

Revisita Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 3 | Quadrimestral | setembro - dezembro 2023 2023

SEPARATA

Perda de bens sem condenação

Fragilidades da regulação penal e processual *

Helena Martins Andrade

*Mestre em Ciências Jurídico-Criminais
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra*

Introdução ¹

Líamos, na versão inicial do Código Penal de 1982, que “A perda dos objectos tem lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada”, deixando para trás a natureza jurídica de efeito da condenação e abrindo novas possibilidades para o confisco.

Embora a figura normativa da perda não dependente de uma condenação penal não seja nova no direito penal português, não deixa de ser um mecanismo *estranho* à dinâmica e à categoria das consequências

* O texto corresponde, no seu essencial, à Dissertação de Mestrado, “*Fragilidades da Regulação Penal e Processual da Perda de Bens Pertencentes a Terceiros e da Perda Sem Condenação*”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a 30 de novembro de 2023, disponível *online* <https://hdl.handle.net/10316/111051>.

¹ Embora a perda a que se refere o art. 7.º da Lei n.º 5/2022, de 11 de janeiro, seja também uma hipótese de perda sem condenação, não nos queremos referir a essa em momento nenhum do nosso texto, uma vez que a perda *clássica* (ou a perda do Código Penal) sem condenação pressupõe a falta de qualquer condenação por aquele facto ilícito típico que impulsiona a decisão de perda, enquanto que na hipótese de *perda alargada*, embora não tenha relação com o facto ilícito típico e não esteja ligada à condenação (daí também ela ser perda sem condenação), a perda do património (incongruente) pressupõe uma prévia condenação. *Vide* MÁRIO FERREIRA MONTE, “‘Buracos ‘Negros’ no processo Penal?”, *in: Prof. Doutor Augusto Silva Dias — In Memoriam*, Volume II, AAFDL — 2022, p. 451.

jurídicas do crime, o que leva a algumas dificuldades na previsão desta figura ².

O art. 4.º da Diretiva 2014/42/UE prevê que os Estados Membros tomem as medidas necessárias para assegurar a perda, “sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de um processo à revelia”.

No entanto, o n.º 2 vem estabelecer que se não for possível a perda naquelas condições, e “pelo menos se tal impossibilidade *resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido*”, os Estados-Membros adotam medidas para permitir a perda, “nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em júízo”.

Embora já constasse da nossa regulação penal, a Diretiva trouxe algumas mudanças ao nosso ordenamento jurídico. Não obstante, confrontados com o estudo, confrontados com o estudo do regime da perda não dependente de uma condenação, chegamos ao desencadeamento do processo e o estudo cessa. Não sabemos nada mais. Como se processa? De quem é o impulso? No âmbito de que processo: do principal ou de outro? O processo continua para efeitos de perda, mesmo contra terceiros? O pedido de perda — contra o agente ou contra terceiro — tem, sob pena de nulidade, de constar da acusação? E se a contumácia cessar? O que acontece à decisão de perda se a decisão do processo principal for de absolvição?

São muitas as questões, mas escassas as respostas. Numa altura em que, não raras vezes, vemos ser discutidas soluções ou mecanismos para combater as mais diversificadas formas de ocultação das vantagens e do produto do crime, urge o estudo do que existe no ordenamento jurídico e que, munido de uma regulação condizente com as necessidades, será a arma mais poderosa para a prevenção da prática de crimes.

² Vide JOSÉ CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais)” *in*: Maria Raquel Deserto Ferreira, Elina Lopes Cardoso, João Conde Correia, *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, p. 241.

1. As alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

No artigo 110.º, n.º 5 do Código Penal, que se refere à perda de produtos e vantagens do crime, passa a ler-se, com as alterações efetuadas pela Lei 30/2017, de 30 de maio, que a perda “tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”.

O legislador refere-se a duas situações específicas em que pode ocorrer a perda sem prévia condenação, são elas: a morte do agente e a declaração de contumácia. É de ressaltar que estas não são taxativamente as únicas situações, uma vez que o legislador utiliza o vocábulo “incluindo”, não fechando as hipóteses³ em que o confisco pode ocorrer sem necessidade de prévia condenação.

A confirmar o que menciona naquele artigo, a Lei 30/2017 aditou ao art. 127.º do CP um n.º 3, onde podemos ler que a “extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.

É nítido que o legislador português ousou mais do que o europeu, não se bastando com a impossibilidade resultante de doença ou de fuga do suspeito ou arguido a que a Diretiva fazia referência⁴.

Na verdade, os casos de fuga ou doença já eram parcialmente regulados pela nossa legislação processual penal, uma vez que esta prevê o julgamento na ausência nos casos em que o arguido tenha

³ ANTERO TAVEIRA considera que os casos a que o legislador abriu portas ao usar a expressão “incluir” é à amnistia e à prescrição, sendo que a sua inclusão vem a ser confirmada ou pelo menos exigida pela mais recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio, de 2022, disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245&from=EN>. Cf. ANTERO TAVEIRA, “Algumas notas sobre o regime penal e processual penal da perda sem condenação”, in: Norberto Martins, João Conde Correia (coords.), *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 284-287.

⁴ Nesse sentido, também JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 245. O autor conclui com “Pena foi que o legislador não regulamentasse o prosseguimento do processo”.

sido regularmente citado. Ou, de um modo mais simples, desde que tenha sido possível o arguido prestar termo de identidade e residência, porque caso isso não ocorra será declarado contumaz perante a ausência ao julgamento (arts. 333.º e 334.º CPP).

Apesar daquelas previsões, o Conselho Superior do Ministério Público, no Parecer sobre a Proposta de Lei 51/XIII/2 teceu duras críticas, acusando o legislador de continuar a associar o confisco à condenação, uma vez que a possibilidade de julgamento na ausência é limitada e claramente insuficiente para cumprir as exigências da Diretiva 2014/42/UE⁵. Felizmente as críticas surtiram efeito e o legislador, com mérito, acrescentou ao art. 335.º do CPP, um novo n.º 5, em que prevê expressamente o prosseguimento do processo para efeitos de perda mesmo quando o agente tenha sido declarado contumaz.

Não ignorando esta meritória opção legislativa, é unânime na doutrina que as alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017 ficaram aquém, não só das expectativas, mas do que era necessário para a própria segurança jurídica. JOÃO CONDE CORREIA dizia que “confiar tanto na bondade da doutrina e no acerto da jurisprudência é demasiado arriscado, sobretudo quando está em causa uma matéria tão polémica”⁶, no entanto e, tomando de empréstimo as palavras de CRUZ BUCHO, “O legislador português optou, porém, por correr esse risco”⁷.

1.1. Declaração de contumácia

Lemos, com MARIA JOÃO ANTUNES, que “a declaração de contumácia é um mecanismo de desmotivação da falta do arguido à audiência

⁵ Conselho Superior do Ministério Público, Parecer relativo à Proposta de Lei 201/2016, referente à transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia, 2017, disponível online em <https://www.parlamento.pt/>, pp. 8-10.

⁶ JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 2, 2014, p. 106.

⁷ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 241.

de julgamento”⁸. Referimo-nos à contumácia a propósito da presença ou, mais corretamente, da ausência, por ter sido impossível notificá-lo regularmente ou impossível a sua detenção para garantir a presença em audiência de julgamento.

O art. 335.º, n.º 3 do CPP deixa claro que a declaração de contumácia “implica a suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação ou à detenção do arguido”, embora, como vimos, permite agora a sua continuação para efeitos do instituto estudado.

1.2. Morte do agente

Quanto à morte do agente, sabíamos já que a morte extingue o processo penal (art. 127.º e 128.º CP), o que está intimamente ligado com o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal. É, aliás, o art. 30.º, n.º 3 da CRP que estabelece que “a responsabilidade penal é insuscetível de transmissão”, o que justifica que após a morte não se prossiga com o procedimento criminal.

O que subjaz, no entanto, à consequência da perda parece ser mais do que a responsabilidade penal do agente, uma vez que a finalidade penal do confisco não se confunde com a finalidade da punição, mostrar que o “crime não compensa” é atacar os bens, uma censura dirigida à origem ilícita dos bens e não ao agente. O que se pretende é continuar a eliminar os vestígios de que o crime pode compensar, ainda que já não para aquele que perdeu a vida, mas para quem o sucede.

Quanto à hipótese morte do agente levanta-se uma outra questão cuja solução terá consequências práticas significativas: sabemos já que a condenação não é requisito para a perda, mas e a existência anterior de um processo?

