser o Estado o detentor do poder de punir surgiu a *consecratio*, que consistia não só na apreensão de todos os bens do condenado, mas também na sua expulsão da comunidade. O confisco existia também no direito romano como forma de devolução dos bens ao povo (*publicatio bonorum*) e ainda como forma de devolução dos bens ao fisco (*fiscus*)⁷. Os magistrados podiam utilizar estes meios sancionatórios com o objectivo de enriquecer o Estado, em prol da sociedade⁸, o que levou a que começassem a ser cada vez menos utilizados com fins de sancionamento do infractor e mais com objectivos de financiamento da comunidade.

Durante a idade média o confisco também foi objecto de excessos por parte do poder político. Nesta fase este mecanismo surge como pena acessória dos crimes mais graves, no entanto o Estado utilizava-o como forma de gestão económica e de enriquecimento das entidades estaduais.

Também em Portugal, durante a vigência das ordenações, há registo da utilização do confisco como medida política e económica. Esta sanção estava consagrada para crimes patrimoniais motivados pelo lucro e também para crimes políticos⁹, como os crimes de lesa-majestade. O confisco foi sendo cada vez mais utilizado pelo Estado como forma de acumular riqueza alheia, atingindo o seu pico nas Ordenações Filipinas. Nesta fase, com o fortalecimento do poder central, o confisco foi objecto de claros abusos estaduais¹⁰.

Com o surgimento do jusracionalismo iluminista estes excessos de autoridade deixaram de ser tolerados. A burguesia, como forma de assegurar o seu património, fez uma forte oposição a este mecanismo de financiamento do Estado, o que levou a que o

⁶ CORREIA, João Conde, "Da proibição do confisco à perda alargada", Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, págs. 29 e 30

⁷ CORREIA, João Conde, ob. cit., pág. 30 e 31

⁸ REIS, Rachel Seoane Reis, "Confisco Penal – Uma Medida de Combate ao Lucro Ilícito Adquirido pelo Crime Organizado", Lisboa, Relatório apresentado à disciplina de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, pág. 8

⁹ DUARTE, Ana Patrícia Cruz, "O Combate aos Lucros do Crime - O mecanismo da "perda alargada" constante na Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro", Porto, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pág. 10

¹⁰ CORREIA, João Conde, ob. cit., pág. 32

confisco deixasse de ser bem visto pela sociedade. Os iluministas defendiam, no fundo, que o confisco era uma medida injusta porque “*as confiscações põem a preço a cabeça dos fracos, fazem sofrer aos inocentes a pena do réu, e põem os próprios inocentes na desesperada necessidade de cometer os delitos*”¹¹.

É na revolução liberal que é consagrada a proibição generalizada do confisco geral de bens, por se considerar que era uma medida desumana e que violava o carácter pessoal das penas. Este último factor foi de extrema importância para a abolição do confisco, o facto de o confisco atingir a família do condenado, que ficava na miséria quando o condenado perdia os seus bens, levou a que se considerasse que esta figura infringia a proibição da transmissibilidade das penas, o que era inadmissível¹².

Neste sentido, a proibição do confisco foi de tamanha importância que foi elevada a princípio constitucional, sendo consagrada na generalidade das Constituições do século XIX¹³, como forma de prevenção contra novos abusos da autoridade. Em Portugal foi a Constituição de 1822 que aboliu o confisco e os seguintes textos constitucionais mantiveram a proibição até à alteração de 1976, que retirou a menção à proibição de confisco de bens.

Ainda assim, o princípio constitucional de proibição generalizada do confisco não impediu que os Códigos Penais previssessem uma forma de confisco, disfarçada sob o nome de “perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime”. Na verdade, este confisco especial sempre esteve previsto na ordem jurídica portuguesa, o que significa que a proibição do confisco nunca foi uma proibição absoluta, pois na verdade ela apenas se referia ao confisco geral de bens.

Nos dias de hoje, com a proliferação da criminalidade económica e com os devastadores efeitos da crise financeira, os Estados viram-se obrigados a tomar medidas de forma a conseguir recuperar os activos desviados pelos crimes com propensão para gerar lucro. Esta necessidade levou a que a proibição do confisco deixasse totalmente de existir, sendo que já nenhum texto constitucional a consagra. Atualmente assistiu-se ao renascimento do confisco alargado, catapultado pelo facto de os mecanismos clássicos

¹¹ BECCARIA, Cesare, “Dos Delitos e das Penas”, Lisboa, Fundação Calouste Goulbenkian, 1998, pág. 112

¹² GODINHO, Jorge A. F., ob. cit., págs. 1355 a 1357

¹³ CORREIA, João Conde, ob. cit., pág. 35

deixarem de conseguir acompanhar o desenvolvimento da criminalidade económica, como única forma de assegurar à comunidade que o crime não compensa.

3. Questões actuais: a necessidade de eliminar o lucro dos crimes e o problema da prova diabólica

A criminalidade económica e a criminalidade organizada têm um gigantesco poderio económico, todos os dias enormes quantias de dinheiro são angariadas através deste tipo de crimes, que não pagam qualquer tipo de impostos. Como é lógico, é uma primordial necessidade das entidades estaduais conseguir eliminar este tipo de fluxos financeiros que privam o Estado de fundos essenciais para a sua subsistência e, ao mesmo tempo, mostra-se de grande utilidade conseguir arrecadar essas mesmas quantias, que são detidas ilicitamente por criminosos.

Mas a criminalidade económica nunca pode ser vista apenas como um meio de financiamento, pois dessa forma seria benéfico para o Estado a sua proliferação, na verdade a ideia é totalmente a oposta quando consideramos os seus efeitos devastadores. Este tipo de criminalidade constitui um dos maiores problemas da sociedade actual, o crime económico *“sobretudo pelos elevados valores que movimenta, constitui um factor de grave perturbação da economia, alimenta mercados paralelos, subverte as várias áreas de actividade económica legal, distorcendo as regras de circulação de bens e criando formas de concorrência desleal, e cria indesejáveis sentimentos de que é possível ser recompensado pela prática do crime.”*¹⁴

Face a todos estes perigos reais cabe ao Direito Penal encontrar uma forma de reprimir este tipo de ilícitos. Seguindo os ensinamentos de CESARE BECCARIA: *“para que uma pena tenha efeito, basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito e é neste excedente de mal que deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria”*¹⁵. Aplicando estas palavras ao caso em concreto, para conseguir eliminar os crimes económicos é necessário que o mal da pena exceda o benefício que resulta do crime para o criminoso. Se a pena consistir apenas em prisão, o criminoso sofrerá durante alguns anos mas ao sair poderá usufruir do dinheiro angariado

¹⁴ ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de Campos e, “Medidas de “combate” aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinadas ao dogma liberal – Um paradoxo incurável?” in Revista do Ministério Público, Lisboa, 1980, pág. 122

¹⁵ BECCARIA, Cesare, ob. cit., pág. 116

com a prática do crime, pelo que o benefício será positivo. Pelo contrário, se a pena conseguir retirar essas quantias ao criminoso, o benefício do crime será negativo pois, para além de não haver qualquer acréscimo económico, o criminoso sofrerá ainda uma pena privativa da liberdade.

Como já foi explicado, a criminalidade económica e a criminalidade organizada têm como motivação o lucro, o que significa que a única forma eficaz de prevenção geral deste tipo de criminalidade é o combate ao lucro dos crimes¹⁶ através da eliminação de todas as compensações resultantes da sua prática, de modo a acabar com a sua rentabilidade.

Por outro lado, também razões como a tutela da concorrência, a defesa das instituições públicas e privadas, a eliminação das organizações criminosas e a protecção do Estado de Direito revelam esta necessidade premente, que se faz sentir em quase todos os países desenvolvidos, de eliminar os lucros do crime.

É com atenção a esta necessidade que têm surgido novas formas de combate ao património ilícito, como forma de satisfazer três objectivos¹⁷: o primeiro e mais importante é o de assegurar a prevenção geral, garantindo à comunidade que o crime não compensa; o segundo, também bastante importante, é o de evitar que os criminosos invistam esse património no cometimento de novos crimes; e o terceiro e último objectivo é o de reduzir os riscos de concorrência desleal, que é bastante clara quando empresas com fundos ilegais concorrem com empresas que não violam as leis.

Foi com o primeiro objectivo em mente, o de prevenção geral, que a Lei n.º 5/2002 surgiu no direito português. Citando a Proposta de Lei n.º 94/ VIII, que antecedeu a referida Lei: *“a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado p[ou]der, 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*

¹⁶ CORREIA, João Conde, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Outubro de 2014”, *O arresto preventivo dos instrumentos e produtos do crime*, Julgar on line, www.julgar.pt, 2014, pág. 15

¹⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de activos: Da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, Julgar on line, www.julgar.pt, 2009, pág. 2

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.”

É bastante claro que esta Proposta de Lei se refere às necessidades de eliminar o lucro do crime, como única política eficaz no combate à criminalidade económica e organizada. Mas este diploma refere-se também a um segundo problema, em conexão com o primeiro, que se traduz na insuficiência dos institutos clássicos da perda de bens para satisfazer este objectivo.

Passando a explicar melhor esta problemática, nos últimos anos, para a tarefa de combate aos lucros dos crimes económicos e organizados, o Direito Penal português dispunha apenas dos mecanismos clássicos de perda de instrumentos, produtos e vantagens dos crimes, previstos nos artigos 109.º a 112.º do Código Penal. Com o passar dos anos surgiram novas formas de crimes económicos, capazes de dissimular os seus lucros, que tornaram insuficientes estes mecanismos.

Como é sabido, os mecanismos clássicos fazem o confisco operar através da prova de que determinados benefícios resultam de um crime concreto, ou seja, é necessário que se prove uma conexão entre o património ilícito e o crime. Esta prova muitas vezes torna-se impossível de produzir¹⁸, isto porque a nova criminalidade económica tem vindo a descobrir formas de dissimular esses benefícios, através da lavagem de dinheiro e de outras artimanhas que bloqueiam o funcionamento dos institutos clássicos de confisco.

Para fazer frente a este problema, nas últimas décadas, um pouco por todo o mundo, têm vindo a aparecer soluções inovadoras alternativas aos mecanismos clássicos do confisco, capazes de alcançar o objectivo de acabar com os lucros ilícitos. Estas novas medidas têm sido propostas pela doutrina e consagradas na maior parte dos ordenamentos jurídicos¹⁹, e surgem todas a partir da necessidade de ultrapassar esta dificuldade probatória, sendo que em nenhuma delas é necessário provar a ligação entre o património ilícito e o crime.

Ainda que seja inequívoca a necessidade de encontrar soluções capazes de fazer frente aos novos tipos de criminalidade económica, isso não significa que se deva abdicar

¹⁸ DUARTE, Ana Patrícia Cruz, ob. cit., págs. 13 e 14

¹⁹ MARQUES, Paulo Silva, "O Confisco Ampliado no Direito Penal Português", Lisboa, Lusíada Direito, Nº 10, 2012, pág. 294

de princípios estruturantes do direito processual penal. As próprias Convenções Internacionais, ratificadas por Portugal, que prevêm a necessidade de adoptar medidas alternativas à perda clássica de bens, todas elas salvaguardam os princípios de direitos interno dos Estados contraentes e também a natureza dos seus procedimentos judiciais (artigo 5.º, n.º 7 da Convenção de Viena de 1998, artigo 12.º, n.º 7 da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional²⁰ e artigo 31.º, n.º 8 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²¹).

4. Medidas de combate ao património ilícito

A primeira e mais antiga das medidas de combate ao património ilícito, que já foi referida no capítulo anterior, consiste no confisco de instrumentos, produtos e vantagens do crime, previsto nos artigos 109.º e 111.º do Código Penal português. Esta medida leva à perda de todos os bens relacionados com o crime quando se prove num determinado processo que existe uma conexão entre os bens e o crime, caso contrário os bens não podem ser confiscados.