ANNA MARIA MAUGERI revelou considerar a norma da Diretiva bastante protetora exatamente por considerar que aquela exigia um prévio processo por uma infração penal tendo em conta o disposto no art. 4.º, n.º 2, “tomam as medidas necessárias para permitir a

⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 4.º Edição, 2022, p. 228.

perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal”.

Segundo a autora, a Diretiva acaba por apenas incluir os casos em que não foi possível realizar o julgamento devido à ausência física, não fazendo qualquer menção àqueles casos em que o facto ilícito ocorreu e, embora não seja possível a sentença condenatória (nem a identificação de um suspeito), a existência do facto é fonte de produtos ilícitos que devem ser subtraídos porque o crime não pode ser fonte de enriquecimento ⁹. No entanto, como bem lembra, a Diretiva impunha apenas regras mínimas e nada impedia os Estados de consagrar possibilidades mais amplas do que as exigidas.

Em Espanha legislou-se de uma forma muito próxima à norma europeia e, no art. 127.º *ter* 2 do Código Penal Espanhol ¹⁰, faz-se referência a uma impossibilidade de prosseguir a ação penal, pressupondo, por isso, a sua pré-existência. Para TOMÁS FARTO PIAY ¹¹, resulta da interpretação literal daquelas normas que a perda sem condenação apenas ocorre quando o processo penal já se tenha iniciado e mesmo nessa hipótese, só quando o suspeito haja sido constituído como arguido. No entanto, o mesmo autor considera que a solução literal frustra o objetivo do confisco, que não esqueçamos, é também fazer crer a comunidade que o crime não compensa, e, por isso, parece-lhe que o falecimento do agente não pode ser um obstáculo para a tramitação deste processo.

No nosso ordenamento jurídico, há quem já se tenha pronunciado sobre o tema ¹². Entende-se que não faz qualquer sentido que não

⁹ ANNA MARIA MAUGERI, “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un ‘work in progress’”, *Direito Penale Contemporaneo*, Revista Trimestrale 1/2015, p. 325 e s.

¹⁰ Onde se pode ler: “*El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal*”.

¹¹ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 289 e s.

¹² CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O processo de perda não baseada numa condenação”, *in*: Norberto Martins, João Conde Correia (Coord.), *O Confisco não baseado*

seja possível instaurar-se o processo “só porque o óbito ocorreu antes do início formal do processo”. Para exemplificar, apresenta a hipótese do agente corruptor passivo que morre enquanto transportava consigo uma quantia significativa. Questiona o autor que sentido faria, descobrindo-se o facto, que não se pudesse instaurar um processo penal para se decidir pela perda daquele montante pecuniário que significaria a vantagem (a obter).

Quanto a nós, parece-nos que tal solução resulta da norma europeia, tal como apontou ANNA MARIA MAUGERI, no entanto, tal não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico. Nesse caso e não gozando a Diretiva de eficácia direta, nada obsta, no direito processual português, que se inicie o processo penal após a morte do agente e, declarado extinto por morte, se siga para efeitos de declaração de perda.

1.3. Outras hipóteses de perda sem condenação no CPP

Vimos já que a formulação usada pelo legislador, “incluindo”, nos leva a crer que não é apenas a morte do agente e a declaração de contumácia que dão lugar ao prosseguimento do processo para perda, embora sem decisão de condenação. No entanto, ainda que consideremos que a intenção do legislador foi a de não fechar a possibilidade para os casos que enumera na lei, temos dúvidas da possibilidade prática de prosseguimento do processo por outras razões que não as literalmente incluídas ¹³, à exceção da hipótese de doença grave e/ou prolongada.

numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?, Coimbra, Almedina, 2023, p. 378, nota de rodapé 37.

¹³ Referindo-se a uma “impossibilidade prática” de “prosseguir o processo de perda nos casos não literalmente incluídos” *vide* CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 370. No sentido que a morte e a contumácia são indicações, “meramente exemplificativas”, *vide* HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Tipologias substantivas de confisco das vantagens: os diferentes caminhos para garantir que o crime não compensa”, *in*: Norberto Martins, João Conde Correia (Coord.), *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?*, Coimbra, Almedina, 2023, p. 168.

Já antes da Diretiva, o art. 268.º, al. e), CPP permitia ao juiz de instrução, com competência exclusiva, “Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º”¹⁴.

É certo que nem todos os fundamentos que constam do n.º 1 do art. 277.º coincidem com a possibilidade de declaração de perda¹⁵ (nomeadamente quando o MP tenha recolhido prova da não verificação de crime). Já quanto ao n.º 2 do mesmo artigo, entende-se inteiramente que prossiga para efeitos de perda.

Pode o juiz de instrução declarar a perda dos bens apreendidos em caso de arquivamento na sequência do cumprimento de todas as injunções e regras de conduta no âmbito da suspensão provisória do processo (art. 282.º, n.º 3).

Ainda, em caso de arquivamento por razão de dispensa de pena (art. 280.º), embora esta hipótese possa estar prestes a ver o seu fim. Referimo-nos¹⁶ à nova proposta de Diretiva, de 2022, em que se lê no Considerando 26: “Por razões de proporcionalidade, a perda de bens sem condenação prévia deve limitar-se aos casos de crimes graves”, e, embora o âmbito subjetivo daquela proposta não inclua crimes passíveis de dispensa de pena, poderá ser um incentivo para a previsão fora do âmbito de aplicação daquele instrumento.

Se assim for, deixará de constar naquela norma de autorização de decisão de perda (art. 268.º, n.º 1, al. e) CPP) a referência ao art. 280.º, uma vez que decidindo-se pela dispensa de pena significará que o crime objeto de investigação não é suficientemente grave, e se não o é para a punibilidade, deixamos de o considerar também para efeitos de perda sem condenação.

Entendemos até agora que se admite a perda sem condenação em caso de arquivamento do processo e, sobretudo, quando nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso

¹⁴ Versão anterior à alteração realizada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em que se acrescentou: “*com expressa menção das disposições legais aplicadas*”.

¹⁵ Assim também ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 290.

¹⁶ Com ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 291, nota de rodapé 24.

de declaração de contumácia e de morte. O que fica por responder é: como? De que forma prossegue a perda nestes dois últimos casos?

Nos casos de arquivamento, plasmados naqueles artigos que mencionamos, o legislador já nos tinha fornecido a solução: o juiz de instrução, após o MP proceder ao arquivamento, declara a perda com expressa menção das disposições legais aplicáveis (art. 268.º, n.º 1, al. e) CPP). Deparamo-nos, no entanto, com uma “total omissão da regulamentação do procedimento com vista ao confisco em caso de morte do agente e, sobretudo, em caso de contumácia”¹⁷.

2. Perda de bens de terceiro não baseado numa condenação?

Importa questionar se, quando legislador diz que a extinção do processo penal pela morte do agente ou a suspensão do processo por razão de declaração de contumácia não impedem o prosseguimento para efeitos de declaração de perda, ele se quer referir aos instrumentos, produtos e vantagens pertencentes (apenas) ao arguido ou se, por outro lado, a perda de bens de terceiro também é possível quando não há condenação.

O legislador não distinguiu. E, embora se possa argumentar que o art. 111.º CP é um regime excecional da perda e que a previsão de perda sem condenação consta, apenas, nos arts. 109.º e 110.º, certo é que, como bem argumenta CRUZ BUCHO, “seria paradoxal que a fuga ou a morte do arguido não impedisse o terceiro de continuar a desfrutar de um património ilícito, em clara contradição com as finalidades do instituto do confisco sem condenação”¹⁸.

O tema é comum à ordem jurídica do país vizinho. O legislador espanhol no art. 127.º *ter* 2 CPE deixa o entendimento de que a perda constante naquele artigo só pode ser dirigida contra o arguido formalmente constituído ou contra o arguido em relação ao qual existam

¹⁷ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 264. Com as mesmas críticas, *vide* MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 453.

¹⁸ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 249. *Vide* também, sobre este tema, JOÃO CONDE CORREIA, “Non-Conviction Based Confiscations”, *ob. cit.*, p. 84.

indícios racionais de criminalidade. Além disso, o n.º 1 do mesmo artigo começa com “*El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena*”, não constando desses artigos a perda de terceiros. Por outro lado, o artigo sobre a perda de bens pertencentes a terceiro prevê a perda das modalidades dos artigos anteriores, sendo que nesses “anteriores” se inclui a perda sem condenação.

A lei processual, no entanto, é mais clara na intenção que revela, ao referir-se expressamente ao terceiro afetado pela perda, no art. 803.º *ter j*, n.º 3, artigo sobre a legitimidade passiva deste instituto.