A grande debilidade deste sistema, que também já foi mencionada, consiste na dificuldade de provar a conexão entre os bens e os crimes. Face a esta prova diabólica, o Direito Penal tem sentido a necessidade de encontrar novas formas mais eficazes na missão de combater o património ilícito relativamente a crimes com tendência para gerar lucros avultados, deixando os mecanismos clássicos para a criminalidade não económica.

Uma medida que seria sem dúvida eficaz no combate ao património ilícito é a da incriminação directa do enriquecimento injustificado. Esta medida passa pela criação de um novo tipo de ilícito que incrimina os sujeitos que detêm património de cuja origem ilícita se suspeita, por ser superior ao declarado. Esta é, na verdade, uma incriminação indirecta²² visto que a posse de património não declarado, quando não há obrigação de declarar, não ofende qualquer bem jurídico, mas consiste num indício de que foram praticados outros tipos criminais. Dando um exemplo real, esta medida foi introduzida no ordenamento jurídico francês pela Lei n.º 2006-64, de 23 de Janeiro de 2006, que alterou o artigo 321-6 do Código Penal francês, o qual passou a incriminar o facto de o arguido

²⁰ Convenção de Palermo

²¹ Convenção de Mérida

²² MARQUES, Paulo Silva, ob. cit., pag. 295

não apresentar recursos lícitos que justifiquem o seu modo de vida, quando mantenha ao mesmo tempo relações habituais com pessoas envolvidas no cometimento de crimes.

Esta incriminação nunca poderá ser aplicada no Direito Penal português pois colide com princípios essenciais do processo penal, tais como a presunção da inocência e o princípio da culpa. Para que fosse consagrado em Portugal um crime de mera suspeita seria necessário suspender todas as garantias processuais do arguido, pois seria apenas exigido que o Ministério Público provasse a incongruência do património do arguido com os seus rendimentos lícitos para que ele fosse condenado, dispensando-se a prova da ilicitude subjectiva (dolo ou negligência) e da culpa.

Na verdade, houve já uma tentativa de introdução do crime de enriquecimento ilícito na ordem jurídica portuguesa, com a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que alterou os artigos 335.º-A e 386.º do CP. Esta tentativa não vingou porque a alteração foi declarada incompatível com a Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012, no qual este tribunal invocou as razões já referidas de violação de princípios estruturantes do processo penal.

Outra alternativa passa pela incriminação indirecta do enriquecimento injustificado, incriminando os meios de dissimulação das vantagens ilícitas através do crime de branqueamento de capitais. Na verdade, o Direito Penal português já incrimina o branqueamento de capitais, no entanto, esta incriminação sofre da mesma dificuldade que os mecanismos clássicos de confisco. Para que uma pessoa seja condenada pelo crime de branqueamento de capitais é necessário que se prove que os bens dissimulados constituem vantagens de um crime pressuposto, nos termos do artigo 368.º n.ºs 1 e 2 do Código Penal, ou seja, também aqui é necessária a prova da conexão entre os bens objecto de branqueamento e o crime pressuposto.

Uma solução que tem sido invocada pela doutrina é a de, dando uma nova interpretação ao crime de branqueamento de capitais, dispensar a comprovação judicial de aspectos essenciais do crime pressuposto²³. Segundo esta teoria, para a condenação pelo crime de branqueamento de capitais deveria bastar a suspeita quanto à proveniência criminosa dos bens, superando-se desta forma o problema da prova diabólica. Na verdade, também esta medida consiste na consagração de um crime de suspeita que viola o princípio da presunção da inocência e o princípio da culpa. A mera suspeita nunca pode

²³ DIAS, Augusto Silva, ob. cit., pág. 35

servir de base a uma condenação, o princípio da culpa pressupõe que só pode haver uma condenação quando for provada a culpabilidade do arguido, e não a suspeita de culpabilidade.

As medidas que foram referidas anteriormente encontram a solução no nível mais elevado, o da incriminação, mas existe a alternativa de tentar encontrar soluções ao nível das consequências jurídicas, de modo a não atentar tão gravemente contra os princípios constitucionais do Direito Penal.

Dentro deste segundo tipo de medidas a doutrina tem discutido a aplicação de uma multa proporcional aquando da condenação por crimes económicos, a qual consiste na cominação de “*uma pena de multa indexada ao montante do lucro injustificado ou a um multiplicador desse lucro obtido com a prática do crime – dobro, triplo ou outro múltiplo desse valor – surgindo, assim, como instrumento indirecto do confisco do lucro obtido, cuja determinação prescinde qualquer conexão com os elementos do crime.*”²⁴. Por outras palavras, sempre que um individuo fosse condenado por um crime económico ser-lhe-ia aplicada uma multa baseada em cálculos aritméticos, dispensando-se a prova de que esses valores foram efectivamente obtidos através da prática do ilícito.

Também esta medida atenta contra princípios constitucionais, nomeadamente o princípio da culpa e da igualdade, uma vez que obedece a critérios puramente objectivos, prescindindo dos subjectivos. As ciências exactas não são susceptíveis de ser aplicadas ao Direito, cada situação jurídica é diferente uma da outra e os critérios objectivos da matemática não conseguem identificar essas diferenças. Uma multa baseada estritamente em cálculos aritméticos, para além de prescindir da culpa, ao não atender a critérios subjectivos, violaria o princípio da igualdade material, previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

Por último, a medida que mais tem sido aplicada por todo o mundo para fazer frente ao património ilícito é o confisco alargado. Esta medida é a menos gravosa de todas elas, pois ela só pode ser aplicada após a condenação por um crime concreto, consistindo numa presunção de que o património incongruente com os rendimentos lícitos do condenado provém da actividade ilícita.

²⁴ MARQUES, Paulo Silva, ob. cit., pág. 296

O confisco alargado, por ser a medida menos interventiva, tem sido introduzido em quase todos os ordenamentos jurídicos, nomeadamente no espanhol (pela *Ley Orgánica* 5/2010 que modificou o artigo 127.º do Código Penal Espanhol), no francês (pela Lei n.º 2007-297, de 5 de Março de 2007, que alterou o artigo 131-21 do Código Penal francês), no italiano (pelo artigo 12-*seixes* da Lei n.º 356/92), no alemão (pela Lei de 15-07-1992, que alterou o § 73d do Código Penal Alemão) e no inglês (pelo *Durg Trafficking Act* de 1994 e pelo *Proceeds of Crime Act* de 2002)²⁵.

Portugal não ficou indiferente a esta tendência e, face às necessidades de eliminar os lucros dos crimes económicos, a Lei n.º 5/2002 introduziu em Portugal o instituto do confisco alargado.

5. O confisco alargado na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro

5.1. A introdução da figura do confisco alargado na ordem jurídica portuguesa

Vários factores foram decisivos para a consagração da figura do confisco alargado na ordem jurídica portuguesa. Em primeiro lugar, a já mencionada necessidade de eliminar o lucro dos crimes económicos, de forma a dissuadir a prática dos mesmos, fazia-se sentir há já bastante tempo, e era claramente visível a incapacidade dos mecanismos clássicos para fazer frente às novas figuras criminais. Em segundo lugar, a pressão internacional foi também um factor decisivo, e foi exercida tanto por parte da Organização das Nações Unidas (ONU), com a Convenção de Viena de 1988, ratificada por Portugal em 1991²⁶, e com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ratificada por Portugal em 2003²⁷, como também por parte da União Europeia, nomeadamente através da da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro, do Conselho Europeu²⁸, e ainda da Directiva 2014/42/UE, de 3 de Abril, do Parlamento

²⁵ CAEIRO, Pedro, ob. cit., pág. 279 e ss.

²⁶ O artigo 5.º, n.º 7 da Convenção de Viena prevê a possibilidade de os Estados Parte criarem um regime de perda de bens com inversão do ónus da prova no tocante à origem lícita do património.

²⁷ O artigo 31, n.º 8 da Convenção de Mérida estipula que os Estados Parte podem considerar a possibilidade de introduzir um mecanismo que obrigue a que o autor do crime demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime.

²⁸ O artigo 3.º, n.º 2, alínea c) de Decisão-Quadro 2005/212/JAI dispõe que cada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para permitir a perda de bens quando uma pessoa for condenada por um crime e o valor dos seus bens for desproporcional aos seus rendimentos legítimos.

Europeu e do Conselho²⁹. Por último, também a forte adesão que os países mais desenvolvidos foram dando ao mecanismo do confisco alargado teve influência na decisão portuguesa.

Mas não era só no plano internacional que se dava este movimento de combate à criminalidade económica, também em Portugal o Programa Financeiro “Prevenir e Combater a Criminalidade”, criado pela Decisão do Conselho da União Europeia 2007/125/JAI, no âmbito do Projecto Fénix, teve como objectivo principal a prevenção deste tipo de criminalidade e a recuperação de activos. Tendo este Programa como objectivo “*incentivar, promover e desenvolver métodos horizontais e ferramentas necessárias à prevenção estratégica e à luta contra o crime*” económico, não tardou a que fosse incentivada a criação de mecanismos que facilitassem a recuperação do património adquirido através da prática de crimes.

Dentro de todo este movimento, a já referida Proposta de Lei n.º 94/VIII chamou à atenção para a necessidade de criação de novos meios de combate à criminalidade organizada e económica, de entre os quais constava a implantação da figura do confisco alargado na ordem jurídica portuguesa.

É neste contexto que surge a Lei n.º 5/2002, que vem consagrar medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Este diploma implementou na ordem jurídica portuguesa três novas medidas, que surgem como forma de fazer frente à criminalidade económica moderna e sofisticada, aplicando-se somente em processos relativos a um *numerus clausus* de crimes, os quais vêm descritos no seu artigo 1.º. A primeira medida passa pela derrogação do segredo fiscal das entidades financeiras, de modo a facilitar a investigação criminal (artigos 2.º a 5.º). A segunda medida consiste na admissão do registo de voz e de imagem como meio de prova, como forma de facilitar a prova dos crimes económicos (artigo 6.º). Por último, a terceira medida é aquela que mais nos interessa, pois consiste na introdução no Direito Penal da figura do confisco alargado (artigo 7.º a 12.º), como meio de recuperação do património ilícito.

Este diploma legal, a partir do seu artigo 7.º, inicia um novo capítulo denominado “Perda de bens a favor do Estado”, capítulo este que vem instituir na ordem jurídica penal portuguesa um novo mecanismo sancionatório.

²⁹ O artigo 5.º da Directiva 2014/42/UE, denominado “Perda Alargada”, estabelece que os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias a permitir a perda alargada.

A denominação “perda de bens” é utilizada aqui como sinónimo do termo confisco, no entanto consideramos que a expressão utilizada pela Lei é mais adequada para denominar a execução da sanção e não a sanção em si mesma³⁰. A declaração de perda é uma execução patrimonial coerciva, pelo que utilizar a mesma denominação para um mecanismo sancionatório prévio à execução pode dar azo a imprecisão conceptual. Na verdade, esta expressão começou a ser utilizada em detrimento do termo confisco como forma de contornar a proibição do confisco de bens³¹, sendo na realidade uma diferente forma de denominar a mesma figura.