Por isto, conclui a doutrina que outra coisa não se pode deduzir da letra da lei e da vontade do legislador, e que se outra coisa se entendesse conflituária com a finalidade da perda ¹⁹.

3. Regulação processual da perda de bens sem condenação

A lei penal prevê que em caso de morte ou contumácia, o processo segue para efeitos de perda, mas não em que termos, não a sua tramitação, regras ou garantias para os afetados.

Entendemos que a tomada de decisão far-se-á, por falta de outra indicação, no âmbito do processo penal *principal* ²⁰, sendo certo, no entanto, que há outras formas de tramitar a perda, nomeadamente através do modelo adotado pelo ordenamento jurídico espanhol aquando da transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE.

Assim, propomo-nos a, num primeiro momento, expor o regime espanhol, para depois, com o auxílio daquele ordenamento jurídico,

¹⁹ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 38, 2016, p. 18 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 311-313.

²⁰ MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 448, nas considerações sobre o que ficou por responder refere-se a saber se as declarações do terceiro devem ser feitas na audiência de julgamento, “no processo penal que se apura o facto típico e ilícito, ou num processo separado?”, abrindo assim a hipótese de o processo para a perda possa ser separado do processo principal.

levantarmos questões e ensaiarmos respostas. A nossa proposta é a de que aprendamos com o exemplo e que, não só (finalmente) se legisle, como também se supere, *ab initio*, aquelas que são as falhas dos que já legislaram.

3.1. A perda sem condenação na legislação espanhola

A perda sem condenação no ordenamento jurídico espanhol remonta a 2003, uma vez que foi introduzido no Código Penal pela Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre ²¹, no n.º 3 do art. 127.º do CPE. A introdução desta forma de confisco rompeu com aquele entendimento de que, por força da inserção sistemática da previsão da perda, esta teria natureza de consequência acessória, o que tornava impossível o confisco nos casos de falecimento do arguido, de rebeldia ou de incapacidade física ou psíquica, uma vez que “*la medida no seria “accesoria” de nada*” ²².

É precisamente no âmbito da perda sem condenação que a Lei n.º 41/2015, de 5 de outubro ²³ mais inova, com a previsão de um procedimento judicial autónomo para a determinação da decisão de confisco, o *procedimiento de decomiso autónomo* ²⁴. O *Proceso (ou prodecimiento) de Decomiso Autónomo* é entendido na própria lei como a ação pela qual se requer a perda de instrumentos, produtos, vantagens ou valor a eles equivalentes (art. 803.º *ter* e LECrim).

²¹ Disponível online em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>.

²² EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015” *in*: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Eduardo A. Fabián Caparrós e Nicolás Rodríguez García (directores), *Recuperación de Ativos Y Decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales ibero-americanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 440.

²³ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

²⁴ Embora a doutrina prefira usar *proceso* ao invés de *procedimiento* por se tratar de um instrumento utilizado para o exercício da função jurisdicional do Estado, cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 251 e 252.

No atual art. 127.º *ter* do CPE encontramos a previsão da perda sem condenação e os fundamentos para lançar mão deste procedimento: quando o agente tenha falecido ou sofra de doença crónica que impeça o julgamento, se encontre em revelia, em caso de isenção de responsabilidade criminal ou quando esta se tenha extinguido.

Segundo a norma legitimadora para o confisco (art. 127.º *ter* CPE), o juiz ou o tribunal podem determinar a perda mesmo que não haja uma sentença condenatória “*cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio*” e preencha um dos requisitos que enumera nas três alíneas daquela norma. Ou seja, desde que *a)* o agente tenha falecido ou padeça de uma doença crónica que impossibilita o processo (e que haja risco de prescrição); *b)* esteja ausente e a sua ausência impeça o julgamento em prazo razoável e *c)* em caso de isenção ou extinção da responsabilidade criminal ²⁵.

Além disso, como resulta da própria definição, só existe perda, no conceito clássico, se estivermos perante uma situação patrimonial ilícita, e tal ilicitude tem de ser demonstrada em processo contraditório. Ainda, acrescenta o n.º 2, o processo autónomo de confisco é *apenas* dirigido contra arguido (formalmente constituído), contra suspeito em relação ao qual existam indícios racionais de criminalidade ²⁶, mas cujo processo não tenha continuado por uma das razões que fundamentam a perda sem condenação.

Quanto aos fundamentos para desencadear o processo que em seguida estudaremos, voltemo-nos para o art. 127.º *ter* 1, CPE, que, como vimos, ao contrário da nossa norma, é taxativa. Em primeiro lugar, segundo a alínea *a)* daquela norma, constitui fundamento para esta modalidade de confisco, o falecimento do agente ou a doença

²⁵ Se, por um lado, consideramos que a previsão portuguesa não é taxativa, na norma do direito espanhol é o oposto, o legislador limita o âmbito de aplicação. Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 233.

²⁶ Mesmo com esta previsão que vai além do que a Diretiva diz quanto aos sujeitos, porque esta apenas se refere a suspeito e arguido, TOMÁS FARTO PIAY considera que a Diretiva é ainda mais exigente do que o CPE, ao prever como requisito que do “processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo”. Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 231 e s.

crónica que impeça o julgamento e em que se verifique o risco de prescrição de direitos.

Este requisito corresponde também ao previsto na lei processual, art. 803.º *ter e 2 b)*, quando esta se refere a falecimento e impossibilidade de comparecer. A não coincidência entre a norma substantiva e o disposto na LECrim, que ignora a exigência de “*enfermedad crónica*”, gera dúvidas interpretativas ²⁷. A Diretiva referia-se apenas a impossibilidade que resulte de doença, embora no considerando 16 se lesse que aquela doença impossibilitasse o arguido de comparecer durante um prolongado período.

No entanto, a opção do legislador em referir-se não só a doença, mas doença crónica, não parece um mero pormenor, embora considere a doutrina que teria sido mais acertado limitarem-se ao que resultava do art. 4.º, n.º 2 da Diretiva ²⁸, de forma a que as doenças não crónicas, que impossibilitem o prosseguimento em tempo útil do julgamento, não ficassem de fora ²⁹, uma vez que tal solução parece frustrar a intenção da própria norma.

Além disso, encontramos nesta alínea uma outra novidade que não conhecemos no nosso ordenamento jurídico, a condição de que estejamos perante um risco de prescrição dos direitos. Esta exigência, resulta de que prescrito o procedimento criminal ³⁰ torna-se

²⁷ Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 235.

²⁸ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 236.

²⁹ Cf. ISIDORO BLANCO CORDERO, “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea” *in*: José Luis De La Cuesta Arzamendi, Norberto Javier De La Mata Barranco, Isidoro Blanco Cordero, *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, 2017, p. 497, *apud* TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 236. *Vide* ainda os elucidativos exemplos de ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 235, *in fine*.

³⁰ O facto de o legislador ter usado a expressão *prescribir los hechos*, ao invés de *prescribir los delitos*, é alvo de reparo e interpreta-se como se o legislador quisesse dizer crimes e não direitos. Cf. NÚRIA P. MATELLANES RODRIGUÉZ, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal” *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch,

impossível, também, tomar uma decisão de perda ³¹. Fazemos esta ressalva quanto à novidade face à Diretiva, uma vez que o legislador espanhol foi mais longe naquele primeiro momento, no entanto o legislador europeu acompanhou essa necessidade e, na mais recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio de 2022, em especial no art. 15.º, alínea *f*) ³², passa a prever a prescrição como fundamento para este instituto de perda.

É ainda fundamento da perda sem condenação a rebeldia do agente, no caso em que isso impeça que os factos sejam julgados em prazo razoável, art. 127.º ter, 1, *b*), CPE.

Num relevante estudo e de uma forma muito interessante, TOMÁS FARTO PIAY mostra que a previsão espanhola difere do disposto na Diretiva. O legislador europeu referiu-se a “fuga” enquanto o legislador espanhol — e também o português — desenhou a perda sem condenação para os casos em que o agente se encontra em rebeldia. Aquele autor distingue os conceitos. Enquanto fuga se refere à situação em que o agente não se põe ao dispor da justiça, evitando o processo e a condenação, a rebeldia, por sua vez, é uma declaração

2020, p. 153. Ainda, parece a TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 237 e s., que o legislador poderia ter sido mais concreto quando ao momento em que estamos em “risco”.

³¹ Nesse sentido, cf. M.^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial em la Unión Europea y su incorporación al Proceso Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 69 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 237.

³² “Artigo 15.º (*Perda não baseada numa condenação*)

1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir, nas condições estabelecidas no n.º 2, a perda dos instrumentos e produtos ou dos bens a que se refere o artigo 12.º, ou que tenham sido transferidos para terceiros como referido no artigo 13.º, nos casos em que tenha sido iniciado um processo penal, mas o mesmo não tenha podido prosseguir devido às seguintes circunstâncias:

(...)

f) Expiração dos prazos previstos no direito nacional, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir a investigação e a repressão efetivas das infrações penais em causa”.

judicial³³. A fuga pode levar, e leva normalmente, à declaração formal de rebeldia, mas são conceitos distintos.

Por último, o Código Penal Espanhol abre o procedimento para os casos em que não seja aplicada sanção penal por estar isento de responsabilidade criminal ou esta se ter extinguido (art. 127.º *ter*, 1, *c*) e, embora tal fundamento não resulte diretamente do instrumento europeu, não é uma novidade no ordenamento jurídico espanhol, uma vez que a norma corresponde, *ipsis verbis*, ao antigo art. 127.º, 4 CPE³⁴.

Embora o ponto se dedique à introdução ao processo na legislação processual espanhola, não podemos ignorar que a nova legislação processual alemã abre também a possibilidade à separação de processos, em nome da celeridade processual, essencialmente quando em causa esteja um arguido privado da sua liberdade, permitindo falar-se de um princípio de oportunidade em matéria de confisco (§ 422, StPO)³⁵.

3.2. El Procedimiento de Decomiso Autónomo

Analizadas questões fundamentais para a compreensão e regulação do procedimento para a decisão de confisco, importará agora discorrer sobre o processo em sentido estrito.

O procedimento inicia-se, resolve a doutrina, quando se toma conhecimento de qualquer um dos pressupostos que a justificam³⁶. Assim, tomado conhecimento o pedido de confisco autónomo segue por escrito

³³ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 238.

³⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre esta alínea e o significado na legislação espanhola, *vide* TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 242 e s. Devemos, no entanto, ressaltar que também em Espanha a morte é um dos casos de extinção da responsabilidade criminal, assim, entende este autor que como quanto ao agente isso já vem de modo isolado previsto na alínea *a*), então nesta norma querem referir-se ao investigado ou acusado e não ao arguido.

³⁵ Assim, ANA E. CARRILO DEL TESO, “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio *crime doesn't pay*”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre E Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 548, que se refere a uma decisão de confisco *a posteriori*.

³⁶ *Vide* ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 234.

e deve, obrigatoriamente, especificar as pessoas contra as quais o pedido é dirigido e os seus endereços, o bem ou bens cujo confisco se pretenda, o facto punível e a sua relação com o bem ou o direito, a tipificação penal do facto punível, a situação da pessoa contra a qual o pedido é dirigido relativamente aos bens, a base legal do confisco, a proposição de provas e o pedido de medidas cautelares, justificando a conveniência da sua adoção para garantir a eficácia do confisco, se for o caso (art. 803.º *ter* l LECRIM). Resultando do exigido que o Ministério Público (ou *Ministerio Fiscal*, na língua espanhola) tenha desempenhado uma função de investigação prévia ³⁷ semelhante à que lhe é imposta para o impulso de um outro processo penal — *mais típico*.

Admitido o pedido, o órgão competente deve, cumprindo o disposto no n.º 2 do art. 803.º *ter* l LECrim, declarar se concorda ou não com as medidas cautelares solicitadas e notificar as partes, concedendo um prazo de vinte dias para comparecerem ao processo e apresentarem uma resposta ao pedido de perda. A acrescentar às funções do órgão, a norma do art. 803.º *ter* n dispõe que aquele decide sobre as provas propostas em despacho, decisão da qual não cabe recurso, embora o pedido possa ser reiterado em juízo.

Caso o sujeito passivo deste processo nada diga no prazo definido para o efeito ou desista da resposta, o confisco é acordado pelo órgão competente (art. 803.º *ter* m). A doutrina aponta este automatismo da decisão como incompatível com a necessidade de comprovação da origem ilícita dos bens ³⁸.

Caso a pessoa contra quem é dirigida a perda se oponha, segue para julgamento, que decorrerá nos termos da lei processual civil ³⁹, art. 433.º, por remissão feita pelo n.º 1 do art. 803.º *ter* o LECrim. Após, continua o art. da LECrim, o juiz decidirá sobre a sentença num prazo de 20 dias a contar da conclusão do julgamento.

³⁷ Para cumprir tais exigências é necessário que o MP “*haya desarrollado una actividad investigadora previa*”, ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 247.

³⁸ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 248.

³⁹ ANA E. CARRILO DEL TESO considera que a configuração da lei parece destinada a aligeirar o processo penal ao remeter para outro a decisão sobre o confisco. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 229.

A decisão do tribunal é também alvo de regulação processual, tal como o que se segue após a decisão. Destarte, o Tribunal pode 1) concordar com o pedido e determinar o confisco final dos bens; 2) deferir parcialmente o pedido de confisco e determinar a perda do montante correspondente (neste caso as medidas cautelares que possam ter sido acordadas em relação ao resto dos bens considerar-se-ão nulas e sem efeito); 3) indeferir o pedido de confisco e declarar que o mesmo não prossegue devido à existência de qualquer um dos fundamentos de oposição (também aqui as medidas cautelares que possam ter sido acordadas devem ser tornadas nulas e sem efeito).

Quanto à previsão de que, perante um indeferimento total ou parcial, as medidas cautelares que haviam sido acordadas caem, refere-se a doutrina como “*un error del legislador*”⁴⁰, uma vez que havendo ainda a possibilidade de recurso e que esta venha a modificar a decisão e decidir pelo confisco, perde-se a segurança e localização daqueles bens, podendo frustrar-se a posterior decisão de perda.

Caso se decida pelo confisco, o art. 803.º *ter q* prevê que a investigação para a localização dos bens ou direitos pode ser realizada pelo próprio MP, o que, para ANA CARRILO DEL TESO, é mais surpreendente do que a legitimidade exclusiva que se confere aquele sujeito processual. E faz este juízo uma vez que esta investigação é feita após a decisão de confisco, o que, na opinião da mesma autora, “rompe el *iter* lógico de la recuperación de activos: investigación patrimonial, localización, embargo, decomiso y ejecución”, além de que o processo para o confisco não deveria ter o objetivo de declarar alguém como destinatário do confisco, deveria reter o bem da posse do seu titular e, decidido o confisco, entregá-lo ao Estado⁴¹.

A última norma da LECrim dedicada a este instituto (art. 803.º *ter u*) refere-se ainda à possibilidade de se propor um novo pedido de confisco baseado nos mesmos direitos, sendo isso possível quando não tenha sido tomada qualquer decisão prévia sobre o mérito do confisco ou mesmo quando o MP toma conhecimento superveniente da propriedade de novos produtos e vantagens.

⁴⁰ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 250.

⁴¹ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 253 e s.

Quanto a esta matéria, chamamos a atenção para o comentário de DÍAZ CABIALE ⁴² que aponta para uma inconstitucionalidade por violação do princípio *non bis in idem*. No entanto, atira que pode o legislador, como entende que o faz, socorrer-se da alegada natureza civil para justificar a não inconstitucionalidade.

3.3. Competência

Na legislação da vizinha Espanha isso está com maior ou menor coerência disposto na lei processual. O art. 803.º *ter* f LECrim considera serem competentes o juiz ou tribunal que conhece da ação penal suspensa (b) ou o juiz ou tribunal competente para o processar quando este não tenha sido iniciado, nas circunstâncias previstas no artigo 803.º *ter* e (c) ⁴³.

No nosso ordenamento jurídico, não há razões para se considerar que a competência é de outro sujeito que não, também, do órgão jurisdicional. À semelhança das demais questões processuais relevantes que são de reserva de juiz, é o juiz competente por cada fase do processo penal que terá a competência para decidir sobre a perda. Assim, até à acusação, é da competência do juiz de instrução (art. 17.º CPP) a decisão sobre o congelamento ou apreensão, bem como, em caso de arquivamento, a declaração expressa da perda (art. 268.º, n.º 1, *e*) CPP). Deduzida acusação, a competência para a decisão caberá ao Tribunal competente para a matéria principal.

Apesar destas considerações, não podemos ignorar a discussão que a doutrina tem levantado a propósito do art. 178.º, n.º 3, sobre se a apreensão (para garantia de efetividade da decisão de confisco) está, ou não, sujeita à reserva de juiz, ou se, por outro lado, o “despacho de autoridade judiciária” confere, também, essa competência ao MP.