Tudo visto, consideramos que a designação “confisco alargado” é a mais adequada para denominar esta sanção. Em primeiro lugar, o termo confisco é utilizado para este tipo de sanções desde as Ordenações, não existindo qualquer razão plausível para quebrar a tradição. Em segundo lugar, esta medida não incide sobre bens em concreto, mas sobre um valor determinado pelo Ministério Público, pelo que a expressão perda de bens não é a mais correcta³². Por último a designação “confisco alargado” serve para distinguir esta figura da modalidade tradicional de confisco, a qual tem em vista os produtos de um crime em concreto cuja prática foi provada em tribunal. A expressão “confisco ampliado”, denominada no direito anglo-saxónico por “*extended forfeiture*”, tem como objectivo a apreensão de todos os benefícios, não de um crime apenas, mas de uma actividade criminosa genérica³³.

5.2 Presunção de ilicitude

Antes de tudo, é necessário determinar aquilo que se deve entender por presunção. Uma presunção jurídica é um mecanismo que permite que a partir de um facto conhecido se aceite como válido um outro facto desconhecido, ou seja, faz-se um raciocínio lógico partindo de um facto que está provado (base da presunção), o qual leva à consequência

³⁰ CUNHA, José M. Damião da, “Perda de bens a favor do Estado” *Artigos 7.º - 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2012, págs. 25 e ss.

³¹ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit., pág. 1356, nota 126

³² NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, “A inversão do ónus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa.”, Lisboa, Relatório de Direito Processual Penal do Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, pág. 4

³³ SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luís F., ob. cit., pág. 3

da existência de outro facto (facto presumido) com base num nexo lógico entre ambos³⁴, dispensando-se a prova do segundo facto. Como determina o artigo 350.º, n.º 1 do Código Penal, “*quem tem uma presunção legal a seu favor escusa de provar o facto a que ela conduz*”.

As presunções subdividem-se em legais e judiciais, consoante sejam determinadas pela lei ou pelo próprio julgador, através das regras da experiência³⁵. Quando as presunções são legais é o próprio legislador que determina que quando um facto ocorre, é bastante provável que um outro facto ocorra também, pelo que é dispensada a prova do segundo facto. No caso das presunções serem judiciais, é o julgador que considera a probabilidade de ocorrência do facto presumido e o aceita como provado, com base na regra da livre apreciação da prova.

Dentro das presunções legais podemos encontrar uma outra subdivisão entre presunções *juris tantum* e presunções *jure et jure*, sendo que as primeiras admitem prova em contrário e têm valor de prova plena e as segundas não admitem qualquer prova em contrário, pelo que têm o valor de prova pleníssima³⁶.

A função prática específica das presunções consiste na inversão do ónus da prova. Enquanto que, em condições normais, o ónus da prova está a cargo da parte que invoca um direito, nos termos do artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil, quando uma presunção legal funciona o ónus da prova inverte-se, de acordo com o artigo 344.º, n.º 1, passando para a parte contrária.

O artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, estabelece a seguinte presunção jurídica: “*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.*”. Por outras palavras, se alguém for condenado por um dos crimes do catálogo do artigo 1.º, n.º 1 (terrorismo, tráfico de armas, corrupção passiva, peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio, tráfico de menores ou contrafacção de moeda e de títulos

³⁴ SOUSA, Luís Filipe Pires de, “Prova por Presunção no Direito Civil”, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 23

³⁵ VARELA, Antunes/ BEZERRA, Miguel J./ NORA, Sampaio e, “Manual de Processo Civil”, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pág. 502

³⁶ BATISTA, José João, “Processo Civil I (Teoria Geral e Processo Declarativo, com referências ao Anteprojecto do novo Código de Processo Civil)”, Lisboa, Universidade Lusíada, 1993, pág. 285

equiparados a moeda³⁷) e dispuser de património incongruente com o seu rendimento lícito, presume-se que esse património incongruente é ilícito.

Neste caso em concreto encontramos-nos perante uma presunção legal *iuris tantum*, que pode ser ilídida nos termos do artigo 9.º, n.º 3. A base da presunção é constituída pelos factos que são conhecidos - aqueles que devem ser demonstrados em tribunal – que neste caso são dois: a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo do artigo 1.º e a existência de património incongruente com o rendimento lícito do condenado (quanto à existência ou não de uma actividade criminosa mais à frente se verá se constitui um facto base ou não). Sempre que o tribunal der como provados os factos base considera-se também provado o facto presumido, que neste caso consiste na ilicitude do património incongruente.

Esta relação entre os factos base e o facto presumido foi estabelecida pela lei, que considerou que o facto presumido deriva, com toda a probabilidade, da base da presunção, segundo as regras da experiência. Relativamente a esta relação em concreto, a lei estabeleceu esta presunção porque as regras da experiência demonstram que se uma pessoa que foi condenada por um crime com tendência para gerar lucros avultados possui património não declarado, existe uma forte probabilidade de que esse património tenha sido adquirido ilicitamente³⁸.

Por efeito desta presunção de ilicitude deixa de ser necessária a prova da conexão entre o património do arguido e o facto ilícito, presumindo-se que o seu património é ilícito sempre que ele seja incongruente com os rendimentos lícitos do arguido. Funcionando a presunção, de acordo com o artigo 344.º, n.º 1 do Código Civil, o ónus da prova da licitude do património passa a estar a cargo da defesa que, se não conseguir provar que esse património foi legalmente adquirido, perderá esse património a favor do Estado. Por outras palavras, um *non liquet* sobre a questão da licitude do património funcionará em desfavor do arguido, isto porque é ele que fica com o ónus de provar a licitude do património incongruente.

³⁷ Quanto aos crimes de contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio, tráfico de menores ou contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda, o confisco alargado só se aplica se forem praticados de forma organizada, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º.

³⁸ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit. , pág. 1319

Na verdade, a letra do artigo 7.º não estabelece apenas uma presunção, mas sim duas presunções simultâneas³⁹: presume-se, em primeiro lugar, que existe uma actividade criminosa para que, em segundo lugar, se possa presumir que o património incongruente é proveniente dessa mesma actividade criminosa. Com efeito, um crime apenas não chega para que se considere que existe uma actividade criminosa, já que esta pressupõe a continuação e a prática reiterada de crimes. Quanto à primeira presunção, da existência de uma actividade criminosa, a lei dá como verificada a prática, pelo arguido, de crimes anteriores àquele que é objecto de acusação⁴⁰. Esta presunção existe apenas porque a Lei n.º 5/2002, bem ou mal, não prevê qualquer ónus da prova do lado do Ministério Público relativamente à existência da actividade criminosa⁴¹. A doutrina tem-se debruçado muito sobre este aspecto, o qual é alvo de opiniões contraditórias, pelo que será objecto de uma análise mais aprofundada mais à frente neste trabalho⁴².

5.3 Iliação da presunção de ilicitude

Como já foi referido, a presunção de ilicitude consagrada na Lei n.º 5/2002 é uma presunção *juris tantum*. O artigo 350.º, n.º 2 do Código Civil determina que a regra, no que toca às presunções legais, é a de que estas podem ser ilididas mediante prova em contrário, ressalvando a excepção de a lei proibir a contraprova. Neste caso não existe qualquer disposição legal no sentido da proibição, muito pelo contrário - o artigo 9.º n.º 1 determina que o arguido pode ilidir a presunção – pelo que só nos resta concluir no sentido de que a presunção de ilicitude do artigo 7.º admite prova em contrário.

Sempre que o Ministério Público consiga demonstrar a base da presunção o arguido, se não quiser ver os seus bens confiscados a favor do Estado, deve proceder à prova de que adquiriu esses mesmos bens de forma lícita.

O artigo 9.º é aquele que rege o modo de ilidir a presunção de ilicitude do artigo 7.º. No seu n.º 1 a Lei determina que não é só o arguido que pode provar a licitude do seu património, podendo o juiz, no âmbito do princípio da investigação, considerar outras provas produzidas no processo de forma a desconsiderar a presunção. Por outras palavras,

³⁹ DUARTE, Ana Patrícia Cruz, ob. cit., pág. 21

⁴⁰ SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luís F., pág. 7

⁴¹ CUNHA, José M. Damião da, ob. cit., págs. 21 e ss.

⁴² *Infra*, 6.

ainda que a defesa não cumpra o ónus de ilidir a presunção, isso não significa que o juiz esteja obrigado a considerar que a mesma se verifica, podendo utilizar até provas produzidas pela parte contrária como forma de ilidir a presunção.

O n.º 2 do artigo 9.º vem clarificar quais os meios de prova admissíveis para ilidir esta presunção. A presunção de ilicitude pode ser ilidida por qualquer meio de prova válido em processo penal, não sendo necessária qualquer prova qualificada. Tanto a prova testemunhal, como a prova documental, como ainda qualquer outro meio de prova admitido pelo Código de Processo Penal, todos eles servem igualmente o propósito de afastar a presunção, e desde que sejam suficientes para formar no juiz a convicção de que o património é lícito o confisco alargado não pode ser accionado.

Quanto às formas de ilidir a presunção, estas encontram-se discriminadas no n.º 3 do artigo 7.º. A primeira forma de ilidação consiste na demonstração de que o património desconforme provém de qualquer actividade lícita, ainda que não declarada (alínea a). Esta é a única verdadeira forma de ilidir a presunção de ilicitude, já que só por este meio se pode provar que os bens são, na verdade, lícitos. Para que seja feita esta prova é necessário que seja invocada uma actividade lícita e demonstrada a proveniência dos bens dessa mesma actividade.

A segunda forma de afastamento da presunção consiste na prova de que o património desconforme está na titularidade do confiscando há pelo menos cinco anos, desde o momento da constituição como arguido (alínea b). Esta segunda forma de ilidação não serve para provar a licitude dos bens, serve sim para demonstrar que os bens não resultam da recente actividade criminosa, pois a lei considera que essa actividade criminosa não existe há mais de cinco anos. Esta alínea existe também porque seria demasiado oneroso para a defesa a necessidade de provar a proveniência de bens que estão na posse do arguido há mais de cinco anos⁴³.

Por fim, é também suficiente, para afastar a presunção da ilicitude, a prova de que os bens foram adquiridos com rendimentos obtidos há pelo menos cinco anos (alínea c). Esta alínea existe pelas mesmas razões que a alínea anterior, sendo necessário apenas comprovar que os fundos utilizados para a aquisição dos bens incongruentes estavam na posse do arguido há cinco anos ou mais.

⁴³ CORREIA, João Conde, ob. cit., págs. 112 e 113

Como se pode comprovar, a simples prova de que os bens não provêm directamente da actividade criminosa não é suficiente para afastar a presunção, isto porque esta opção não consta das alíneas do n.º 3 do artigo 9.º. É necessário provar positivamente a licitude dos bens, não sendo suficiente a prova negativa, a simples contraprova, para ilidir a presunção de ilicitude⁴⁴.

Por último, o artigo 9.º, n.º 5 vem clarificar qual o momento processual adequado para proceder à ilação da presunção. Esta disposição determina que esta prova deve ser realizada em conjunto com a defesa dos factos alegados na acusação pelo facto ilícito pressuposto, não podendo ser realizada em momento posterior, sob pena de preclusão.

5.4 Bens sujeitos ao confisco

Para efeitos da perda alargada de bens, o artigo 7.º, n.º 2 determina que se considera património do arguido o conjunto de 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.”*

Nos termos desta disposição, está sujeito ao confisco alargado todo o património do arguido que esteja na sua titularidade ou na sua posse. Quanto a este património, que se encontra na esfera patrimonial do arguido, não se suscitam quaisquer problemas. Mas a Lei determina ainda que também os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, e ainda todos os bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido que já não estejam na sua titularidade, podem estar sujeitos ao confisco alargado. A sujeição destes bens ao confisco alargado justifica-se pela necessidade de combater a fraude à lei, a qual ocorre sempre que o arguido tente ocultar o seu património através de negócios simulados ou de negócios gratuitos.