⁴² Cf. JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-10, 2016, pp. 29 e 30, disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>.

⁴³ Para maiores desenvolvimentos doutrinários sobre cada uma destas hipóteses, vide ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, pp. 237 e 238 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 319-326.

MARIA JOÃO ANTUNES ⁴⁴ convoca o art. 32.º, n.º 4 *in fine* CRP, uma vez que segundo este artigo “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios” que, e chamamos atenção para esta última parte, não se “preendam diretamente com direitos fundamentais”.

A apreensão restringe o direito de propriedade e, sendo o direito de propriedade um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, fica sujeito ao art. 18.º CRP, assim como a esta parte final do n.º 4 do art. 32.º. Ainda, acrescenta a autora, não vencerá o argumento de que apenas se protege a *propriedade lícita* porque, estando ainda numa fase de instrução, vigorará o princípio da presunção da inocência em que não podemos presumir (ou concluir pela) a ilicitude daquela propriedade.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre esta matéria em 2019 ⁴⁵, tendo entendido naquela data julgar não inconstitucional ⁴⁶ a norma que autoriza o MP a autorizar, ordenar ou validar a apreensão de bens, produtos e vantagens de facto ilícito, constante no art. 178.º, n.º 1 e 3 CPP. Para o TC a reserva de juiz não tem necessariamente de se cumprir no primeiro momento, aquela garantia satisfaz-se com a possibilidade de os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens apreendidas requererem a modificação ou revogação da medida ao juiz (possibilidade conferida pelo art. 178.º, n.º 7 CPP).

Contou, ainda assim, com declaração de voto (de vencido) de Manuel da Costa Andrade ⁴⁷. O Juiz Conselheiro mostrou as suas dúvidas face à constitucionalidade deste artigo e comparou aquela

⁴⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 594.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019.

⁴⁶ Decisão criticada por MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de Activos...”, *ob. cit.*, p. 595 e s.

⁴⁷ Que em texto anterior, escrito com MARIA JOÃO ANTUNES, já se tinha posicionado no sentido de que esta matéria é matéria de competência reservada de juiz e tinha mostrado, recorrendo ao direito comparado (em especial, aos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro), aquela que é a melhor solução. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE e MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto garantia processual da

medida de congelamento com a medida de garantia patrimonial plasmada no art. 228.º CPP, arresto preventivo⁴⁸, sendo a primeira mais gravosa que a segunda, na medida em que não se faz depender a apreensão “de um juízo de fundado receio de perda de garantia patrimonial ou de forte indicição dos ilícitos criminais e sem limitação temporal expressa”, além disso, a possibilidade de intervenção judicial além de ser a posteriori, é uma “mera possibilidade residual ou eventual”.

3.4. Impulso processual

Relativamente à legitimidade ativa no âmbito do processo, a quem cabe o impulso processual de prosseguir para efeitos de perda, o art. 803.º *ter* h LECrim atribui a legitimidade exclusivamente ao Ministério Público. Esta solução foi criticada pela doutrina, nomeadamente a propósito da possibilidade de acusação particular ou popular⁴⁹, no entanto, ainda assim, o legislador foi claro na sua opção.

O que nos parece mais coerente na lógica processual do nosso ordenamento jurídico⁵⁰, seria seguir aquela que é a regra da legislação processual a que aludimos, cabendo ao Ministério Público a legitimidade de promover o pedido de perda, também aqui obedecendo a critérios de objetividade (art. 53.º, n.º 1 CPP). Consideramos, no entanto, que no caso de

perda de vantagens do crime”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4005, Ano 146, Julho-Agosto, 2017, p. 368 e s.

⁴⁸ Da (des)necessidade de distinção entre estas figuras: apreensão e arresto preventivo, *vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 360-370 e MARIA JOÃO ANTUNES, “Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência”, *Católica Law Review*, Vol. 4, n.º 3, pp. 131-144, disponível online em <https://doi.org/10.34632/catocalawreview.2020.9551>.

⁴⁹ Além disso, ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomisso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 239, tem um contributo interessante nesta matéria ao afirmar que o princípio do contraditório impõe que uma das partes inclua na acusação o pedido desta consequência, não tendo de ser o MP a fazê-lo. Assim, considera a autora, não parece razoável que quem possa pedir o confisco não possa iniciar o procedimento que o venha a tornar efetivo. *Vide* também a este propósito M.ª ISABEL GONZÁLEZ CANO, *ob. cit.*, p. 78.

⁵⁰ Embora essa seja uma das questões que, para MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 453, a legislação processual penal não dá resposta.

acusação particular, em que o MP não tenha deduzido acusação, mas o assistente o tenha feito, cabe a este último o impulso processual ⁵¹.

CRUZ BUCHO, no que respeita ao prosseguimento do processo em caso de declaração de contumácia do arguido, não considera que tenha sido essa a opção do legislador, embora entenda que seria a melhor solução. Assim, nesse caso, o prosseguimento é ordenado pelo juiz, *ex officio*, depois de exercido o contraditório, ouvindo todos os sujeitos processuais, em especial o MP e o defensor do arguido contumaz ⁵².

Nesse caso, aliás, coloca-se a questão de saber se o prosseguimento do processo é obrigatório. CRUZ BUCHO entende que não ⁵³. Para este autor, por força do considerando 15 da Diretiva, o processo continuará “em determinadas circunstâncias”, sendo que essas deveriam ter sido esclarecidas pelos Estados, nomeadamente pelo legislador português que, uma vez mais, não o fez.

Somos de crer que, não estando definidos critérios, e por razão de necessidade de prevenção, deve ser entendido que o prosseguimento para a perda é obrigatório. Além disso, embora o legislador possa definir critérios, e seguir até a sugestão de CRUZ BUCHO de atribuir competência ao juiz singular pela desnecessidade da decisão ser tomada pelo coletivo ⁵⁴, não consideramos que o prosseguimento para a perda deva ser submetido a critérios de oportunidade ou utilidade ⁵⁵.

Quanto à legitimidade passiva não subsistem dúvidas de que esta cabe, tal como preconiza o art. 803.º *ter j* LECrim, àqueles contra os quais o Ministério Público dirige a ação de perda, pela sua relação com os bens a confiscar.

⁵¹ Cf. CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 392, nota de rodapé 79, que, admite, mas com dúvidas esta possibilidade.

⁵² JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 250 e s.

⁵³ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, pp. 253.

⁵⁴ JOSÉ “CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 253.

⁵⁵ Embora não sobre a perda sem condenação, mas a propósito da perda de vantagens de terceiro não ser subtraída a critérios de oportunidade, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 29/06/2022, Proc. n.º 638/17.7IDPRT.P2, relatado por Liliana de Páris Dias e ainda, da mesma relação, o Acórdão de 15/03/2023, Proc. n.º 786/20.6T9VLG.P1, relatado por Cláudia Rodrigues, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

O legislador espanhol resolve ainda uma questão de extrema relevância naquele art. 803.º *ter j*, deixando claro no seu n.º 1 que os sujeitos passivos da perda sem condenação são notificados como arguidos — e isto de uma forma genérica, ou seja, mesmo que a relação com os bens não seja a do arguido (ou seja, no caso de falecimento do arguido, em que o sujeito passivo é a herança jacente ou os herdeiros).

3.5. O pedido e o princípio da acusação

A doutrina tem ainda levantado a questão sobre saber se o pedido de perda deve (ou não) constar obrigatoriamente da acusação para dar cumprimento a exigências constitucionais e à garantia de defesa do afetado pela decisão de perda ⁵⁶.

A Constituição da República Portuguesa, no seu art. 32.º, n.º 5, consagra a estrutura acusatória ⁵⁷ do processo criminal. Resulta do princípio da acusação a existência de uma cisão entre a entidade que investiga e acusa (MP) e a entidade que julga (juiz) ⁵⁸. Dessa forma, é imperativo que a acusação “defina e fixe, perante o tribunal, o objeto do processo” ⁵⁹.

Por força desta estrutura acusatória importa responder às questões: está o Tribunal limitado à acusação e só haverá perda se tal

⁵⁶ Como já apontamos, MÁRIO FERREIRA MONTE, *ob. cit.*, p. 453, levantou a questão “Deve a proposta de confisco ser feita na acusação, para o arguido e/ou o terceiro poderem contestar?”.

⁵⁷ Que se opõe ao modelo inquisitório. Num sistema de estrutura processual penal inquisitória o juiz é o *dominus* absoluto do processo e junta em si todas as funções do processo, ele investiga, acusa e julga. Referimo-nos a um modelo em que as finalidades processuais são exclusivamente a realização da justiça e a descoberta da verdade, a confissão era a “rainha das provas”, admitindo-se, inclusive, a tortura como forma de chegar a essa confissão. O arguido era objeto do processo, e não sujeito. A este propósito *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, pp. 24-27, GERMANO MARQUES DA SILVA; HENRIQUE SALINAS, *in*: Jorge Miranda; Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2.º Edição, 2010, pp. 729-731.

⁵⁸ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 92 e ss.

⁵⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 93.

pedido e a sua fundamentação constar da acusação? Ou a decisão de perda pode ser tomada oficiosamente pelo Tribunal?

O art. 283.º CPP elenca o que é que a acusação contém sob pena de nulidade e, de entre as suas alíneas não encontramos menção expressa ao pedido de perda. Devemos esclarecer que tal não é impeditivo da exigência, uma vez que, ainda assim, o legislador exige o pedido ou o impulso processual em alguns casos, tal como no arresto preventivo (art. 194.º, n.º 1 e 228.º, n.º 1 e 194.º, 2 e 3 CPP). Já quanto à necessidade desse pedido expresso para o juiz de instrução decidir a perda em caso de arquivamento, temos algumas dúvidas, uma vez que não nos parece que a lei seja clara nessa exigência. Concordamos, no entanto, que a perda não opera *ope legis* ⁶⁰.

Entendemos que a obrigatoriedade, para dar cumprimento ao princípio da acusação, de constar o pedido de perda da acusação encontra consagração no art. 283.º, n.º 3, al. d) CPP, ao exigir que aquela contenha as disposições legais aplicáveis. Assim, sustentamos, a menção aos artigos da perda deve, obrigatoriamente, constar da acusação ⁶¹.

Embora o processo de confisco seja autónomo em Espanha e se inicie por escrito onde especifica contra quem, quais bens, a disposição legal, bem como a fundamentação de facto (*vide* art. 803.º *ter* l LECrim), TOMÁS FARTO PIAY também dedicou o seu estudo a perceber da necessidade dessa menção na acusação, por força do respeito pelo princípio acusatório. O autor defende a necessidade de o confisco ser pedido pela parte acusatória, “*para así ser introducido en el debate de juicio oral*” ⁶², assim, respeitando aqueles que são

⁶⁰ Vide Ac. TRC., de 16/12/2020, Processo n.º 899/16.9T9CLD-A.C1, “Da interpretação integrada dos arts. 186.º, n.º 3, e 268.º, n.º 1, al. e), do CPP, decorre que, em caso de arquivamento do inquérito nos termos dos arts. 277.º, 280.º e 282.º, do mesmo diploma, a perda a favor do Estado de animais, coisas e objectos apreendidos não opera *ope legis*; antes exige prévia declaração do juiz de instrução.”

⁶¹ Não estando e existindo essa promoção posterior, consideramos, e não apenas por cautela, que se deve seguir o disposto no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2008. Neste sentido, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 392, nota de rodapé 78, recomenda aplicar, por cautela.

⁶² TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 135.

os princípios fundamentais da estrutura acusatório do processo penal, o princípio do acusatório e o princípio do contraditório ⁶³.

3.6. Notificação

Com o falecimento do arguido são chamados ao processo os seus herdeiros (ou legatários) e estes, entendemos, devem ser notificados nos termos dos arts. 111.º a 117.º, do CPP, e só no caso de não ser possível a sua identificação é que, por analogia, nos socorremos do disposto no art. 186.º, n.º 4, também do CPP ⁶⁴. Assim, devemos ler este último artigo, para efeitos de aplicação ao nosso estudo, como: sendo impossível determinar a identidade ou paradeiro dos herdeiros ou sucessores do arguido entretanto falecido, procede-se, mediante despacho fundamentado do juiz, à notificação edital.

No caso de declaração de contumácia, apesar de nos parecer que o considerando 15 da Diretiva faz dispensar a notificação ao arguido contumaz, consideramos que este, pese embora as dificuldades de citação que conhecemos e que levaram aquela declaração, deve ser notificado por edital (porque a possibilidade de decisão de perda mesmo durante a sua contumácia pode revelar-se até como um incentivador para o arguido se apresentar ao processo), pela mesma razão e aplicação do art. 186.º, n.º 4, do CPP ⁶⁵.

A solução espanhola também garante os direitos de defesa do arguido contumaz, dispondo no art. 803.º *ter* j LECrim que a notificação é dirigida ao defensor daquele sujeito (no processo principal suspenso) e mediante edital afixado no quadro de avisos do Tribunal. Ainda, na norma espanhola, fica esclarecido que, para a perda sem

⁶³ Era já este o entendimento do STS, de 6 de março de 2001, onde se lia que “Para acordar el comiso, es preciso que lo solicite alguna de las acusaciones, a fin de que el reo pueda defenderse y se debata en juicio oral”, *cf.* ELENA LORENE PABLO, “La investigación Patrimonial: Aspectos Prácticos del Decomiso y de ça Recuperación de Activos”, *in*: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e Nicolás Rodríguez-García, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 861.

⁶⁴ Neste sentido, CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 400.

⁶⁵ Neste sentido, uma vez mais, CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 400.

condenação, o terceiro é citado nos termos daquela lei, devendo a notificação indicar que o julgamento se pode realizar à sua revelia (art. 803.º *ter* b 3 LECrim).

Devemos ainda fazer notar a solução adotada na lei processual alemã que, segundo o §429.º StPO, a parte envolvida (entendemos que se refere ao arguido contumaz, ao herdeiro, ao sucessor e ao terceiro) é notificada da data da audiência principal, nos termos do § 40.º do mesmo código, o que nos leva a considerar que não sendo possível a citação pessoal, será feita por edital (ou notificação pública, numa tradução mais literal), numa solução idêntica à espanhola, na medida em que também se prevê que a notificação contenha a indicação que o julgamento se realizará mesmo sem a presença daquele.

3.7. Direito de assistência por advogado

Ainda a propósito da parte passiva deste processo, devemos olhar a Diretiva 2014/42/UE ⁶⁶, onde lemos que “as pessoas cujos bens sejam afetados pela decisão de perda têm direito de ter acesso a um advogado durante todo o processo de decisão de perda em relação à determinação dos produtos e instrumentos, a fim de poder defender os seus direitos” e que, termina o n.º 7 do art. 8.º, “as pessoas em causa são informadas deste direito”.

Pese embora tal previsão, o nosso sistema processual não prevê diretamente esta assistência por advogado. Consideramos, no entanto, que tal direito resulta, desde logo, do texto constitucional, art. 20.º, n.º 2 e 32.º, n.º 3, garantindo, assim, o direito de assistência ⁶⁷.

Já a LECrim prevê expressamente que a estes sujeitos, partes passivas do processo, são aplicáveis as normas que regulam o direito a

⁶⁶ Embora isso já fosse entendimento da doutrina, uma vez que, estando isso previsto para os arguidos e demandantes civis no processo penal, não fazia sentido não se garantir a este interveniente. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, S.A, 2012, p.131.

⁶⁷ Assim, JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 131 e JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 235.

assistência judiciária do arguido (art. 803.º *ter i*). E isto tem uma outra realização muito importante que é a da previsão feita pelo art. 803.º *ter k*, que dispõe que no caso do arguido rebelde do processo principal, agora suspenso, não aparecer, ser-lhe-á nomeado procurador do Ministério Público e advogado que assumirá a sua representação e defesa.

TOMÁS FARTO PIAY⁶⁸ entende que devemos considerar que estas normas se referem também aos terceiros afetados por uma decisão de perda e concordamos com tal entendimento, uma vez que, projetando este entendimento para o nosso sistema processual, tal garantia é conferida ao demandado civil no art. 76.º, n.º 2 CPP e, a Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, no art. 44.º, n.º 2, faz uma remissão para as regras do estatuto de arguido, para os pedido de proteção jurídica por quem pretenda constituir-se assistente ou formular ou contestar pedido de indemnização cível em processo penal. Não tendo o terceiro uma posição ou estatuto processual definido no processo penal, permite-nos o art. 4.º CPP que se integre lacunas por analogia.

Por fim, cremos que o legislador português se poderá também inspirar na clara previsão do §428 StPO, que não só prevê expressamente que qualquer pessoa envolvida no processo de confisco pode ser acompanhada por advogado, como que tem direito a *apoio judiciário* se a sua situação económico-financeira o justificar.