Quanto aos bens que estejam no domínio de terceiros, nomeadamente os bens a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 7.º, a Lei não esclarece qual a solução

⁴⁴ CAEIRO, Pedro, ob. cit., págs.318 e 319

no que toca aos terceiros de boa fé. O artigo 7.º, n.º 2 não distingue entre negócios fraudulentos ou não fraudulentos, sujeitando todos os bens objecto de negócios gratuitos ou quase gratuitos, celebrados pelo arguido nos últimos cinco anos, ao regime do confisco alargado. Não havendo qualquer disposição legal que tutele terceiros que adquiriram legalmente os bens, sem conhecimento da ilicitude dos mesmos, à primeira vista parece que a solução legal é a de presumir que todos os negócios gratuitos ou quase gratuitos foram celebrados de forma fraudulenta⁴⁵, de forma a confiscar todos os bens transferidos através de negócios gratuitos.

Na verdade, não ocorre aqui qualquer tipo de presunção de má fé, há sim uma solução prática, no sentido de dispensar o Ministério Público do ónus de provar essa mesma má fé, a qual se baseia na indistinção entre negócios fraudulentos e não fraudulentos, sujeitando todos eles ao mesmo regime. Na verdade, o objectivo do legislador ao não dar relevância à fraude nos negócios gratuitos ou quase gratuitos é o de facilitar o ónus probatório do Ministério Público, de modo a não frustrar a aplicação prática do confisco alargado, a qual poderia ser posta em causa se a acusação tivesse o ónus acrescido de provar a má fé na realização dos negócios de dissipação de bens.

De acordo com a solução normativa, o Ministério Público tem apenas que proceder à prova de que os bens foram transferidos para terceiros há menos de cinco anos e através de negócios gratuitos ou quase gratuitos. Se for feita esta demonstração, os bens passam a considerar-se património do arguido e ficam sujeitos à aplicação do confisco alargado, podendo os terceiros de boa fé ver os seus bens perdidos a favor do Estado sem possibilidade de defesa. Estes terceiros não podem reagir à aplicação do confisco alargado, restando-lhes apenas a opção de intentar uma nova acção judicial contra o confiscado como forma de reaver o valor dos bens que lhes foram retirados, salvo nos casos de negócios gratuitos.

5.5 O processo de confisco alargado

Cabe agora fazer uma breve explicação sobre o funcionamento do processo de confisco alargado, nos termos da Lei n.º 5/2012. Quando esteja a decorrer um processo pela prática de um dos crimes referidos anteriormente, o Ministério Público investiga e

⁴⁵ MARQUES, Paulo Silva, ob. cit., pág. 302

avalia o património do arguido e, se chegar à conclusão que o património adquirido nos últimos cinco anos é superior aos rendimentos que foram auferidos lícitamente no mesmo período, liquida o montante apurado que considere dever ser perdido a favor do Estado, de acordo com o artigo 8.º, n.º 1.

A liquidação do património do arguido, fase que dá início ao processo do confisco, deve ser feita pelo Ministério Público no momento da acusação, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, ou, não sendo possível nesse momento, até ao trigésimo dia antes do início da primeira audiência de julgamento, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo. Também este momento serve como limite máximo para que o Ministério Público faça modificações à liquidação, segundo o n.º 3, sempre que descubra que os valores anteriormente liquidados não correspondem à verdade. Assim que a liquidação seja realizada ou alterada o arguido e o seu defensor devem ser imediatamente notificados, é aquilo que prevê o n.º 4 do artigo 8.º, o qual não faz menção a qualquer excepção a esta comunicação, que poderia decorrer por exemplo do segredo de justiça.

Como forma de garantir a não dissipação dos bens presumidos ilícitos, a Lei n.º 5/2002 estabelece um regime de arresto desses mesmos bens, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, o qual tem lugar durante o processo penal relativo ao crime pressuposto, ou seja, antes da prova do mesmo.

O arresto funciona como garantia da eficácia do confisco alargado, de forma a evitar a possibilidade de o arguido dissipar ou ocultar o património que foi liquidado. Esta garantia da execução do confisco pode ser accionada pelo Ministério Público a todo o tempo, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, mas nunca antes do momento da liquidação, já que o arresto só pode incidir sobre o valor dos bens liquidados. O n.º 3 do referido artigo estabelece um único requisito para que o arresto possa ser decretado, dispensando todos os pressupostos do artigo 227.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, o qual consiste na existência de fortes indícios da prática do crime. Mas este não pode nunca ser o único requisito para a existência de arresto, isto porque há sempre um outro requisito essencial para que seja necessário recorrer a uma garantia de execução, o qual não foi referido pelo legislador talvez pela sua implícitude, nomeadamente o perigo para a efectivação do confisco. Sempre que o Ministério Público considere haver possibilidade de dissipação de bens e ainda uma forte probabilidade da prática do ilícito pelo arguido pode arrestar os bens liquidados. O arresto pode ser substituído por caução económica, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, a qual deve corresponder ao mesmo valor dos bens arrestados.

Uma última questão no que toca ao arresto, os bens que podem ser alvo desta garantia são todos aqueles que possam ser confiscados, ou seja, os bens a que se refere o artigo 7.º, n.º 2. Como já foi referido, este artigo prevê o confisco de bens de terceiros, mas será que também o arresto pode incidir sobre bens de terceiros? O n.º 4 do artigo 10.º remete para o regime do arresto preventivo do Código de Processo Penal em todas as questões não previstas pelo mesmo artigo, o qual por sua vez remete para o Código de Processo Civil. Sendo esta uma questão não prevista no artigo 10.º, devemos recorrer à lei subsidiária, e o artigo 391.º do Código de Processo Civil prevê que o arresto só pode incidir sobre os bens do devedor, o que só pode significar que também o arresto no processo de confisco só deve incidir sobre os bens do confiscado⁴⁶. Na verdade, esta é a única solução compatível com o princípio da pessoalidade das penas, pelo que é a única interpretação constitucionalmente admissível.

Se o arguido não conseguir fazer a prova de que adquiriu licitamente o património liquidado, nos termos do artigo 9.º, a presunção de ilicitude funciona e, aquando da sentença condenatória, o tribunal ordena a perda de bens a favor do Estado, de acordo com o artigo 12.º, n.º 1.

Se tiver havido arresto ou prestação de caução económica e o valor final do confisco for inferior ao valor dos bens arrestados, o Estado deve devolver ao condenado os bens recebidos em excesso, de acordo com o artigo 11.º, n.º 2. No caso de ter havido arresto e não caução, o condenado pode optar por pagar o valor que deve ser confiscado nos 10 dias posteriores ao trânsito em julgado da sentença, de forma a reaver os bens arrestados, nos termos do n.º 3 do artigo 11.º. Se não o fizer, com o decorrer desses mesmos 10 dias, serão efectivamente perdidos a favor do Estado os bens arrestados, segundo o n.º 4 do mesmo artigo.

A perda de bens só poderá ocorrer após a condenação pelo crime pressuposto porque este é, como será melhor explicado seguidamente, um dos requisitos essenciais para o funcionamento do confisco alargado. Ainda assim, a investigação e apreensão dos bens objecto do confisco começam muito antes da prova da ocorrência do crime pressuposto, como forma de evitar a dissipação dos bens pelo arguido na pendência do processo crime, o que levanta alguns problemas de ordem constitucional que serão analisados a seu tempo.

⁴⁶ MARQUES, Paulo Silva, ob. cit., págs. 312 e 313

6. Pressupostos da inversão do ónus da prova

Como ficou visto, o mecanismo do confisco alargado foi criado como forma de facilitar o ónus probatório do Ministério Público em processos-crime por crimes económicos ou organizados. Para tal, a Lei n.º 5/2002 criou uma presunção de ilicitude que inverte o ónus da prova sempre que sejam provados os factos que estão na sua base.

É de referir que esta medida é bastante inovadora para o Direito Penal, uma vez que nunca existiu na tradição penal portuguesa uma situação em que a não prova de um facto levasse automaticamente à convicção de que o facto contrário é verdadeiro⁴⁷. Ao contrário do processo civil, no qual a dúvida sobre a realidade de um facto se resolve contra a parte a quem incumbe o ónus da prova, nos termos do artigo 414.º do Código de Processo Civil, no processo penal a dúvida sempre se resolveu a favor do réu, sendo este caso a primeira excepção ao princípio *in dubio pro reo*.

É necessário fazer uma análise aprofundada de quais são os pressupostos necessários para que ocorra a inversão do ónus da prova ou, por outras palavras, de quais os factos que estão na base da presunção de ilicitude do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

O primeiro pressuposto essencial para o funcionamento do confisco alargado é a condenação, transitada em julgado, por um dos crimes do catálogo do artigo 1.º. Como já foi visto, o catálogo de crimes que está versado no artigo 1.º da Lei é composto por um conjunto de crimes que têm capacidade para gerar lucros avultados, na sua maioria, no entanto existem outros ilícitos criminais não mencionados nessa disposição que também podem ser bastante lucrativos. Por força do princípio da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*, o confisco alargado não se pode aplicar analogicamente a qualquer tipo de ilícito que não se encontre listado no artigo 1.º da Lei, ainda que este seja mais rentável do que aqueles que se encontram nesse catálogo⁴⁸.

Apesar de o processo de confisco alargado correr termos ao mesmo tempo que o processo criminal, a condenação pelo facto ilícito é logicamente anterior à decisão de confisco, isto porque o confisco alargado tem como pressuposto a condenação pelo crime objecto do processo.

⁴⁷ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit., pág. 1316

⁴⁸ CORREIA, João Conde, ob. cit., pág. 103

PAULO DA SILVA MARQUES faz uma interpretação restritiva do disposto no artigo 7.º, referindo que “a condenação tem de passar pela fixação de pena de prisão efectiva imposta ao arguido, por questões de adequação e proporcionalidade.”. Esta interpretação não encontra qualquer apoio na letra da lei nem na sua teleologia, pelo que consideramos que não se justifica fazer uma tal distinção. O facto de o condenado não sofrer uma pena restritiva da liberdade não está, na maior parte das vezes, relacionado com a inexistência de património ilícito na sua esfera patrimonial, podendo ser determinado por uma multiplicidade de diferentes causas atenuantes da pena.

O segundo pressuposto imprescindível ao funcionamento do confisco alargado é a titularidade ou disponibilidade de bens por parte do confiscando⁴⁹ no momento da liquidação ou nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. É necessário que exista ou que tenha existido património na esfera patrimonial do arguido, já que no caso contrário não existe nada a confiscar.

Considera-se, para efeitos do confisco alargado, património do arguido não só os bens que estejam na sua titularidade, mas também aqueles que estejam sob o seu domínio ou benefício⁵⁰, ou seja, todos os bens que lhe possam ser imputados, ainda que formalmente não lhe pertençam⁵¹, desde que esses bens tenham estado na sua titularidade nos últimos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido.

Em conexão com este último requisito está o terceiro pressuposto, o qual se refere à incongruência do património do confiscando com os seus rendimentos lícitos. Deve haver uma desproporção significativa entre o património que está na titularidade ou disponibilidade do arguido, e que foi adquirido nos últimos cinco anos, e aquele que ele deveria possuir de acordo com os seus rendimentos declarados à Autoridade Tributária nesse mesmo período de tempo.

As vantagens decorrentes do crime objecto do processo não são consideradas património incongruente, mas sim vantagens directas do ilícito criminal, a serem confiscadas pelos mecanismos clássicos da perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, previstos nos artigos 109.º e seguintes do Código Penal.

⁴⁹ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit., pág. 1345

⁵⁰ *Supra*, 5.4.

⁵¹ CORREIA, João Conde, ob. cit., pág. 106. Sobre este tipo de património o autor refere o caso paradigmático de bens que estejam na titularidade de sociedades *offshore* e estejam sob o domínio e ao dispor do confiscando.

O Ministério Público deve demonstrar na fase de inquérito, quanto a este pressuposto, que o arguido tem um património superior àquele que deveria ter por força dos seus rendimentos lícitos, dispensando-se assim a difícil prova da proveniência desses bens em excesso da prática de ilícitos criminais. Para tal, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal devem apurar todo o património adquirido pelo arguido nos últimos cinco anos, determinar qual o montante total dos seus rendimentos lícitos nesse mesmo período e, por último, apurar a diferença entre o primeiro valor e o segundo⁵². Se esta operação revelar que a primeira estimativa é superior à segunda, o Ministério Público deve demonstrar em tribunal essa mesma incongruência de forma a accionar a presunção de ilicitude, a qual opera apenas sobre o património excedente e não sobre todo o património do arguido⁵³.

O último pressuposto é o mais controverso, e refere-se à existência de uma carreira criminosa anterior por parte do arguido. A doutrina diverge bastante quanto à necessidade ou desnecessidade de proceder à demonstração deste pressuposto em tribunal, e ainda no que toca ao grau de prova exigível. Quanto ao diploma legal, a Lei n.º 5/2002 em nenhuma parte se refere a esta problemática, pelo que a resposta deverá ser encontrada através da interpretação da lei.

Analisando, em primeiro lugar, a letra da lei, o artigo 7.º, n.º 1 refere apenas que em caso de condenação por um dos crimes do catálogo se deve presumir vantagem de uma actividade criminosa o património incongruente com os rendimentos lícitos do condenado. Esta disposição legal, por um lado, pressupõe a existência de uma actividade criminosa, o que poderia significar que só se aplicaria na condição de a referida actividade criminosa efectivamente existir mas, por outro lado, o artigo nada refere quanto à necessidade de prova dessa mesma actividade criminosa, o que só pode significar que a lei presume a sua existência.

Quanto à necessidade ou desnecessidade de provar a existência, ou a probabilidade de existência, de uma actividade criminosa anterior ao crime pressuposto, a doutrina tem seguido correntes de opinião divergentes.

⁵² MARQUES, Paulo Silva ob. cit., págs. 299 e 300

⁵³ Entendimento de CUNHA, Damião da, ob. cit., pág. 23, “*verdadeiramente o que se presume (...) é que (...) todo o património tem fonte ilícita*”. Este entendimento não encontra qualquer apoio na letra da Lei, pelo que não se justifica fazer uma tal interpretação que desrespeita princípios constitucionais como o direito de propriedade, o princípio da proporcionalidade, entre outros.

Uma primeira corrente doutrinária, que opta por uma interpretação declarativa, ou seja, conforme com a letra da lei, defende que não existe qualquer ónus da prova por parte do Ministério Público de demonstração da existência de uma actividade criminosa, já que essa demonstração levaria à inutilização do regime do confisco alargado, acabando por significar o retorno à prova diabólica. Este é o entendimento de JOÃO CONDE CORREIA⁵⁴, que considera que a imposição do ónus probatório ao condenado após a demonstração da incongruência do seu património não é desproporcionada, isto porque é ele quem está na melhor posição para explicar a origem do seu património. Este autor refere ainda que é quase impossível demonstrar a probabilidade de uma actividade criminosa depois de já ter sido realizada uma investigação que não deu frutos, pelo que a actividade criminosa deve ser presumida e não pode carecer de prova. Também JORGE A. F. GODINHO⁵⁵ faz uma interpretação literal do artigo 7.º, n.º 1, este autor entende que o Ministério Público deve ser dispensado da prova da actividade criminosa anterior, visto que a lei não prevê qualquer tipo de ónus.

A segunda corrente, relativa à interpretação restritiva da disposição legal, é aquela que tem merecido maior acolhimento por parte da doutrina nacional. A maioria dos autores que se têm debruçado sobre este tema⁵⁶ defendem que deve ser demonstrado, ainda que segundo um mero juízo de probabilidade, que o crime pressuposto se enquadra numa determinada actividade criminosa da mesma natureza criminal dos crimes do catálogo do artigo 1.º.

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA defende que ao Ministério Público compete demonstrar a probabilidade de existência de uma actividade criminosa, da mesma espécie dos crimes previstos no catálogo. No entender deste autor, esta interpretação é aquela que está em maior conformidade com os fins desta sanção, sendo a única que garante um mínimo de certeza de que os bens confiscados estão em ligação com o tipo de criminalidade que se visa reprimir.

PEDRO CAEIRO opta por uma interpretação segundo a qual o Ministério Público deve provar a existência de uma actividade criminosa onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ou em conexão com o crime pressuposto. Esta teoria baseia-se em três pontos

⁵⁴ CORREIA, João Conde, ob. cit., págs. 110 e 111

⁵⁵ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit., págs. 1342 e 1343

⁵⁶ CUNHA, José M. Damião da, ob. cit., pág. 21 e ss.; CAEIRO, Pedro, ob. cit., págs. 313 e ss.; SIMÕES, Euclides Dâmaso/ TRINADE, José Luís F., ob. cit., pág. 32; DUARTE, Ana Patrícia Cruz, ob. cit., págs. 23 e 24

fundamentais, que serão mencionadas muito resumidamente: em primeiro lugar, o autor refere que se o legislador não pretendesse que este fosse um requisito autónomo não teria mencionado a actividade criminosa na disposição legal; em segundo lugar, o tribunal nunca poderá inferir uma actividade criminosa apenas da existência de património desconforme, pois esse seria um “raciocínio circular”; em terceiro lugar, esta interpretação é a mais razoável com os fins da lei, pois exige que a actividade criminosa seja do mesmo género do que o crime do catálogo, e a teleologia legal visa a prevenção deste concreto tipo de criminalidade.

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINADE defendem que o Ministério Público deve demonstrar, através de provas indiciárias, circunstanciais ou por presunções, que existe uma actividade criminosa continuada, por ser esta a única interpretação conforme com a Constituição da República Portuguesa.

Por último, ANA PATRÍCIA CRUZ DUARTE acolhe também esta corrente doutrinária, por considerar que a dispensa deste ónus probatório seria um ónus excessivo para o arguido que levaria a que se corresse o risco de aplicação do mecanismo a vantagens provenientes de crimes que não estão catalogados. A autora defende que o Ministério Público deve provar um mínimo de evidências que permitam conferir alguma certeza quanto à anterior actividade criminosa, que deverá ser da mesma natureza criminal dos crimes do catálogo. Não é exigível a prova plena, mas apenas a prova da probabilidade de existência de actos ilícitos anteriores da mesma natureza do crime pressuposto.

Chegamos então à conclusão de que, enquanto o elemento literal da norma vai no sentido de presumir uma actividade criminosa sempre que se demonstre a incongruência do património, o elemento teleológico impõe uma solução diferente. Como já foi visto, o confisco alargado foi criado pela Lei n.º 5/2002 como forma de combater os lucros da criminalidade económica e organizada. Uma interpretação teleológica da lei deve ter sempre em conta esse fim, o qual é frustrado quando o confisco alargado começa a ser aplicado a bens que nada têm que ver com a prática deste tipo de crimes. O elemento teleológico impõe que o Ministério Público demonstre a existência de uma actividade criminosa anterior à prática do crime pressuposto, actividade essa que deve ser composta por crimes do catálogo, de forma a que se garanta que o confisco alargado é apenas aplicado aos casos de criminalidade económica e criminalidade organizada.

No nosso entender, na interpretação do artigo 7.º, n.º 1, o elemento teleológico da norma deve sobrepor-se ao elemento literal, o que impõe uma interpretação restritiva, de forma a respeitar os objectivos da norma. No entanto, o elemento teleológico não pode tomar uma importância tal que chegue ao ponto de frustrar a aplicação prática deste mecanismo, pelo que a opção por uma interpretação restritiva deve ser moderada.

Neste sentido, acompanhamos o entendimento de EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINADE e de ANA PATRÍCIA CRUZ DUARTE, considerando que a actividade criminosa deve ser demonstrada pelo Ministério Público, mas o grau de exigência de prova não deve ser o de prova plena, mas sim o de prova bastante, sob pena de se frustrarem as finalidades desta sanção ao exigir a prova plena de crimes pelos quais o Ministério Público não consegue recolher os elementos probatórios necessários. A *ratio* da criação do confisco alargado foi a superação das dificuldades probatórias dos mecanismos clássicos, parece bastante claro que essa *ratio* pode ser frustrada através de uma interpretação demasiado restritiva da lei, a qual deve ser evitada.

7. Natureza jurídica do confisco alargado

Antes de nos debruçarmos sobre a dignidade constitucional do mecanismo consagrado pela Lei n.º 5/2002 é fulcral analisar a natureza jurídica desta figura. Só depois de saber ao certo se o confisco alargado tem natureza penal, civil ou administrativa é que poderemos analisar com clareza se o mecanismo respeita os princípios essenciais do direito penal, do direito civil ou do direito administrativo.

O tema da natureza jurídica do confisco alargado tem sido bastante discutido pela doutrina nacional e alvo de opiniões contraditórias, o que significa que o entendimento em relação a este tema se encontra hoje em dia muito longe de chegar a consenso. Alguns autores consideram que o confisco alargado consubstancia uma sanção de carácter administrativo, uma outra corrente doutrinária não dúvida da natureza penal da perda alargada de bens, havendo ainda um terceiro entendimento minoritário que vai no sentido do carácter civil da sanção.

A escolha de uma ou outra das correntes doutrinárias deve ser extremamente cuidadosa já que este momento será determinante para a aferição da dignidade constitucional da figura do confisco alargado. Neste sentido, é necessário fazer uma

análise da doutrina relevante, em primeiro lugar, para que depois possamos interpretar a lei correctamente e emitir um juízo devidamente sustentado e fundamentado sobre a problemática da natureza jurídica do confisco alargado.

DAMIÃO DA CUNHA⁵⁷ define o confisco alargado como uma medida de carácter não penal de carácter análogo a uma medida de segurança. Mais precisamente, o autor atribui-lhe a natureza de “*sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal*”, isto porque considera o facto de o confisco alargado ser uma sanção de suspeita e nada ter a ver com um crime em concreto determinante para lhe retirar a natureza penal.

AUGUSTO SILVA DIAS⁵⁸ considera, pelo contrário, que o confisco alargado reveste natureza eminentemente penal por ser um efeito da pena. Este autor refere que a única forma de o confisco alargado não ter natureza penal seria se esta sanção fosse discutida num incidente processual autónomo ao processo principal, o que significaria uma redução das garantias processuais do arguido e uma perda de ligação do confisco com o crime que o desencadeou.

Na mesma linha encontramos o autor PAULO SILVA MARQUES⁵⁹, que também configura o confisco alargado como um efeito da pena, já que esta figura não se encontra em ligação directa com a medida da culpa. Para este autor a culpabilidade é apenas um dos requisitos para a aplicação do confisco, o qual se encontra, na verdade, em ligação próxima com as exigências de prevenção criminal, o que justifica o seu carácter penal.

LOURENÇO MARTINS⁶⁰, por sua vez, opta por uma terceira via, ao considerar que o confisco tem natureza civil, sendo na verdade um “*excerto cível dentro do processo penal*”. Para este autor existe uma diferença importante entre o procedimento que conduz à condenação de uma pessoa por um crime determinado e o procedimento especial de confisco alargado que visa a perda de bens a favor do Estado, diferença essa que justifica a autonomização de cada um dos procedimentos e a diferenciação de naturezas jurídicas dentro do mesmo processo.

⁵⁷ CUNHA, Damião da, ob. cit. , pág. 20

⁵⁸ DIAS, Augusto Silva, ob. cit., pág. 39

⁵⁹ MARQUES, Paulo Silva, ob. cit., págs. 313 a 315

⁶⁰ MARTINS, Lourenço, “Luta Contra o Tráfico de Droga: necessidades de investigação e sistema garantístico”, Lisboa, in Revista do Ministério Público, ano 28, Jul-Set, 2007, n.º 111, págs. 50 ss.

Para JORGE GODINHO⁶¹ o confisco alargado configura uma reacção penal com natureza substantiva, uma reacção penal sem facto, visto que ela incide sobre um estado que não causa perigo para qualquer bem jurídico, visando apenas recompor a ordem jurídica violada. Este autor considera que a perda de bens ampliada tem natureza de reacção penal, isto porque ela está dependente de uma condenação criminal, com a particularidade de que tem por base apenas uma suspeita e não um facto provado.

Também JOÃO CONDE CORREIA⁶² situa o confisco alargado dentro da ordem jurídica penal, justificando esta caracterização com o facto de o mecanismo configurar uma forma de protecção de bens jurídicos de natureza penal, pois procura anular os benefícios económicos que decorreram do cometimento do crime. O autor justifica a natureza penal do confisco alargado com as suas finalidades exclusivamente preventivas, já que esta figura tem em vista *“demonstrar ao visado que a prática de crimes não é forma legítima de enriquecer e confirmar perante toda a comunidade a validade e a vigência do ordenamento jurídico, nomeadamente dos modos de aquisição e de incremento patrimonial válidos”*, por outras palavras, o confisco alargado segue finalidades de prevenção especial, primordialmente, mas também de prevenção geral.

PEDRO CAEIRO⁶³ começa por notar que os objectivos prosseguidos pelo confisco alargado são de índole especificamente político-criminal e que este mecanismo está configurado dentro do processo penal. Apesar destas características, o autor considera que a figura não tem carácter penal já que a sua causa não é um facto punível (típico, ilícito e culposo), mas sim uma simples incongruência patrimonial. O autor classifica o confisco alargado como uma medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal, isto porque não tem uma ligação directa com o facto ilícito que o permita caracterizar como uma reacção verdadeiramente penal.

Por último, MARIA JOSÉ DOS SANTOS DE MATOS⁶⁴, após analisar os fins eminentemente penais do confisco alargado, enunciados na Proposta de Lei n.º 94/VIII, e os requisitos consagrados na letra da lei, em especial a exigência de condenação, conclui no sentido da natureza penal da figura. Efectivamente, as finalidades de prevenção

⁶¹ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit., págs. 1347 e ss.

⁶² CORREIA, João Conde, ob. cit., págs. 96 e 97

⁶³ CAEIRO, Pedro, ob. cit., págs. 309 a 311

⁶⁴ MATOS, Maria José Dos Santos, "A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica", Porto, Dissertação para o Mestrado em Direito apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2014, págs. 15 e ss.

criminal e a directa ligação com o ilícito criminal, aliadas à “mesclagem” com o regime geral da perda de bens consagrada através do artigo 7.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2002, são argumentos bastante fortes para considerar que o confisco alargado é uma figura penal e não administrativa ou civil.

Para esta autora, dentro do campo penal, o confisco alargado deve situar-se entre as penas e as medidas de segurança, sendo uma figura intermédia, um “*aliud*” ou um “*tertium generis*” entre a dicotomia das duas classes. Esta opção por uma figura intermédia justifica-se pela não identificação do confisco alargado com nenhum dos géneros, uma vez que não integra todos os elementos necessários para ser considerado uma pena, e tão pouco se pode considerar uma simples medida de segurança, pois não se enquadra dentro desta classificação.

Como bem ficou ilustrado através da análise doutrinal que foi feita, não faltam opiniões divergentes quanto ao tema da natureza jurídica do confisco alargado, o que revela a dificuldade que existe em classificar esta figura que, por um lado, se insere dentro do procedimento criminal e depende de uma condenação por um crime do catálogo do artigo 1.º da Lei enquanto, ao mesmo tempo, dispensa a conexão dos bens confiscados com esse mesmo ilícito e prescinde de elementos essenciais dos ilícitos penais, tais como a culpabilidade.

Com base em argumentos válidos, os diversos autores que se pronunciaram sobre este tema conseguem situar a figura do confisco alargado em três sectores do Direito totalmente distintos: o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal. No que toca ao Direito Administrativo, consideramos que esta opção é, logo à partida, de excluir, uma vez que o confisco alargado não se enquadra dentro das características deste ramo do Direito.

O Direito Administrativo, muito resumidamente, rege as relações da Administração Pública entre si e as relações da Administração Pública com os particulares. No caso do confisco alargado, não nos encontramos dentro de qualquer relação entre o confiscado e a Administração. Apenas no caso de ser uma entidade administrativa a providenciar o confisco alargado se poderia situar esta figura no âmbito do Direito Administrativo, o que não acontece no regime consagrado na ordem jurídica portuguesa.

Assim sendo, das duas uma, ou o confisco alargado é uma figura do Direito Penal ou do Direito Civil. Para se poder fazer uma distinção correcta é necessário verificar os

aspectos relevantes do regime processual consagrado na Lei n.º 5/2002 para poder determinar qual a área do Direito na qual o confisco alargado se insere.

Em primeiro lugar, verificamos que o processo de confisco se enquadra dentro de um procedimento penal, o que significa que há uma ligação forte entre esta figura e o Direito Processual Penal. Esta ligação revela-se também no primeiro pressuposto essencial do confisco alargado, a condenação por um dos crimes do catálogo do artigo 1.º, uma vez que este mecanismo não prescinde de uma efectiva condenação por um ilícito criminal. Por outro lado, este regime de confisco alargado surge para colmatar falhas da perda clássica de bens, um outro processo de confisco que se enquadra dentro do Direito Processual Penal e tem efectivamente natureza penal.

Com o Direito Civil não encontramos qualquer conexão. Na verdade o confisco alargado é uma figura que tem pressupostos totalmente diferentes dos mecanismos que existem no Direito Civil, tais como a responsabilidade contratual ou extracontratual.

Tudo visto, resta-nos optar pela natureza penal do confisco alargado, visto que a Lei n.º 5/2002 optou por inserir esta figura dentro do contexto do Direito Penal, não lhe atribuindo uma natureza autónoma ao processo principal. A inserção do confisco alargado no contexto do Direito Processual Penal não é desprovida de consequências, de entre as quais a mais importante é a sujeição às regras e aos princípios deste ramo do Direito.

Dentro do Direito Penal, há ainda que distinguir a natureza do confisco alargado enquanto sanção penal. Não nos parece que se possa considerar que o confisco é uma efectiva pena, uma vez que lhe falta um dos traços essenciais das penas, mais precisamente a culpabilidade. Na verdade, consideramos que o confisco alargado tem a natureza de medida de segurança, uma vez que é aplicado a um agente com base na perigosidade⁶⁵ inerente a um estado patrimonial contrário ao Direito, nomeadamente a posse de património proveniente da prática de factos ilícitos.

⁶⁵ SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português – Parte Geral III – Teoria das penas e das medidas de segurança”, Lisboa, Verbo, 2.ª edição, 2008, pág. 79

8. Dignidade constitucional do confisco alargado

8.1 A relação entre o confisco alargado e os princípios constitucionais

Aferida a natureza penal do confisco alargado, é necessário enquadrar este mecanismo dentro do processo penal e averiguar qual a sua relação com os princípios fundamentais deste ramo do Direito. Como já foi referido, a figura do confisco alargado é bastante revolucionária dentro da sua área de inserção uma vez que cria, pela primeira vez na história do Direito Processual Penal português, uma presunção de ilicitude que inverte o ónus da prova em desfavor do arguido.

Sendo uma figura atípica e inversa à máxima do processo penal, o *in dubio pro reo*, é natural que se levantem problemas de legitimidade constitucional aquando da sua aplicação. Na verdade, a consagração do confisco alargado pela Lei n.º 5/2002 veio criar conflitos não só com normas processuais, mas também com normas constitucionais, já que é uma figura que vai contra o espírito geral do direito processual penal, de protecção dos direitos do arguido.

Cabe agora analisar esses conflitos entre normas e princípios, e averiguar se a consagração do confisco alargado no direito processual penal português, tal como foi feita pela Lei n.º 5/2002, sofre ou não de inconstitucionalidade por violação de algum dos princípios fundamentais do direito processual penal, nomeadamente a presunção da inocência, o princípio da proporcionalidade, o princípio da culpa, o direito ao silêncio, o direito à propriedade, o princípio da independência judicial e da separação de poderes.

8.2. Princípio da presunção da inocência

A presunção de inocência é um dos princípios mais importantes consagrados pela Constituição da República Portuguesa. Segundo o artigo 32.º, n.º 2 da Lei Fundamental “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*”.

Este princípio tem como função a defesa da dignidade da pessoa humana e foi pensado no contexto da Revolução Francesa para afastar o modelo inquisitório⁶⁶, no qual o arguido se presumia culpado e tinha a seu cargo a prova da sua inocência. O modelo acusatório que serviu de base ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, consagrado no artigo 32.º, n.º 5 da Constituição, tem como princípio basilar a presunção da inocência, o que significa que todo o Direito Penal e o Direito Processual Penal foram construídos de forma a salvaguardar a presunção da inocência.

A presunção de inocência tem duas vertentes, uma subjectiva e outra objectiva: funciona como regra de tratamento do arguido e serve de base a uma das mais importantes regras probatórias do processo penal.

Enquanto regra de tratamento, este princípio assegura que, em todas as fases do procedimento (inquérito, instrução, julgamento e recurso) o arguido não pode ser tratado como um condenado antes do transito em julgado da condenação. Nem o juiz nem o Ministério Público devem fazer considerações de valor em relação aos factos da acusação e não deve ser restringida a liberdade do arguido, salvo casos excepcionais de perigo para a investigação ou para a ordem pública.

Enquanto regra probatória, a presunção da inocência está na base do princípio probatório mais importante de todo o processo penal, o *in dubio pro reo*. Segundo este princípio, sempre que haja dúvidas quando à prova de um facto, o juiz deve decidir favoravelmente ao arguido. Por outras palavras, em todas as situações de *non liquet* é obrigatória a decisão a favor do arguido e se houver dúvidas quanto à sua culpabilidade ele deve ser absolvido.

Esta regra probatória tem como consequência directa que o ónus da prova cabe sempre ao Ministério Público, uma vez que se ele falhar em provar um determinado facto considera-se que esse facto não ocorreu – ressalvado o princípio da investigação - não sendo necessário que o demandado prove o facto contrário já que a simples falta de prova é suficiente para que haja uma decisão em seu favor.

⁶⁶ PATRÍCIO, Rui, “O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português (Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, pág. 26

8.2.1. Presunção de inocência na vertente subjectiva

Quanto à regra de tratamento que decorre do princípio da presunção de inocência, a Lei n.º 5/2002 entra em confronto directo com este princípio a partir do momento em que presume a existência de uma actividade criminosa, ou seja, presume que o arguido é um criminoso a partir do facto de existir património desconforme.

É verdade que a decisão de confisco só deverá ocorrer após a efectiva condenação do arguido por um crime do catálogo, no entanto, o processo de confisco e a presunção de criminalidade ocorrem antes do momento da condenação, num momento em que o arguido tem a seu favor o princípio da presunção da inocência.

O problema reside no facto de que o processo de confisco ocorre simultaneamente ao processo pelo crime pressuposto. A Lei n.º 5/2002, ao inverter o ónus da prova numa fase em que o arguido se deve ainda presumir inocente, reduzindo significativamente as suas garantias de defesa e influenciando a imparcialidade do julgador⁶⁷, restringe drasticamente o princípio da presunção da inocência enquanto regra de tratamento.

Havendo uma restrição de um direito fundamental consagrado pela Constituição, há que averiguar se essa restrição é necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental.

O confisco ampliado tem como finalidade o combate ao lucro ilícito, que pode ser enquadrado dentro do âmbito do direito à segurança consagrado no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição⁶⁸. Será que esta restrição se limita ao necessário para salvaguardar o direito à segurança, na vertente de combate ao lucro dos crimes? Para responder a esta pergunta é necessário verificar, em primeiro lugar, se a restrição atinge o núcleo essencial da presunção da inocência e, em segundo lugar, se ela viola o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, exigibilidade e proporcionalidade *stricto sensu*⁶⁹.

Quanto à primeira questão, consideramos que o confisco alargado atinge o núcleo essencial da presunção da inocência, uma vez que, ao presumir que o património incongruente provém de uma alegada actividade criminosa, a Lei n.º 5/2002 atingiu o ponto central da presunção da inocência, que consiste em tratar o arguido como inocente

⁶⁷ DUARTE, Ana Patrícia Cruz, ob. cit., págs. 31 e 32

⁶⁸ MARQUES, Paulo Silva, ob. cit., págs. 315 e 316

⁶⁹ CANOTILHO, Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 4ª edição revista, págs. 392 e 393

até ao transitio em julgado da condenação. A partir do momento em que o juiz extrai a culpabilidade do arguido do simples facto da existência de património incongruente, o núcleo essencial do princípio da presunção da inocência é atingido.

Não podemos aceitar o contra-argumento utilizado por certa corrente doutrinária, de que o confisco alargado não atinge o núcleo essencial da presunção da inocência porque os seus efeitos são exclusivamente patrimoniais. Com o devido respeito, consideramos que esse argumento não corresponde à verdade, uma vez que os efeitos do confisco no decorrer do processo penal não são exclusivamente patrimoniais. O funcionamento do confisco alargado durante a pendência de um processo crime afecta as garantias processuais do arguido e a imparcialidade do julgador, o que está em causa não é apenas o património que lhe será confiscado, mas sim o tratamento do arguido como um criminoso quando ele deveria ser presumido inocente.

No que toca à proporcionalidade da restrição, em primeiro lugar é bastante claro que o confisco alargado é uma medida adequada no combate ao património ilícito, visto que através dela conseguem efectivamente ser concretizadas as necessidades de prevenção da criminalidade económica e organizada.

O sub-princípio da exigibilidade não é de tão simples resposta, uma vez que é necessário saber se esta é a medida menos lesiva de entre todas as que são idóneas a conseguir o mesmo fim, sendo necessário comparar esta medida com outras alternativas e medir os seus benefícios e prejuízos. Esta análise será aprofundada no próximo capítulo, mas adianta-se já que não consideramos que esta medida seja exigível, uma vez que o processo de confisco alargado, se fosse configurado dentro de um processo autónomo ao processo penal, poderia conseguir atingir os mesmos objectivos sem lesar de uma forma tão intensa o princípio da presunção da inocência.

Por último, quanto à proporcionalidade *stricto sensu*, é necessário saber se os resultados obtidos estão numa relação proporcional com a carga lesiva que os mesmos acarretam⁷⁰. Como tem sido referido ao largo deste trabalho, as necessidades de prevenção da criminalidade económica e organizada são, nos dias de hoje, em que este tipo de criminalidade cada vez mais se prolifera, da maior importância. Ainda assim, será

⁷⁰ VICENTE, Laura Nunes, “O princípio da proporcionalidade - Uma nova abordagem em tempos de pluralismo”, in Prémio Doutor Marnoco E Sousa, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pág. 30

que essas necessidades justificam uma total subversão do princípio da presunção da inocência, ao ponto de chegar a tratar o presumido inocente como um criminoso? Sendo o princípio da presunção de inocência uma das bases do Direito Processual Penal, consideramos que ele não pode ser subjugado por necessidades de reprimir a criminalidade económica ou organizada, pelo que deve prevalecer o princípio estruturante.

Em suma, o confisco alargado não é uma restrição constitucionalmente válida ao princípio da presunção da inocência, na sua vertente de regra de tratamento, uma vez que a medida não passa no teste da proporcionalidade, pelo que não se limita ao necessário para salvaguardar o direito à segurança, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição.

8.2.2. Presunção de inocência na vertente objectiva

Para aferir da violação ou não violação do princípio da presunção de inocência enquanto regra probatória não nos iremos repetir relativamente àquilo que foi analisado no ponto anterior, uma vez que quase tudo aquilo que foi dito se aplica também à regra do *in dubio pro reo*.

O *in dubio pro reo* é um princípio bastante simples, ele impõe que sempre que haja uma situação de *non liquet*, ou seja, de falta de prova de um facto, esse *non liquet* deve ser sempre resolvido favoravelmente ao arguido. O artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 veio consagrar uma presunção que impõe uma regra inversa, ao inverter o ónus da prova: a de que em caso de falta de prova da licitude deve considerar-se que o arguido é culpado.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA apontam, como primeira decorrência do *in dubio pro reo*, “a proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido”⁷¹. Na verdade, este princípio não admite a criação de presunções de ilicitude que coloquem o ónus da prova a cargo do arguido, devendo ser sempre o Ministério Público o titular do ónus probatório.

Neste ponto, é bastante importante analisar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mais precisamente o caso *Phillips vs. Reino Unido*⁷², no qual este Tribunal foi chamado a pronunciar-se relativamente à dignidade constitucional do regime

⁷¹ CANOTILHO, Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, ob. cit., pág. 518

⁷² Acórdão de 5 de Julho de 2001

de confisco alargado do Reino Unido no âmbito de um processo em que o arguido foi condenado pelo crime de tráfico de droga. O Tribunal pronunciou-se a favor da constitucionalidade da medida, por considerar, no que toca ao princípio da presunção da inocência, que a norma que prevê esse mesmo princípio não se aplicava ao caso, uma vez que o procedimento de confisco, ao não visar uma efectiva condenação, não é um verdadeiro processo penal.

Como já foi visto, o processo de confisco é um verdadeiro processo penal que não é autónomo ao processo pelo crime pressuposto e que tem efeitos negativos nas garantias processuais e na imparcialidade do julgador, o que significa que a argumentação deste Tribunal não pode valer para o regime vigente em Portugal. Numa interpretação *a contrario* do Acórdão, tomando em consideração que o confisco alargado, em Portugal, se enquadra no processo penal, só nos resta concluir que o princípio da presunção da inocência tem plena aplicação no processo de confisco e é violado por este mecanismo.

No que toca à jurisprudência nacional, o Acórdão do Tribunal Constitucional 392/2015, de 12 de Agosto de 2015, veio pronunciar-se relativamente à questão da dignidade constitucional dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002. Também esta questão foi suscitada num processo-crime em que o arguido foi condenado pelo crime de tráfico de estupefacientes, tendo o mesmo recorrido para o Tribunal Constitucional alegando a inconstitucionalidade do confisco alargado por violação da presunção de inocência e do direito ao silêncio. Este tribunal pronunciou-se no sentido da constitucionalidade do mecanismo pelas mesmas razões que o anterior acórdão: “*nesse procedimento [de confisco] enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido, invocadas pelo Recorrente*”⁷³.

Esta orientação já foi refutada aquando da averiguação da natureza jurídica da figura, o confisco alargado tem efectivamente natureza penal e, por ser “enxertado” nesse processo, tem uma influência negativa na decisão do julgador em relação à condenação pelo crime pressuposto.

Só nos resta concluir pela inconstitucionalidade do confisco alargado, por violação do princípio da presunção da inocência, uma vez que ele configura uma sanção de suspeita que coloca o ónus probatório do lado da parte errada. JORGE GODINHO resume da

⁷³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, de 12 de Agosto de 2015, Processo n.º 665/15

melhor forma as razões que levam à conclusão da inconstitucionalidade: “o confisco “alargado”(…) incorre numa série de violações do princípio da presunção da inocência: presume a existência de pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova no arguido; e resolve o non liquet contra o arguido.”⁷⁴

8.3 Princípio da culpa

O princípio da “*nulla poena sine culpa*”, que proíbe que seja aplicada uma pena sem que seja efectivamente provada a culpabilidade e ainda que, quando esta seja provada, a punição exceda a medida da culpa⁷⁵, também é posto em causa pela Lei n.º 5/2002 se considerarmos que este diploma dispensa a prova da actividade criminosa.

Efectivamente, o facto de alguns autores alegarem que existe uma presunção de actividade criminosa, necessária para fazer frente às dificuldades probatórias, significa que nos encontramos perante uma sanção de suspeita que prescinde da prova da culpabilidade relativamente aos crimes que compõe essa mesma actividade criminosa.

Como já foi referido neste trabalho, consideramos que deve ser realizada uma interpretação restritiva da norma do artigo 7.º, de forma a impor a prova da actividade criminosa. Seguindo esta orientação não há qualquer violação do princípio da culpa, uma vez que a culpabilidade dos crimes que se enquadram na actividade criminosa deverá ser objecto de prova e, por outro lado, o confisco alargado só deverá ser aplicado posteriormente à prova da culpabilidade do crime do catálogo que lhe serve de pressuposto.

8.4 Direito ao silêncio

Outro princípio que entra em conflito com o confisco alargado é o “*nemo tenetur se ipsem accusare*”, consagrado no artigo 61.º, n.º 1, al. d) do Código de Processo Penal. Segundo este princípio, o arguido não pode ser coagido a contribuir para a sua própria condenação, pelo que tem direito a não falar em qualquer fase do processo, sem que isso possa ser valorado negativamente. Este princípio, apesar de não ter consagração

⁷⁴ GODINHO, Jorge A.F., ob. cit., pág. 1359

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime”, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, pág. 73 e ss.

constitucional, tem sido considerado pela doutrina e jurisprudência nacionais como um verdadeiro princípio constitucional⁷⁶.

O artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 restringe este princípio quando estabelece uma presunção que obriga o arguido a pronunciar-se para que possa ilidir a mesma, sendo que no caso de o arguido se remeter ao silêncio todos os seus bens lhe serão retirados, ou seja, o silêncio tem aqui um efeito cominatório pleno. Apesar de esta restrição apenas se relacionar directamente com os efeitos patrimoniais do confisco alargado, indirectamente ela pode ter influência no juízo sobre a prática do ilícito, uma vez que o arguido poderá ter que revelar factos incriminatórios.

Neste sentido, não restam dúvidas de que o direito ao silêncio é restringido pelo confisco alargado e, tal como no caso da presunção da inocência, não se pode considerar que esta restrição seja necessária, para efeitos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição. Na verdade, esta medida viola o núcleo fundamental do direito ao silêncio e não é exigível visto que existem alternativas aptas a atingir as mesmas finalidades e que podem manter incólume o direito ao silêncio, nomeadamente a averiguação do confisco alargado num processo autónomo não penal.

8.5 Direito à propriedade

O direito à propriedade vem consagrado no artigo 62.º da Lei Fundamental de forma a proteger a propriedade privada contra ingerências do Estado ou de terceiros. O confisco alargado configura, efectivamente, uma ingerência no património privado, o que significa que este direito é posto em causa.

Ainda assim, este direito não é absoluto e a tutela do artigo 62.º da Constituição não abrange patrimónios incongruentes não declarados, não se protegem formas ilegítimas de aquisição⁷⁷.

Nestes termos, não existe qualquer violação do direito à propriedade, uma vez que o tipo de património que se visa confiscar através deste mecanismo não se encontra abrangido dentro da área de tutela deste direito constitucional.

⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág. 125

⁷⁷ CORREIA, João Conde, ob. cit., págs. 120 e 121

8.6 Princípio da independência judicial e da separação de poderes

O juiz no processo penal tem vários poderes que decorrem do princípio da independência judicial, enquanto garantia de decisões jurisdicionais livres de quaisquer influências, de entre os quais os mais importantes são o poder de livre apreciação da prova e o poder de investigação para a busca da verdade material.

O regime do confisco alargado veio restringir estes poderes ao juiz ao consagrar uma presunção de ilicitude que tarifa a prova e subtrai ao julgador as faculdades de averiguar a origem do património do arguido⁷⁸.

Nestes termos, há uma intromissão legislativa nos poderes e na autonomia judicial, o que significa que existe aqui uma limitação do poder judicial pelo poder legislativo que viola o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2.º da Constituição

Esta intromissão da lei na área de actuação do legislador é claramente limitadora dos poderes jurisdicionais. Ao impor que o juiz deva considerar que todo o património do arguido é ilícito sempre que ele falhe em provar a congruência do mesmo, a lei está a retirar todos os poderes do juiz no que toca à decisão do confisco alargado, não podendo este averiguar se os bens são efectivamente ilícitos ou não.

Estas limitações à independência do julgador e ao princípio da separação de poderes não são necessárias, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, uma vez que se o confisco alargado for configurado num procedimento autónomo, sem intervenção do juiz penal, será possível atingir os mesmos objectivos sem lesar tais direitos fundamentais.

Tudo visto, só resta concluir que o regime do confisco alargado é inconstitucional por violação do princípio da presunção de inocência, do direito ao silêncio e dos princípios da independência jurisdicional e da separação de poderes.

9. Legitimação do regime de confisco

Concluído o carácter inconstitucional do regime de confisco alargado consagrado pela Lei n.º 5/2002 é necessário procurar meios de legitimação desse mesmo regime. Não basta identificar o problema, é necessário encontrar uma solução.

⁷⁸ MATOS, Maria José Dos Santos de, ob. cit., págs.52 e 53

Como já foi referido, as necessidades de combate ao lucro dos crimes são necessidades actuais e que necessitam de uma efectiva resposta para que a criminalidade económica e organizada possam ser reprimidas. Mas esse combate não pode ser feito a todo o custo, não podem ser sacrificados valores essenciais do Direito Processual Penal e do Estado de Direito para chegar a esse fim.

Verificámos no capítulo anterior que a inconstitucionalidade deste regime só existe porque o confisco alargado é averiguado no procedimento penal. Na verdade, esta solução comporta o risco de que, discutindo-se tudo ao mesmo tempo, se possa confundir o crime com a actividade criminosa⁷⁹, ao que acrescem os riscos de diminuição de garantias processuais e de influência na parcialidade do julgador.

É neste sentido que consideramos que o confisco alargado deve ser configurado num procedimento autónomo, de carácter não penal, já que os procedimentos penais comportam sempre princípios incompatíveis com o regime de perda alargada. Desta forma, autonomizando estes dois procedimentos, será possível manter intacta a presunção da inocência e o direito ao silêncio no procedimento penal sem deixar de combater o património ilícito de forma eficaz. Nas palavras de JOÃO CONDE CORREIA *“No processo principal deve ser julgada – com todas as garantias de defesa – a questão penal e no processo acessório deve ser discutida – com as necessárias especificidades, nomeadamente facilidades probatórias – a questão patrimonial.”*⁸⁰

É de notar que o enquadramento do confisco alargado no âmbito do processo penal foi ditado por razões de economia processual, de forma a poupar os tribunais judiciais de um novo processo. Admitimos que o princípio da economia processual é bastante importante, mas não pode assumir nunca uma importância superior aos princípios que são postos em causa por este regime. Na verdade, este regime de confisco alargado viola princípios estruturantes, não só do Direito Processual Penal, mas também do próprio Estado de Direito, os quais, sem dúvida nenhuma, estão num patamar muito superior ao princípio da economia processual, pelo que devem sobrepor-se a ele.

Quanto à natureza do regime do novo procedimento, essa é uma questão a ser pensada pelo legislador. Na nossa opinião o procedimento administrativo é aquele que mais se adequa às finalidades desta figura, isto porque a investigação e liquidação do património

⁷⁹ CUNHA, José M. Damião da, ob. cit., págs. 48 a 50

⁸⁰ CORREIA, João Conde, ob. cit., págs. 53 e 54

do arguido devem ser realizadas por uma entidade administrativa, como por exemplo a Autoridade Tributária, e nunca por um particular num procedimento civil.

Relativamente ao momento em que deve ser instaurado o procedimento de confisco alargado, sendo que ele pressupõe uma condenação por um crime, ele só deverá ser instaurado após a sentença condenatória pelo crime pressuposto. Isto não obsta a que, nos casos em que se prove o *periculum in mora* - o perigo de dissipação de bens - possa ser instaurado um procedimento urgente, de carácter análogo a uma providência cautelar, de forma a poder arrestar os bens que se calcula que possam ser dissipados.

Estas questões são secundárias e deverão ser reguladas pelo legislador, mas a questão principal e que consideramos que deve ser regulada o quanto antes possível é a demarcação do procedimento de confisco relativamente ao procedimento principal, uma vez que nos encontramos perante um regime inconstitucional que viola princípios e garantias fundamentais do Direito Processual Penal.

10. Considerações finais

Como foi visto, o confisco alargado foi consagrado pela Lei n.º 5/2002, de forma a fazer frente às dificuldades probatórias com que se deparavam os mecanismos clássicos de perda de bens e à proliferação da criminalidade económica e organizada, que são negócios cada vez mais lucrativos. Efectivamente, era necessário encontrar uma forma de combater o património ilícito, de forma a conseguir uma prevenção eficaz destes tipos de criminalidade.

De entre todas as alternativas aptas a alcançar a prevenção da criminalidade económica e organizada, nomeadamente a incriminação directa do enriquecimento injustificado, a via de incriminação indirecta através do crime de branqueamento de capitais, a aplicação de uma multa proporcional e o confisco alargado, chegamos à conclusão que aquela que é menos interventiva e mais conforme à Constituição é o confisco alargado.

Foi neste quadro que surgiu a Lei n.º 5/2002, que consagrou um regime de inversão de ónus da prova, baseado numa presunção de ilicitude. Esta presunção consta do artigo 7.º do referido diploma e depende dos seguintes pressupostos: a condenação transitada em julgado por um dos crimes do catálogo do artigo 1.º, a titularidade de bens por parte

do confiscando, a incongruência do património com os rendimentos lícitos do confiscando e a demonstração de existência de uma actividade criminosa anterior ao crime pressuposto.

Quanto à natureza jurídica do confisco alargado, após uma profunda análise doutrinal concluímos que esta figura tem natureza penal, uma vez que ela foi consagrada pela Lei n.º 5/2002 dentro de um procedimento penal, o que significa que deve reger-se pelas regras e princípios deste ramo do Direito.

No confronto entre os princípios e garantias do direito processual penal com o regime do confisco alargado, chegamos à conclusão que este regime comporta restrições a direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, nomeadamente o princípio da presunção de inocência, o direito ao silêncio e os princípios da independência jurisdicional e da separação de poderes. Feita uma análise casuística destas restrições, chegámos à conclusão de que elas são inconstitucionais, já que não se pode considerar que são necessárias para salvaguardar o direito à segurança, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição.

Efectivamente, existem alternativas ao confisco alargado que podem atingir os mesmos fins, de prevenção do património ilícito, sem restringir princípios e garantias do processo penal, pelo que não se pode considerar que este regime de confisco alargado é exigível.

De entre as mencionadas alternativas, a que consideramos ser a mais adequada é a averiguação do confisco alargado num processo autónomo ao procedimento penal, de natureza administrativa. Desta forma seria admissível a existência de uma presunção de ilicitude do património sem atingir o princípio da presunção de inocência, sem ser ilegítimo impor ao confiscando a pronúncia quanto à proveniência do património, sem restringir de forma abusiva os poderes jurisdicionais e ainda sem haver interferência do poder legislativo no âmbito do poder judicial.

Em suma, consideramos que o confisco alargado é um mal necessário para fazer frente às dificuldades probatórias de que sofrem os mecanismos clássicos mas, por ser um mecanismo tão interventivo, é necessário o cuidado máximo na sua aplicação. Esse cuidado foi algo que, com o devido respeito, passou ao lado do legislador na redação da Lei n.º 5/2002, ao enquadrar esta figura no procedimento penal.

É neste sentido que consideramos que o regime imposto pela Lei n.º 5/2002 deve ser revisto, de forma a adaptar o regime aos princípios da nossa Constituição. Esta revisão deve passar pela configuração do regime de confisco alargado no procedimento administrativo, devendo as competências do Ministério Público passar para uma entidade administrativa - preferencialmente a Autoridade Tributária. Só desta forma será possível salvaguardar os princípios da presunção de inocência, da independência jurisdicional, da separação de poderes e o direito ao silêncio.

11. Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de Campos e, “Medidas de “combate” aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinadas ao dogma liberal – Um paradoxo incurável?” *in* Revista do Ministério Público, Lisboa, 1980

BATISTA, José João, “Processo Civil I (Teoria Geral e Processo Declarativo, com referências ao Ante-projecto do novo Código de Processo Civil)”, Lisboa, Universidade Lusíada, 1993

BECCARIA, Cesare, “Dos Delitos e das Penas”, Lisboa, Fundação *Calouste Goulbenkian*, 1998

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

CANOTILHO, Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 2007

CORREIA, João Conde, “Da proibição do confisco à perda alargada”, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012

CORREIA, João Conde, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Outubro de 2014”, O arresto preventivo dos instrumentos e produtos do crime, *Julgar on line*, www.julgar.pt, 2014

CUNHA, José M. Damião da, “Perda de bens a favor do Estado” Artigos 7.º - 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2012

DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, *in* 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime”, Lisboa, Editorial Notícias, 1993

DUARTE, Ana Patrícia Cruz, "O Combate aos Lucros do Crime - O mecanismo da "perda alargada" constante na Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro”, Porto, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2013

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “Direito Penal Português, Parte Geral”, Tomo II, Lisboa, Verbo, 1999

GODINHO, Jorge A. F., “Brandos Costumes? O Confisco Penal com Base na Inversão do Ónus da Prova (Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, *in Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

MARQUES, Paulo Silva, "O Confisco Ampliado no Direito Penal Português", Lisboa, Lusíada Direito, Nº 10, 2012

MARTINS, Lourenço, “Luta Contra o Tráfico de Droga: necessidades de investigação e sistema garantístico”, Lisboa, *in* Revista do Ministério Público, ano 28, Jul-Set, n.º 111, 2007

MATOS, Maria José Dos Santos, "A perda de bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica", Porto, Dissertação para o Mestrado em Direito apresentada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2014

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, “A inversão do ónus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa.”, Lisboa, Relatório de Direito Processual Penal do Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008

PATRÍCIO, Rui, “O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português (Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000

REIS, Rachel Seoane Reis, “Confisco Penal – Uma Medida de Combate ao Lucro Ilícito Adquirido pelo Crime Organizado”, Lisboa, Relatório apresentado à disciplina de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009

SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português – Parte Geral III – Teoria das penas e das medidas de segurança”, Lisboa, Verbo, 2.ª edição, 2008

SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de activos: Da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, *Julgar on line*, www.julgar.pt, 2009

SOUSA, Luís Filipe Pires de, “Prova por Presunção no Direito Civil”, Coimbra, Almedina, 2012

VARELA, Antunes/ BEZERRA, Miguel J./ NORA, Sampaio e, “Manual de Processo Civil”, Coimbra, Coimbra Editora, 1985

VICENTE, Laura Nunes, “O princípio da proporcionalidade - uma nova abordagem em tempos de pluralismo”, *in* Prémio Doutor Marnoco E Sousa, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014