3.8. A Prova

A propósito da perda alargada de bens o legislador considerou admitir qualquer meio de prova válido em processo penal, a fim de provar a proveniência lícita dos bens em discussão (art. 9.º, n.º 2, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). Ao invés, não consta do CPP regulação processual da matéria probatória no caso da perda clássica.

Na legislação do ordenamento jurídico vizinho entende-se que é admitida toda a prova prevista em geral no Código de Processo Civil

⁶⁸ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, pp. 348 e 349.

Espanhol ⁶⁹, por força da remissão que é feita no art. 803.º *ter g* LECrim ⁷⁰.

A discussão sobre a natureza jurídica encontra aqui relevância e consequências práticas a nível processual ⁷¹. Significa isto que a decisão da perda não pode ser tomada sem que seja apresentada prova da titularidade ilícita dos bens (quer de terceiro, quer do agente contumaz ou falecido). Além disso, impossibilita as regras civis de inversão do ónus da prova ⁷², recaindo sobre o Ministério Público o ónus de comprovar os factos e a verificação dos requisitos que motivam e fundamentam a decisão de perda ⁷³.

Assim, entendemos que o MP, o tribunal e também o afetado a quem pertencem os bens, têm ao seu dispor todos os meios de prova admitidos em sede do processo penal (arts. 124.º a 167.º CPP), nomeadamente o recurso a presunções judiciais ⁷⁴, mas já não a presunções legais ⁷⁵.

Quanto a estas últimas, o legislador espanhol optou por admiti-las a propósito não só da perda alargada (como também o fazemos), mas também a propósito da perda de bens de terceiros (alvo também de perda sem condenação), art. 127.º *quater* 2 CPE. Assim, provada a transferência a título gratuito ou a preço inferior ao do mercado,

⁶⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, disponível *online* em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

⁷⁰ Assim, TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 365.

⁷¹ Sobre a qual nos posicionamos já, a propósito da sua natureza penal. Vide HELENA SOFIA MARTINS ANDRADE, “Fragilidades da Regulação Penal E Processual Da Perda De Bens Pertencentes A Terceiros E Da Perda Sem Condenação”, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em <https://hdl.handle.net/10316/111051>, pp. 23-32.

⁷² Neste sentido, vide JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português, História, Soluções e Desafios*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 99 e 100.

⁷³ Tal como acontece no processo espanhol, cf. TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 366.

⁷⁴ Neste sentido, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 404.

⁷⁵ Neste sentido, também JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos...*, *ob. cit.*, p. 100, que, em nota de rodapé demonstra que, se o admitíssemos estaríamos a aproximar-nos da perda alargada e deixava de ter sentido útil a distinção dos institutos (perda clássica e perda alargada).

presume-se a má-fé do terceiro, presunção essa que motiva e fundamenta a perda ⁷⁶.

Ficam ainda questões por responder, nomeadamente aquela apontada por CRUZ BUCHO como simples, mas relevante: quantas testemunhas pode o terceiro arrolar? ⁷⁷ Dependerá do modo de integração da lacuna. Quanto ao terceiro, podemos considerar entre a sua equiparação ao demandado civil ou ao arguido. Somos de crer que o estatuto de terceiro deve ser equiparado ao do arguido, logo, consideramos ser possível ao terceiro arrolar até 20 testemunhas, tal como é admitido ao arguido no âmbito do processo principal.

A solução distinta, de integrar a lacuna com a regra do art. 79.º CPP ao equiparar o terceiro ao demandado civil, não nos choca, no entanto, por coerência com o que temos defendido, enquanto não há regulação específica, a melhor solução parece ser a da equiparação às regras processuais do arguido. É assim, desde logo, pela forma como entendemos a intervenção do terceiro (em sentido próprio ou herdeiros), defendendo que aquele se pode pronunciar acerca da questão principal, a verificação do facto ilícito.

Quanto ao arguido contumaz, parece-nos que não se diferenciará da solução adotada para a questão principal, valendo o disposto no art. 283.º, n.º 3, al. e), por remissão feita pelo art. 311.º-B, ambos do CPP. Quanto a isto e apesar de o legislador se limitar a determinar o prosseguimento do processo para efeitos de perda e não o modo em que acontece, não há razões para se defender que o arguido, apesar de contumaz, não possa, ainda que através do seu defensor, contestar a pretensão de perda e apresentar meios de prova.

3.9. Cessação da contumácia e prosseguimento do processo

“A declaração de contumácia caduca logo que o arguido se apresentar ou for detido”, dispõe o n.º 1 do art. 336.º CPP. E, diz-nos CRUZ BUCHO, é impossível que o processo incidental (para a perda

⁷⁶ Solução criticada pela doutrina espanhola por ser incompatível com o princípio da presunção da inocência, cf. JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, *ob. cit.*, p. 59.

⁷⁷ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 231.

sem condenação) e o processo principal (com vista à condenação) corram em simultâneo, uma vez que o primeiro depende da suspensão do segundo ⁷⁸.

Assim, extinto o processo incidental, a questão que a seguir se coloca é se a prova produzida pode ser aproveitada para o processo principal onde agora se vai decidir a questão da perda. Tendo a prova sido produzida em audiência e com respeito pelo princípio do contraditório, parece que não há razões para que esta não seja aproveitada, embora apenas possa relevar para a mesma discussão, a da decisão de confisco dos produtos e vantagens do facto ilícito ⁷⁹.

Situação diferente é se a contumácia cessa depois de decidido o incidente processual. É de relembrar que, quando o Tribunal decide a perda, decide a perda (de produtos e vantagens) de facto ilícito típico [art. 110.º, n.º 1, al. a) e b) CP], ou seja, se se decide pela perda a favor do Estado já se está a fazer um juízo da verificação de um ilícito típico.

Assim, questiona CRUZ BUCHO, numa relevante reflexão, o que acontece perante julgados divergentes ou contraditórios?⁸⁰Se tivermos uma decisão de confisco (do agente contumaz ou de terceiro) e uma posterior absolvição do arguido?

O legislador espanhol esclareceu de forma clara que “*el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce*” (art. 803.º *ter p*, n.º 2, LECrim). Em 2015, acrescentou-se ao art. 954.º LECrim um novo n.º 2 que vem prever, como uma das possibilidades de revisão de sentença já transitada em julgado de processo de confisco autónomo, qualquer contradição entre os factos aí declarados provados e aqueles declarados provados na sentença penal final, se esta vier a existir. Além disso, é entendimento da doutrina que a sentença que se mantém firme e que prevalece é a do processo

⁷⁸ JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 255, que nos diz que a cessação da contumácia extingue o incidente para o confisco, “por impossibilidade superveniente”.

⁷⁹ Cf. JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, p. 256. Em sentido contrário, CELSO ALEXANDRE ROCHA, *ob. cit.*, p. 406, que considera que poderíamos estar a transformar o incidente da perda “num verdadeiro *juízo de arguido ausente*”.

⁸⁰ *Vide*, JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, pp. 257-260.

penal principal, uma vez que este é o motivo de revisão da sentença do processo autônomo de confisco ⁸¹.

Por seu turno, o legislador português, mais uma vez, não previu esta hipótese. O art. 449.º, n.º 1, al. c) CPP, pressupõe que as decisões contraditórias sejam condenatórias ⁸². Concordamos com a doutrina espanhola, na medida em que não podemos fazer prevalecer a segurança jurídica (do trânsito em julgado) sobre a justiça e fazer prevalecer uma decisão, ainda que não condenatória, injusta ⁸³.

4. Que futuro para o instituto da perda? Breve referência à Proposta de Diretiva

O futuro abre portas para a alteração legislativa. Queremos referir-nos à proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio de 2022, sobre o qual já fomos dando algumas pistas.

A Diretiva pretende aplicar-se às infrações penais a que se refere no seu art. 2.º, n.º 1, como a participação numa organização criminosa, branqueamento de capitais, corrupção, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, contrafação de moeda. Esta não se apresenta com um intuito de luta contra a criminalidade lucrativa de um modo geral, mas sim, contra a criminalidade organizada (que tem, naturalmente, escopo lucrativo), ficando isso claro quer na exposição de motivos que identifica logo aquela como “uma das maiores ameaças à segurança da União Europeia”, quer no art. 2.º, n.º 2, ao prever a aplicação daquela Diretiva a outros crimes, além dos dispostos no n.º 1, na medida em que tenham sido cometidos no âmbito de uma organização criminosa.

Devemos destacar o disposto no art. 15.º, alínea *d)*, *e)* e *f)*, que prevê que a prescrição, a imunidade penal do suspeito ou arguido e

⁸¹ Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomisso Y Recuperación...*, *ob. cit.*, p. 252 e TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 467.

⁸² A inércia do legislador é fortemente criticada por JOSÉ CRUZ BUCHO, *ob. cit.*, pp. 259 e 260.

⁸³ TOMÁS FARTO PIAY, *ob. cit.*, p. 466.

a amnistia concedida ao suspeito ou arguido, constituam fundamentos para o desencadeamento da perda sem condenação.

Quanto à prescrição, o legislador europeu refere-se à “expiração dos prazos previstos no direito nacional, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir a investigação e a repressão efetivas das infrações penais em causa”. Questionamos: o que se entende por prazos não suficientemente longos? O prazo de prescrição do crime de tráfico de órgãos humanos (art. 144.º-A, n.º 1 CP) — de 10 anos [art. 118.º, n.º 1, al. b) CP] — é suficientemente longo?

Já tínhamos enunciado esta possibilidade, mas não nos tínhamos ainda pronunciado sobre o seu mérito. Além disso, durante o presente estudo fomos revelando que consideramos que as hipóteses da morte e da contumácia não são taxativas e que o legislador teve apenas a intenção de dar exemplos e não de fechar as hipóteses. Não obstante, entendemos que esta novidade no instrumento europeu necessitará, para que seja admitido a continuação do processo para a perda, de previsão específica na lei substantiva. Não consideramos que o legislador pretendeu ⁸⁴, com a cláusula pouco fechada “incluindo”, incluir a possibilidade de prosseguimento do processo em caso de prescrição ou extinção por amnistia.

O instituto da perda, consideramos, é um mecanismo de natureza penal e é por lhe atribuirmos essa natureza que não podemos deixar de questionar a admissibilidade de, extinto o processo penal, ser admitido o processo para a perda. A exceção está definida no art. 127.º do CP, no qual, desde 2017, se diz que a extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos de declaração de perda.

Não temos dúvidas, no entanto, que a amnistia não deve privar a perda de produtos e vantagens do crime, o que duvidamos é que tal encontre previsão legal para operar no âmbito do nosso ordenamento jurídico, dada a previsão expressa do art. 127.º, n.º 3, do CP, e até a previsão do art. 75.º, n.º 4, em que se prevê que, entre outros, a amnistia não obsta à verificação da reincidência. Se o legislador especificou estes casos, considerar outros não coloca em causa o

⁸⁴ Como faz ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 284 e s.

princípio da legalidade? Além disso, que utilidade teria de prever a exceção para o caso de morte se nas outras hipóteses também prosseguiria para declaração de perda? Consideramos que, a ser aprovada a proposta, tal implicará, para a transposição, uma nova alteração aos arts. 127.º e 128.º do CP.

Apesar das nossas inquietações, não podemos deixar de chamar a atenção para a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que, em 1995, acordou “em estabelecer, com carácter obrigatório para os tribunais judiciais, a seguinte jurisprudência: Declarado extinto o procedimento criminal por efeito de amnistia, à perda dos instrumentos e produtos do crime aplica-se, salvo disposição em contrário da lei de amnistia, o disposto no artigo 107.º do Código Penal, na versão de 1982, ressaltando-se o especificamente estabelecido em legislação penal extravagante, relativa a esse tipo de crime, quanto àquele instituto”⁸⁵.

Outra novidade é a que lemos no considerando 26, dispondo que a perda “deverá também ser possível se um tribunal considerar que os instrumentos, produtos ou bens em questão provêm de atividades criminosas (...) O mesmo deverá ser possível nos casos em que os prazos previstos no direito nacional tenham expirado, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir uma investigação e repressão efetivas das infrações penais em causa. (...) Por razões de proporcionalidade, a perda de bens sem condenação prévia deve limitar-se aos casos de crimes graves”. Quanto a esta última parte, ANTERO TAVEIRA⁸⁶ chamou a atenção para a necessidade de o legislador intervir para clarificar o que se entende por prazos não suficientemente longos e crimes graves para efeito de declaração de perda em caso de o processo penal já se encontrar prescrito.

De qualquer das formas, repetimos: o que é a criminalidade grave? O art. 15.º, n.º 4 da Proposta de Diretiva parece ter dado a resposta, deixando fora do âmbito de aplicação daquela norma os tipos legais de crimes cuja pena máxima, na moldura penal, seja inferior a quatro anos.

Embora consideremos a relevância dessa distinção e compreendamos que a intenção de mostrar que o crime não compensa é dirigido

⁸⁵ Acórdão n.º 6/95.

⁸⁶ ANTERO TAVEIRA, *ob. cit.*, p. 288.

sobretudo aos autores da grande criminalidade económica, não podemos deixar de pensar criticamente a propósito da diferenciação entre criminalidade grave e menos grave.

Sendo certo que a Proposta de Diretiva limita o seu âmbito de atuação, a verdade é que limita à criminalidade mais grave, a uma criminalidade que tem movido milhões e que se tem revelado um grande flagelo a nível europeu. Assim, por maioria de razão, raciocínio idêntico deve ser feito para o instituto da perda nos demais crimes. As nossas dúvidas prendem-se com as necessidades de prevenção e se estas se continuarão a cumprir.

Recuperando o exemplo de que quando se dispensa a pena possa ser razoável a dispensa da perda, a verdade é que esta última, tal como a inscrição da condenação em registo criminal, são consequências jurídicas do crime, e, por isso, ainda que compreendamos a solução nesses casos, há margem para se questionar a sua admissibilidade, uma vez que, como sabemos a dispensa de pena não deixa de ser uma condenação ⁸⁷, que gera consequências jurídicas do facto.

A nossa dúvida quanto a esta solução prende-se com um regime comparado. Se o art. 268.º, al. e), do CPP prevê o a declaração de perda pelo juiz de instrução em caso de dispensa de pena, como é que podemos admitir uma ponderação entre criminalidade grave e menos grave perante crimes que, na sua maioria têm, no mínimo uma pena máxima de 5 anos?

De um ponto de vista mais processual, notar ainda, no âmbito das medidas de congelamento para não se dissipar o património ilícito, a necessidade de, segundo o considerando 21, os Tribunais serem obrigados a reapreciar as necessidades dessa privação, de modo que não se exceda a limitação que se faz do direito de propriedade. Esta medida não é uma novidade, é, aliás, uma cópia do considerando 31 da Diretiva 2014/42/UE, no entanto, e uma vez que tal não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico, pelo menos não expressamente, podemos e devemos olhar para esta necessidade de revisões periódicas das medidas de congelamento.

⁸⁷ Que, aliás, nem necessitava de o ser, uma vez que admitidos a perda não dependente de condenação.

Não encontramos no art. 227.º CPP nenhuma menção a esta necessidade de revisão da medida de garantia patrimonial, no entanto o legislador poderá querer ousar mais desta vez e, não só finalmente prever a revisão, como não se limitar aos crimes previstos para aplicação desta Diretiva, mas estender para todo o instituto, por referência ao limite do art. 18.º, n.º 2 CRP ⁸⁸.

Não obstante o que ficou dito, JOÃO CONDE CORREIA ⁸⁹ considerava já que tal necessidade resultava do princípio da precaridade ⁹⁰, e, logo que as circunstâncias que justificaram a medida cessem ou atenuem, a medida deve ser revogada, “daí que (...) se preconizem revisões periódicas das medidas provisórias” ⁹¹.

A esperança que fica quanto à proposta de Diretiva é que esta leve o legislador nacional a voltar a olhar para matéria. Mas será que o legislador vai aproveitar a oportunidade? Ou será “mais uma oportunidade perdida”? ⁹²

⁸⁸ Embora não consideremos que na perda de bens (mesmo de terceiros) estejamos perante uma violação do direito de propriedade, a realidade é que enquanto a medida de congelamento vigora, vigora também o princípio da presunção da inocência, o que levará a que ainda se considera a propriedade como lícita e a sua restrição como uma restrição de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias.

⁸⁹ JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 180.

⁹⁰ Que, segundo MARIA JOÃO ANTUNES, “não é mais do que uma consequência dos princípios da necessidade e da adequação” e, embora aplicando-o à medida de coação, diz que esta “é imediatamente revogada sempre que tiverem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação, porque deixou de ser necessária”, *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação”, *in* Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1257.

⁹¹ Referia-se à Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, que veio a dar lugar à Diretiva 2014/42/UE.

⁹² Expressão de JOÃO CONDE CORREIA, “Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia?”, *in*: Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso, João Conde Correia, *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, 2018, Imprensa Nacional, Ministério Público Portugal, Procuradoria-Geral Distrital do Porto, p. 353.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt