



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

CONFISCO: A GRANDE FUGA
O crime Organizado e o Confisco Moderno

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: João Jaime Cardeira Jorge

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

Número do candidato: 19990332

Fevereiro de 2024

Lisboa

Esta dissertação foi desenvolvida no âmbito do Projeto de I&D: *Corpus Delicti - Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional*, sediado no *Ratio Legis* - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, sob a coordenação científica do Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

Agradecimentos

Uma folha inteira para agradecer a todos os que me ajudaram nesta jornada, desde a licenciatura até agora? É impossível.

O meu profundo e sentido agradecimento à minha mãe. Responsável por tudo de bom em mim e por nada do que não é. A pessoa que me acompanhou e apoiou incondicionalmente desde o meu primeiro sopro de vida, me protegeu e me criou na mais absoluta felicidade e alegria, com um amor infinito, sem condições, puro e envolvente. Nunca, para ela, fui uma decepção, a maior prova de amor que alguém pode oferecer. Se não fui mais, não foi por causa dela, foi apesar de tudo o que fez por mim. Estará, até ao meu último momento, sempre ao meu lado.

À minha irmã, Tété, pelo constante e inesgotável apoio em todas as ocasiões, o encorajamento nos momentos de desânimo, o otimismo contagiante e a preocupação com alguém que nem sempre o merece. Pelo teu amor e altruísmo a minha gratidão.

Ao meu orientador, Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente. Mais do que um professor, um formador. No momento que me sentei para assistir à sua primeira aula de Direito Penal I, a minha cultura e mente jurídica era terreno virgem. Foi ele que plantou as sementes, as regou e as fez crescer, criando o jurista que sou hoje. Sempre interrogando, desafiando, fazendo refletir, dando liberdade para encontrarmos o nosso próprio caminho, apenas alertando para os perigos na estrada. Mais do que transmitir a dogmática, técnica jurídica, ou o simples conhecimento teórico, usa o seu saber, acuidade e experiência para incentivar o pensamento crítico e a superação do discente. Sem ele este trabalho científico não existiria, pois eu não seria o mesmo jurista.

Para terminar, numa nota de leveza, pois a vida é uma piada, ao Maxwell, uma pessoa não-humana, um cão de excelência, um companheiro de elite, que esteve ao meu lado desde o início da minha carreira académica, por longas sessões de estudo e ainda mais longos passeios até a malvada idade lhe enfraquecer o corpo, e alguma preguiça, também, o impedir. E uma lembrança da Anuska, que partiu cedo demais.

Aqui me despeço, também. Dei o meu melhor até ao fim.

Kill the spirits and you'll be blinded

And the end is always the same

Play with fire you burn your fingers

And lose your hold of the flame, oh

It's over, it's done

The end has begun

If you listen to fools

The mob rules

Tony Iommi, Ronnie Dio, Michael Butler – Black Sabbath “Mob Rules”

Resumo

Com a expansão da criminalidade organizada além-fronteiras o sistema legal das nações enfrenta novos desafios que exigem um esforço conjunto, de harmonização legal e cooperação judicial. O confisco dos rendimentos do crime surge como arma mais eficaz para combater um fenómeno criminoso, sofisticado no *modus operandi*, obscurecido através da tecnologia e da deslocalização e quase invulnerável ao confisco clássico ligado ao facto típico, ilícito e culposo. A perda alargada, o confisco sem condenação, a *actio in rem* e o eficaz confisco de terceiros de má-fé são a evolução, mas dúvidas quanto ao respeito dos direitos fundamentais destes novos instrumentos persistem. Caracterizando primeiro este fenómeno criminoso, colocando o foco na dificuldade da sua delimitação conceitual, iremos de seguida analisar a evolução da legislação europeia, no domínio do confisco, avaliando a sua conformidade constitucional e examinando os sinais e as perspectivas para o futuro deste instituto nas legislações dos EM da União Europeia. Por fim pomos em foco as diferentes dimensões do confisco, como a investigação patrimonial, a gestão dos bens e o seu uso após a perda. A questão é quão longe podemos ir ou até se já fomos longe demais.

Palavras-Chave: direitos; confisco; perda; criminalidade.

Abstract

With organized crime expanding beyond borders, nation's legal systems are facing new challenges which demand a combined effort of legal harmonisation and judicial cooperation. Confiscation of the proceeds of crime appears as the most effective weapon against a criminal phenomenon, sophisticated in its *modus operandi*, obscured through technology and offshoring and almost invulnerable to the classic forfeiture connected to a typical, illicit, culpable fact. Extended confiscation, non-conviction based confiscation, *actio in rem* and the effective confiscation of a bad faith third party are the evolution, but doubts remain as to their respect for fundamental rights. First characterizing this criminal phenomenon, placing the focus on the difficulty of its conceptualization we will next analyze the evolution of European legislation regarding confiscation, assessing its constitutional conformity and examining the signs and perspectives for the future of this institute in the legislation of the European Union's Member States. Finally, we will focus on the different dimensions of confiscation, like patrimonial investigation, asset management and its use after the forfeiture. The question is how far we can go or even if we've gone too far.

Keywords: *rights; confiscation, forfeiture; criminality*

Índice

Introdução	10
CAPÍTULO I – Criminalidade Organizada Transnacional	12
1.1. O império criminoso global	12
1.1.1. A legiferação reacionária	15
1.1.2. Os princípios garantia da pessoa visada com a decisão de perda de bens	20
1.2. As características da hidra	22
1.2.1. A corrupção e a contaminação da economia lícita	25
1.2.2. O terror e o labirinto cibernético adimensional	28
1.3. A urgência de um conceito de criminalidade organizada	35
1.3.1. Inarmonia	36
1.3.2. A obliteração do inimigo	42
CAPÍTULO II – Confisco	47
2.1. A aurora da recuperação de ativos até à Diretiva 2014/42/UE	47
2.1.1. O impulso americano na cooperação global	49
2.1.2. A harmonização europeia e o paradigma securitário	54
2.2. Perda alargada	64
2.2.1. Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro	67
2.2.2. A natureza do instituto – a chave mestra	78
2.3. <i>Non-Conviction Based Confiscation</i>	93
2.3.1. Confisco sem condenação na legislação europeia	96
2.3.2. Confisco sem-condenação em Portugal – presente e futuro	102
CAPÍTULO III – Terceiros, O Reconhecimento Mútuo e a Investigação	108
3.1. A perda de bens de terceiros	108
3.1.1. Os terceiros na Diretiva 2014/42/UE e a jurisprudência europeia	111

3.1.2. A perda de bens de terceiros em Portugal.....	116
3.2. O princípio do reconhecimento mútuo na recuperação de ativos.....	125
3.2.1. Regulamento (UE) 2018/1805	128
3.2.2. A recusa do reconhecimento e execução e os direitos de defesa.....	133
3.3. Uma visão holística do confisco	142
3.3.1. A administração e o destino dos ativos recuperados	144
3.3.2. A investigação e a cultura jurídica.....	150
Conclusão	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	160

Abreviaturas e Acrónimos

AJ — Autoridade Judiciária

CARIN – Camden Asset Recovery Inter-agency Network

CC – Código Civil

CDFUE – Carta dos direitos fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção europeia dos direitos humanos

Cf. – Conferir

CNUCOT — Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional

COREPER – Comité de Representantes Permanentes dos Governos dos Estados-Membros da União Europeia

CP – Código Penal

CPP – Código do Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DEA – Drug Enforcement Agency

ECBA – European Criminal Bar Association

ed – Editor(a)

EM – Estados-Membros

EUA – Estados Unidos da América

FATF – Financial Action Task Force

GAB – Gabinete de administração de bens

GAFI – Groupe d'action financière

GRA – Gabinete de recuperação de ativos

i.e. – Ipsum est

JIC – Juiz de instrução criminal

MP – Ministério Público

n.º - número

NCB – non-conviction based

ONU – Organização das Nações Unidas

OPC – Órgãos de polícia criminal

p. – página

PE – Parlamento Europeu

p. e p. – previsto e punido

PGR - Procuradoria Geral da República

pp. – páginas

RICO – Racketeer Influenced and Corrupt Organizations

SOCTA – Serious and organised crime threat assessment

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal europeu dos direitos humanos

TFUE – Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

V.G. – Verbi gratia

Introdução

Vivemos num tempo de mudanças, tecnológicas e sociais. O Direito, no esforço contínuo de acompanhar a evolução da comunidade que regula, mais do que nunca, encontra-se a atravessar um abismo, tentando equilibrar a necessidade de inovação dos meios legais para obliterar uma criminalidade difusa, moderna e sofisticada, sem fronteiras nem rosto, com a vénia às garantias do cidadão perante o poder avassalador do Estado.

A forma, quiçá, mais eficaz de limitar o avanço de uma criminalidade, organizada como uma verdadeira empresa, com fundos colossais, decorrentes da prática de crimes que apodrecem, através da corrupção, a confiança nas instituições, semeando o medo e exibindo a impotência das forças da Lei para a parar, é atacá-la no seu ponto mais vulnerável. Os rendimentos do crime, a razão de todo o fenómeno.

Contudo as formas clássicas de confisco, ligadas à prática e, em regra, condenação por um determinado e provado facto típico, ilícito e culposos, dirigidos apenas aos instrumentos, produtos, vantagens e recompensas a ele ligados revelam-se insuficientes para cumprir esse objetivo. O crime não pode compensar, segundo as vozes que clamam por um confisco moderno, onde estejam ausentes as garantias penais pois estará em causa uma natureza diversa, civil ou administrativa.

Está em causa o Estado de Direito democrático. Ironicamente, poderá estar-se perante uma mudança de paradigma que visando protegê-lo, acaba por fragilizar e erodir a própria base que o sustém? É esse o objetivo deste estudo. A evolução do instituto do confisco e a sua fuga ao domínio penal, inspirado por instrumentos oriundos da *Common Law*, apostando numa estratégia patrimonial de combate à criminalidade organizada transnacional, preserva as garantias do cidadão perante o *ius imperii* do Estado?

Começaremos por caracterizar esta fenomenologia criminal, focando os novos problemas que traz á sua prevenção e supressão, salientando as dificuldades na sua delimitação teórica e conceitual. Prosseguiremos com o retrato da evolução do instituto do confisco, em particular na UE, debruçando-nos depois sobre a Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, quanto à perda alargada, à perda NCB, em particular *in rem* e à perda de terceiros. Continuaremos pela análise ao Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018, relativo ao

reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda. Por fim refletimos sobre as outras dimensões do instituto da perda, não raras vezes, minimizadas, como o uso dos bens confiscados ou a obrigatoriedade da mudança na prática jurídica em busca da sua real efetividade.

Um estudo que nos parece pertinente, pois, como alertava o grande filósofo, quando lutamos com monstros, cautela exige-se para não nos tornarmos nós próprios uma monstruosidade. O abismo olha de volta para nós.

CAPÍTULO I – Criminalidade Organizada Transnacional

1.1. O império criminoso global

Um império cujo objetivo é subverter a ordem jurídica, conspurcar e capturar as instituições, subjugar a sociedade e conquistar território, não com um exército e armas de guerra, mas na sombra, silencioso, sem regras e sem respeito a princípios ou leis.

Não obstante alguma relativização ou até glorificação da “cultura pop”¹ não estamos perante anti-heróis, criminosos com códigos de honra próprios, vítimas da sociedade ou do ambiente onde formaram a sua personalidade, alvo de pressões familiares ou a lutar pela sobrevivência. Esqueçamos Michael Corleone, Tony Soprano ou o misticismo e mistério da Yakuza. Numa abordagem holística a criminalidade organizada representa um malefício social que erode as instituições democráticas, cria e explora a miséria humana e faz correr sangue pelas ruas.

O seu efeito virulento tem repercussões “transversais por toda a sociedade, ameaçando a vida humana, a liberdade, e outros valores essenciais como a segurança, a estabilidade socioeconómica e a confiança no Estado e nas autoridades públicas”².

Um fenómeno com raízes, que se reinventa, evolui e transfigura-se, sobrevivendo ao longo dos tempos através de mutações que lhe permitam explorar as oportunidades. A Máfia italiana será o epítome da criminalidade organizada com três organizações com mais de um século, de larga escala, que procuram não só o lucro, mas também exercerem poder e controlo na economia e política local e supralocal [internacional]. *A Cosa Nostra*³ (a coisa nossa) siciliana, uma confederação de perto de 150 grupos, a ‘*Ndrangheta*

¹ Para um retrato realista, na 7.ª arte, do crime organizado no seu expoente máximo, a Máfia, recomenda-se “Gomorra” de Matteo Garrone, baseado na obra literária de Roberto Saviano, do mesmo nome. O livro, de não-ficção, relata a investigação jornalística do autor sobre a atividade criminosa e organização interna do grupo criminoso. Saviano recebeu diversas ameaças de morte, tendo tido necessidade de proteção policial durante anos. Cf. SAVIANO, Roberto – *Roberto Saviano: My life under armed guard. The Guardian*. (14 jan. 2015). [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/14/sp-roberto-saviano-my-life-under-armed-guard-gomorra>

² BRAZ, José – *Investigação Criminal. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade*. – 5.ª Ed. Reimp. Coimbra: Almedina, 2022, pp. 368-369.

³ Cf. FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle – *Cose di cosa nostra*. – Milão: Rizzoli Libri, 2017 onde no capítulo IV os autores consideram a Cosa Nostra um fenómeno ubíquo e de natureza unitária, transcendendo a criminalidade, as investigações e os processos criminais individuais. Cf. ainda FALCONE, Giovanni – *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*. – Milão: Rizzoli Libri, 2010 sobre a ameaça que o crime organizado representa e propostas para o erradicar. Falcone foi assassinado pelo grupo criminoso, juntamente com a esposa e três agentes policiais, com uma bomba em 23 de maio de 1992.

(sociedade dos homens de honra), com o mesmo número de grupos na região da Calábria, e a Camorra em Nápoles, sem a coesão das outras duas organizações, antes um grupo diverso, com diferente *modus operandi* e por vezes até em conflito, mesmo no seu seio⁴.

Assistira-se já a uma exportação destes grupos, de Itália, em particular para os EUA, com a enorme vaga de emigração em busca do sonho americano. A cultura própria, as condições miseráveis de vida e o preconceito conluiaram-se para a implantação de verdadeiras “sociedades sombra” ou uma “contra-sociedade”, explorando a procura no mercado negro e obtendo lucros avultados. A proibição da venda e consumo de bebidas alcoólicas, a “*Prohibition*”⁵, entre 1920 e 1933, revelou-se terreno fértil para estes grupos, trazendo à ribalta figuras empoladas pela imprensa a um quase estado mítico como Al Capone, Lucky Luciano, Arnold Rothstein entre outros, todos responsáveis por atos selvagens e predatórios por detrás do “*glamour*”⁶.

É, porém, com a globalização que as fronteiras se eclipsam e as oportunidades se multiplicam. A tempestade perfeita que insidiosamente leva à propagação da delinquência organizada, deixando esta de se circunscrever no espaço e colocando entraves, até então, inimagináveis às instituições nacionais no seu combate. O Estado-Nação revela-se impotente. O crime global transforma “de forma profunda os processos de governação, e deixando o Estado, em muitos casos, efectivamente de mãos atadas”⁷.

Existimos numa sociedade global, onde tudo e todos estão disponíveis num ecrã, em que se atravessa o mundo em horas e em que ao conhecimento ilimitado ao nosso dispor se contrapõe a massificação da desinformação, da propaganda e da obscuração, ferramentas por excelência destas organizações.

⁴ PAOLI, Letizia – *The italian mafia*. In PAOLI, Letizia (ed.) – *The Oxford handbook of organized crime*. – Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 121, 124.

⁵ Hans-Jörg Albrecht fala de uma subcultura, dotada de enorme perigosidade, observada desde o século XIX, em “nichos sociais dificilmente controláveis e acessíveis” onde os seus membros resistem a atuar de acordo com o Direito. Aponta, ainda, a perspectiva de mercado como de enorme importância no estudo do fenómeno criminal organizado, dando conta dos mercados negros como “estruturas de oportunidade” e economias paralelas onde reina a oferta e a procura e de cuja análise se pode obter dados quando à formação destes grupos e o raciocínio por detrás do crime. ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa, PALMA, Maria Fernanda (coords.) – 2.º Congresso de Investigação Criminal. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 84-85,98.

⁶ ALBANESE, Jay S. – *The italian-american mafia*. In PAOLI, Letizia (ed.) – *The Oxford handbook of organized crime*. – Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 140-145.

⁷ CASTELLS, Manuel – *A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade, Vol. II*. Tradução de Catarina Lorga; Tânia Soares. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 313.

E assim o crime mundializa-se, fenómeno a que ULRICH SIEBER⁸ atribui causas técnicas, económicas e políticas, “modificações técnicas” as que permitem redes de dados mundiais com fluxos de tal forma gigantescos que se tornam quase impossíveis de rastrear. A internet é um sistema fértil à prática de crimes, à circulação de capitais, ao anonimato e dissimulação, beneficiando, ainda, de uma regulamentação inexistente ou ineficaz. Como JOSÉ SOUTO MOURA⁹ alerta, a forma instantânea das transações financeiras internacionais aliada à ausência de barreiras a esta celeridade coloca como valor maior “a produção e circulação de riqueza enquanto valor em si mesmo, independentemente da licitude da sua origem”.

JOSÉ BRAZ¹⁰ sustenta que o capital, apesar da concentração cada vez maior em apenas algumas mãos, perdeu a identidade do seu dono, “acrescentando opacidade e complexidade ao processo económico e aumentando o poder de quem o controla, agora numa forma mais invisível e imprevisível”.

As “modificações económicas” abrem o leque das desigualdades entre as várias classes sociais, o abismo de diferença na distribuição de riqueza, originando a deslocação de pessoas em busca de uma vida digna, levando à imigração ilegal, preponderantemente levada a cabo por redes criminosas transnacionais. No plano do mercado temos o poder massivo de enormes grupos económicos, que quase rivalizam com os Estados, problema exacerbado pela dificuldade de controlo das instituições judiciais nacionais a empresas multinacionais, enredadas num labirinto de relações comerciais e económicas que se estendem por diversos territórios e regimes jurídicos, muitas vezes obscurecendo uma teia quase impossível de deslindar, criada para eliminar o rasto do dinheiro.

Acresce, ainda, a “modificações políticas” de que decorreu o contínuo enfraquecimento das fronteiras, em particular na UE com a livre circulação de pessoas, serviços e mercadorias. Um marco histórico e representativo da utopia europeia e ao mesmo tempo uma vulnerabilidade que exige constante vigilância e ação das Instituições da União e dos seus Estados membros. A tudo isto se junta, ainda, o terrorismo, atuando,

⁸ SIEBER, Ulrich – Limites do direito penal — princípios e desafios do novo programa de pesquisa em Direito penal no Instituto Max-Planck de Direito penal estrangeiro e internacional. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. Vol. 4, N.º 1 (2008), p. 278

⁹ MOURA, José Souto – Prefácio. In DAVIN, João – **A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE**. – Coimbra: Almedina, 2004.

¹⁰ BRAZ, José – **Investigação criminal. A organização...** 5.ª Ed. Reimp, p. 301.

por vezes no âmbito da criminalidade organizada como forma de se financiar em busca do seu objetivo, a destabilização, seguida do derrube do Estado de Direito¹¹.

1.1.1. A legiferação reacionária

O crime é reflexo do tempo, da sociedade e da axiologia dominante. Num mundo tecnológico, ligado em rede, cibernético, de valores relativizados e em que a existência humana transcende o corpo e o espaço, também o crime se revelará virtual, profissional e apátrida numa ótica económica de oferta e procura. É imperativo uma resposta. Porém só podemos lutar contra o que conhecemos. A criminalidade organizada transnacional atua sob um manto de invisibilidade, segredo e opacidade. Uma resposta legislativa eficaz terá, inexoravelmente, de partir de uma delimitação das características, objetivos e *modus operandi* destes grupos. Só assim será possível delimitar os instrumentos mais eficientes na prevenção deste fenómeno supranacional.

Ao mesmo tempo impõe-se uma análise do Direito Penal, da sua internacionalização, do papel das instituições europeias e um esforço para uma imprescindível harmonização legal e cooperação judicial, respeitando as garantias e princípios de um Estado de Direito democrático. Impõe-se o princípio “conhece-te a ti e ao teu inimigo”¹². A solidificação de um conceito de criminalidade organizada, mais do que uma necessidade, é uma obrigação. É mister numa tripla dimensão: de eficiência, de harmonização e, acima de tudo, de segurança jurídica.

A eficácia advém do conhecimento e estudo das características do fenómeno a erradicar ou prevenir. A harmonização, numa ótica de esforço “comunitário”, permite legiferar, respeitando e tendo em mente as especificidades dos diversos sistemas jurídicos nacionais, fixando-se numa ameaça identificada e com fragilidades assinaladas. Finalmente a segurança jurídica, através de normas (*lege praevia, scripta, certa, stricta*) dirigidas ao verdadeiro fenómeno criminal e onde a consequente e constitucional restrição aos direitos fundamentais respeitará o princípio da proporcionalidade, sendo imprescindível para aquela ameaça em concreto. Como sustenta HASSEMER¹³, esta

¹¹ SIEBER, Ulrich – Limites do direito penal... Tradução de Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. Vol. 4, N.º 1 (2008), pp. 278-281.

¹² TZU, Sun – **A arte da guerra**. Tradução de Ricardo Iglésias. – Mem Martins: Publicações Europa-América, 2001, p. 67.

¹³ HASSEMER, Winfried – **Direito penal libertário**. Traduzido por Regina Greve. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 141.

nova ameaça obriga a um “novo critério qualitativo” pois só com essa delimitação se poderá justificar e sustentar dogmaticamente intervenções jurídicas “alteradas qualitativamente”. “Não se pode atirar em pardais com canhões”.

Disso mesmo faz eco RUI PEREIRA¹⁴, no âmbito do Direito penal económico, questionando a legitimidade de aplicar a toda a criminalidade económica regras destinadas ao terrorismo e criminalidade altamente organizada, dando conta de como o Direito penal secundário era na sua génese destinado a condutas menos graves do que o Direito penal primário ou de justiça e exultando a comunidade internacional a elaborar um “conceito funcional, orientado teleologicamente, que permita um combate à criminalidade mais grave à escala mundial”.

Já outros o haviam referido antes. JOSÉ BRAZ¹⁵ dá conta de que é hoje incontroverso que a metodologia, estratégia e organização da investigação criminal usada na “luta” contra a delinquência tradicional, individual, localizada num território e ausente de sofisticação, é ineficiente e inoperante para reprimir e superar esta nova criminalidade. Para o autor os “tradicionais sistemas de justiça penal, assentes numa lógica probatória fortemente garantística e num conjunto de meios de prova e de obtenção de prova que há muito se mostram desajustados e impotentes para enfrentar as dificuldades emergentes”, sendo exigido uma “zona de compromisso e delicado equilíbrio” onde reinem o princípio da necessidade e da proporcionalidade. A persistência “em nome de um imobilismo anacrónico ou de falaciosos receios de índole hiper-garantística” em negar esta evolução significa uma “missão utópica”.

Nesse sentido, avança o autor “novos meios de prova e de obtenção de prova que são qualitativamente distintos dos tradicionais”, além de regimes “especiais”, serão imprescindíveis neste combate¹⁶, como designadamente interceções telefónicas e de email, quebra de sigilo bancário, registo de imagem e som, isto é vigilância ambiental, ações encobertas, entregas controladas e mecanismos de direito premial, admitidos como exceção e em relação a um catálogo de crimes restrito.

¹⁴ PEREIRA, Rui – A criminalidade económica: perspectivas dogmáticas e desafios político-criminais. *In O Direito*. Ano 138. I. (2006). – Coimbra: Almedina, pp. 165-167.

¹⁵ BRAZ, José – Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado. *In DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa, PALMA, Maria Fernanda (coords.) – 2.º Congresso de Investigação Criminal*. – Coimbra: Almedina, 2010, pp. 333-337; 346.

¹⁶ Sobre o recurso a métodos ocultos de investigação na criminalidade organizada, em conjugação com o regime da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro Cf. CAIRES, João Gouveia de – Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a cumulação. *Julgard*. N.º 38. (2019).

Incluído neste novo paradigma está também o regime de recuperação de ativos, em particular o caso do confisco não dependente de condenação penal, que será alvo do nosso estudo mais à frente. Segundo CONDE CORREIA¹⁷, na “estratégia global de combate ao crime”, deve abandonar-se a tradição jurisprudencial portuguesa de focagem apenas ou quase exclusivamente na pena. Na senda da política criminal do legislador, desenhada para a criminalidade organizada deve dar-se realce à recuperação de ativos, não subvertendo a “política criminal legítima, substituindo-a por uma espécie de programa apócrifo, incontrolável e alheio à realidade do mundo atual”.

Referindo-se à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e à perda alargada de bens a favor do Estado, nela consagrada, diz o autor que os modelos da perda clássica são insuficientes face à realidade moderna, “preocupante, plurifacetada e complexa” sendo esta Lei um instrumento potente sem o qual “o sistema de luta contra o atual crime económico ficaria desfalcado ou incompleto”.

GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁸, porém, avisa dos perigos para um Estado de Direito democrático em ir demasiado além na luta contra a criminalidade organizada, podendo esta ser usada como pretexto para sacrificar “valores e princípios instrumentais essenciais da democracia”. O autor defende o “culto da liberdade” estando a tutela desta “na lei legítima e devidamente promulgada”.

GUEDES VALENTE¹⁹ considera que a “ampliação” penal a que se assiste neste domínio tem “fragilizado em grande medida a dimensão material do princípio da legalidade, sendo que a dimensão formal se encontra em plena corrosão ao se ampliar os espaços de integração fáctico-normativa”, não olvidando, igualmente, a sua dimensão processual. Os direitos e as liberdades fundamentais, núcleo da dignidade humana, têm, segundo o autor, “sido esmagados em prol de uma eficácia da persecução criminal” afastando-se a justiça como objetivo primordial, substituída pela vingança, em que o excecional se torna vulgar.

¹⁷ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. Lisboa: INCM, 2012, pp. 45, 68.

¹⁸ SILVA, Germano Marques – Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). Lusíada. **Direito**. N.º 3. (abr. 2014), p.73.

¹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os meios ocultos de obtenção de prova na criminalidade económica e a proteção de direitos humanos. In LOUREIRO, Flávia Novera (coord.) – **A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada – Atas da Conferência**. – Braga: Escola de Direito Universidade do Minho, 2017, pp. 182 177.

SILVA SÁNCHEZ²⁰ considera que o Direito penal clássico era direcionado ao autor individual e em consequência a maioria das garantias clássicas eram dogmaticamente construídas em relação a tal. Aponta, agora, um “Direito Penal da globalização”, constituído pelo “delito económico organizado”, estando ao lado do crime empresarial tradicional, a “macrocriminalidade” onde se insere o terrorismo e a criminalidade organizada e onde haverá lugar à produção de legislação “excepcional”, com menores garantias em consequência da perigosidade massiva envolvida. Sendo estes delitos oriundos da globalização e transnacionais, originando um acréscimo na cooperação judicial internacional, a tendência será “a flexibilização de categorias e relativização de princípios” numa clara expansão penal.

GUEDES VALENTE²¹ considera que no plano jurídico o conceito de criminalidade organizada é “confuso e difuso”, alertando para a inserção no seu núcleo de fenómenos criminais diversos, de dissemelhante “dimensão social” e não partilhando a “mesma tipicidade, antijuridicidade (ilicitude) e censurabilidade ético-jurídica (culpabilidade)”. Categorias do delito que ROXIN²² defende deverem ser observadas, desenvolvidas e sistematizadas em relação à sua função político-criminal.

Veritas, não o fazer será erodir o Direito Penal como limite do *ius puniendi* e levará a uma legislação deficiente, não orientada por uma política criminal legítima, e eficaz, delineada em relação a um fenómeno circunscrito e isolado, representando uma restrição abusiva dos direitos fundamentais e um deturpar da teoria das penas.

AUGUSTO SILVA DIAS²³ traz à colação a alínea m) do artigo 1.º do CPP, onde o legislador elenca um catálogo de crimes que caracterizam a “criminalidade altamente organizada”, assim como o artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, igualmente com um catálogo, parcialmente sobreposto. Alerta, o autor, que os catálogos “estão descritos de forma vaga e imprecisa contendo crimes de distinta gravidade”, notando que em alguns a moldura

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do Direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2.ª ed. espanhola de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 93-96.

²¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha – **Criminalidade organizada - investigação, direito e ciência**. – São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 133-134.

²² ROXIN, Claus – **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29.

²³ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa, PALMA, Maria Fernanda (coords.) – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, pp. 24-25.

penal tem um limite máximo inferior a 3 anos, como o tráfico de influência para obtenção de uma decisão lícita (p. e p. no artigo 335.º, n.º 1, alínea b) do CP). O autor considera que a criminalidade organizada numa dimensão jurídica deve ser reconduzida a um catálogo de crimes, devendo estes revestirem-se de uma gravidade que justifique a compressão tremenda dos direitos fundamentais que o regime jurídico especial acarreta. Também FIGUEIREDO DIAS²⁴ defende o princípio do catálogo, tendo integração no conceito apenas as atividades criminosas que possuam as características identificativas da criminalidade organizada e representem uma gravidade e perigosidade avultada para a comunidade.

Suscitando a insegurança jurídica da definição atual, usada como “pressuposto na aplicação de um regime processual e sancionatório mais severo, consistente em medidas fortemente restritivas de direitos e liberdades” exige, AUGUSTO SILVA DIAS²⁵, a concordância prática entre a eficácia de persecução penal e as garantias, clamando pelo respeito à consagração constitucional do princípio da proporcionalidade, artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Em sentido contrário, DUARTE RODRIGUES NUNES²⁶ recusa a delimitação do conceito por um catálogo, repudiando, igualmente, a gravidade do crime como critério, afirmando, mesmo, que o que deve relevar para considerar um facto concreto como crime organizado não é a sua prática em si mesma, “mas o modo do seu cometimento”, isto é, com uma estrutura organizada cujo objetivo final é atingido por intermédio da prática de crimes. O autor faz nota da hipótese de uma organização praticar de forma massiva crimes de menor gravidade, que impliquem para os membros uma menor ameaça quanto às reações penais e sejam igualmente lucrativos, referindo, ainda, que o consequente multiplicar de vítimas pode conferir à atividade delinquente uma danosidade idêntica à de um delito grave.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 16, N.º 71 (2008), pp. 26-27.

²⁵ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. *In* DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa, PALMA, Maria Fernanda (coords.) – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 25.

²⁶ NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita: intimidazione del vincolo associativo ou joint venture?. *In* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade organizada transnacional: Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, p. 33.

Em oposição, GUEDES VALENTE²⁷ sustenta que a criminalidade organizada é não raras vezes confundida com a criminalidade de massa, originando uma “esquizofrenia legislativa interna”, faltando a esta “os elementos político-criminais, criminológicos e jus criminais” que justificam as medidas mais repressivas ao crime organizado, tratando-se essencialmente de uma “criminalidade estruturada”. Também HASSEMER²⁸ alerta para o perigo de confundir as duas fenomenologias visto que a prevenção e repressão destas obrigam a estratégias e meios diversos. Defende, ainda, uma atuação singular, eficaz e eficiente em relação à criminalidade em massa que servirá para diminuir a insegurança interna e o clima de medo da comunidade, mais causados por esta do que pelo crime organizado, permitindo, assim, uma reflexão aprofundada em relação à política criminal, em vez de uma legislação reativa e desesperada.

1.1.2. Os princípios garantia da pessoa visada com a decisão de perda de bens

É inquestionável que, em honra aos princípios constitucionais²⁹, os tipos de crime destinados a punir esta criminalidade organizada, assim como o regime especial de perda alargada dos *producta e fructa sceleris* a favor do Estado, além dos meios ocultos de obtenção de prova usados na investigação, devem ser dirigidos ao fenómeno em concreto, destinados às características específicas dos delitos em causa, únicas e singulares, que justificam a compressão de enorme magnitude aos direitos, liberdades e garantias.

O princípio da legalidade material, consagrado no artigo 29.º da CRP, como “expressão da autolimitação do Estado perante os cidadãos e da sua função primordial de proteção da pessoa” sendo uma garantia quer da produção legislativa, através da reserva de lei, artigo 165.º, n.º 1, alínea c) da CRP, quer da aplicação desta pelos órgãos judiciais, evitando que estes “estabeleçam em concreto uma certa conexão entre crime e pena que não tenha sido definida pelos órgãos legislativos”³⁰ a isso obriga.

Apontamos, também, o princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, desconstruído nos seus três princípios corolários, idoneidade ou adequação,

²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade organizada... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes... – **Criminalidade organizada – investigação**... – São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 135.

²⁸ HASSEMER, Winfried – **Direito penal libertário**... – Del Rey, 2007, p. 141 142.

²⁹ Aqui apenas elencamos, de forma breve, os princípios garantia base a ter-se em conta na decisão judicial.

³⁰ PALMA, Maria Fernanda – **Direito Penal; Conceito material de crime, princípios e fundamentos; Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas**. 4ª ed. – Lisboa: AAFDL Editora, 2019, pp. 128-129.

necessidade e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. Como ensina Jorge Miranda, adequação, existindo a “legitimidade do fim consignado na norma”, significa um meio apto à sua efetividade. Meio esse que se revela necessário visto que entre todos os que “*in abstracto*” podiam ser escolhidos é o mais eficaz “*in concreto*”, com menos custos ou mais benefícios para almejar a vigência da norma, sendo que à racionalidade “equivale a justa medida”. Desrespeitando o primeiro teremos arbítrio do poder público. Desrespeitando os outros dois haverá excesso. Ou seja, no seu todo, como diz JORGE MIRANDA³¹, não se trata de um “juízo meramente cognoscitivo”, antes de “uma funcionalidade teleológica” e não “lógica ou semântica”.

Fazemos, ainda, referência ao princípio *odiosa sunt restringenda*, também no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que, segundo GUEDES VALENTE³², significa que a restrição de direitos liberdades e garantias por uma lei só será legítima quando essa limitação esteja expressamente prevista na *Lex Fundamental*, devendo a norma ser aplicada e interpretada de forma restritiva e cingir-se ao estritamente necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Como tal defendemos o princípio do catálogo, em reverência à segurança jurídica. Não negando que este fenómeno específico é mutável e de difícil delimitação, exigindo do legislador um esforço singular na constante vigilância à efetividade das normas e a mudanças na política criminal em resposta às constantes variáveis nesta atividade criminosa, consideramos, porém, que é este o caminho. Uma resposta eficaz, racional, ponderada e orientada teleologicamente, para a repressão e prevenção destes crimes que terão obrigatoriamente de ser dotados de elevada gravidade. É esta a opção que ao mesmo tempo solidifica as garantias penais e processuais penais e a própria consistência do Estado de Direito democrático, revelando coragem e não pânico, temor e desespero.

Acompanhamos LUIGI FERRAJOLI³³ quando o autor atribui três significados a garantismo. Primeiro, um “modelo normativo de direito” que no Direito penal significa a estrita legalidade, símbolo do Estado de Direito, que epistemologicamente se configura como um sistema de poder mínimo, politicamente como uma tutela que minimize a

³¹ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional; Vol. II, Tomo IV**. 5ª ed. – Coimbra: Coimbra Editora 2014, p. 308.

³² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes — **Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano**. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 239.

³³ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 684-685.

violência e maximize a liberdade e no âmbito jurídico “um sistema de vínculos” que limitem o *ius puniendi*. Num segundo significado configura-se o garantismo como “uma teoria jurídica da validade e da efetividade”, categorias distintas entre si, mantendo separado o “ser” e o “dever ser”. Uma teoria da “divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes”. Assim exige-se “a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações”.

Por fim, garantismo representa, ainda, uma filosofia política que obriga o Direito, e o Estado que o produz, a uma “justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”, sendo que a legitimação ético-política de ambos advém “do ponto de vista exclusivamente externo”. O sufocamento desse ponto de vista externo ou a “explícita confusão” com o puramente interno, caracterizado pela dogmática da “autofundação ou autojustificação do direito ou do Estado como valores em si” é representativo de “culturas políticas autoritárias”, cujo recrudescimento tem de ser eternamente prevenido e digno de vigília, recusando-se a retórica extremista e alarmista.

Acompanhamos, também, RUI PEREIRA³⁴ quando escreve que “a grande vantagem do Estado de direito democrático na luta contra o terrorismo e a criminalidade organizada advém da sua superioridade ético-política. A necessidade de respeitar regras, que circunstancialmente é tida como desvantagem, acaba por se tornar um trunfo decisivo.”

1.2. As características da hidra

Seguida esta orientação, torna-se imperioso identificar as características prevalentes na delinquência organizada, com destaque para a sua transnacionalidade. Esta é, aliás, como já vimos, uma das grandes ou das maiores marcas distintivas deste novo perigo. Não sendo *conditio sine qua non* para a sua delimitação³⁵ é, sem dúvida, o fator

³⁴ PEREIRA, Rui – A criminalidade económica... In **O Direito**. Ano 138. I. (2006). – Coimbra: Almedina, p. 166.

³⁵ Não devemos olvidar que estes grupos podem atuar restringindo-se a um espaço geográfico único, não podendo deixar que a transnacionalidade como característica afaste a repressão a esta delinquência que se integra na estrutura, objetivos e *modus operandi* desta criminalidade organizada. Cf. PAOLI, Leticia; BEKEN, Tom Vander – *Organized Crime: a contested concept*. In PAOLI, Leticia (ed.) – **The Oxford handbook**... Oxford University Press, 2014, pp. 23-24. Segundo os autores alguns dos grupos mais notórios como a Máfia e as Tríades Chinesas continuam a liderar o crime em contextos socioculturais específicos e

mais emblemático e representativo das dificuldades na sua repressão. No seu relatório de 2021, “*Serious and Organised Crime Threat Assessment*” (SOCTA), a Europol designa este fenómeno como global, avançando que mais de 180 nacionalidades estão envolvidas em atividades criminosas organizadas na UE, que 65% dos grupos ativos são compostos por membros de diferentes nacionalidades e que 70% destes grupos estão ativos em mais de três países. Mais de 50% dos suspeitos ativos são oriundos de nações que não fazem parte da UE, sendo de países limítrofes, como da região dos Balcãs ou do Norte de África³⁶.

No que diz respeito às estruturas destes grupos encontramos uma fragmentação fruto do fluxo e mutação constante destas organizações. Se 40% são organizadas hierarquicamente, os restantes 60% revelam uma estrutura fluida³⁷. Estamos perante o conceito de rede. HANS-JÖRG ALBRECHT³⁸ considera fulcral a investigação analítica à criminalidade organizada, e aos mercados negros onde esta desenvolve a sua atividade delituosa. Não está em causa uma estrutura com uma hierarquia rígida, com um centro e uma periferia. “Os nós das redes podem apresentar dimensões diversas, no entanto a característica central da rede é a redundância. Um ou vários nós podem ser eliminados

até crimes tipicamente internacionais, como o tráfico de droga mantêm a produção e venda por grosso localmente. A transnacionalidade, embora uma preocupação, tem sido, também, um trunfo político, dirigido a distribuir a responsabilidade pelas nações e fomentar a cooperação judiciária. O perigo e complexidade da ameaça foram de tal forma difundidos que acabaram por minimizar as raízes locais de todo o fenómeno. Também Dijk e Spapens sustentam que é altamente problemático uma rede criminosa iniciar uma atividade num país estrangeiro, enfrentando resistência do submundo local, chamando a atenção entre a população autóctone e consequentemente das instituições. A dificuldade é acrescida, ainda, pela falta de uma rede de ligações e contactos, para iniciar uma teia de corrupção do aparelho judicial, algo que é característica da sua forma de atuar. Os autores consideram que embora a coordenação internacional seja essencial é, ainda, no aparelho judicial doméstico que a batalha deve ser travada. DIJK, Jan van; SPAPENS, Toine – *Transnational Organized Crime: networks across the world*. In ALBANESE, Jay S.; REICHEL, Philip L. (eds) – ***Transnational organized crime: an overview from six continents***. – Califórnia: Sage Publications. 2014, pp, 22-23.

³⁶ A tendência para o uso da etnia como elemento para descrever o crime organizado deve ser eliminada. Responsável por políticas criminais ineficazes, é fruto de estereótipos e/ou racismo institucionalizado, sistematizado e ofensivo, em particular, do princípio da igualdade. Jay S. Albanese fala da “armadilha étnica”, sustentando que a oportunidade, as redes e o contexto situacional são os principais fatores na base da atividade criminal organizada, sendo a etnia secundária. ALBANESE, Jay S. – *Organized crime: from the mob to transnational organized crime*. 7.ª ed. Amesterdão: Elsevier. 2015. pp 213-214 Também Hans-Jörg Albrecht alerta que a importância das minorias na emergência da criminalidade organizada foi exagerada, representando uma “teoria da conspiração” sendo “muito mais as condições sociais e económicas marginais associadas à origem étnica que determinam uma participação desigual em determinados mercados negros.” ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 95.

³⁷ EUROPOL – *European Union serious and organized crime threat assessment: a corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organized crime*. – Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021, pp. 19-20.

³⁸ ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 95.

sem que a função global da rede seja afectada”. Trata-se, em essência, de uma hidra. Corta-se uma cabeça e duas tomam o seu lugar. «Hail Hydra!»

PHIL WILLIAMS³⁹ diz-nos quanto maior a redundância, mais alternativas existem para compensar os sucessos das autoridades judiciais, como novos meios de branqueamento de capitais ou de repatriamento dos lucros ilícitos, assim como a substituição de membros detidos cujas responsabilidades são transmitidas a outro membro sucessivamente. A diversidade de ligações permite que mesmo que um elo da corrente quebre, o fluxo seja desviado através dos outros, mantendo a integridade da rede mesmo nas circunstâncias mais adversas. Os custos desta redundância são assim, claramente compensados pela resiliência atingida, tornando-as no que o autor apelida de “organizações plásticas” que podem ser moldadas em múltiplas formas sendo por isso extraordinariamente elusivas.

Segundo o SOCTA⁴⁰ estas redes são um sintoma da emergência do modelo “crime como um serviço”. Interagindo entre si, nestes contactos, de natureza semipermanente ou *ad-hoc*, as redes fornecem serviços, dentro dos seus campos de especialização, como por exemplo o cibercrime, aumentando ainda mais a flexibilização e complexidade. As redes entram em acordo, também, com criminosos individuais, nesta mesma lógica de prestação de serviços, havendo uma constante mudança de parcerias, colaborações, envolvendo diferentes nacionalidades e territórios.

DUARTE RODRIGUES NUNES⁴¹ avança com a designação de “contiguidade”, baseada na doutrina italiana, no estudo da luta contra a Máfia. Nela, o autor insere as pessoas físicas e coletivas que, não se inserindo na organização criminosa, colaboram dolosamente com ela, fornecendo serviços ou auxílio na persecução da sua finalidade delituosa. Tal tem particular incidência em operações financeiras destinadas a branquear capitais, uma prática criminal que exige uma forte especialização por parte do agente levando a que a colaboração destes atores externos seja dilatada, abrangendo designadamente “políticos, magistrados, polícias, funcionários públicos, advogados,

³⁹ WILLIAMS, Phil – *Transnational criminal networks*. In ARQUILLA John; RONFELDT David (eds) – *Networks and netwars: the future of terror, crime and militancy*. – E-Book: Rand Corporation, 2001, pp. 65;81.

⁴⁰ EUROPOL – *European Union serious and organized crime threat assessment...* – Publications Office of the European Union. 2021, p. 21.

⁴¹ Cf. LEVI, Michael - *Lawyers as money laundering enablers? An evolving and contentious relationship*. *Global Crime*. [Em linha]. Vol. 23, N.º 2. (2022), pp. 126-147 [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/17440572.2022.2089122>

notários, economistas, consultores financeiros, mediadores imobiliários, técnicos informáticos” mostrando o potencial danoso desta criminalidade⁴².

1.2.1. A corrupção e a contaminação da economia lícita

A corrupção é um flagelo, uma erosão dos alicerces do Estado de Direito, deteriorando, pervertendo e irradiando-se por todos os órgãos, instituições, sistemas, fazendo, por fim, ruir o edifício social. “Corrupção é um facto, um estado, é moléstia, é degradação que mata”⁴³.

A EUROPOL⁴⁴ aponta que 60% destes grupos organizados estão envolvidos em corrupção, difundindo-se esta por todos os níveis da sociedade, indo do pequeno suborno a esquemas de milhões de euros. Esta corrupção é, por vezes, proativa, prevenindo os esforços das autoridades judiciais, envenenando o poço, inquinando as investigações desde a sua origem ou até antes.

O manto de influência estende-se até à política. “As formas criminosas de atentar contra o Estado de Direito passaram a situar-se, consciente ou inadvertidamente, no coração do sistema político e legislativo, alojando-se nos mecanismos de contratação pública, das parcerias público-privadas, do *lobbying* dissimulado, do tráfico de influência, assim impregnando a textura das instâncias decisórias, sequestrando a autonomia democrática dos povos”⁴⁵.

Assim, estas organizações introduzem-se na economia lícita, designadamente, através da adjudicação de contratos públicos em que controlam os decisores políticos causando graves prejuízos ao Estado ou até tornando-se aptas a beneficiar de apoios públicos ou europeus. Consequentemente, o processo corruptor alastra-se ao sistema económico pela intervenção destas redes em empresas lícitas, através de investimento ou tomando o seu controlo, ou criando empresas de raiz para levar a cabo atividades ilícitas ou como meio para facilitar as suas práticas criminosas, sendo estas meramente

⁴² NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade... Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 43-44.

⁴³ SILVA, Germano Marques da – **Temas de Direito (textos dispersos de Direito Penal, mas não só)**. – Lisboa: Universidade Católica Editora. 2020. p. 55.

⁴⁴ EUROPOL – **European Union serious and organized crime threat assessment...** – Publications Office of the European Union, 2021, pp. 15-19.

⁴⁵ BRAVO, Jorge dos Reis – **Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira: um contributo, judiciário**. OBEGEF Working Papers. N.º 18. – E-book: Edições Húmus, 2013, p. 39.

instrumentais. Nestes casos, não raras vezes, sendo usado o nome “limpo” de um empresário a troco de contrapartidas⁴⁶.

RODRIGO ZIEMBOWICZ⁴⁷ avança com múltiplas tipologias: como, “empresas fantasma”, que são nomeadas em documentos, mas não existem formalmente, justificando a transferência de bens ou valores entre nações; “Empresas fictícias” cuja existência é somente formal, servindo para o branqueamento de capitais e obscuração da identidade dos proprietários, estando, em regra, sediadas em paraísos fiscais e *offshores*; e, ainda, “empresas de fachada”, com uma presença física mínima, atividades económicas dentro de um padrão regular, mas predominantemente destinada à prática de delitos. Por fim, a empresa real, cuja atividade é maioritariamente lícita, servindo como cobertura da prática criminosa.

Estamos no âmbito do «*racketeering*». A atividade empresarial destas redes é prejudicial ao mercado, nomeadamente, pelos métodos utilizados. A concorrência é pervertida pela oferta de serviços e bens a preços baixos suportados pelos fundos de procedência criminosa que detêm, ou pelo incumprimento das regras de segurança e higiene ou, ainda, pelo uso de trabalhadores ilegais, através designadamente do tráfico humano e de trabalho escravo, colocando empresas lícitas fora do mercado ou sendo estas absorvidas.⁴⁸ Tal leva ao estabelecimento de cartéis em diversos setores económicos onde as forças de mercado foram neutralizadas, uma das formas em que KLAUS VON LAMPE⁴⁹ divide a tomada de controlo pelo crime organizado de empresas lícitas.

A segunda é a extorsão para «proteção»⁵⁰, “um elo indispensável entre a criminalidade organizada e o sistema económico legal”⁵¹. Através da ameaça ou indo mesmo além desta, mediante a destruição dos meios de produção, sabotagem, intimidação dos funcionários ou mesmo o emprego de violência, os empresários são obrigados a pagar elevadas quantias, sendo a proteção, na verdade, contra a própria organização. A terceira

⁴⁶ NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade... Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 47-51.

⁴⁷ ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luis – Estimular e proteger o desenvolvimento económico diante da criminalidade organizada. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade... Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, p. 113.

⁴⁸ NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade... Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, p. 51.

⁴⁹ LAMPE, Klaus von – **Organized crime: analyzing illegal activities, criminal structures and extra-legal governance**. – Califórnia: Sage Publications, 2016, p. 240.

⁵⁰ Cf. VARESE, Frederico – *Protection and extortion*. In PAOLI, Letizia (ed.) – **The Oxford handbook...** – Oxford University Press, 2014, pp. 343-359.

⁵¹ ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 87.

forma designa-se, igualmente de «proteção», no entanto aqui não uma ficção, mas uma realidade. Trata-se de ações tomadas pela organização criminosa para destruir a concorrência, dominar sindicatos, cobrar dívidas ou impedir intervenções das autoridades, uma vez mais, através da rede de corrupção instituída. Nesse caso a relação passa de pagamentos da empresa para “comprar a sua paz” para uma “relação de *joint-venture*”. Uma relação voluntária, mutuamente vantajosa, em que existe um conluio, representando o empresário um colaborador externo⁵², no sentido já referido acima.

CUNHA RODRIGUES⁵³ defende que o “crime ganha o estatuto de profissão. Deixou de ser um subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo. Não é estranho à economia: funciona segundo as suas regras, organiza-as e modela-as. Passa frequentemente de patologia do poder a forma de exercício do poder”.

A separação entre a criminalidade económica organizada, ou “criminalidade relativa a empresas” e a clássica criminalidade organizada dilui-se e esbate-se⁵⁴. Juntando-se às interferências no mercado já referidas, adiciona-se, ainda o denominado crime de colarinho-branco, conceito primeiramente estudado por EDWIN SUTHERLAND⁵⁵ e por ele definido como o delito cometido por uma pessoa respeitada, de elevado estatuto social, no decurso e no âmbito da sua atividade profissional⁵⁶. JAY S. ALBANESE⁵⁷ refere que esta fenomenologia se caracteriza por atividades criminais que são um desvio à atividade económica legítima levada a cabo pela empresa, e que embora envolva uma complexa organização, não é vista como a “carreira” ou atividade principal do delinquente, ao contrário do criminoso profissional envolvido na tradicional criminalidade organizada.

⁵² NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – *Criminalidade... Corpus Delicti III*. – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 61, 71

⁵³ RODRIGUES, Cunha – Os senhores do crime. *RPCC*. Ano 9. Fascículo 1. (1999). – Lisboa: Aequitas; Editorial Notícias, p. 9

⁵⁴ ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 93.

⁵⁵ SUTHERLAND, Edwin H. – *White collar crime: the uncut version*. – New Haven: Yale University Press, 1983, p. 7.

⁵⁶ Figueiredo Dias e Costa Andrade dão crédito a Sutherland pela imposição à criminologia e indiretamente à administração da justiça de uma dimensão ético-política, através de um conceito de crime que inclui o elemento do dano social, um comportamento danoso ao Estado e por este proibido. Ao fazê-lo Sutherland justificou a extensão da abordagem criminológica aos delitos das elites no decurso da sua atividade empresarial, que até aí não eram, em regra, objeto de reações penais ou sociais, vencendo o positivismo legal e alterando a axiologia social. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2ª Reimpressão. – Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 76-77.

⁵⁷ ALBANESE, Jay S. – *Organized crime: from the mob to transnational organized crime*. 7.ª ed. – Amsterdão: Elsevier, 2015, pp 8, 89.

SUTHERLAND⁵⁸, no entanto, avança que a criminalidade do empresário delinquente é recidivista e persistente, não se afastando assim do criminoso profissional. Além de que, segundo o autor, as cifras negras, mascaram a real dimensão desta criminalidade das elites, pela complexidade da investigação. Igualmente, o desrespeito pela axiologia vigente se estende a estes agentes, num desprezo pelas instituições judiciais, pela lei e pela sua aplicação a eles, considerando qualquer responsabilização uma afronta.⁵⁹ Vivem por um código próprio da sua classe, informal, onde abundam os denominados acordos de cavalheiros, e onde a descredibilização junto dos seus pares advém da quebra dessas leis e não das impostas pelo Direito. Uma das diferenças primordiais decorre da forma como o criminoso profissional e o de colarinho-branco se vêm a si próprios e pela sociedade. O primeiro como um delinquente, o segundo como um cidadão.

Esta aceção tem consequências quanto ao *modus operandi*. A violência e ameaça é substituída (em regra) pelo “clientelismo”, o abuso de poder político e o uso “da influência resultante do *status* social dos agentes”. Porém no aspeto organizativo, as estruturas assemelham-se às das clássicas organizações criminosas, com todas as dificuldades daí decorrentes para a investigação das práticas delituosas e responsabilização dos autores. Também aqui há uma promiscuidade entre as duas tipologias, quando “serviços” são contratados⁶⁰, de um lado e outro, para levar a cabo tarefas específicas, seja, como exemplo, tráfico de influências ou violência e intimidação, sanando as lacunas do *know-how* e capital humano das diferentes estruturas.

1.2.2. O terror e o labirinto cibernético adimensional

Esta interação tem lugar, outrossim, quanto a organizações terroristas. Assumindo, igualmente, o carácter de rede, suprarreferido, assiste-se a uma cada vez maior aproximação entre terrorismo e criminalidade organizada, numa dupla vertente. Busca de

⁵⁸ SUTHERLAND, Edwin H. – *White collar crime*... – Yale University Press, 1983, pp. 227-230.

⁵⁹ Cf. MERZAGORA, Isabella; PENNATI, Ambrogio; TRAVAINI, Guido – *Psychology and Psychopathology of white collar crime*. In CALDERONI Francesco; CANEPPELE, Stefano (eds) – *Organized crime, corruption and crime prevention: essays in honor of Ernesto U. Savona*. – Nova Iorque: Springer, 2014, pp. 169-177. Os autores, apoiados nos estudos e doutrina, dão conta dos traços de psicopatia que os criminosos de colarinho-branco exibem, dizendo, ainda, que é a falta de empatia assim como a personalidade manipuladora, narcisista e a incapacidade de sentir remorsos que os leva ao topo do mundo empresarial e a rejeitarem qualquer responsabilidade pelos seus crimes.

⁶⁰ NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – *Criminalidade... Corpus Delicti III*. – Coimbra: Almedina, 2021, p 39.

financiamento da atividade final, isto é, o terrorismo como meio de derrube do Estado e uma fusão entre organização terrorista e criminoso “em que a dimensão política é utilizada como pouco mais que uma fachada para as atividades do mercado negro”⁶¹.

Desde o final da guerra fria, particularmente desde o 11 de setembro de 2001, que o financiamento do terrorismo por parte de Estados, mesmo que obscurecido, diminuiu ou cessou completamente, fruto das pressões políticas. Inspirado no narco-terrorismo na América latina, na década de 80, o terrorismo virou-se para atividades criminosas tradicionalmente reservadas ao crime organizado⁶². Porém, o influxo de capital levou à perversão ideológica e mutação de objetivos, transmutando a organização numa verdadeira estrutura criminoso (“gangsterized”), internacionalizando-a, e, embora com o mesmo fanatismo como pretexto, estendendo as suas aspirações criminosas e políticas, agora também em busca de lucro, além-fronteiras⁶³.

Assistimos, ainda, a alianças entre organizações terroristas e outras organizações criminosas. Estas variam e podem ser esporádicas ou de longa duração. As causas podem ser múltiplas, como a necessidade de competências específicas, por exemplo, a lavagem de capitais, ou apoio operacional, como acesso a rotas de contrabando e tráfico⁶⁴. Pode haver também situações onde a atividade ilícita é levada a cabo, em conjunto, pelas duas organizações, particularmente no tráfico de narcóticos, armas ou humano. Esta cooperação beneficia ambas as tipologias pois ambas prosperam na instabilidade que advém das suas atividades, desgastando os governos, as instituições e dificultando os esforços expendidos na sua investigação e captura. Por fim, temos, ainda, os casos em que organizações criminosas usam métodos terroristas, como ataques bombistas, para

⁶¹ ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 96.

⁶² MAKARENKO, Tamara – *The crime-terror continuum: tracing the interplay between transnational organised crime and terrorism*. **Global Crime**. Vol. 6, N.º 1. (fev. 2004), p. 130.

⁶³ THACHUK, Kimberly L., LAL Rollie – *An introduction to terrorist criminal enterprises*. In THACHUK, Kimberly L., LAL Rollie (eds) – **Terrorist Criminal Enterprises: Financing Terrorism through organized crime**. – Califórnia: Praeger Security International, 2018, pp. 2-3.

⁶⁴ Cf. A prisão de Dino Bouterse, cidadão do Suriname, traficante transnacional de estupefacientes, capturado pela Drug Enforcement Agency, no Panamá e condenado nos EUA por ter apoiado e prestado auxílio ao estabelecimento de uma base no Suriname do Hezbollah, além do fornecimento de passaportes falsos, com vista a ataques em solo americano, em troca de um pagamento de vários milhões de dólares. Michele M. Leonhart, então administradora da DEA afirmou que as organizações criminosas dedicadas ao narcotráfico e as redes terroristas mantêm relações próximas pelo mundo fora, sendo que os lucros são usados para financiar as redes terroristas e fomentar a propagação do terror. DEA - **DEA and Manhattan U.S. Attorney announce charges against senior south american counterterrorism figure for attempting to support hezbollah**. (08 nov. 2013) [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.dea.gov/press-releases/2013/11/08/dea-and-manhattan-us-attorney-announce-charges-against-senior-south>

fomentar o caos e assegurar o controlo de regiões ou eliminar alvos, sejam concorrentes, sejam elementos das forças da lei⁶⁵, v.g. Giovanni Falcone e Paolo Borsellino⁶⁶, ou até jornalistas como Veronica Guerrin, assassinada com seis tiros em 26 de junho de 1996, em Dublin, quando a Irlanda ocupava a presidência da UE.

O SOCTA de 2021⁶⁷ aponta a motivação divergente entre o terrorismo e o crime organizado, isto é, motivações políticas e ideológicas dos primeiros e lucro dos segundos, afirmando haver provas mínimas da cooperação sistemática entre ambos. Nota, ainda, a relutância do submundo criminoso em entrar numa relação com organizações terroristas pela atenção que atrai das instituições judiciais. Porém os conselheiros académicos, membros do *Academic Advisory Group* convidados pela Europol a comentar o relatório, davam, já em 2013, conta da mudança na natureza do terrorismo e violência política, dizendo que os processos que lhes dão origem são hodiernamente expressos de forma diversa, havendo uma mudança nas fronteiras entre violência motivada pela política e por motivos económicos.

No SOCTA de 2017⁶⁸, os conselheiros afirmaram, novamente, que a relação entre terrorismo e a criminalidade organizada se alterou, mutando-se “em formas perigosas” e que o fenómeno tem necessariamente de ser estudado de uma forma clara e integrada, com estruturas a um nível europeu. O legislador deve “olhar” para esta criminalidade holisticamente, incluindo o terrorismo, não se limitando na sua análise e produção por fronteiras, geográficas ou administrativas, necessitando, todavia, para tal de vontade política.

TAMARA MAKARENKO⁶⁹ também sustenta que, embora haja referências esporádicas, quer na imprensa, quer no diálogo entre as instituições internacionais, a prática de atividades criminosas, de forma organizada, como financiamento de redes terroristas, além das relações entre estas e redes criminosas, permanece carente de uma investigação pormenorizada que permita enfrentar e prevenir o fenómeno.

⁶⁵ MAKARENKO, Tamara – *The crime-terror continuum...* **Global Crime**. (fev. 2004), pp. 132-133.

⁶⁶ Sobre o efeito catalisador destes assassinatos, separados por um curto espaço de tempo, na produção legislativa europeia e na visão do crime organizado como ameaça extrema para a comunidade internacional Cf. FIJNAUT, Cyrille – *Twenty years ago: the assassinations of Giovanni Falcone and Paolo Borsellino*. In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 20, N.º 2. (2012), pp. 131-136.

⁶⁷ EUROPOL – *European Union serious and organized crime threat assessment*. – Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2013, p. 44.

⁶⁸ SAVONA, Ernesto, Et al. – *SOCTA 2017: comment by academic advisors*. – Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2017, p. 1.

⁶⁹ MAKARENKO, Tamara – *The crime-terror continuum...* **Global Crime**. (fev. 2004), p. 130.

Uma coisa é certa. As “organizações criminosas são verdadeiras empresas”, no seu expoente máximo, polivalentes, flexíveis e transnacionais. JOSÉ BRAZ⁷⁰ ilustra a afirmação com um exemplo. Uma organização terrorista que por intermédio de estruturas subsidiárias ou associadas leva a cabo uma operação de tráfico de estupefacientes ou de pessoas, como financiamento do seu objetivo principal. Procede ao branqueamento dos lucros ilícitos através de um banco internacional, onde existem elementos da organização infiltrados ou do qual tem controlo financeiro. Usa, para isso, uma conta *offshore* ligada a uma organização não-governamental que controla um sector da comunicação social ou uma empresa lícita de especial peso na produção alimentar de um qualquer espaço geográfico. Todo este percurso do capital potenciado pela tecnologia moderna cujo controlo é de uma complexidade titânica, supranacional e de um custo assombroso.

Juntando-se à imaterialidade do capital, à velocidade instantânea da sua transferência pelo mundo, temos o, cada vez mais prevalente, anonimato dos seus detentores. O uso massificado das criptomoedas trouxe uma nova dimensão à dificuldade de rastreio das origens e destino dos gigantescos fluxos de capitais que diariamente movimentam quantias inimagináveis. Destas, a mais disseminada e sólida é a Bitcoin. Em essência, trata-se de um “*token*”, um símbolo, virtual, que permite um sistema de pagamentos, transferindo valores entre as partes. Não tem uma referência ou garantia de nenhuma “*commodity*” ou moeda nacional. A propriedade de bitcoins simplesmente significa o poder de as transferir dentro do seu ecossistema próprio⁷¹.

As transações, instantâneas, são comprovadas e registadas pela comunidade de usuários no seu todo, não existindo uma supervisão centralizada, não havendo qualquer intermediário nestas, sendo que a própria arquitetura do ecossistema dificulta estabelecer de onde o envio partiu e exatamente qual o seu destino. Estas, quando confirmadas não podem mais ser revertidas. Não existem números de série que individualizem as bitcoins⁷², sendo o sistema de encriptação na *blockchain*, onde são registados os seus movimentos, quase invulnerável. Não há qualquer controlo governamental ou por parte

⁷⁰ BRAZ, José – **Investigação criminal. A organização...** 5.ª Ed. Reimp, p. 302.

⁷¹ BADEV, Anton; CHEN, Matthew – *Bitcoin technical background and data analysis*. **FEDS Working Paper** N.º 2014-104, (2014), p. 5.

⁷² LÓPEZ, Xesús Pérez – *Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la unión europea y en españa*. **Revista de Derecho penal y criminología**. 3.ª Época, N.º 18. (jul. 2017), pp, 144-145.

de instituições bancárias, não existindo um banco central ou instituição supervisora com qualquer tipo de responsabilidade ou poder⁷³.

As instituições judiciais não podem investigar ou iniciar os procedimentos para recuperação de ativos focados numa localização central ou numa entidade administradora. O sistema espalhado pelo mundo é um pesadelo quanto às jurisdições, sendo que tentativas de regulamentação mais rigorosas levarão simplesmente os criminosos a usar como base um país onde esta seja mais leve ou até ausente⁷⁴. Em suma, trata-se de um sistema descentralizado de moeda virtual, convertível em moeda nacional, que permite transações diretas entre usuários, com anonimidade e que existem apenas digitalmente, fora do alcance dos clássicos mecanismos de supervisão governamentais. É notório o potencial para o branqueamento de capitais ou financiamento de organizações terroristas⁷⁵.

Não se fica por aí, no entanto, a ameaça. Numa criminalidade organizada onde o crime é “vendido” como serviço, mesmo entre as várias organizações, como já foi referido, este modo de pagamento torna-se ideal. Juntando-se, ainda, à complexidade das investigações, a denominada *Dark Web*⁷⁶, sites que não são indexados pelos motores de busca e cujo acesso só é possível através de *browsers* específicos, como por exemplo, o Tor. As ligações são privadas, sendo alvo de encriptação e passando por múltiplos servidores que turvam a sua origem. O meio de pagamento por excelência é aqui, igualmente as criptomoedas⁷⁷, assistindo-se a um aumento do uso de Monero, uma moeda

⁷³ CECCARELLI, Cristina – *Criptoactivos y blanqueo de capitales en la unión europea*. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade... Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, p. 143.

⁷⁴ Sobre os esforços de regulação das criptomoedas e do uso da *blockchain*, em particular a nível federal nos EUA Cf. GIRASA, Rosario – **Regulation of cryptocurrencies and blockchain technologies: national and international perspectives**. – Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2018.

⁷⁵ FATF – **FATF Report: virtual currencies, key definitions and potential AML/CFT risks**. – Paris: FATF/OECD, 2014, p. 9-10 O *Financial Action Task Force* ou GAFI (*Groupe d'action financière*) é uma instituição intergovernamental independente que estuda medidas destinadas à proteção do sistema financeiro global em relação ao branqueamento de capitais, financiamento de organizações terroristas e apoios à proliferação de armas de destruição em massa.

⁷⁶ Cf. MICROSOFT – **What is the Dark Web**. 2022. [Em linha] [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.microsoft.com/en-us/microsoft-365-life-hacks/privacy-and-safety/what-is-the-dark-web>

⁷⁷ Em janeiro de 2021 o *DarkMarket*, o maior “mercado” ilegal da *Dark Web* ficou offline numa operação internacional que envolveu nomeadamente a Alemanha, a Austrália, a Dinamarca, o Reino Unido e os EUA com o apoio do FBI, DEA e o IRS. A Europol contribuiu com uma análise operacional especializada e coordenou as várias jurisdições envolvidas. O site tinha quase meio milhão de utilizadores e 2400 vendedores, com mais de 320 000 transações, tendo havido transferências de 4650 bitcoins e 12 800 monero, sendo o total convertível em mais de 140 milhões de euros. O site servia, designadamente, para vendas de estupefacientes, moeda falsificada, dados de cartões de crédito roubados ou falsificados, cartões SIM anónimos e *malware*. EUROPOL - **DarkMarket: world's largest illegal dark web marketplace taken**

virtual que oferece ainda mais privacidade, através de um *stealth adress*⁷⁸ do utilizador que permite que várias transferências para si apareçam na *blockchain* como sendo para diferentes destinos. Nas comunicações o anonimato continua, através de aplicações como a Wickr e Telegram, onde a privacidade é o grande trunfo, além do uso de *Virtual Private Networks* (VPN) e *proxies* que mascaram o endereço de IP, tornando o utilizador e as suas ações impossíveis (ou quase) de rastrear⁷⁹.

O crime não só se internacionalizou, virtualizou-se. Não só no cibercrime, designadamente, com o uso de *malware*, código que permite ao criminoso infiltrar-se num sistema com o objetivo de se apoderar de dados, ou *ransomware* e ataques de *Distributed Denial of Service* (DDOS), ambos destinados a paralisar uma rede para extorquir um resgate, mas igualmente nos outros tipos de crime levados a cabo por tradicionais redes organizadas. Hodiernamente quase todas as atividades delituosas organizadas têm alguma componente *online*, ou com o fito de as facilitar ou de solidificar o anonimato e segurança dos agentes⁸⁰.

A Europol designa de entre as mais sérias atividades criminosas organizadas na UE, além do cibercrime, o tráfico de drogas, crimes ambientais, como a eliminação ilegal de resíduos tóxicos, que envenena a terra e potencialmente causa doenças oncológicas nas populações, tráfico de armas e explosivos, falsificação de moeda, abuso de crianças e pornografia infantil⁸¹ e tráfico humano⁸².

Um fator que parece ausente de muitas análises, não só de cientistas e académicos, mas também do próprio legislador, ao fenómeno da criminalidade organizada é a relação

down. 2021. [Em linha] [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/darkmarket-worlds-largest-illegal-dark-web-marketplace-taken-down>

⁷⁸ Cf. *THE MONERO PROJECT* – Página Oficial na ClearNet. [Em linha] [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.getmonero.org/resources/moneropedia/stealthaddress.html>

⁷⁹ EUROPOL – *Internet Organised Crime Threat Assessment* (IOCTA) 2021. – Luxemburgo: *Publications Office of the European Union*, 2021, p 36.

⁸⁰ EUROPOL – *European Union serious and organized crime threat assessment...* *Publications Office of the European Union*, 2021, pp 32, 38-42.

⁸¹ Sobre os instrumentos internacionais criados para prevenir e erradicar este flagelo, os resultados e as falhas, além das causas Cf. MÜLLER, Thorsten – *Transnational organised crime and the sale of children, child prostitution, and pornography*. In HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (eds) – *International law and transnational organised crime*. – Oxford: *Oxford University Press*, 2016, pp. 287-307. De notar, em particular, a pobreza em países com Estados falhados ou envolvidos em conflitos armados que leva país a vender os filhos ou propicia a migração ilegal. De referir, ainda, a procura nas nações ricas para satisfazer desejos sexuais e a diferença entre as culturas que impede, em certas circunstâncias a efetividade dos tratados, já de si afetada pelo uso de termos vagos e indeterminados, dificultando a sua interpretação. pp. 304-307.

⁸² Cf. EUROPOL – *European Union serious and organized crime threat assessment...* *Publications Office of the European Union*, 2021, pp. 38-92.

simbiótica desta com a sociedade e os seus membros. Uma conexão que é obrigatoriamente “funcional até pelo facto de o submundo, através da prostituição e da prestação de outros serviços ou bens imorais ou ilegais satisfazer, em primeiro lugar, uma procura gerada fora do submundo.” Um vínculo que se manifesta no recebimento de vantagens, na corrupção, no clientelismo político e nas forças do mercado, a procura que reage à oferta. São “as fraquezas da sociedade convencional” que levam à “pronta participação dos seus membros (que habitualmente se regem pelas leis) no mercado negro” que permitem o financiamento destes grupos e sustentam a degradação do tecido económico, através da participação destes na economia lícita, e das instituições, através da corrupção. Daí advêm os seus meios para frustrar os esforços das autoridades e, talvez o mais chocante e difícil de aceitar, continuar e aumentar a exploração do ser humano⁸³. Exploração com que diretamente a sociedade, silenciosamente, também lucra, nomeadamente com mão de obra vítima de tráfico humano e disposta, ou obrigada, a receber salários miseráveis, ou indiretamente, sendo cliente e assim sustentando o tráfico para exploração sexual.

Num estudo que colocou o foco nos clientes da prostituição de vítimas de tráfico humano em Itália, Países Baixos, Roménia e Suécia, após várias entrevistas, os autores concluíram existirem várias convergências entre estes. Os clientes procuram uma rapariga bonita a preço razoável, estando, no mínimo, cientes da exploração e da neutralização a que esta está submetida⁸⁴. Um cliente, num dos inquéritos, diz preferir sempre uma mulher vítima de exploração sexual do que uma prostituta livre. A segunda, quando ganha o suficiente pode deixar de trabalhar. As “exploradas não (...) têm de ficar lá e se não pagarem ao chulo são espancadas. (...) Se pensar bem, vai ver que é mais uma ajuda do que outra coisa. Todos nós sabemos que elas são exploradas, por isso é melhor ir com elas, senão serão abatidas”⁸⁵. Isto chama-se neutralização axiológica da culpa.

⁸³ ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, pp. 91, 97.

⁸⁴ DI NICOLA, Andrea; RUSPINI, Paolo – *Learning from clients*. In CAUDURO, Andrea; Et al.(eds) – *Prostitution and human trafficking: focus on clients*. – Nova Iorque: Springer, 2009, pp. 231-232.

⁸⁵ CAUDURO, Andrea; Et al. – *Introduction*. In CAUDURO, Andrea; Et al.(eds) – *Prostitution and human trafficking*...Springer, 2009, p. 3 (tradução nossa).

1.3. A urgência de um conceito de criminalidade organizada

Todas estas variáveis e fatores identificativos, além das causas da proliferação de comportamentos desviantes nos membros da sociedade legal que alimentam esta fenomenologia criminal, devem ser tidos em conta numa resposta legislativa onde a eficácia seja atingida, preservando o máximo possível o respeito pelos direitos fundamentais.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES⁸⁶ afirma que, misturar e confundir tipos de criminalidade diversos, a criminalidade organizada e em massa, inquina a análise dos dados e produz uma política criminal deficiente, cujo resultado é um “endurecimento cego e generalizado da punição”, sendo que a grande questão é, ainda segundo a autora, se uma abordagem que fere “o cerne da própria democracia”, os direitos fundamentais, é o preço a pagar pela eficiência.

Por outro lado, temos a relação entre criminalidade organizada e económico-financeira. Como JORGE DOS REIS BRAVO⁸⁷ afirma, estes “são conceitos eminentemente operativos ou instrumentais” não “(técnico)-jurídicos”, representando criminalidades “geográfica e historicamente mutáveis e não coincidentes”. O autor explica como num gráfico teremos dois círculos em que uma enorme percentagem dos diâmetros se sobrepõem, ficando, todavia, de fora uma borda em cada um. Em suma, nem toda a criminalidade económica é organizada, assim como nem todo o crime organizado é económico.

Dando conta da dissimilitude da política criminal e “preocupações teleológicas da punibilidade” subjacente a ambas, além dos “princípios orientadores das especificidades dogmáticas, normativas e criminológicas”, não nega, porém, o autor, a “interpenetração e intersecção” e “extensas faces de contiguidade” que obrigam a uma intervenção “integrada ou comum”. Tal é extensível ao terrorismo⁸⁸, num conceito amplo de

⁸⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios, velhos rumos. Lusíada. **Direito**. N.º 3 (2005), p. 20.

⁸⁷ BRAVO, Jorge dos Reis – Para um modelo de segurança e controlo... – Edições Húmus, 2013, pp. 16-19.

⁸⁸ Cf. o ponto 4 da resolução 1373 de 28 de setembro de 2001, do Conselho de Segurança da ONU, onde é expressa a preocupação com a conexão próxima entre terrorismo internacional e crime organizado transnacional, aconselhando, com ênfase, a necessidade de aumentar a coordenação de esforços, a nível nacional e internacional, para uma resposta global a esta ameaça à segurança. CONSELHO de Segurança das Nações Unidas – Resolução 1373, de 28 de setembro de 2001. [Em linha] [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/449020> Cf. do think-tank do Parlamento Europeu, no mesmo sentido, *DIRECTORATE General for internal policies, Policy Department C: citizens' rights and constitutional affairs; civil liberties, justice and home affairs*. MAKARENKO, Tamara (project lead) – *Europe's crime-terror nexus: links between terrorist and organised crime groups in the european union*.

criminalidade organizada, em que o bem jurídico tutelado é a tranquilidade pública, quando a atuação da rede tem como objetivo o lucro destinado ao financiamento do seu objetivo *core*, através de atividades delituosas no âmbito organizado ou económico-financeiro.

Quanto à criminalidade económico-financeira *tout court*, no que diz respeito a atividades criminosas que “pela sua gravidade, dimensão e consequências são susceptíveis de pôr em causa o próprio Estado de direito democrático”, tutelando-se bens jurídicos supraindividuais da maior dignidade penal, como “o ambiente e a saúde pública, para além da justiça fiscal e da liberdade de mercado”⁸⁹, também se justificará a sua introdução num leque de medidas destinadas a combater todo este universo criminoso.

É mister, todavia, evitar uma amplitude de tal forma extensa que esvazie os conceitos, já de si fluidos, inseguros e flutuantes, desapossando as medidas de efeitos práticos, pois não destinadas a fenómenos concretos, antes gerais. Correndo, ainda, o risco de obliterar princípios constitucionais, nomeadamente o princípio da legalidade, garantias e direitos fundamentais.

Pugnamos por uma análise que privilegie “uma unidade teleológico-funcional” que consubstancie uma “mediação político-criminal que lance luz sobre as finalidades e os efeitos que se apontam à (e se esperam da) aplicação do direito penal”, com uma análise criminológica prévia⁹⁰, substanciando e evoluindo a dogmática jurídico-penal, os três âmbitos numa conexão dirigida à produção do Direito penal⁹¹.

1.3.1. Inarmonia

Rejeita-se desde logo um tipo de crime que autonomize a tipologia, criando um crime específico de «criminalidade organizada». Acompanhamos JORGE DOS REIS

– Bruxelas: Parlamento Europeu. 2012. [Em linha] [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: [https://www.Europarl.Europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-LIBE_ET\(2012\)462503](https://www.Europarl.Europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-LIBE_ET(2012)462503)

⁸⁹ PEREIRA, Rui – A criminalidade económica... In **O Direito**. Ano 138. I. (2006). – Coimbra: Almedina, p.160.

⁹⁰ Para uma desconstrução e análise da literatura criminológica da noção de crime organizado Cf. AGRA, Cândido da – Criminalidade reticular – nótula para um modelo de análise sistémica do crime organizado. In AGRA, Cândido da; TORRÃO, Fernando - **Criminalidade organizada e económica: perspetivas jurídica, política e criminológica**. – Lisboa: Universidade Lusíada, 2018, pp. 361-377.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime**. 2ª ed. 2ª Reimp. – Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 41.

BRAVO⁹² quando considera que tal tipificação seria supervacânea perante outros tipos de crime que já tutelam as atividades delituosas da fenomenologia criminosa.

Seguimos, também a orientação que separa o crime de associação criminosa, p. e p. no artigo 299.º do CP⁹³ de “criminalidade organizada enquanto conceito instrumental que liga a aplicação de certas consequências jurídicas de ordem processual e sancionatória a determinados crimes previamente tipificados”. AUGUSTO SILVA DIAS⁹⁴ critica a Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho da UE, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada segundo a qual haveria sempre criminalidade organizada na prática de uma das infrações da alínea a) e b) do seu artigo 2.º, relativas à participação em organização criminosa, sendo esta definida no artigo 1.º e autonomizada da definição de «associação estruturada», no mesmo artigo. O autor considera que a ligação entre o crime de associação criminosa e o conceito de criminalidade organizada “embora tendencial, é contingente” podendo existir casos em que não se faz prova, ou não se verifica, algum dos elementos do ilícito típico do artigo 299.º do CP e, no entanto, se verifica que o crime, fazendo parte do catálogo, foi praticado de forma organizada, ou vice-versa.

Da mesma opinião, DUARTE RODRIGUES NUNES⁹⁵, considera que “a prática de um crime de organização (associação criminosa, organização terrorista, organização criminosa)” não é *conditio sine qua non* para o conceito de criminalidade organizada, mas sim a existência de uma “estrutura organizada (organização criminosa *lato sensu*) no âmbito da qual são cometidos crimes”. JORGE DOS REIS BRAVO⁹⁶ considera que a confusão de crime e conceito seria um equívoco, afirmando que o que caracteriza a criminalidade organizada é o acréscimo de perigosidade, enquanto o ilícito criminal de

⁹² BRAVO, Jorge dos Reis – **Para um modelo de segurança e controlo...** – Edições Húmus, 2013, p. 16.

⁹³ Segundo a jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra “o crime de associação criminosa exige a congregação de três elementos essenciais: um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa” estando consumado “com a fundação da associação com a finalidade de praticar crimes, ou – relativamente a associados não fundadores - com a adesão ulterior, sendo o agente punido independentemente dos crimes cometidos pelos associados e em concurso real com estes.” TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão com o n.º 274/10.9JALRA-B.C1**, de 27 de novembro de 2013. Relator Orlando Gonçalves.

⁹⁴ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, pp. 25-27.

⁹⁵ NUNES, Duarte Rodrigues – Criminalidade organizada e economia lícita... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade... Corpus Delicti III**. – Coimbra: Almedina, 2021, p. 32.

⁹⁶ BRAVO, Jorge dos Reis – **Para um modelo de segurança e controlo...** – Edições Húmus, 2013, p. 16.

associação criminal tutela o bem jurídico “paz pública”, configurando um crime de perigo abstrato⁹⁷, sendo a sua “tutela antecipada, não subsequente nem reactiva”.

Já FIGUEIREDO DIAS⁹⁸ afirma, em sentido contrário, que o conceito jurídico-penal da criminalidade organizada, para ser viável, obriga ao mesmo tempo à prática do crime de associação criminosa e de crimes “de particular natureza e gravidade” por essa mesma associação. Pela nossa parte parece-nos demasiado constrito e oneroso considerar essa conexão inelutável, correndo o risco de retirar a operacionalidade ao conceito e restringindo, irrazoavelmente as medidas mais intensas a ele associadas.

Medidas estas, excepcionais, no âmbito dos meios de obtenção de prova⁹⁹, direitos do arguido, processo penal ou recuperação de ativos. Na alínea i) e m) do artigo 1.º do CPP encontramos as definições legais de terrorismo e de «criminalidade altamente organizada», estando inseridas nesta “as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento”. A repercussão destes conceitos jurídico-penais sente-se, desde logo, no primeiro interrogatório judicial de arguido detido, onde o MP tem a faculdade de “determinar que o detido não comunique com pessoa alguma, salvo o defensor, antes do primeiro interrogatório judicial”, *ex vi* do artigo 143.º, n.º 4 do CPP.

Juntam-se, ainda, as revistas e as buscas, artigo 174.º, n.º 5, alínea a) do CPP, que podem ser levadas a cabo pelos OPC “quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa” sem despacho prévio da AJ competente, devendo, porém, serem imediatamente comunicadas ao JIC para validação sob pena de nulidade, *ex vi* do n.º 7 do mesmo artigo. Também as buscas domiciliárias têm um carácter excepcional, no que respeita a esta criminalidade, podendo, nos termos do artigo 177.º, n.º 2, alínea a) do CPP ter lugar entre as 21 e as 7

⁹⁷ Expressando-se quanto ao grau de lesão do bem jurídico diz o Tribunal da Relação do Porto, na senda de Figueiredo Dias, que a intervenção se dá “num estágio prévio, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um especial perigo de perturbação que, só por si, viola a paz pública.” TRIBUNAL da Relação do Porto – **Acórdão com o n.º 696/16.1PRPRT.P1**, de 14 de dezembro de 2017. Relatora Maria Deolinda Dionísio.

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – A criminalidade organizada: do fenómeno... In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. (2008), pp. 15,26.

⁹⁹ Quanto à dimensão da opressão aos direitos fundamentais no domínio dos meios de obtenção de prova e da visão securitária, no âmbito do combate à criminalidade organizada Cf. NUNES, Duarte Rodrigues – **O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada**. – Coimbra: Gestlegal, 2019.

horas, ordenada pelo juiz, ou, *ex vi* do n.º 3, alínea a) do mesmo artigo, podendo ser ordenadas pelo MP ou efetuadas por OPC, entre as 7 e as 21 nos suprarreferidos casos do n.º 5 do artigo 174.º e igualmente com a necessidade de posterior validação pelo juiz. Há ainda repercussões nas escutas telefónicas, artigo 187.º, n.º 2, alínea a) do CPP, quanto ao juiz competente para a autorização, em virtude do *periculum in mora*.

No que diz respeito às medidas de coação, nos termos do artigo 202.º, n.º 1, alínea c) do CPP, pode o juiz, considerando as medidas menos gravosas inadequadas ou insuficientes, impor ao arguido prisão preventiva, havendo fortes indícios de crime que corresponda a criminalidade altamente organizada e seja punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos. O prazo de extinção da prisão preventiva também sofre consequências, com o alargamento previsto no artigo 215.º, n.º 2 do CPP e quando o processo se revelar de especial complexidade, no n.º 3 do mesmo artigo, havendo, ainda, lugar ao prolongamento do prazo de duração máxima do inquérito, *ex vi* do artigo 276.º, n.º 2 e n.º 3 do CPP. O limite do número de testemunhas, apresentadas pelo MP no rol, na acusação é, também, afastado devido ao carácter altamente organizado do crime, nos termos do n.º 7 do artigo 283.º do CPP.¹⁰⁰

Eis, de forma cristalina, a importância do catálogo. Importa referir, também, a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, referente a medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, que no seu artigo 1.º consagra um *numerus clausus* de crimes, como, nomeadamente, infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional, na alínea e) além de infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática, na alínea d). Mesmo assim, JORGE DOS REIS BRAVO¹⁰¹ considera que essa pretensão legal não foi bem-sucedida, sustentando que foi usado um critério de enunciação de tipologias penais passíveis de serem integradas no conceito de criminalidade económico-financeira “que só aparentemente é técnico-jurídico”, criticando a indefinição do conceito «infrações económico-financeiras» que impede a densificação do conteúdo das duas referidas alíneas.

¹⁰⁰ Sobre a temática do crime organizado, focando-se em duas abordagens, uma dedicada à análise dos contributos das ciências sociais e da *intelligence* e a outra quanto à jurisprudência e produção jurídica nacional e internacional Cf. LEAL, José Manuel Pires – O crime organizado enquanto problema conceptual e material. Lusíada. **Direito**. N.º 23/24. (ago. 2021), pp. 155-186.

¹⁰¹ BRAVO, Jorge dos Reis – **Para um modelo de segurança e controlo...** – Edições Húmus, 2013, pp. 22-24.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, tem no seu artigo 1.º, também, um catálogo de crimes, designadamente, tráfico de influências, de armas, corrupção ativa e passiva, branqueamento de capitais, lenocínio, contrabando, associação criminosa, pornografia infantil e lenocínio de menores. Esta lei reveste-se de particular importância ao consagrar a «perda alargada» de bens a favor do Estado, sendo alvo de análise pormenorizada no próximo capítulo. Nota-se, porém, desde já, uma disparidade entre o catálogo aqui presente e a alínea m) do artigo 1.º do CPP que segundo AUGUSTO SILVA DIAS¹⁰² obriga a um esforço do legislador dirigido à uniformização do conceito de criminalidade organizada no ordenamento jurídico nacional.

No contexto supranacional aponta-se a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional (CNUCOT), também referida como Convenção de Palermo, de 2000, que define no artigo 2.º, alínea a) «grupo criminoso organizado» como “um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e atuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro benefício material” e na alínea c) «grupo estruturado» como “formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração”, em que os membros possam não ter as suas funções definidas formalmente, podendo, ainda, estar ausente a “continuidade na sua composição” e o desenvolvimento de uma estrutura. No que se refere a crimes consagra-se a criminalização da participação num grupo criminoso organizado, artigo 5.º, o branqueamento do produto do crime, artigo 6.º, corrupção, artigo 8.º, obstrução à justiça, artigo 23.º, além de infrações graves, na aceção no artigo 2.º, sempre que transnacionais e envolvam um grupo criminoso organizado, *ex vi* do artigo 3.º.

GUEDES VALENTE¹⁰³ critica a concetualização descrita de grupo criminoso organizado, sustentando que o “critério axiomático maioritário é o organizativo”, não a atividade criminosa específica que estes grupos desenvolvem. Acresce, ainda, que na opinião do autor, a convenção suscita uma “conflitualidade interpretativa jurídica quanto

¹⁰² DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 27.

¹⁰³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Criminalidade organizada... In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes... – **Criminalidade organizada – investigação**... – São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 141-144.

aos elementos objetivos do tipo” ao apresentar, junto a este, o conceito de grupo estruturado. Prossegue ainda, dizendo que o dolo, a obtenção direta ou indiretamente de benefício económico ou material é redutor, pois em certas circunstâncias a criminalidade transnacional se destina à ocupação de vazios ou conquista de poder, ou no avanço e propagação de ideologias.

Manifesta, também, discordância e preocupação quanto ao alargamento do objeto e conceito de crime organizado, pela conjugação do artigo 3.º com o artigo 5.º, o mesmo acontecendo nos termos do artigo 2.º, alínea b.), sendo que no âmbito do grupo estruturado, um grupo que se forme para a prática do delito de roubo, por apenas uma noite, poderá ser enquadrado no conceito de criminalidade organizada. Conceito este que para o autor, conforme delineado na convenção é “ajurídico, acientífico e tecnicamente infeliz”, denotando uma carência no respeito da “técnica legislativa integrante do Direito como Ciência de justiça”.

No Direito da UE aponta-se o artigo 83.º do TFUE, que, no n.º 1, estabelece que o Parlamento Europeu e o Conselho, através de diretivas, podem estabelecer regras mínimas quanto à definição das infrações penais e sanções, no âmbito da criminalidade particularmente grave, transnacional, em virtude da natureza e incidência dessas infrações ou da especial necessidade de as combater através de um esforço comum. Essa criminalidade é identificada como “terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”, sendo que decorrente da evolução da criminalidade, pode o Conselho adotar uma decisão que nomeie outros domínios criminais que preencham os referidos critérios. O objetivo é assegurar a cooperação e em particular a harmonização do Direito penal substantivo nos Estados membros, *ex vi*, do n.º 2 do mesmo artigo.

A Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho da UE, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada é baseada na CNUCOT e visa, igualmente, aproximar as definições dos delitos criminais praticados em conexão à participação numa organização criminosa, facilitando, assim, o reconhecimento mútuo de sentenças, decisões e a cooperação policial e judiciária. No artigo 1.º define organização criminosa, através do elemento pessoal, um mínimo de 3 pessoas, temporal, um período longo, organizacional, uma formação não aleatória e voluntária, a intenção de cometer crimes em cooperação. Só ofensas destinadas a vantagens materiais ou financeiras são

tomadas em conta¹⁰⁴. A definição de associação estruturada é praticamente idêntica à de grupo estruturado na CNUCOT.

PEDRO CAEIRO, L. FOFFANI e V. MITSILEGAS¹⁰⁵ consideram esta legislação pouco feliz, começando pela redução do objetivo do crime organizado ao benefício financeiro e material. Os autores lembram que muitas organizações visam destabilizar e sabotar as estruturas políticas e sociais da UE e dos Estados membros, e que esta visão restritiva, na senda da CNUCOT, é dirigida apenas ao crime organizado na linha da Máfia, deixando de fora as mais modernas mutações assistidas nesta fenomenologia. De seguida, afirmam que a definição de crime organizado é demasiado ampla, devendo haver uma especificação em relação às formas de crime. Para os autores o uso de diferentes concetualizações de crime organizado em relação a crimes específicos seria um trunfo para o melhoramento da cooperação, visto que a definição atual é tão alargada que arrisca interpretações diferentes, diminuindo a confiança mútua entre os diversos Estados.

Concluindo, sustentam que esta Decisão-Quadro está ultrapassada, devendo haver uma modernização na legislação europeia, sendo crucial determinar se a criminalização do fenómeno da criminalidade organizada deve ser dirigido a uma definição unitária ou através de uma abordagem diferenciada, conforme a tipologia criminal levada a cabo pela organização.

1.3.2. A obliteração do inimigo

O que parece claro, pelo exposto, é que existem, neste domínio, divergências, confusões, equívocos, carência de harmonização¹⁰⁶ e algum desnorte na produção legislativa, nacional e internacional, dificultando um combate eficaz a esta ameaça transfronteiriça. ROXIN¹⁰⁷, antes da Convenção de Palermo, afirmava que não existia um conceito de criminalidade organizada dotado de clareza jurídica e que reunisse um

¹⁰⁴ HECKER, Bernd – *The EU and the fight against organised crime*. In HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (eds) – *International law*... – Oxford University Press, 2016, p. 72.

¹⁰⁵ CAEIRO, Pedro; FOFFANI, Luigi; MITSILEGAS, Valsamis – *Strengthening the fight against economic and financial crime within the EU*. *Eucrim*. N.º 3. (2020), pp. 250-252.

¹⁰⁶ Para uma «coleção» superior a 200 definições de crime organizado, da doutrina e instituições de todo o mundo Cf. LAMPE, Klaus von – *Definitions of organized crime*. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <http://www.organized-crime.de/organizedcrimedefinitions.htm>

¹⁰⁷ ROXIN, Claus – *Problemas de autoría y participación en la criminalidade organizada*. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*. N.º 2. (1998), p. 65.

mínimo consenso, apenas “descrições heterogêneas” de um fenómeno não delimitado com precisão.

Nota-se, outrossim, que tal suscita alguma insegurança jurídica, ao permitir desvirtuar o princípio do catálogo. Ao falhar na densificação do conceito de criminalidade organizada, principalmente permitindo-lhe uma amplitude mais do que generosa, em particular no referente à dicotomia entre grupo organizado e grupo estruturado, colocando a ênfase no elemento organizativo em detrimento do tipo de atividade, corre-se o risco (esperamos que não intencional) de normalizar e alargar o uso dos instrumentos excepcionais, em matéria de investigação e recuperação de ativos.

Note-se que, na doutrina, vozes como a de GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁰⁸, consideram que o processo penal comum é frequentemente suficiente para assegurar a reação eficaz a este fenómeno criminal, alertando para o múnus do legislador, neste belicismo, de preservação da principiologia e axiologia base do estado de direito democrático.

ZAFFARONI¹⁰⁹ considera «crime organizado» como uma “categoria frustrada”. Confirmando a existência de organizações criminosas, nega, no entanto, que haja um conceito capaz de contemplar o composto de atividades delituosas levadas a cabo por estas, máxime quando estas “aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas”, sendo a conceitualização ainda mais inalcançável quando transferida para o âmbito da produção legislativa penal.

Para o autor, o resultado dessa transmissão “não é mais que uma criminalização que apela a uma ideia difusa, indefinida, carente de limites certos e, por fim, uma lesão ao princípio da legalidade - isto é, à primeira e fundamental característica do direito penal liberal ou de garantias”, revelando, assim, um Direito penal autoritário.

Entramos no domínio da “terceira velocidade” do Direito penal que nos traz SILVA SÁNCHEZ¹¹⁰. Ao lado do Direito penal sancionado com penas privativas da liberdade, onde os princípios e garantias devem vigorar com solidez, aparece o direito penal de 2.^a velocidade, em que as penas são privações de direitos ou pecuniárias e que

¹⁰⁸ SILVA, Germano Marques – Meios processuais expeditos... Lusíada. **Direito**. N.º 3. (abr. 2014), p.73.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – “Crime organizado”: uma categorização frustrada. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Et al.* – **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 1. N.º 1. Instituto Carioca de Criminologia. (1996), pp. 54-55, 58.

¹¹⁰ SÁNCHEZ- Jesús-María Silva – **A expansão do Direito penal...** – Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp 148-150.

em consequência, poderá ser alvo de uma “flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção” no que diz respeito ao garantismo do arguido.

A terceira velocidade, que deve, segundo o autor, ter apenas uma expressão restrita, será dirigida, designadamente, à criminalidade patrimonial profissional, ao terrorismo e à criminalidade organizada. Representará este um Direito penal, em que as regras, quer da imputação, quer do processo, sejam menos estritas, relativizando-se as garantias, substantivas e processuais, em virtude das complexidades da persecução criminal na obtenção e produção de prova, ponderando-se, ainda, um acréscimo no punitivismo, com penas de prisão de maior duração.

Eis o direito penal do inimigo. Defende GÜNTHER JAKOBS¹¹¹ que o “Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.”. Apontam-se três elementos caracterizadores¹¹², começando pelo “amplo adiantamento da punibilidade”, ou seja, é dirigido ao perigo, através de uma perspetiva prospetiva do sistema jurídico-penal, o facto futuro, em substituição do direito penal do facto (tentado ou cometido). Em segundo lugar, temos a aplicação de penas “desproporcionalmente altas” e por fim, a relativização ou total supressão de certas garantias processuais.

Quanto ao inimigo, ele deixa de ser considerado pessoa, sendo-lhe negada essa condição¹¹³. É configurado, apenas, como um perigo. “Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não

¹¹¹ JAKOBS, Günther – Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio – **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.ª ed. 2.ª tiragem. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 28.

¹¹² MELIÁ, Manuel Cancio – De novo: «direito penal» do inimigo?.. In JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio – **Direito penal do inimigo...** – Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 90.

¹¹³ Em sentido contrário Pedro Caetano considera que a dignidade, a condição de pessoa, não está ao dispor do legislador, configurando uma “entidade pré-jurídica, trans-jurídica que sendo criadora do direito, não pode, por impossibilidade lógica ser um seu produto.” A «não-pessoa» representa, assim, “uma espécie de alucinação normativista” que num passado, ainda recente, justificou o desumanizar e extermínio de milhões de seres humanos. No que respeita ao crime organizado, diz, ainda, o autor que sustentando o direito penal do inimigo que este, o inimigo, almeja o derrube das instituições do Estado, impondo um novo paradigma jurídico e político tal não se pode apontar como objetivo a esta tipologia criminal. Podendo valer para o terrorismo, a criminalidade organizada não se enquadra nesse desígnio pois depende das proibições que o Direito vigente impõe, vivendo e prosperando como um parasita da ordem jurídica, através do mercado negro, respondendo à procura desses «frutos proibidos». Logo não pugna pela sua abolição, antes pela sua continuidade, procurando a sua neutralização como ameaça apenas. CAETANO, Pedro - Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado 'direito penal do inimigo' e a sua incidência na investigação criminal. In ASSOCIAÇÃO Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Universidade de Coimbra (org) – **III Congresso de investigação criminal: livro de atas**. – Lisboa: Associação sindical dos funcionários de investigação criminal da Polícia Judiciária, 2015, pp.128-129.

peças) faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas”. Para ZAFFARONI¹¹⁴, não releva a quantidade de direitos de que se é privado, mas sim a razão em que se baseia essa privação, a consideração de alguém como “*hostis*”, a sua coisificação, racionalizada pela sua perigosidade. Correndo o risco de ao priorizar a segurança como valor máximo, absoluto, despersonalizando outro, pela sua conduta futura, se acabe a despersonalizar toda a sociedade.

SILVA SÁNCHEZ¹¹⁵ sustenta que o uso deste direito (se é que o é) tem de ser limitado com o princípio da proporcionalidade, sendo dirigido, apenas a fenómenos de extrema perigosidade, vigiando que não haja contaminação do Direito penal “da normalidade”, podendo, assim, este considerar-se um “mal menor”. Porém tal obriga a um constante esforço quanto à legitimação dos pressupostos, algo que o autor considera não estar a acontecer, vivendo-se segundo a lógica da incessante e perpétua emergência, dando lugar a uma tendência ilegítima de crescimento deste direito. Já GÜNTHER JAKOBS¹¹⁶ aponta a menor perigosidade de um direito penal do inimigo, delimitado, com base no Estado de Direito, do que um Direito penal com metástases deste, espalhadas ao longo do corpo normativo.

Da nossa parte, toda esta construção dogmática, mais inaceitável face à solidez, digna de EDMUND MEZGER, merece o total e inequívoco repúdio. Mais do que uma resposta que revele força e propósito, parece-nos, pelo contrário, um edifício jurídico alicerçado pelo temor, representando uma desistência, fácil e triste, da defesa da inalienável dignidade de todo o ser humano. A dogmática jurídica pode ser construída de forma a justificar tudo, veja-se o direito que sustentou o nacional-socialismo. Porém, por detrás de todo o sistema jurídico está subjacente uma ideia de sociedade e da posição do ser humano perante o Estado. A segregação, expurgo e anulação jamais serão meios justificados por qualquer que seja o fim.

O fenómeno criminal organizado transnacional obriga a um esforço titânico por parte dos Estados e dos juristas. Um esforço, não só na sua prevenção e repressão como,

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 18, 20.

¹¹⁵ SÁNCHEZ- Jesús-María Silva – **A expansão do Direito penal...** – Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

¹¹⁶ JAKOBS, Günther – Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio – **Direito penal do inimigo...** – Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 47.

também, na preservação dos valores essenciais a um Estado de Direito democrático, verdadeiro e não ficcional, cujo maior valor seja a liberdade e a realização do ser humano¹¹⁷.

Uma ameaça internacional, descentralizada, que prospera no caos e visa a instabilidade, mantendo-se nas sombras, instrumentalizando a decepção, a corrupção e o subterfúgio, espalhando os seus tentáculos como um polvo, exige uma resposta refletida, que privilegie a cooperação judiciária, a partilha de informações e a harmonização de sistemas.

As “hierarquias têm dificuldade em lutar com redes”. É preciso uma rede para lutar contra outra. Por isso a dificuldade em erradicar, ao longo de décadas, o tráfico de estupefacientes pelos cartéis transnacionais. Os Estados devem, imperiosamente, adotar novas estratégias, com um esforço entre as várias agências, emulando e adaptando as táticas do adversário, através da colaboração entre as jurisdições internacionais¹¹⁸.

Além de uma mudança no “paradigma metodológico na investigação criminal”¹¹⁹, também no âmbito da recuperação de ativos a revolução, através da «perda alargada» se faz sentir, nesta «guerra». Seja o objetivo destas organizações apenas o lucro, ou envolva outrossim o avanço da sua influência, a conquista de poder ou a destabilização das instituições, algo é inegável. O seu acentuado poderio financeiro, fruto da atividade criminosa altamente lucrativa, é o seu maior trunfo, «o ás na manga» que financia a sua nociva existência.

É a raiz de que brota a árvore venenosa. Logo, é mister arrancá-la, sendo que brilha, de forma particular, neste contexto, a magnitude da importância da cooperação internacional e harmonização. Sendo, outrossim, imperativo escutar a tensão tumultuosa entre direitos fundamentais, constitucionalidade e eficácia, radicada na natureza penal, ou não, do instituto da perda alargada. Pela defesa do Estado de Direito democrático.

¹¹⁷ Para a defesa de um Direito penal focado nos direitos humanos e defensor da liberdade e a crítica do paradigma securitário, policializado ou justicialista Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso»**. 5.ª ed. – Coimbra: Almedina, 2021.

¹¹⁸ ARQUILLA John; RONFELDT David – *The advent of netwar (revisited)*. In ARQUILLA John; RONFELDT David (eds) – *Networks and netwars...* – Rand Corporation, 2001, p. 15 (tradução nossa).

¹¹⁹ Cf. BRAZ, José – Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, pp 337-347.

CAPÍTULO II – Confisco

2.1. A aurora da recuperação de ativos até à Diretiva 2014/42/UE

Todos conhecemos os chavões, «seguir o dinheiro», ou «atacá-los onde dói» ou ainda o clássico «o crime não deve compensar», não esquecendo o manifestamente popular «quem cabritos vende e cabras não tem, de algum lado lhe vem». A verdade é que todos os clichês têm algo de verdade, todos os lugares-comuns são dotados de alguma sabedoria. A questão que se põe é a legitimidade de um Direito cuja base são ditos, populares ou populistas.

PEDRO CAEIRO¹²⁰ define “perda” ou confisco como “medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objecto (v.g., a posse)”. Seja o confisco dos *instrumenta* ou *producta sceleris*, das vantagens do crime, a perda alargada, a «inovação» que é a *non-conviction based seizure and confiscation* ou o confisco civil *in rem*, todos sujeitos a exigências materiais e adjetivas diversas e únicas a cada, a importância deste instrumento é inestimável. Afinal, seja o lucro ou o alcance do poder na sociedade o objetivo, os fundos detidos pela organização criminosa são sempre imprescindíveis para cumprir a sua finalidade.

Isso mesmo aparece plasmado, ainda numa fase «inicial», como fundamentação do articulado, no Considerando 1 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime. Colocando como condição do êxito na luta contra a criminalidade organizada transnacional a deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime, o lucro é elevado à principal motivação da atividade delituosa. Deve, por isso, ser concetualizado de forma abrangente, dotando, assim, o instituto do confisco de uma real eficácia.

AUGUSTO SILVA DIAS¹²¹ dá conta de um “alargamento progressivo do conceito de lucro” com diversos significados, conforme o “contexto normativo”. Para o

¹²⁰ 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 **RPCC**. Ano 21, N.º 2. (abr.–jun. 2011). – Coimbra: Coimbra Editora, p. 269.

¹²¹ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 31.

autor o lucro assume a dimensão de um “elemento não escrito” nos múltiplos tipos de ilícitos económicos, sendo definido “como a vantagem económica extraída da prática do facto, um conceito que inclui também os lucros esperados no futuro e as vantagens competitivas conseguidas através do crime.” Na criminalidade organizada a tendência é para o lucro extravasar os proventos da prática do crime, incorporando a totalidade estimada das vantagens económicas da prática do delito. Essa estimativa incide sobre todo o universo delitivo “e não directamente a um crime ou a crimes determinados”.

PEDRO CAEIRO¹²² entende por “vantagens relacionadas com o crime”, *lato sensu*, bens já existentes aquando da prática do crime (excluindo assim os produtos) passados ou destinados a passar para o domínio do agente como efeito do delito, incluindo-se as recompensas recebidas ou prometidas. As recompensas são configuradas “como uma mera sub-espécie das vantagens”, cuja diferenciação advém da “relação intersubjectiva entre o agente e um disponente que serve de contexto à atribuição dos bens com o propósito de recompensar”.

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI, no artigo 1.º define «produto» por “qualquer vantagem resultante de infrações penais” que pode consistir em qualquer bem, sendo este entendido como “activos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos jurídicos ou instrumentos comprovativos da propriedade desses activos ou dos direitos com eles relacionados.”

A Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 faz, novamente, referência ao lucro como objetivo principal das organizações criminosas internacionais, no Considerando 1. No Considerando 11 faz referência à necessidade imperiosa de clarificar a definição de produtos do crime “de modo a incluir não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os seus ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos.” O produto abarca, então, quaisquer bens, mesmo os que tenham sido transformados ou convertidos noutros ou misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante que corresponda à estimação do valor do produto do crime que foi incluído na mistura. Pode incluir, também, o rendimento e outros ganhos decorrentes do produto do delito ou dos bens em que este tenha sido transformado, misturado ou alvo de conversão. Foi este

¹²² CAEIRO, Pedro - Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, pp. 271-272.

sentido que seguiu a definição de produto, no artigo 2.º, “qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente de uma infração penal”.

2.1.1. O impulso americano na cooperação global

Este esforço, na recuperação de ativos oriundos da prática do crime, no âmbito da criminalidade organizada transnacional, é decursivo da afirmação, no Direito internacional e em particular, europeu, das “estratégias patrimoniais de combate à criminalidade”. JORGE GODINHO¹²³ define-as como “mecanismos jurídicos destinados a prevenir e a reprimir a criminalidade através do flanco financeiro, económico, ou patrimonial”, promovendo a investigação e regulação dos fluxos financeiros conexionados com a prática de delitos criminais, seguindo o rasto do capital, “*follow the money*”. Essencialmente visa-se “assegurar a detecção apreensão e confisco dos meios necessários para cometer crimes (*ex ante*) ou resultantes de crimes (*ex post*)”.

Esta estratégia é fruto da reação do sistema judicial americano ao crime organizado. Reconhecendo o carácter difuso das redes criminosas e os subterfúgios usados para escapar às garras da lei, os EUA perceberam que a cooperação internacional era imprescindível para um ataque eficaz a uma delinquência transfronteiriça. Destarte, a influência e poderio internacional dos EUA¹²⁴ permitiu a exportação da sua estratégia de

¹²³ GODINHO, Jorge A. F. – Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau. In ALVES, Leonel; CARDINAL, Paulo (coords.) – **Primeiras Jornadas de Direito e cidadania da Assembleia Legislativa de Macau. Direito processual penal: estado presente e perspectivas de evolução.** – Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 8.

¹²⁴ ALBA HESSELROTH dá conta de como os EUA elevaram o narcotráfico a uma ameaça à segurança nacional e apostaram numa estratégia securitária que asseguraram internacionalmente através de uma abordagem «realista», baseada na *Realpolitik*, que vê como imperiosa a defesa do Estado através do uso do poder na arena internacional. Esta estratégia trouxe efeitos nefastos quanto à defesa dos direitos humanos dos povos afetados pela guerra contra as drogas, em particular, nos Andes, região infame pela produção de estupefacientes. Como ilustração do controlo e pressão exercida aponta-se a recusa em prestar auxílio militar e humanitário a estas nações caso estas não cumprissem os requisitos considerados imprescindíveis pelos EUA para eliminar o tráfico, como a erradicação de culturas agrícolas usadas na produção de estupefacientes. A fumigação aérea teve como efeito secundário a destruição de culturas agrícolas legítimas, ao lado das ilegais, causando a pobreza dos agricultores e originando uma epidemia de fome e ruína. Os EUA impediam, outrossim, o acesso a empréstimos nos mercados internacionais, além de usarem as tarifas alfandegárias nas exportações destas nações, como mecanismos de controlo quanto à sua cooperação. HESSELROTH, Alba – *Struggles of security in US foreign drug policy towards Andean countries.* *Journal of Peace, Conflict and Development.* N.º 5. (2004), pp. 3-5; 16-18. Cf. EARTHJUSTICE – *New reports expose hidden failures of US anti-drug policy in Colombia.* 2004. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://earthjustice.org/press/2004/new-reports-expose-hidden-failures-of-us-anti-drug-policy-in-colombia> e ZULETA, Diana López – *The war on drugs: 50 years of death and failure.* *El País.* (04-10-2022). [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://english.elpais.com/international/2022-10-04/the-war-on-drugs-50-years-of-death-and-failure.html>

combate aos grupos organizados, tendo começado pelo tráfico de estupefacientes e posteriormente sido alargada a todo o crime organizado transnacional.

BEARE¹²⁵ defende que os “governos estrangeiros têm respondido às pressões, incentivos e exemplos dos EUA ao criarem novas leis criminais sobre o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, *insider trading* e crime organizado e ao mudarem as leis de segredo financeiro e empresarial, além dos seus códigos de processo criminal, para melhor acomodarem os pedidos americanos de assistência”. O êxito na exportação do paradigma americano teve como base o sucesso nos tribunais contra as «clássicas» famílias mafiosas, através da lei RICO, publicitado pela propaganda de Hollywood, com grandes êxitos. No diálogo internacional destaca-se a tarefa, bem-sucedida, de convencer as jurisdições estrangeiras de que estas não eram imunes ao “polvo” do crime organizado, baseado, em grande medida, nos lucros do tráfico de estupefacientes. Por fim, destaca-se a cognição das elevadas quantias que podiam ser “ganhas” através da «perda» dos produtos do crime e do confisco civil, “*civil forfeiture*” e, desta forma fazer “o criminoso pagar, enquanto as vítimas, os governos e os departamentos policiais ganhavam tornou-se o mantra”.

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)¹²⁶, de 1988, é o instrumento antesignano desta colonização da *Common Law*, hodiernamente ainda em curso, dispondo sobre a “perda” e a cooperação nesse domínio, no seu artigo 5.º sendo vários outros tipos de cooperação previstos, como na extradição, artigo 6.º, no auxílio judiciário

¹²⁵ BEARE, Margaret; WOODIWISS, Michael – *U.S. organized crime control policies exported abroad*. In PAOLI, Letizia (ed.) – *The Oxford handbook...* – Oxford University Press, 2014, pp. 546; 555 (tradução nossa).

¹²⁶ Esta convenção, seguindo o paradigma americano, revelou-se particularmente punitivista e totalmente dirigida à repressão draconiana do tráfico e consumo de estupefacientes, sem qualquer preocupação criminológica em relação às causas do fenómeno. Os adictos são configurados apenas quanto à resposta penal e todos os envolvidos no tráfico são tratados com a mesma dureza sancionatória, *ex vi* do artigo 3.º, desde os líderes das redes até às populações empobrecidas de países subdesenvolvidos que desempenham tarefas servis, encontrando-se no fundo da hierarquia. Destacam-se, novamente, os agricultores arruinados pela erradicação de culturas ilícitas de plantas para a extração de estupefacientes, artigo 14.º. Por fim, não pode deixar de se referir os vários casos de pena de morte, em países como o Irão, o Vietname e a China, onde as garantias penais são escassas ou inexistentes, não havendo na Convenção qualquer repúdio ou salvaguarda quanto ao extermínio do ser humano, pelo Estado, como sanção penal. “A caracterização do tráfico de droga como um crime internacional, pela convenção contra o tráfico e o reconhecimento de uma ligação explícita com as redes de crime organizado, permite a estes mesmos Estados apresentarem-se como guardiões da ordem global, quando são as políticas que adotaram em resposta que ampliaram a criminalidade da economia da droga.” FOULADVAND, Shahrzad; VOGLER, Richard – *The convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances 1988 and the global war on drugs*. In HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (eds) – *International law...* Oxford University Press, 2016, pp. 120; 124-125 (tradução nossa).

mútuo, artigo 7.º ou ainda o artigo 9.º, nomeadamente quanto à formação, com intercâmbio de pessoal.

Digna de nota é, igualmente, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Convenção de Estrasburgo) do Conselho da Europa, em 1990. Considerando ser imperiosa uma “política penal comum com vista à protecção da sociedade”, manifesta a imposição do “emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional”, um dos quais “consiste em privar o delinquente dos produtos do crime”, plasmando as “medidas de perda” no seu artigo 2.º. No capítulo III encontramos a cooperação internacional, com os princípios gerais e as medidas no artigo 7.º, e a obrigação de decretar a perda e a sua execução, no artigo 13.º e 14.º respetivamente.

A CNUCOT, em 2000, regula a perda e apreensão no artigo 12.º, e no artigo 13.º a cooperação internacional para efeitos de perda. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, traz, pela primeira vez, a previsão da perda não-baseada em condenação penal (perda NCB), no artigo 54.º, n.º 1, alínea c). No artigo 51.º considera a recuperação de ativos um “princípio fundamental” da convenção, afirmando que os Estados devem encetar a mais lata cooperação e assistência nesse domínio. O artigo 31.º, largamente semelhante ao artigo 12.º da CNUCOT, regula o congelamento, apreensão e confisco, plasmando a cooperação internacional, nas várias vertentes, nos capítulos IV e V, do artigo 43.º ao 59.º. No artigo 31.º aponta-se a perda alargada, estando no n.º 8 a possibilidade de o agente demonstrar a origem lícita dos bens considerados para confisco.

Segue-se a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Convenção de Varsóvia) de 2005. Fazendo, uma vez mais, referência no preâmbulo à privação do delinquente dos produtos do crime, cujo êxito depende da cooperação internacional, define «perda» na alínea d) do artigo 1.º como “uma pena ou uma medida decretada por um Tribunal no âmbito de um processo relativo a uma ou várias infracções penais, que conduza à privação permanente do bem”, regulando-a no artigo 3.º e seguintes. A cooperação internacional aparece no capítulo IV, artigo 15.º e seguintes.

É patente o objetivo, claramente delineado, dos vários instrumentos em fomentar a cooperação e harmonização, sendo estas vistas como *conditio sine qua non* para a efetividade da política internacional em matéria de recuperação de ativos. Esta orientação

é de particular incidência no Direito penal europeu, cujos dois “vetores de construção” e garante da sua eficácia, são “a harmonização legislativa e o princípio de reconhecimento mútuo em que se faz basear a cooperação judiciária”. Eficácia que, no caso do confisco, será proporcional ao nível da harmonização, nas múltiplas ordens jurídicas, em relação às suas várias modalidades¹²⁷.

PEDRO CAEIRO¹²⁸ explica que a “harmonização legislativa consiste num procedimento destinado a garantir que todos os EM acolhem nos respetivos ordenamentos jurídicos certas regras mínimas relativas a determinados setores do direito penal e processual penal” tendo em vista “um esboço de ordenamento mínimo e comum”. Para o autor, a harmonização não representa em si mesma um fim, tratando-se de uma “noção flexível” que deve ser dirigida ao cumprimento de diferentes finalidades dependentes do setor normativo onde é levada a cabo.

Assim, são, para o autor, a livre circulação de bens e capitais, pedra angular da UE, além das diversidades no regime do confisco entre as várias ordens jurídicas dos EM, justificação para o esforço do legislador europeu neste domínio. Não em busca da “construção de um modelo comum em virtude de considerações axiológico-jurídicas, mas sim a eficácia da cooperação”, sendo que, conseqüentemente, os esforços serão direcionados para a concretização do reconhecimento mútuo das decisões de perda. Tal é, por demais evidente, na perda alargada, exemplificado pelo fracasso da primeira tentativa europeia da sua harmonização, na Decisão-Quadro 2005/212/JAI.¹²⁹

A perda alargada, *extended forfeiture*, aparece como complemento da denominada «perda clássica», “perante a insuficiência da modalidade tradicional de vinculação da perda a um crime concreto dado como provado”, viabilizando o “confisco dos benefícios

¹²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?. In CARDOSO, Elina Lopes, CORREIA, João Conde, FERREIRA, Maria Raquel Desterro (coords.) – **Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos**. – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 11, 16.

¹²⁸ CAEIRO, Pedro – O confisco numa perspetiva de política criminal europeia. In CARDOSO, Elina Lopes, CORREIA, João Conde, FERREIRA, Maria Raquel Desterro (coords.) – **O novo regime de recuperação de ativos: à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2018, pp. 14-15.

¹²⁹ De referir que esta epopeia legislativa europeia, no âmbito do confisco, começou com a Ação Comum, de 3 de dezembro de 1998, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime, tendo-se seguido a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime, ainda, hodiernamente, em parte, em vigor.

do crime a menos que o criminoso prove que os recebeu de qualquer fonte não criminosa”¹³⁰.

A perda clássica destina-se aos bens correlacionados diretamente com o facto típico e ilícito *sub judice*, os instrumentos, produtos e vantagens do crime, em concreto, pelo qual o agente é acusado. MARIA DO CARMO SILVA DIAS¹³¹ diz não se tratar de uma reação penal, nem pena acessória, não tendo “qualquer finalidade punitiva ou retributiva”, sendo o objetivo “repor a situação anterior à prática do facto ilícito”, tratando-se uma consequência jurídica deste.

DAMIÃO DA CUNHA considera que confisco se destina à “expropriação”, forçada, através de um ato de autoridade, da propriedade privada para a pública, de objetos ou ativos passíveis de apreensão e apropriação, em virtude de um juízo negativo, de ilicitude, quanto à sua titularidade ou ao próprio bem. O autor faz referência à previsão no CP de dois regimes, relativamente autónomos: “a perda por razões preventivas de segurança, de polícia ou de salubridade”, no artigo 109.º e 110.º, relativa aos produtos e aos instrumentos do crime, de validade em qualquer regime sancionatório e passível de aplicação sem condenação, *ex vi* do n.º 2 do artigo 109.º e n.º 5 do artigo 110.º, e a perda de vantagens, artigo 110.º, “instituto específico do direito criminal”, em que uma condenação penal é imprescindível¹³².

FIGUEIREDO DIAS considera o instituto do confisco como uma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”.¹³³ Já PEDRO CAEIRO¹³⁴ concebe a perda clássica “como um *tertium genus* dentro da panóplia das reacções penais.”, que visa a prevenção, tendo origem na prática de “um concreto facto ilícito-típico”, do qual tenham resultado vantagens patrimoniais. A proporcionalidade é

¹³⁰ SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís – Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar Online**. (maio 2010), p. 3.

¹³¹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - «Perda Alargada» prevista na diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º) e «perda do valor de vantagem de atividade criminosa» prevista na lei N.º 5/2002 (artigos 7.º a 12.º). In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos... E-book**. – INCM, 2018, pp. 90-92.

¹³² O autor considera que essa solução pode ser demasiado restritiva, lembrando ordens jurídicas que consagram a perda de vantagens com base na “prova de ilícito típico sem condenação expressa”. Tal releva quanto a bens branqueados como produto do crime que podem não ser “necessariamente perigosos” e em relação à declaração provisória de perda. CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002**. – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 16-18.

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português, Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime**. Reimp. – Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 628.

¹³⁴ CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, p. 308.

assegurada pela delimitação da medida à vantagem líquida, “visto que para lá dessa fronteira, a perda assumiria um carácter inequivocamente punitivo (pena), com as consequências daí decorrentes)” como, designadamente o respeito ao princípio da culpa.

Já a perda alargada, cuja apreciação vai ser levada a cabo, outrossim, nesse processo criminal, vai ampliar o confisco ao património do agente considerado incongruente com os seus rendimentos lícitos, após a condenação transitada em julgado por esse crime em concreto, que terá de fazer parte de um catálogo previamente previsto, dirigido, nomeadamente, a tipos de ilícitos destinados à punição da criminalidade organizada. Esse património incongruente é alvo de uma presunção ilidível como sendo oriundo de atividades criminosas, que não são identificadas e muito menos provadas, assim ultrapassando “a dificuldade de relação entre os bens a confiscar e crimes específicos”¹³⁵. Ora são claras as reservas quanto ao respeito a princípios e à defesa dos direitos fundamentais do agente, sendo imperativo definir a natureza jurídica de um instrumento cuja eficácia pode ser demasiado custosa. Essa matéria será alvo de análise profunda mais à frente.

2.1.2. A harmonização europeia e o paradigma securitário

O instituto da perda de bens e vantagens do crime estava já disseminado em diversas ordens jurídicas nacionais, como, aliás, acontecia em Portugal na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Não obstante essa circunstância, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, no Considerando 9, afirmava que vários EM não estavam, ainda, “habilitados a declarar perdidos os produtos de todas as infrações puníveis com pena privativa de liberdade de duração superior a um ano”, impedindo uma cooperação internacional efetiva. Em consequência, obrigava-se, *ex vi* do artigo 3.º, n.º 2, os EM a tomar as medidas que permitissem consagrar uma das três modalidades de perda alargada, presentes na alínea a), b) ou c).

PEDRO CAEIRO¹³⁶ sustenta, que mais do que a preocupação com a cooperação, na verdade, tratava-se “de um pretexto opaco para a realização de um propósito político-

¹³⁵ SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís - Recuperação de activos: da perda... **Revista Julgar Online**. (maio 2010), p. 5.

¹³⁶ CAEIRO, Pedro – O confisco numa perspetiva de política criminal europeia. In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM, 2018, p. 17.

criminal camuflado”, a implementação nos ordenamentos jurídicos da totalidade dos EM da perda alargada.

O que é certo é que a harmonização não foi triunfante, não só devido a “disposições menos claras” que causaram uma “transposição fragmentada”, mas também devido às “diferentes opções de confisco alargado” que se revelaram um obstáculo ao reconhecimento mútuo de decisões de confisco. Um EM só podia executar uma decisão proferida noutro EM se este aplicasse, na sua ordem jurídica, a mesma opção de perda alargada, das três possíveis¹³⁷.

Seguiu-se a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda. Aplicando-se, apenas a “uma decisão de perda no âmbito de uma ação penal”, artigo 2.º, alínea a), “relativamente a uma ou várias infrações penais, que conduzam à privação definitiva de um bem”, artigo 2.º alínea c), envidou esta remediar o erro legislativo anterior e implementar um reconhecimento mútuo de decisões mais eficaz, *ex vi* do artigo 8.º, n.º 3.

Assim, quando o Estado de execução considerasse que a decisão de perda exorbitava do âmbito da opção adotada na sua ordem jurídica, das previstas no artigo 3.º, n.º 2 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, suprarreferido, ou que fora determinada “por força dos poderes alargados de declaração da perda”, presentes no n.º 1 e n.º 2 do artigo 3.º, igualmente da mesma Decisão-Quadro, executaria “a decisão de perda pelo menos dentro dos limites previstos na legislação nacional para processos nacionais semelhantes.” Na prática, o reconhecimento mútuo, no que dizia respeito à perda alargada, só ocorreria nos “limites do modelo implementado pelo Estado de execução”¹³⁸.

Chegamos, então, à Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia e o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro

¹³⁷ COMISSÃO Europeia – **COM (2012) 85 final**. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia. Ponto 2.6, p. 11.

¹³⁸ CAEIRO, Pedro – O confisco numa perspetiva de política criminal europeia. In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM, 2018, p. 18.

¹³⁹ Porém, também esta Decisão-Quadro se revelou deficitária para assegurar um reconhecimento mútuo eficaz das decisões de perda ou apreensão ao longo da UE. Isso mesmo foi admitido no Considerando 6 do Regulamento (UE) 2018/1805. Cf. 3.1..

de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda¹⁴⁰, que serão alvo de análise pormenorizada mais à frente.

Releva notar, desde já, porém, que esta Diretiva tem como objetivo, designadamente, e de acordo com o Considerando 5, “a adoção de regras mínimas” para aproximar os “regimes de congelamento e de perda dos EM, promovendo, assim, a confiança mútua e uma cooperação transfronteiriça eficaz”, baseando-se, nomeadamente, no artigo 83.º, n.º 1 do TFUE que lhe permite “estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”, devido à natureza das infrações ou da “especial necessidade de as combater, assente em bases comuns”.

O artigo 82.º, n.º 2 do TFUE, destinado ao estabelecimento de regras mínimas com vista a facilitar o reconhecimento mútuo e a cooperação policial e judiciária em matéria penal transnacional é igualmente usado, “de uma forma vaga”, notando ANABELA MIRANDA RODRIGUES¹⁴¹ que a UE não recorreu à alínea d) do n.º 1 do mesmo artigo, esta quanto a medidas direcionadas a facilitar a cooperação na investigação, exercício da ação penal e execução de decisões. PEDRO CAEIRO¹⁴² sustenta que tal justificação teria sido suficiente, mas só desde que se continuasse a configurar “o confisco (clássico e alargado) como um instituto que encontra o seu lugar dentro do exercício da ação penal e da execução das decisões que aí ocorrem”.

Ora tal questão vai de encontro à problemática da introdução da perda NCB nos ordenamentos jurídicos dos EM e à abertura, passo a passo, a uma possível consagração da *civil forfeiture*, *actio in rem*, o confisco civil ou de carácter administrativo. Perda NCB que em moldes, relativamente, conservadores está, mesmo assim, já presente nesta Diretiva, *ex vi* do artigo 4.º, n.º 2, nos casos em que já existe um processo penal, *in personam*, por uma infração penal, da qual possa ter resultado, direta ou indiretamente, benefício económico, e o arguido ou suspeito, “pelo menos” devido a doença ou fuga, não possa comparecer a juízo, sendo que o processo poderia conduzir a uma condenação penal se o fizesse.

¹⁴⁰ No caminho para o reconhecimento mútuo, este regulamento foi antecedido pela Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas.

¹⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 17.

¹⁴² CAEIRO, Pedro – O confisco numa perspetiva de política criminal europeia. *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos**... *E-book*. – INCM, 2018, pp. 20-21.

Não podemos olvidar que a Diretiva estabelece regras mínimas, como se vê, aliás, pela expressão “pelo menos”, o que permite aos EM consagrar “instrumentos mais agressivos”, como lembra ANABELA MIRANDA RODRIGUES¹⁴³, considerando haver “um aproveitamento da dimensão de harmonização” e apelidando o recurso a esta como “algo abusivo”. PEDRO CAEIRO¹⁴⁴ refere o “efeito *spill-over*” que se define pela aplicação pelos EM de soluções impostas pela UE a “setores normativos” que não eram contemplados originalmente na legislação europeia, dizendo que o regime da Diretiva, no que diz respeito às infrações penais que contempla¹⁴⁵, pode ser estendido “a outras espécies de infrações” pelos EM, sendo, até, “provável que o façam”.

A UE elegeu como objetivo a prevenção e luta contra a criminalidade organizada transnacional, nos termos do artigo 67.º, n.º 3 do TFUE, onde se consagra que a União envidará “esforços para garantir um elevado nível de segurança” no “espaço de liberdade, segurança e justiça”, do n.º 1 do mesmo artigo. ANABELA MIRANDA RODRIGUES¹⁴⁶ questiona se a promoção da eficácia na cooperação, essencial para o sucesso nesse objetivo, “não se faz à custa de uma intenção menos clara da União de vincular os EM a um alargamento das modalidades de confisco”, tornando a harmonização como um fim em si mesma. Isto porque nos termos, outrossim, do artigo 67.º, n.º 3 do TFUE, a aproximação das legislações penais apenas terá lugar “se necessário”, aparecendo, assim, subordinada “em relação à promoção/facilitação da cooperação, em que assenta a construção do espaço penal europeu”.

GUEDES VALENTE¹⁴⁷, por seu lado, defende uma “harmonização das normas jurídico-criminais materiais e processuais” total, que abranja todo o processo penal e não só institutos considerados imprescindíveis à eficácia e aumento do reconhecimento mútuo, considerando que só assim se sustentará uma conceção de Direito penal como um Direito de liberdade, legitimado democraticamente, onde esta se soma à justiça, originando a segurança, isto é, L+J=S.

¹⁴³ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 23.

¹⁴⁴ CAEIRO, Pedro – O confisco numa perspetiva de política criminal europeia. In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos**... E-book. – INCM, 2018, p. 21.

¹⁴⁵ Quanto às infrações penais que não se enquadrem no regime da Diretiva, continua a aplicar-se a Decisão-Quadro 2001/500/JAI e a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, nas partes ainda em vigor.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... Coimbra: Almedina, 2021, pp. 16, 23.

¹⁴⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso»**. 2.ª ed. – Coimbra: Almedina, 2017, pp. 117-123.

O autor, apontando o artigo 82.º do TFUE, considera que a subordinação do princípio da harmonização aos princípios da necessidade, da eficácia e “da inclusão para a concretização do princípio do reconhecimento mútuo no espaço da UE” exemplifica o paradigma securitário do espaço europeu penal, sustentado numa “lógica matemática de Direito penal securitário: $S+J=L$ ”, onde a existência da liberdade depende da segurança e justiça, *ex vi* do artigo 67.º, n.º 3 do TFUE.

Este paradigma perpetua-se com alterações legislativas decorrentes, nomeadamente, das Decisões-Quadro, que, segundo o autor, “restringem, cada vez mais, o pouco espaço de liberdade existente”, reforçando, pelo menos na dimensão formal, a cooperação policial e judicial horizontal. “A opção pela não concretização plena da harmonização é a subalternização da liberdade e da justiça: ganha o espaço de segurança”.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES¹⁴⁸, referindo-se ao paradigma de harmonização levado a cabo, ao longo de mais de uma década, na UE, sustenta que, no que tange à perda, se favoreceu “a realização da vocação securitária e expansiva do direito penal europeu”, através da consagração de regras mínimas, ensejando a introdução nos sistemas jurídicos nacionais de confiscos mais expansivos e invasivos. É o que acontece com a Diretiva 2014/42/UE que consagrou a perda NCB, embora em moldes rigorosamente regulados, além de unificar a perda alargada, das três modalidades presentes na Diretiva Decisão-Quadro 2005/212/JAI, numa única, no artigo 5.º.

O elã da recuperação de ativos é tal que na Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do Direito penal, encontramos “um «corpo estranho» no seu articulado”, o artigo 9.º, “cuja finalidade é tão-só lembrar a legislação”¹⁴⁹ adotada quanto à harmonização da perda, isto é, a Diretiva 2014/42/UE.

Além de que no Considerando 16, quanto à perda NCB, se lê “Os Estados-Membros deverão também ponderar seriamente a possibilidade de permitir a perda em todos os casos em que não seja possível instaurar ou concluir o processo penal, inclusive em casos em que o infrator tenha morrido.” De notar, que agora, se começa já a contemplar casos onde foi impossível instaurar sequer o processo penal. No mesmo

¹⁴⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 17.

¹⁴⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 13 nota de rodapé 19.

Considerando, a UE volta, novamente, a frisar que “o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime eliminam os incentivos financeiros que fomentam a criminalidade.”

Perante o quadro pintado, não surpreende que desde o início do processo legislativo europeu, com a proposta COM(2012) 85 final até à aprovação da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 (doravante a Diretiva) tenha havido um forte escrutínio quanto ao respeito pelos direitos fundamentais, procurando evitar-se uma inobservância ou flexibilização exagerada dos princípios basilares do Direito europeu e das diversas ordens jurídicas nacionais, provocando, assim, ironicamente, uma (bem intencionada) ameaça ao Estado de Direito.

Exemplo dessa vigilância é a declaração da *European Criminal Bar Association* (ECBA) onde um forte ataque é dirigido à proposta e em particular ao relatório de 28 de agosto de 2012, da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos elaborado por Monica Macovei¹⁵⁰. Segundo a ECBA¹⁵¹ estaria em causa uma compressão excessiva, nomeadamente, do princípio da proporcionalidade, exacerbada pelo relatório, que deixara «cair» várias salvaguardas presentes na proposta, vindo estas medidas na senda de “poderes draconianos de confiscação” introduzidos desde o ataque terrorista de 9/11 de 2001, onde a abordagem securitária presente na legislação nacional dos EM, baseada nas regras de Diretivas, excedeu em grande escala o necessário, comprometendo os direitos fundamentais.

A ECBA criticava ainda a proposta por esta admitir que embora existisse já regulamentação, europeia e nacional, o confisco de bens continuava a padecer de insuficiente desenvolvimento e uma utilização mínima¹⁵², sendo por isso necessário uma ampliação de poderes, que segundo a ECBA visavam persuadir os Estados a atuar depois de não o terem feito com medidas menos invasivas. A questão é exacerbada quando as estatísticas disponíveis são em regra fruto apenas de estimativas, havendo uma preocupante falta de dados empíricos.

¹⁵⁰ Cf. MACOVEI, Monica Luisa – **Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, COM (2012) 85**. – Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. 2013.

¹⁵¹ EUROPEAN Criminal Bar Association – *Statement on the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*. 2012. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: https://www.ecba.org/extdocserv/201210_assetseizureECBA_statement.pdf pp. 02-03.

¹⁵² COMISSÃO Europeia – **COM (2012) 85 final**.... Ponto 1.1. p. 03.

A própria proposta admite a inexistência de “estimativas fidedignas sobre montantes de origem criminosa na União Europeia”¹⁵³ e a Diretiva, no Considerando 4, refere, igualmente que as estatísticas existentes são “limitadas”, porém, segundo a UE, os montantes recuperados revelam-se, comparados com as estimativas, insuficientes, sintoma da pouca utilização do instituto do confisco na sua prévia regulamentação, o que se depreende aconteceria devido à ineficácia da legislação.

BARBARA VETTORI¹⁵⁴, já em 2006, alertava, já, para a escassez, ausência ou falta de fiabilidade das estatísticas sobre a implementação dos regimes de confisco no espaço europeu. A autora alertava para a importância de dados estatísticos fidedignos na avaliação das políticas de confisco, sendo a sua carência um óbice quando à análise da eficácia e eficiência destas, sendo difícil determinar o seu êxito ou não e quais as razões para tal. Em 2016 o problema persistia. A EUROPOL¹⁵⁵ faz referência à lacuna existente no que diz respeito a dados empíricos, devido à inexistente harmonização nos métodos de recolha dos dados e à diferença na organização e estrutura das agências nacionais dos diferentes EM, sublinhando que a recolha de dados sobre o confisco é crucial na avaliação da eficácia do regime estabelecido em cada EM.

Voltando à Diretiva, no Considerando 8 “conclui-se dos relatórios da Comissão sobre a aplicação das Decisões-Quadro 2003/577/JAI, 2005/212/JAI e 2006/783/JAI que os regimes vigentes de perda alargada e de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda não são plenamente eficazes. A perda é dificultada pelas diferenças existentes entre os direitos dos EM”. Ora, como refere MALIN THUNBERG SCHUNKE, questiona-se se é aceitável o legislador europeu justificar um alargamento dos poderes de confisco dos Estados, baseado em estatísticas deficientes ou dados puramente estimados, podendo, até, ser feito o argumento de que se houve dificuldades na implementação dos instrumentos e que o seu uso foi raro ou nulo, não se possa, em bom rigor, arguir que as regras existentes fossem sequer insuficientes ou ineficazes¹⁵⁶. Simplesmente não passaram de «letra morta».

¹⁵³ COMISSÃO Europeia – **COM (2012) 85 final**... Ponto 1.1. p. 02.

¹⁵⁴ VETTORI, Barbara – *Tough on criminal wealth: exploring the practice of proceeds from crime confiscation in the EU*. – Dordrecht: Springer, 2006, pp. 13-16.

¹⁵⁵ EUROPOL – *Does crime still pay? Criminal asset recovery in the EU. Survey of statistical information 2010-2014*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2016, p. 6.

¹⁵⁶ SCHUNKE, Malin Thunberg – *Extended confiscation in criminal law: national, european and international perspectives*. – Cambridge: Intersentia, 2017, pp. 189-190.

Todavia, estava também em causa abrir a «porta» à perda NCB. MICHELE SIMONATO¹⁵⁷ dá conta de como a UE estava ciente de que a “definição tradicional de confisco baseado em condenação criminal tinha provado ser insuficiente para aumentar o montante de ativos confiscados”. Logo estávamos perante a concretização de um duplo objetivo. Garantir a cooperação entre os EM na execução de decisões de perda NCB, afastando a recusa com base na incompatibilidade com o modelo de confisco do país executor e ao mesmo tempo “explorar a possibilidade de espalhar este conceito a todos os EM, visto que tal seria uma nova e eficiente ferramenta nas mãos das autoridades públicas para perseguir o «dinheiro sujo»”.

Fruto dos limites impostos pela base legal, nomeadamente o artigo 82.º, n.º 2, e o artigo 83.º, n.º 1 do TFUE, além das dúvidas e reservas da doutrina e incompatibilidades com a tradição jurídica de alguns EM que levaram ao que o autor considera uma perda NCB “mais neutra”, a Diretiva nasce com um escopo limitado, longe de ser “um compreensivo código sobre a recuperação de ativos na UE”. Fixando-se na harmonização das legislações nacionais, deixa de fora o reconhecimento mútuo, lacuna que seria, mais tarde preenchida pelo Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018. Mesmo assim, a harmonização é prejudicada pelo artigo 14.º da Diretiva que deixa em vigor “determinadas disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI” não cobertas por ela. Não esquecendo que essa tentativa de harmonização se ficou pelas salvaguardas do arguido e os conceitos substantivos de confisco, não se estendendo às restantes dimensões do instituto, nomeadamente o «uso social» dos bens confiscados.

Assim, o autor sustém que o objetivo final da Diretiva é o estabelecimento de regras mínimas de apreensão e confisco na UE, destinadas a expandir as possibilidades de recuperação de ativos provenientes da criminalidade organizada, económico-financeira ou terrorismo, numa tríade: a ligação dos bens ao crime, na perda alargada, ao próprio criminoso, na perda de terceiros, e à responsabilidade criminal em si, na perda NCB. Eis os nossos alvos da análise, focando, ainda, a transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional.

Porém, antes, deve ser reiterada a importância e potencial dano para a solidez dos direitos fundamentais pessoais do cidadão, o estabelecimento destas regras «mínimas»,

¹⁵⁷ SIMONATO, Michele – *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation: a step forward on asset recovery?*. *New journal of European criminal law*. Vol. 6, N.º 2. (2015), pp. 219-221.

visto que, no Considerando 22 da Diretiva podemos ler que tal “não impede os EM de preverem no seu direito nacional poderes mais alargados” de confisco, o que tem especial realce em matéria de perda NCB e no estabelecimento do confisco civil.

No processo C-234/18, Agro In 2001¹⁵⁸ o TJUE aprecia uma perda civil, regulada pelo Direito interno búlgaro. Este processo é cível, coexistindo com o regime de perda penal, tendo apenas um ponto em comum, a acusação da pessoa por uma determinada infração penal, cuja informação à autoridade independente e competente, despoleta o início do processo. De notar que a condenação ou absolvição no processo penal é irrelevante para o processo de perda civil (§ 60). No caso em apreço a acusação penal incidia sobre uma infração penal, desvio de fundos, que não se enquadrava materialmente no artigo 3.º da Diretiva, ficando assim de fora do seu escopo (§ 47). Porém, como já fizemos referência, a Diretiva não revogou totalmente a Decisão-Quadro 2005/212/JAI onde a infração, aí sim, se encontrava abrangida materialmente. Disso mesmo fez eco o TJUE (§ 48 a 50).

Mas, examinando a *ratio legis* da Decisão-Quadro o Tribunal referiu ser esta um instrumento relativo apenas a questões penais, tendo como objetivo, nomeadamente, a harmonização das legislações nacionais, visando facilitar o reconhecimento mútuo das decisões de perda penal (§ 52 a 56). Isso mesmo dissera, também, ELEANOR SHARPSTON, Advogada-Geral, nas suas conclusões¹⁵⁹ (§ 63), considerando, assim, que a Decisão Quadro “não se opõe a processos de perda como os que estão pendentes no órgão jurisdicional nacional, quando tais processos não sejam «relativos a uma ou várias infrações penais» e o seu resultado não dependa de uma condenação penal” (§ 71). De tal advém que “os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica da União devem ser aplicados em todas as situações reguladas pelo direito da União, mas não fora dessas situações”, colocando-se de fora as salvaguardas mínimas presentes na Decisão-Quadro, por esta não se aplicar à perda civil búlgara e em particular a CDFUE (§ 73 e 74).

O mesmo decidiu o TJUE declarando que a “Decisão-Quadro 2005/212 deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro que prevê que a perda de bens obtidos ilegalmente seja ordenada por um órgão jurisdicional nacional no termo de um processo que não está subordinado nem à

¹⁵⁸ TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-234/18**, de 19 de março de 2020, Agro In 2001.

¹⁵⁹ TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston**, apresentadas em 31 de outubro de 2019. Processo n.º C-234/18.

constatação de uma infração penal nem, *a fortiori*, à condenação dos presumíveis autores de tal infração“, § 62.

Aprofundaremos esta problemática, juntamente com a perda NCB presente na Diretiva e nos casos em que a infração penal que dá origem à perda civil se enquadra na Diretiva, fazendo referência à jurisprudência do TJUE. Por agora, interrogamo-nos se embora a Diretiva nos traga uma regulação na vertente substantiva da recuperação de ativos, desenhada para cobrir o maior número possível de situações e responder de forma eficaz aos artifícios usados pela criminalidade organizada transnacional, respeitando ao mesmo tempo os direitos fundamentais não só do arguido, mas também de terceiros envolvidos, não será, igualmente, ou até simplesmente, uma *carte blanche*, um tiro de partida com o objetivo de persuadir os EM a atuar e a irem mais além?

O COM (2020) 217 final¹⁶⁰, relatório da Comissão ao PE e ao Conselho sobre a transposição e impacto da Diretiva nos diferentes EM dá conta de “progressos significativos” nos diversos ordenamentos jurídicos quanto à legislação referente à “recuperação de bens”, tendo 24 dos 26 EM adotado nova legislação desde 2014 assegurando assim que respeitam “as elevadas normas exigidas pela Diretiva”. Tal reflete-se na classificação positiva na avaliação a 16 EM, levada a cabo pela FATF/GAFI¹⁶¹ em que se verificou que em todos existia uma plena ou ampla conformidade com a norma referente ao congelamento e perda. No entanto, uma vez mais, considera o relatório que os resultados globais relativos aos bens confiscados “não são satisfatórios e as taxas de perda na UE continuam a ser muito baixas”. O relatório considera, assim, que há “margem para progredir no domínio da recuperação de bens”, nomeadamente no alargamento do elenco de infrações penais a que se aplica a Diretiva ou, ainda, na “introdução de regras mais eficazes” sobre a perda NCB. Concluindo, faz-se referência ao futuro estudo da Comissão sobre a “possibilidade de harmonizar mais os regimes de recuperação de bens na UE”.

No ordenamento jurídico português a transposição da Diretiva operou-se pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, alterando esta, nomeadamente, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, que cria, na dependência da Polícia

¹⁶⁰ COMISSÃO Europeia – COM (2020) 217 final. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa. Ponto 6. p. 18.

¹⁶¹ Cf. Nota de rodapé 75.

Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Ativos, a Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial e o CP, do artigo 109.º a 112.º e 127.º a 130.º, aditando ainda o artigo 112.º - A. No CPP alterou os artigos 58.º, 178.º, 186.º, 192.º, 227.º, 228.º, 268.º, 335.º e 374.º, aditando o artigo 347.º-A.

2.2. Perda alargada

A preocupação com os direitos fundamentais, e as referidas salvaguardas, estendem-se, talvez ainda com maior rigor, aos alvos da perda alargada. O agente é condenado por um crime levando ao consequente confisco dos produtos, instrumentos e vantagens com este conexions, a denominada perda clássica. Todavia o agente tem todo um património, não diretamente relacionável com qualquer infração penal, por isso fora do alcance do instituto, mas que é desproporcional em relação aos seus rendimentos lícitos. O que fazer? Tendo em conta a referida condenação, a incongruência dos ativos é presumida como tendo origem em atividades criminosas, que não se identificam nem são alvo de produção de prova. Enfim, crimes dos quais o agente terá saído impune. Como garantir que esses ativos não ficarão a salvo de um confisco? Eis a perda alargada.

JOHAN BOUCHT¹⁶² explica a teleologia do instituto, alertando para a dificuldade de provar uma ligação causal entre os ativos e uma infração penal concreta, mesmo que “seja claramente provável, baseado em provas circunstanciais, que a propriedade ou bens em questão originaram de uma atividade criminosa.” O mesmo acontece quando, durante uma investigação, ativos de origem inexplicável ou suspeita são descobertos no património do suspeito, não podendo, ainda assim, ligá-los ao crime sob investigação ou mesmo a um delito específico. Problema exacerbado pelas dificuldades que crimes sofisticados, transnacionais, envolvendo múltiplos agentes numa complexa estrutura organizacional, apresentam à obtenção de provas, não só em relação à prática do crime como, em particular, à origem dos ativos.

Por conseguinte, esta «*extended confiscation*» surge como «remédio», visando “atingir ativos oriundos de uma vaga atividade criminosa anterior”, usando uma inversão do ónus da prova, através de uma presunção ilidível e desobrigando a um julgamento

¹⁶² BOUCHT, Johan – *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*. – Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 27-28 (tradução nossa).

separado relativo à atividade delituosa anterior de que os bens alegadamente originaram. “Com efeito, pode ser dito que o confisco alargado é um instrumento que relaxa os, noutros casos, estritos standards das regras da prova em procedimentos criminais relativos à confiscação. O principal propósito, na sua base, é muitas vezes, ter como alvo propriedade pertencente a criminosos de carreira, acumulada através de condutas ilícitas para as quais nunca foi assegurada uma condenação”.

ANNA MARIA MAUGERI¹⁶³ esclarece que a reversão do ónus da prova, considerada razoável pelos legisladores, se estriba numa dupla presunção. A primeira, a de que a condenação por uma ofensa penal incluída no conceito de criminalidade organizada, supõe que o agente praticou um continuum de crimes e não apenas aquele(s) por que foi condenado. A outra, a de que os ativos do agente condenado por uma infração penal englobada no conceito de criminalidade organizada, provêm de atividades ilícitas prévias, tendo como destino a aplicação na prática de novos crimes ou o branqueamento de capitais. Destarte, “as autoridades são aliviadas da pesada tarefa de provar um nexo direto” entre os bens do agente e a atividade criminosa porque este é investigado e condenado, sendo que “a presença de circunstâncias da origem ilícita é considerada prova suficiente”, tendo o acusado de refutar a presunção da ligação dos bens ao crime organizado.

Em regra, é estabelecido um limite temporal relativo à data de aquisição dos bens, pelo agente, a contar da data de constituição de arguido. Este limite terá em vista aliviar o ónus da prova da licitude dos ativos, pelo agente, que se torna proporcionalmente mais difícil quanto mais tempo decorre da aquisição.

Pelo exposto torna-se cristalina a problemática da (in)definição de um conceito de criminalidade organizada e da essencialidade de um catálogo de crimes num diploma normativo que regule esta espécie de confisco e cuja condenação do agente, por um ou vários deles, despolette o procedimento. Está tudo interligado, uma imagem translúcida, cujos contornos, pouco a pouco, passam do diáfano para a rutilante clareza.

Contudo, questões persistem, designadamente, quanto à vénia ao princípio da presunção de inocência, consagrada no artigo 6.º, n.º 2 da CEDH, artigo 48.º da CDFUE e na *lex fundamentalis* portuguesa, no artigo 32.º, n.º 2, e quanto à validade da presunção

¹⁶³ MAUGERI, Anna Maria – *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*. *New journal of European criminal law*. Vol. 3, N.º 3-4. (2012), p. 263.

ilidível da ilicitude do património. Como explica JOHAN BOUCHT, a presunção da inocência obriga a que o arguido nunca seja configurado como culpado antes de ter acesso a um “*fair trial*”, nos termos da lei, tendo durante o processo a oportunidade de exercer a sua defesa. Ora, segundo o autor, a estrutura da perda alargada tem como base a presunção de uma criminalidade prévia da qual o arguido não foi julgado e ainda menos condenado, provando-se, apenas, a infração penal que a despoleta.

Avança ainda que as salvaguardas processuais são “normalmente consideravelmente diluídas” na perda alargada, dando como exemplos a aplicação “de um claramente inferior standard de prova ao normalmente aplicado em processos criminais” ou a inversão do ónus da prova, o que significa o arguido ser obrigado (se quiser manter a propriedade dos bens arrestados) a provar a licitude do seu património, considerado incongruente, o que suscita dúvidas quanto à violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, e que poderá levar a que “totalidade das possessões do sujeito do confisco possam potencialmente ser confiscadas”¹⁶⁴.

DUARTE RODRIGUES NUNES¹⁶⁵, por seu lado, justifica a perda alargada pela ineficácia do confisco “clássico” na resposta à “criminalidade organizada e económico-financeira, ao terrorismo e ao cibercrime”, caracterizados pela diminuta visibilidade e os meios sofisticados usados para ocultar a sua atividade delituosa e os rendimentos dela resultantes e que “dificultam ou impedem o estabelecimento da ligação entre os proventos económicos e os crimes de que provêm em concreto”. Consequentemente, esta forma de confisco é consagrada para “ultrapassar tal insuficiência”, prescindindo da “prova de que património foi obtido por via da prática do crime ou do facto típico concretamente em causa no processo”, partindo-se da presunção da ilicitude do património incongruente, sendo tal “absolutamente necessário” para combater eficientemente esta criminalidade perniciosa para a sociedade, para a validade do Estado de Direito e “de tão difícil investigação”.

¹⁶⁴ BOUCHT, Johan – *The limits of asset confiscation*... – Hart Publishing, 2017, pp. 28-29 (tradução nossa).

¹⁶⁵ NUNES, Duarte Rodrigues – Reflexões sobre a necessidade, ou não, da substituição, no Direito português do confisco «alargado» do património incongruente pelo confisco «alargado» em espécie previsto na Diretiva 2014/42/UE. In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (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. 339-340.

Em síntese, e seguindo ANTÓNIO VAZ DE CASTRO¹⁶⁶, inspirado no «ovo de Colombo» o problema que parecia difícil era, na verdade, de bastante fácil solução. “Se o facto ilícito-típico era o problema, então é muito simples: basta eliminar o facto do conjunto de pressupostos de aplicação e está encontrada a solução para a modernidade do confisco.”. Para o autor a finalidade preventivo-criminal deste confisco “moderno” é a mesma do confisco “clássico”, porém “sem o seu aspecto negativo”, o facto típico e ilícito “cuja necessidade de comprovação era vista como indesejada”. Confiscam-se, assim, bens de origem desconhecida, através de “uma presunção frágil, com pouco ou nenhum suporte empírico, legitimada, sem mais, por aquilo que está na sua origem: a falta de transparência”.

É uma autêntica tempestade de interrogações, dubiedade e divergências. Afastando um pouco, apenas, a cortina, podemos dizer que a solução do enigma do confisco alargado será a sua natureza jurídica, os princípios a que o instituto está sujeito e a solidez com que vigoram. Quais os custos desta facilidade?

2.2.1. Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro

Cumprir analisar a perda alargada, presente na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, enquanto se explora a desteridade do legislador na transposição da Diretiva 2014/42/UE, quanto a esta modalidade de confisco, através da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Importa, pois, indagar se o instituto consagrado no ordenamento jurídico português segue o espírito e matriz desta legislação europeia, cumprindo, assim, o legislador o seu dever, e quão além das regras mínimas nele estatuídas se foi.

Encontramos na Lei n.º 5/2002, do artigo 7.º ao 12.º - A o regime de perda alargada em Portugal. Analisaremos os seus pressupostos em pormenor, em contraposição com a Diretiva, esclarecendo a sua natureza jurídica e suscitando a jurisprudência europeia e constitucional quando se impor.

O primeiro pressuposto é a condenação, transitada em julgado, por um dos crimes presentes no artigo 1.º, n.º 1 da referida lei. Nos termos do artigo 7.º, ocorrendo essa condenação, através de uma presunção (ilidível, artigo 9.º), considera-se que a diferença

¹⁶⁶CASTRO, António Vaz de – O confisco moderno na sociedade da transparência: a sua natureza, o seu fundamento, um descafeinado e a conta. In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra. Almedina, 2023, pp. 63-65.

entre o valor do património do agente e o que seria congruente com o seu rendimento lícito, após serem deduzidas as suas despesas, é proveniente de atividade criminosa e por isso sujeito à “perda de bens a favor do Estado”. A existência de um património do agente e essa incongruência são assim o segundo e terceiro pressupostos, respetivamente, para a perda alargada, encontrando-se no artigo 7.º, n.º 2 o que engloba, para a Lei, o «património do arguido». O quarto pressuposto é que o património abrangido pela perda alargada não tenha sido obtido pelo agente na prática do crime por que foi condenado, pois nesse caso estaríamos no domínio do confisco clássico, artigo 110.º e ss. do CP. Alguma doutrina aponta, ainda, como pressuposto a demonstração pelo MP de indícios que suportem uma forte probabilidade de atividade criminosa anterior por parte do condenado¹⁶⁷. Examinaremos esta questão mais à frente. Não provando o arguido a licitude da origem do património incongruente haverá então lugar à perda.

No que diz respeito ao princípio do catálogo, encontramos no artigo 1.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002 os tipos legais de crime que despoletam a perda alargada. De referir que a Diretiva, pelo Considerando 23 ordena que se aplique a perda alargada “pelo menos” às infrações penais, nela presentes, ou seja, as previstas no seu artigo 5.º, n.º 2, que tem por base os «eurocrimes» do artigo 83.º do TFUE¹⁶⁸. Logo, ficaram os EM livres de alargar o elenco de factos típicos, ilícitos, culposos e puníveis cuja condenação efetiva desencadeia a perda alargada. O catálogo presente na Lei n.º 5/2002 é fechado, nas als. a) a o) do n.º 1 do artigo 1.º e modal na alínea p), q) e r), *ex vi* do n.º 2 do mesmo artigo¹⁶⁹ que estabelece que o disposto nesta Lei apenas se aplica aos crimes nessas alíneas, lenocínio, contrabando e tráfico e viciação de veículos furtados, respetivamente, quando estes sejam praticados “de forma organizada”.

Como DAMIÃO DA CUNHA¹⁷⁰ alerta, o vocábulo “organizada” leva ao conceito de «criminalidade organizada» que poderá levar à confusão com «associação criminosa»

¹⁶⁷ NUNES, Duarte Rodrigues – Reflexões sobre a necessidade, ou não.... In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, 2023, p. 340.

¹⁶⁸ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - «Perda Alargada» prevista na diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º)... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos... E-book.** – INCM, 2018, p. 94.

¹⁶⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: As Controvérsias de um Regime em “Apuração”. In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: Confisco Alargado e Confisco Sem Condenação.** – São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 54.

¹⁷⁰ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 36-37 nota de rodapé 51.

ou à definição legal de «criminalidade altamente organizada». Já nos debruçámos sobre esta problemática, este emaranhado conceitual e aos precipícios a ele associados, neste caso alguma confusão e insegurança. O autor sustenta que, o legislador se refere à noção do Direito europeu de «criminalidade organizada», designadamente à Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho da UE, de 24 de outubro de 2008, e não à associação criminosa, p. e p. no artigo 299.º do CP. O autor aponta a existência de um “hiato legal”, não tendo o legislador definido “o limiar de punibilidade mínimo da forma organizada”.

Assim, está em causa a “prática de um ilícito criminal tipificado no âmbito de uma organização criminosa”, que estruturalmente se encontre “entre a mera participação e a associação criminosa do artigo 299.º do CP.” Mais de duas pessoas, com uma atuação concertada, ao longo do tempo, porém sem a obrigatoriedade de preenchimento dos “pressupostos de rigidez e de permanência” do tipo de crime de associação criminosa.

DUARTE RODRIGUES NUNES¹⁷¹ sustenta, por outro lado, que “esta prática de forma organizada parece ser mais do que o mínimo de estrutura organizatória com que se basta a existência de uma associação criminosa”, apelando ao artigo 8.º, n.º 2 da CRP, para reconduzir esta “prática de forma organizada” à CNUCOT, e à definição de “grupo criminoso organizado” no artigo 2.º, alíneas. a) a c) e e). A razão para se exigir a forma organizada nestes crimes e não nos restantes presentes no artigo 1.º, n.º 1 prende-se, pois, com o “grau de ofensividade” que nestes ilícitos criminais, perante o princípio da proporcionalidade, só justifica a aplicação do regime de perda alargada quando praticados de forma organizada. Os restantes crimes, só por si, são dotados de tão elevada ofensividade que a prática organizada é prescindível.

Assim, está em causa, nas alíneas. a) a o) do artigo 1.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002, nomeadamente, o tráfico de estupefacientes, de armas, de influência e de pessoas, recebimento indevido de vantagem, corrupção ativa e passiva, peculato, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa, pornografia infantil e lenocínio de menores, contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda e algumas espécies de cibercrime, designadamente, dano relativo a programas ou outros dados informáticos e sabotagem informática.

¹⁷¹ NUNES, Duarte Rodrigues – Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional. **Revista Julgar Online**. (fevereiro 2017), p. 33.

Na transposição da Diretiva, e perante o regime legal já existente, na Lei n.º 5/2002, o legislador nacional acabou por, somente, adicionar a este artigo 1.º, n.º 1 os crimes presentes no artigo 5.º, n.º 2 da Diretiva. Na doutrina vozes se levantaram e continuam a levantar, mesmo com a ampliação do elenco de crimes nas quatro alterações efetuadas desde a Lei n.º 30/2017, quanto à insuficiência deste catálogo. As escolhas, na transposição da Diretiva, foram consideradas “insuficientes, polémicas e pouco inteligíveis”, com “insuficiências de vulto”, em particular com a ausência de crimes que originam maciços proventos económicos¹⁷². Lacunas que persistem e consistem na não aplicação da perda alargada a crimes habitualmente ligados às atividades ilícitas prosseguidas pela criminalidade organizada, económico-financeira, terrorismo e cibercrime, obviando à resposta eficaz a tais fenómenos criminais e à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos sob a sua ameaça¹⁷³.

DAMIÃO DA CUNHA¹⁷⁴ considera que a Lei se destina ao combate aos lucros da criminalidade económico-financeira ou organizada, tratando-se “porém, de chavões sem grande interesse”, lamentando que não se tenha consagrado à “expropriação dos lucros do crime” um âmbito mais amplo, incluindo “os crimes de deslocação patrimonial”, designadamente burlas, extorsões e furtos, “quando sejam cometidos por modo de vida, em bando”, não se enquadrando no crime de associação criminosa por ausência da estabilidade que este exige. Estamos, assim, perante um rol de crimes “confrangedoramente incoerente e incompleto”.

Pela nossa parte reconhecendo o carácter insidioso destes fenómenos criminais, concordamos que o legislador pecou por defeito no elenco de crimes plasmados no artigo 1.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002. Como já fizemos referência, fruto dos meios tecnológicos modernos, da velocidade na circulação do capital, da altíssima especialização dos agentes «profissionais», da teia de contactos e contágio entre os diferentes fenómenos, tudo conspira para um cada vez maior número de delitos que se incluem nos objetivos da política criminal que sustentam a perda alargada. O cibercrime será o maior exemplo de

¹⁷² CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, p. 92.

¹⁷³ Para uma enumeração, exaustiva, embora não total, de crimes fora deste catálogo e ligados às referidas fenomenologias criminais, como nomeadamente, jogo ilícito, usura, fraude fiscal e contra a segurança social, burla tributária, crimes contra o mercado financeiro Cf. NUNES, Duarte Rodrigues – Reflexões sobre a necessidade, ou não.... In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra. Almedina, 2023, p. 343 nota de rodapé 40

¹⁷⁴ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 33.

um fenómeno em que o legislador tem, obrigatoriamente, de se manter atualizado no seu combate, sendo o confisco alargado ferramenta essencial. Todavia, alertamos, também, para o perigo de vulgarizar ou normalizar o uso deste instituto, alastrando-o, potencialmente, no futuro, a tipos legais de crimes que não apresentam a ofensividade suficiente para em respeito ao princípio da proporcionalidade lhe serem sujeitos. E que não se pense que algumas lacunas no catálogo justifiquem abolir o seu caráter taxativo. Rejeitamos o *numerus apertus* pela insegurança jurídica e o garantido abalo ao princípio da proporcionalidade.

Recusamos, igualmente, acompanhando CONDE CORREIA¹⁷⁵, qualquer alargamento, através de analogia, do catálogo, a outros crimes, mesmo que origem semelhantes ou até maiores lucros ilícitos e obriguem a similares intervenções político-criminais. Seria uma violação grosseira do princípio da legalidade, artigo 29.º, n.º 1 da CRP, além de, como sustenta GUEDES VALENTE¹⁷⁶, do princípio do catálogo, além do princípio da certeza e da determinabilidade como corolários do princípio da legalidade penal material e processual. Não é essa a solução.

O mesmo autor opõe-se, também, que o crime de associação criminosa, presente no catálogo admita “todos os crimes possíveis e imaginários que sejam o objeto ou o fim da associação criminosa”. Através da interpretação do regime especial em causa, focando-se na sua teleologia, defende o autor que a alínea j) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 esgota-se “no espectro criminógeno tipificado no próprio preceito”, o que significa que em respeito ao princípio *odiosa sunt restringenda*, o crime de associação criminosa, quanto ao seu âmbito material, se limita, para efeitos deste regime de perda alargada, aos tipos de crime presentes no catálogo.

DUARTE RODRIGUES NUNES¹⁷⁷, em sentido contrário, considera o crime de associação criminosa um crime do catálogo tal como os outros nele presentes, não havendo obrigação de limitar a finalidade da associação criminosa a apenas estes. Está em causa “a perigosidade que representa uma tal agremiação de criminosos com a finalidade de cometer crimes” e se o crime-fim representar uma menor gravidade do que

¹⁷⁵ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, p. 92.

¹⁷⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal...** – São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 55-56; 65-66.

¹⁷⁷ NUNES, Duarte Rodrigues – Admissibilidade da inversão do ónus da prova... **Revista Julgar Online**. (fevereiro 2017), p. 44.

a criminalidade abrangida pelo catálogo, tal é compensado por a sua prática ocorrer no âmbito de uma associação criminosa.

Parece um subterfúgio que tem como objetivo abrir a perda alargada a qualquer crime quando praticado num grupo organizado, fora até do espectro da criminalidade organizada e económico-financeira, razão de ser da Lei n.º 5/2002. São estas as fenomenologias representadas no catálogo e a que a finalidade da associação criminosa se deve dirigir para se enquadrar no previsto na alínea j) do n.º 1, do artigo 1.º da mesma Lei.

Defendemos que o rol de crimes deve ser expandido, acompanhando a evolução destes perniciosos fenómenos criminosos, mas com o total respeito pelos direitos fundamentais, numa análise aprofundada do tipo de crime e através de uma política criminal equilibrada e impermeável a chavões, num esforço contínuo de adaptação às novas realidades da organização do submundo criminal. Vigilância constante e ação célere, mas refletida, num exercício de equilíbrio é o que se exige ao legislador.

Em caso de condenação pela prática de crime presente no catálogo, irá presumir-se como constituindo vantagem de atividade criminosa o património incongruente do condenado, *i.e.*, a diferença entre o seu património e o rendimento lícito, após a dedução das suas despesas, *ex vi* o artigo 7.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002. No n.º 2 do mesmo artigo consagra-se o que inclui este “património do arguido”.

Na alínea a) encontramos o conjunto de bens de que o arguido seja titular ou aqueles sob os quais detenha o benefício e domínio, à data da sua constituição como arguido ou posteriormente. De referir que qualquer transmissão de um bem para terceiro, após esta data se presume como destinada a obstar à perda, entrando, pois, neste património. A alínea b) inclui, também, os bens transferidos para terceiros, gratuitamente ou por contraprestação irrisória, no intervalo dos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido. A alínea c) contempla os bens recebidos nos cinco anos a contar, novamente, da sua constituição como arguido, mesmo que não se consiga determinar o seu destino.

DAMIÃO DA CUNHA¹⁷⁸ critica este “prazo de caducidade de ilicitude presumida”, que o legislador decretou com base nos “termos da legislação do imposto

¹⁷⁸ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 45-47.

sobre rendimentos”, *i.e.* o prazo de preservação, pelo contribuinte, de documentos e declarações fiscais, tendo reconhecido a dificuldade da prova da licitude de rendimentos obtidos num largo espaço de tempo prévio ao processo. Para o autor o legislador confundiu a ilicitude dos bens com irregularidade fiscal, realçando, também, que em crimes de difícil e morosa investigação, como os presentes no catálogo, o momento da prática do crime e o de constituição de arguido é, em regra, longo, havendo risco de a perda alargada perder efetividade, *v. g.* constituição de arguido por crime cometido seis anos antes.

GUEDES VALENTE¹⁷⁹, referindo-se ao princípio da temporalidade, no caso de uma incongruência do património apurada face a rendimentos obtidos com a prática de crime de catálogo, ocorrida há mais de cinco anos, logo afastando a perda alargada, *ex vi* a alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, defende que o regime especial derroga o geral. Assim, no que diz respeito à criminalidade organizada e económico financeira e aos crimes de catálogo da referida lei, para o autor, o regime da perda alargada afasta o regime geral, confisco clássico, artigo 109.º e ss. do CP, “sob pena de negarmos a tetralogia deste regime especial e de anularmos a finalidade do Direito penal restabelecimento da paz jurídica e social que a temporalidade persecutória abarca”.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002, cabe ao MP liquidar na acusação o montante que será, em caso de condenação transitada em julgado e não sendo a presunção de ilicitude da origem dos bens ilidida, perdido a favor do Estado. Não sendo possível proceder à liquidação nesse momento, pode ser efetuada até ao 30.º dia anterior à data da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos *ex vi* o n.º 2 do mesmo artigo. DUARTE RODRIGUES NUNES¹⁸⁰ avança que, com a enorme complexidade da investigação nesta fenomenologia criminal, o MP tem “o dever de apresentar na liquidação todo o património do arguido”, não devendo “hipotizar quaisquer rendimentos ou despesas”, não obstante a letra da lei se referir na presunção à parte incongruente do património. Como refere DAMIÃO DA CUNHA¹⁸¹, a presunção

¹⁷⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... *In* TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal**.... – Marcial Pons, 2020, p. 63.

¹⁸⁰ NUNES, Duarte Rodrigues – Admissibilidade da inversão do ónus da prova... **Revista Julgar Online**. (fevereiro 2017), p. 46.

¹⁸¹ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada**.... – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 44.

é a de que nos últimos cinco anos, a contar da data de constituição de arguido, “o património mais relevante do arguido é presumido como ilicitamente obtido”.

Concretizando o que está em causa, CONDE CORREIA¹⁸² explica que “tudo o que arguido, direta ou indiretamente (v. g. juros, lucros), tiver ganho através do crime” até ao momento da liquidação será contabilizado. Todas as vantagens auferidas no referido período de cinco anos, “independentemente do que ele ainda conserva”. Como refere o autor, o pecúlio atual pode ser inexistente, por uma multiplicidade de razões, nomeadamente perda em bolsa ou negócios malsucedidos, porém a incongruência ser elevada. Todavia tal não deve ser travão à perda alargada, malgrado “previsíveis problemas, porventura intransponíveis, ao nível da execução da decisão que decretar o confisco”.

Como se verá, existem múltiplas particularidades deste regime em relação ao disposto na Diretiva. Desde logo, no que respeita ao património incongruente, na Diretiva a perda não se dirige aos bens propriamente ditos. Embora estes, como veremos, sejam alvo de uma medida de garantia, o arresto, a Lei n.º 5/2002 somente prevê a sua perda subsidiariamente. Isso mesmo se vê no artigo 12.º, onde se consagra que o Tribunal irá declarar na sentença condenatória “o valor que deve ser perdido a favor do Estado, nos termos do artigo 7.º”. Só em caso de não pagamento voluntário, nos termos do n.º 4 do artigo 12.º serão, então, os bens perdidos a valor do Estado. Deve ser realçado que a substituição da perda do bem pelo pagamento do seu valor é, no sistema jurídico nacional, em regra, uma medida subsidiária, decorrente da impossibilidade da apropriação em espécie, *ex vi*, do artigo 109.º, n.º 3. 110.º, n.º 4 e 111.º, n.º 3, todos do CP.

Nesse sentido, em relação à Lei n.º 5/2002, MARIA DO CARMO SILVA DIAS¹⁸³ refere que “o legislador trata equívoca e contraditoriamente” como perda de bens, na epígrafe do artigo 7.º a perda do valor, não obstante a segunda, “até pelo regime geral que consagrou no Código Penal” ser sucedânea da perda em espécie, perante a impossibilidade desta. Assim, “acabou por referir-se a duas figuras distintas (perda de bens e perda do valor), embora apenas admitisse que só uma delas (a perda do valor) pudesse vir a ser declarada”, o que contraria os mecanismos de confisco consagrados na

¹⁸² CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, p. 95.

¹⁸³ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - «Perda Alargada» prevista na diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º)... *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM, 2018, pp. 101-103.

Diretiva 2014/42/UE, todos eles dirigidos à perda em espécie, e no caso em particular da perda alargada, no seu artigo 5.º, o desejado pelo legislador para “evitar conceitos divergentes” e, através da harmonização, garantir a cooperação judiciária, unificando a regulação e obstando aos conflitos que prejudicaram a eficácia da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, com as suas três diferentes opções de perda alargada, já suprarreferidas.

DUARTE RODRIGUES NUNES¹⁸⁴, no entanto, defende que não só não estamos perante uma violação da Diretiva como o confisco alargado do valor incongruente garante, também, uma maior eficácia tendo claras vantagens à resposta à criminalidade organizada, ao crime económico, ao cibercrime e ao terrorismo, enquanto respeita os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e as imposições da Diretiva.

As razões avançadas prendem-se, designadamente, com o facto de a Diretiva, como se vê pelo Considerando 22 e como já foi analisado, prever, somente, regras mínimas podendo os EM irem mais além, o que aliás já acontecia no caso português e no artigo 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002, previamente à transposição. Tal significa que se o legislador se limitasse pelo artigo 5.º da Diretiva estaríamos, na verdade, perante um retrocesso no Direito nacional, o que ilustra como depois de «entreabrir» a porta a tendência futura será sempre escancará-la e não voltar a fechá-la. O autor explica, também, que as dificuldades que tais diferenças, entre confisco em espécie ou em valor, poderiam colocar à cooperação e ao reconhecimento mútuo foram posteriormente¹⁸⁵ «resolvidas» com o Regulamento (UE) 2018/1805, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que no artigo 19.º não prevê como causa de recusa de reconhecimento e execução de decisão de perda alargada a diferença entre os EM entre a perda por valor ou em espécie neste instituto.

O autor recusa, ainda, que o confisco alargado do valor incongruente não levar à privação dos bens, que presumivelmente advêm de factos típicos e ilícitos, seja uma “aberração jurídica”, pois “não se trata de confiscar bens efetivamente obtidos através da prática de um crime”, mas sim de bens “(ou de um valor)” que fazendo parte do património incongruente do condenado e não havendo provas da sua conexão com o crime que leva à condenação, são “considerados como tendo sido obtidos através da prática de crimes” por não se ter provado a sua origem lícita. Como tal, visto que “o confisco

¹⁸⁴ NUNES, Duarte Rodrigues – Reflexões sobre a necessidade, ou não.... In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, 2023, pp. 356-361.

¹⁸⁵ De referir que o referido Regulamento é, também, posterior ao artigo escrito pela autora.

alargado se caracteriza precisamente por o confisco incidir sobre bens cuja conexão efetiva com um concreto crime não ficou demonstrada”, não se vislumbra, para o autor, como no confisco do valor o condenado fique com bens oriundos da prática de crimes.

Em bom rigor, o autor sustenta que havendo pagamento voluntário do valor do património incongruente, o condenado não ficará com bens provenientes da prática de crime(s), mas sim presumidamente provenientes da prática de crime(s), não identificado(s). Visto de outro ângulo, o Estado está a cobrar o valor de bens que não são comprovadamente lícitos, mas, e este é o ponto fulcral, também, não comprovadamente ilícitos. Assim, o confisco alargado presente no artigo 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002 “recai sobre uma parte ou mesmo a totalidade do valor do património do arguido e não sobre bens em concreto.” Para o autor trata-se de uma “expropriação” do património incongruente “e não de bens determinados”.

Para DAMIÃO DA CUNHA¹⁸⁶, em vez de uma “expropriação forçada” do bem, está em causa um “pagamento direto” do condenado, ao Estado, “sem qualquer limitação/restrição (pelo menos de forma direta) do direito de propriedade” deste. Para o autor trata-se de “um erro legislativo” pois estamos perante um confisco patrimonial ou mesmo “uma sanção/obrigação de pagamento de uma quantia pecuniária ou patrimonial”, uma “ordem de pagamento” e não uma perda de bens. não havendo uma “reversão direta para o Estado de qualquer bem ou ativo inquinado”.

Para garantia dessa ordem de pagamento, nos termos do artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002, é decretado o arresto dos bens do arguido, configurando este “um mecanismo processual cautelar, capaz de assegurar a possibilidade mínima do cumprimento futuro dessa decisão final”. Uma vez mais, a globalização, o supersónico movimento do capital e as inúmeras técnicas de ocultação deste assim obrigam, impedindo que a perda não seja mais do que um símbolo oco. Assim o legislador, com este arresto do património incongruente, que como vimos, na prática e inicialmente, se dirige à totalidade do património, coloca o (presumível inocente, artigo 32.º da CRP) criminoso na posição económica que teria sem a prática do crime, sendo, assim, segundo CONDE

¹⁸⁶ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 14; 16; 25; 28.

CORREIA¹⁸⁷, “possível obter algum êxito na luta contra certas formas de criminalidade e tirar-lhes o dinheiro antes que eles o tirem a nós”.

Assim, *ex vi* do artigo 10.º, n.º 1 e 3, são pressupostos de decretamento do arresto para garantia da perda do património incongruente, o procedimento criminal por um crime do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, fortes indícios da prática desse mesmo crime, e apodicticamente fortes indícios, igualmente, de incongruência do património com o rendimento lícito do arguido. Está, ainda, sujeito aos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade e precariedade artigo 193.º, n.º 1 do CPP. Estes «fortes indícios da prática do crime» são os exigidos na aplicação das medidas de coação mais gravosas, artigo 200.º, n.º 1, 201.º e 202.º, n.º 1 do CPP¹⁸⁸.

De referir que o MP, nos termos do n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, fica dispensado do ónus de demonstrar o “*periculum in mora*”, da existência do perigo fundado de diminuição das garantias de pagamento do montante incongruente do património do agente. Só assim não é quando estiver em causa o arresto antes da liquidação, em que cumulativamente se terá de verificar fortes indícios da prática do crime e fundado receio de diminuição das garantias patrimoniais, *ex vi* do n.º 2 do mesmo artigo. Ainda segundo o mesmo número, vemos que o arresto pode ter lugar a todo o tempo, não dependendo da prévia constituição como arguido, podendo sofrer uma redução ou ampliação, em qualquer momento do processo, quando for apurado que o valor suscetível de perda é maior ou menor do que o inicialmente apurado, nos termos do artigo 11.º, n.º 2. Nos termos do artigo 11.º, n.º 1 o arresto cessa se for prestada caução económica no valor determinado como património incongruente, além de em caso de decisão final absolutória, *ex vi* do n.º 3 do mesmo artigo.

Esta ordem de pagamento, garantida pelo arresto, será para AUGUSTO SILVA DIAS¹⁸⁹ dependente de uma “condenação em pena efectiva”, sustentando ser desproporcional “uma medida tão gravosa dos direitos patrimoniais” ser aplicada em caso de dispensa de pena ou de condenação em pena suspensa. Opinião contrária tem

¹⁸⁷ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, pp. 192-193.

¹⁸⁸ SUPREMO Tribunal de Justiça – **Acórdão com o n.º 19/16.0YGLSB-J.S3**, de 15 de abril de 2021. Relator António Gama.

¹⁸⁹ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 45.

DUARTE RODRIGUES NUNES¹⁹⁰, considerando que, cumpridos os restantes pressupostos, após sentença pela prática de um dos crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, transitada em julgado, “independentemente da pena concretamente aplicada” deverá ter lugar a perda alargada. CONDE CORREIA¹⁹¹ considera “irrelevante” a espécie de pena aplicada, prisão ou multa, e o seu quantum concreto. Seria “restringir, interpretativamente, o âmbito de aplicação da norma por pretensas razões de adequação e de proporcionalidade”, o que iria subverter a política criminal subjacente à perda alargada: “lograr uma ordenação patrimonial conforme ao direito.” PEDRO CAEIRO¹⁹² recusa, também, subordinar a aplicação da perda alargada a uma obrigatória condenação em prisão efetiva, em virtude de não reconhecer a este tipo de confisco um carácter sancionatório. Pela nossa parte não encontramos respaldo na Lei quanto ao tipo de pena cominada, havendo condenação por um crime de catálogo, ter qualquer relevância na perda alargada, conforme legislada na Lei n.º 5/2002.

Entramos numa área sensível, onde o consenso é inexistente e onde está a «chave», o fundamento para a resposta positiva, ou não, à concordância da perda alargada com a Constituição como *lex fundamentalis*, com a CEDH, com os princípios basilares do Estado de Direito democrático, com a estrutura acusatória do processo penal, em suma, com o respeito pelos direitos fundamentais do cidadão perante o poder do Estado. A pergunta subjacente, que ultrapassa até este instituto é: até onde vigoram os limites ao poder do Estado, as garantias consagradas para defesa da parte mais «fraca» do contrato social? A natureza jurídica da perda alargada é a resposta a muitas, ou à quase totalidade, das questões colocadas por este instituto. Respostas que diferem conforme o posicionamento adotado quanto a esta natureza.

2.2.2. A natureza do instituto – a chave mestra

A questão nuclear em torno da vénia constitucional e do respeito aos princípios basilares da dogmática penal e sistema acusatório do processo penal configura-se na natureza jurídica do instituto da perda alargada. *Veritas*, a que princípios deve esta aderir

¹⁹⁰ NUNES, Duarte Rodrigues – Reflexões sobre a necessidade, ou não.... In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, 2023, p. 340.

¹⁹¹ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada.** E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, p. 93.

¹⁹² CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In RPCC. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, p. 311 nota de rodapé 85.

para num Estado de direito democrático, onde o valor máximo é a pessoa humana, a sua dignidade inalienável e onde o Direito penal é configurado como um travão e um limite ao *ius puniendi* do Estado, num constante exercício de concordância prática entre o bem comunitário, a segurança e a garantia e defesa dos direitos fundamentais pessoais.

Algo que é inescapável, impossível de ignorar e algo preocupante é a divergência doutrinária quanto a este ponto capital e decisivo. Em suma, que dimensão assume a perda alargada? Qual a sua natureza jurídica? Por outro lado, cortando por todas as valiosas e fundamentadas respostas da doutrina, diversas entre si, há algo que une a grande maioria delas. A certeza de que não estamos perante um instituto de natureza penal, obviando, assim, que seja sujeito ao critério mais rigoroso e estrito a que, decorrente dos direitos fundamentais envolvidos, a matéria penal é necessariamente examinada.

PEDRO CAEIRO¹⁹³ defende que o facto de a perda alargada advir da prevenção criminal e obrigar a uma condenação penal, dirigindo-se à presumida origem ilícita dos bens a ela sujeita não é suficiente para a classificar como “reação penal”. Não é, igualmente, uma pena, por não estar limitada pela culpa, nem um efeito desta, ou sequer “uma sanção penal *sui generis*” por, segundo o autor, uma única razão. Não tem como causa a tetralogia facto típico, ilícito, culposo e punível. A causa da perda alargada é, pois, o património incongruente ancorado à prática de determinados crimes. Havendo a ausência de um facto tal é suficiente para “negar, no plano material, a pertinência do instituto às reacções penais, em qualquer das suas categorias”. O contrário seria ver a perda alargada como uma reação penal, sancionando delitos “extra-processo”, algo insuportável “sob pena de se violar clamorosamente a presunção de inocência”.

Em suma, para o autor estamos perante uma medida, não sancionatória, de natureza materialmente administrativa, aplicada “por ocasião de um processo penal”, algo peculiar, por não ter a perda alargada, pela sua própria definição, bens provenientes do crime origem do processo, não tendo ligação direta com esse facto e como tal não sendo uma reação penal a ele.

MARIA DO CARMO SILVA DIAS¹⁹⁴ reconhece que os bens confiscados na perda alargada advêm de atividade criminosa, sendo aceitável apontar “uma determinada

¹⁹³ CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, pp.310-311.

¹⁹⁴ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - «Perda Alargada» prevista na diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º)... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, 2018, pp. 97-98.

conexão com matéria penal”, não sendo, todavia possível, em virtude de tal, apontar o caráter penal da sua natureza. Não se exigindo prova de que os bens tiveram origem num crime identificado, o que demonstra que “o elo mais forte será o de que se trata de matéria mais próxima do caráter civil”, não estando em causa uma reação penal ou uma sanção penal ou mesmo civil, do que se trata é sim de restaurar a legalidade na dimensão patrimonial. Enfim, uma “consequência da necessidade de pôr fim àquele enriquecimento ilícito” que foi conseguido pelo condenado.

MÁRIO FERREIRA MONTE¹⁹⁵, igualmente, sustenta que a finalidade da perda alargada “só pode ser” repor a situação patrimonial que existiria sem a atividade criminosa, restaurando e corrigindo o património de acordo com o Direito. Os efeitos de prevenção e dissuasão que dela advêm, visto não se basear no crime por cuja condenação é despoletada, mas em “atividade criminosa”, não são o seu fundamento. A perda alargada é, assim, uma consequência jurídica, sem caráter penal, não representando qualquer sanção, visando repor a licitude, numa dimensão corretiva do património. Se assim não fosse, segundo o autor, a perda alargada correria “o risco de ser inconstitucional”.

MARIA JOSÉ MATOS¹⁹⁶, por outro lado, defende a natureza penal do instituto, apoiando-se no artigo 1.º, 7.º, n.º 1 e n.º 3 da Lei n.º 5/2002, bem como no artigo 29.º da CRP e 40.º do CP. Segundo a autora, a perda alargada está dependente da prática e condenação de um crime (do catálogo), tendo uma vertente de prevenção criminal, evitando o uso dos proventos do delito para encetar a prática de novos crimes, sendo tal ilustração da vinculação do instituto às finalidades do Direito penal. O artigo 7.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2002 remete para o artigo 111.º do CP o que evidencia a sua inserção sistemática no instituto penal, além dos seus pressupostos a culpa, a prevenção geral e especial e a reintegração. Dirigindo-se ao bem jurídico, estando em causa a propriedade, pública ou privada, assim como a segurança individual, e pela natureza instrumental do instituto na tutela efetiva das normas incriminatórias, defende a autora estar-se perante uma natureza penal, apontando, ainda, como em caso de não condenação do agente no crime de catálogo, (exigindo-se, assim, a culpa), a perda não pode ser efetivada. Afastando a

¹⁹⁵ MONTE, Mário Ferreira – O confisco é uma pena?. In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – *O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...* Coimbra: Almedina, 2023, pp.127-128.

¹⁹⁶ MATOS, Maria José – *Perda de bens na Lei n.º 5/2002. “Requiem” pelo Estado de Direito.* – Viseu: Edições Esgotadas, 2017, pp. 30-31; 42.

classificação de medida de segurança, na ausência de uma base legal que a sustente, conclui a autora estarmos perante uma pena.

Como tal estamos perante uma violação clara do princípio da culpa, visto que após a condenação por um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, “tudo o que se lhe segue em sede de perdimento de vantagens é alheio à culpa do agente, tanto quanto se afasta das finalidades de pena”, não se relevando a necessidade da prevenção geral ou especial ou a reinserção do agente.

Já CONDE CORREIA¹⁹⁷ defende a vertente restauradora da perda alargada, considerando-a uma medida de carácter não penal dirigida à retoma de uma ordem patrimonial que respeite o Direito. Intenta-se obstar à manutenção de património suspeito de obtenção ilícita, que pode ser utilizado para empreender em nova atividade delincente. É a confirmação da “validade e da vigência do ordenamento jurídico”. Logo, o autor afasta objeções constitucionais, considerando-as “facilmente superadas” e proclamando a compatibilidade total com as exigências e garantias da Lei fundamental.

Negando que a perda alargada constitua uma reação penal ou “coisa análoga” destinada a censurar o crime anterior, o autor aponta que tal impede a invocação do princípio da culpa, *nulla poena sine culpa*, como óbice à sua constitucionalidade. Não obstante estar associado ao processo penal, o confisco alargado, para o autor, “gravita noutro universo dogmático, sendo alheio a muitos dos seus princípios e valores fundamentais”, classificando-o como uma perda NCB.

A mesma classificação aponta BERNARDO COSTA FARIA¹⁹⁸, assinalando como finalidade a eliminação do património incongruente, através da perda das vantagens presumidas decorrentes da prática de crimes diversos daquele(s) por que o arguido foi condenado, crimes esses cuja condenação em sede penal é prescindível para a perda alargada. Para o autor o confisco alargado possui, assim, uma “natureza jurídica predominantemente civil” só não se tratando de uma *actio in rem* devido a não ter existência autónoma do processo penal, não seguindo a sua tramitação procedimentos civis ou administrativos.

¹⁹⁷ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, p. 101.

¹⁹⁸ FARIA, Bernardo Costa – **Perda alargada de bens no sistema penal português**. – Coimbra: Almedina, 2022, pp. 58-59.

Esta miscigenação pode, no entanto, e embora pareça minimizada por parte da doutrina, trazer mais problemas e interrogações quanto à natureza e validade constitucional do instituto. DAMIÃO DA CUNHA¹⁹⁹ defende a inexistência, no Direito positivo, de qualquer norma que sustente um “entendimento privatizador” da perda alargada. Apontando o artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, em relação à prova, o autor nota que a norma se refere à consideração da prova do processo penal, no Tribunal penal, sendo admissíveis todos os meios de prova do processo penal, constituindo um “manifesto equívoco” considerar a perda alargada uma sanção civil. De notar que o autor se refere a sanção, apelidando o confisco e a perda de bens de instrumento “sancionatório e repressivo” de direito público, “manifestações de um poder sancionador, senão mesmo punitivo do Estado”, devendo estar sujeitos aos princípios constitucionais e às garantias penais.

No Acórdão Phillips c. Reino Unido²⁰⁰, § 32 e Geerings c. Países Baixos²⁰¹, § 43 e 44, o TEDH, para o autor, coloca o confisco como inserido no «processo de sentença», seguido a uma condenação. Tal significa que este deva ser considerado como uma consequência jurídica do facto ilícito, configurando uma “verdadeira sanção penal”, devendo-lhe estar subjacente os princípios e garantias constitucionais²⁰². Repare-se que a culpabilidade é elemento obrigatório na perda alargada, pois como ficou expresso no Acórdão Geerings c. Países Baixos, § 47, 48 e 49, em que sendo o processo de perda autónomo ao processo penal que o despoletou, e neste tendo sido o arguido considerado inocente, o confisco não pôde proceder pois violaria o artigo 6.º, n.º 2 da CEDH, a presunção de inocência, sendo que a perda, nesse caso seria levada a cabo com base numa “presunção de culpa”.

Esta colocação do processo de perda na fase de sentença traz, porém, consequências quanto ao princípio da presunção da inocência. Segundo Phillips c. Reino Unido, § 35, o princípio da presunção da inocência no artigo 6.º, n.º 2 da CEDH dirige-se apenas ao(s) crime(s) por que o arguido foi acusado, e uma vez julgado e considerado culpado nesse processo penal, não tem aplicação quanto a alegações sobre o carácter e

¹⁹⁹ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 21-24.

²⁰⁰ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 41087/98**, Final, de 05 de julho de 2001.

²⁰¹ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 30810/03**, Final, de 01 de março de 2007.

²⁰² CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 19-21.

conduta do condenado no processo de sentença, a não ser que tais acusações sejam de uma natureza e grau que possam ser consideradas uma nova acusação. Logo não se aplica nesta fase e por conseguinte à perda alargada o princípio da presunção da inocência.

Isso mesmo defende CONDE CORREIA²⁰³, explicando que não está em causa uma sanção nem uma condenação “pela prática de hipotéticos crimes, que não foram previamente demonstrados”, mas sim uma “simples medida estadual” devido a um património inexplicável. Porém, continua o autor, mesmo que se considerasse a perda alargada como sanção penal, quando ela se processa já a presunção de inocência foi ilidida, indo assim de encontro à jurisprudência do TEDH.

DAMIÃO DA CUNHA²⁰⁴ discorda, no entanto, que da não aplicação da presunção da inocência se possa concluir a qualificação do instituto, afastando a natureza penal, lembrando, ainda, que o sistema processual penal britânico e neerlandês, analisados nos citados Acórdãos, assentam numa *césure* processual, entre a análise da culpa e da sanção, ao contrário do que acontece em Portugal. Defende, ainda, que é mister analisar quais os critérios constitucionais que devem orientar a análise substantiva e processual na tramitação da perda alargada, mais do que os da CEDH e da jurisprudência do TEDH. É crucial evitar e prevenir a substituição da Lei Fundamental como critério normativo e do TC como órgão de decisão, na validação constitucional das normas nacionais, pela CEDH ou do TEDH.

A mesma ideia é partilhada por PEDRO CAEIRO²⁰⁵ que diz que a CEDH interpretada pelo TEDH, quanto ao confisco “não é garantia absoluta e forma da sua legitimidade, nomeadamente perante o direito constitucional nacional”. O autor lembra que a CEDH contém garantias mínimas e que não é o TEDH que determina a natureza penal ou não penal de um procedimento ou sanção, mas sim os ordenamentos nacionais.

Seguindo esta orientação devemos, então, dar atenção às análises dos juízes do Palácio Ratton em relação à conformidade constitucional da perda alargada, tendo em conta as enormes dúvidas que se levantam quanto a princípios e garantias basilares do sistema penal e processual penal nacional, começando pela presunção de inocência, artigo 32.º, n.º 2 da CRP. A questão prende-se com a presunção de ilicitude do património

²⁰³ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, p. 102.

²⁰⁴ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 14; nota de rodapé 28.

²⁰⁵ CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, p. 291.

incongruente do arguido e até que ponto tal lesa a sua presunção de inocência, não olvidando a inversão do ónus da prova que pode colidir com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, «viciando» ou distorcendo a estrutura acusatória do processo penal nacional. Não deixando de lado, ainda, o respeito ao princípio da proporcionalidade.

Problemas se levantam igualmente quanto ao standard de prova e ao grau de convicção exigido para a tomada de decisão do Tribunal quanto à consideração da perda alargada, em particular em confronto com a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. O TC pronunciou-se, até agora, três vezes sobre esta temática, no Acórdão n.º 101/2015, Acórdão n.º 392/2015 e ainda no Acórdão n.º 476/2015.

Curiosamente, o TC²⁰⁶ traz à colação o Acórdão Phillips c. Reino Unido, que se debruça sobre o *Drug Trafficking Act*, de 1994, e na presunção lá estabelecida de que os bens possuídos pelo arguido após o início do processo penal e nos 6 anos anteriores a esse momento procedem do tráfico de estupefacientes, além de todas as despesas nesse período terem sido soldadas com fundos dele advindos. O TC faz eco de como o TEDH considerou que a presunção não violava o direito ao processo equitativo, artigo 6.º, n.º 1 da CEDH, tendo sido assegurados os direitos de defesa que garantiam a possibilidade de ilidir a presunção. O artigo 6.º, n.º 2 da CEDH, a presunção de inocência, por seu lado, não se aplicava ao processo de perda advindo desse documento legal, pois não estava em causa a culpabilidade, ou não, do agente e como suprarreferido, o princípio não se aplica na fase de sentença, e como tal ao confisco.

De notar que AUGUSTO SILVA DIAS²⁰⁷ não considerando a presunção de inocência um princípio absoluto e invulnerável à ponderação prática, apelida de inaceitável limitar o princípio à culpabilidade e submeter o grau de solidez normativa consoante a fase do processo. PEDRO CAEIRO²⁰⁸ classifica, mesmo, esta formulação do TEDH de “quase farisaica”.

Voltando à jurisprudência constitucional, o TC²⁰⁹ considera que a presunção prevista no artigo 7.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002 “apenas opera após a condenação”. Como

²⁰⁶ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 392/2015**, de 12 de agosto de 2015. Relator João Cura Mariano.

²⁰⁷ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, pp. 42-43.

²⁰⁸ CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In RPCC. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, p. 319.

²⁰⁹ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 101/2015**, de 11 de fevereiro de 2015. Relator Maria Lúcia Amaral.

tal inexistir qualquer lesão ao artigo 32.º, n.º 2 da CRP, ainda mais por essa presunção ser ilidível, artigo 350.º, n.º 2 do CC e consistir na ilegitimidade dos ganhos, provenientes de atividade criminosa, tendo em conta o rendimento excedente do condenado confrontado com o seu rendimento lícito. O TC²¹⁰ prossegue, explicando que esta presunção legal não visa imputar ao arguido qualquer crime com o consequente sancionamento, apenas proceder à privação do seu património por se concluir que foi adquirido ilicitamente, restaurando assim a ordem patrimonial em respeito ao Direito. Embora exista na perda alargada uma finalidade de prevenção criminal, e esta tenha como pressuposto a condenação por um dos crimes do catálogo no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, esta imputação “funciona aqui apenas como pressuposto indiciador” de ganhos ilícitos.

Assim, segundo o TC, na ótica do legislador, justifica-se que no mesmo processo que se dirige à apuração da prática desse crime de catálogo “se averigüe a existência desses ganhos, em procedimento enxertado no processo penal”. Nesse procedimento não se irá apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, somente a existência de património decorrente de atividade criminosa. Não há, na determinação do valor da ordem de pagamento, ou seja, do valor do património incongruente, qualquer juízo de censura ou aferição de culpabilidade em termos ético-jurídicos ou sequer um “juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes”. Apenas se constata que comparando o rendimento lícito do arguido com o valor do seu património, a discrepância leva à presunção da sua origem ilícita.

DUARTE RODRIGUES NUNES, considerando a perda alargada “uma medida administrativa *sui generis*”²¹¹, sufraga esta orientação do TC, sustentando, igualmente, que não se apura qualquer responsabilidade penal do arguido, somente a determinação do património incongruente, apoiando, igualmente, o TEDH na noção de que a partir da condenação por um crime, estando em causa somente a determinação da sanção, deixa de se aplicar a presunção de inocência, nada impedindo, assim, a inversão do ónus da prova na perda alargada²¹².

²¹⁰ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 392/2015**, de 12 de agosto de 2015. Relator João Cura Mariano.

²¹¹ NUNES, Duarte Rodrigues – A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – Recuperação de Ativos. – Lisboa: CEJ, 2021, p. 21.

²¹² NUNES, Duarte Rodrigues – Admissibilidade da inversão do ónus da prova... *Revista Julgar Online*. (fevereiro 2017), p. 54.

PEDRO CAEIRO²¹³ sustenta que a perda alargada não se trata de imputação de crimes, somente da determinação e posterior confisco de um património de origem ilícita, origem essa provada através de uma presunção (se não ilidida), não se tendo como finalidade uma reação penal, mas sim privar o condenado, por via de uma medida administrativa do que adquiriu de forma ilícita. Para o autor respeita-se o princípio da proporcionalidade, assentando e legitimando a presunção na condenação de um crime de catálogo, no domínio detido sobre um património incongruente e na “actividade criminosa idêntica ou contígua ao crime *sub judice*”, tendo o condenado o direito e a possibilidade de elidir a presunção.

Ponto nuclear, que parece minimizado ou descurado por parte da doutrina, é o facto de como não existindo uma *césure* processual, ou seja, sendo o processo de perda enxertado no processo penal do crime de catálogo, tal possa lesar a presunção de inocência do arguido. Acompanhamos DAMIÃO DA CUNHA²¹⁴ quando este defende que a ideia da *césure*, uma separação de processos ou fase de processo como modo de evitar que o arguido seja objeto de processo para decisão de questões que têm como pressuposto a sua culpa, enquanto for, ainda, presumido inocente. Como lembra o autor está a submeter-se ou a obrigar o arguido a discutir, ou melhor, a produzir prova para ilidir a presunção, num processo de perda alargada que pressupõe a sua culpa no crime por que está a ser julgado. Em síntese, “o arguido discute o confisco de um presumido culpado”. Claro que o arguido é livre de não ilidir a presunção e abrir mão do património incongruente, mantendo-se em silêncio, mas tal parece realmente uma “ameaça” quanto à desvantagem daí decorrente.

Aliás, na nossa visão, parece difícil que a própria inabilidade ou recusa de proceder à elisão da presunção não possa ferir a presunção de inocência do arguido, perante o Tribunal, em relação ao processo penal, pois na verdade, enquanto ainda presumido inocente, tal presunção, como refere acima PEDRO CAEIRO, serve como prova da proveniência ilícita do património incongruente, rotulando o arguido, na prática com um estilo de vida criminoso. Em bom rigor, é uma presunção penal de culpa.

²¹³ CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, pp.319-320.

²¹⁴ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 39; nota de rodapé 58.

Essa não é a posição do TC²¹⁵ que assegura que no procedimento criminal pelo crime de catálogo vigoram todas as garantias de defesa do arguido, inexistindo qualquer alteração às regras da prova ou qualquer especificidade processual decorrente da perda de bens. Assim, o procedimento criminal mantém a estrutura acusatória, respeitando a presunção de inocência e só com a produção de prova que a afaste haverá condenação, pressuposto *sine qua non* para o confisco alargado. Segundo o TC, o incidente de perda de bens enxertado no processo penal, com a necessidade de o arguido produzir prova da justificação lícita do património incongruente, não fere a presunção de inocência quanto ao crime que lhe é imputado no processo penal, “nem de qualquer outro de onde possa ter resultado o enriquecimento”.

O TC recusa, assim, que se inviabilize o direito ao silêncio do arguido, sendo incapaz de discernir como a prova da licitude do património potencialmente leve a uma autoincriminação no processo penal a decorrer e menos, ainda, numa disparidade com a estrutura acusatória do processo penal. “Não se descortina, pois, que exista um perigo real daquela presunção, que opera num incidente de perda de bens tramitado no processo penal respeitante ao crime cuja condenação é pressuposto da aplicação desta medida, contaminar a produção de prova relativa à prática desse crime.”

CONDE CORREIA²¹⁶ acompanha estes Acórdãos do TC, pela “solidez jurídica” que torna “difícil ultrapassar aquela decisão paradigmática”. Sustentando que a perda alargada é “apenas um mecanismo civil” enxertado no processo penal, restaurando uma situação patrimonial de acordo com o Direito, o autor explica que em virtude da sua natureza não penal, o Estado tem uma maior latitude para a sua configuração material e processual. Escreve, ainda, que a “relação de forças é agora outra. A presunção de inocência pode ser aqui (nesta vertente civil da decisão penal) dispensada, recaindo o ónus da prova sobre o condenado”.

O TC²¹⁷ explica como não existe um “ónus excessivo para o condenado” visto que a presunção será ilidida através da prova de factos do conhecimento pessoal deste, produzida no momento da discussão em sede de julgamento de processo penal, *ex vi* do

²¹⁵ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 392/2015**, de 12 de agosto de 2015. Relator João Cura Mariano.

²¹⁶ CORREIA, João Conde – Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público**, N.º 145. (janeiro-março 2016), pp. 213-214.

²¹⁷ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 392/2015**, de 12 de agosto de 2015. Relator João Cura Mariano.

artigo 9.º, n.º 5 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. O arguido, presumido inocente, é quem “se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado”. O TC refere, ainda, que as presunções legais têm a sua origem nas situações em que a prova direta é especialmente gravosa ou difícil para uma das partes, configurando, ao mesmo tempo, “o mínimo prejuízo possível à outra parte”, nos limites da justeza e adequação.

Assim, para além da prova de que os bens resultam de rendimentos de atividade lícita, o legislador reconhecendo a dificuldade de provar a licitude num espaço temporal muito vasto em relação à constituição de arguido, permite a prova de que o arguido era titular dos bens há pelo menos cinco anos a contar dessa data ou que os rendimentos usados para os adquirir foram obtidos nesse mesmo período, artigo 9.º, n.º 3, als. a), b) e c) da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, tornando “menos onerosa” a tarefa de ilidir a presunção. Além do mais, várias garantias processuais foram previstas, sendo que com o ato de liquidação, na acusação ou posteriormente, se estabelece o valor do património incongruente, sendo o arguido e o defensor notificado e sendo-lhe assegurado o contraditório, podendo utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal e escapando às limitações existentes, nomeadamente no processo civil e administrativo, devendo o Tribunal considerar “toda a prova existente no processo” que possa ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente, artigo 9.º, n.º 1 e n.º 2 da suprarreferida Lei.

DAMIÃO DA CUNHA²¹⁸ defende que, em qualquer processo, deve existir “um mínimo de distribuição igualitária/equitativa de encargos na transmissão de conhecimentos” ao Tribunal, incluindo no confisco. O autor interroga-se sobre o que cabe ao MP nessa transmissão no domínio da perda alargada, respondendo com “praticamente nada”. O MP aparece como “mero cobrador ou postulador de cobranças”, sendo que para o arguido se opera a transferência da totalidade do encargo de “influenciar a formação e decisão do Tribunal”.

Processo de decisão que parece «facilitado» na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, quando confrontado com a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. Enquanto o instrumento europeu, no artigo 5.º, submete a perda alargada à conclusão do Tribunal, “com base nas circunstâncias do caso, inclusive em

²¹⁸ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 43-44.

factos concretos e provas disponíveis”, designadamente a desproporção entre o valor dos bens e o rendimento lícito do condenado, de que o património incongruente é oriundo de comportamento criminoso, a legislação nacional é mais ampla.

Como explica GUEDES VALENTE²¹⁹, enquanto na suprarreferida Diretiva o Tribunal “tem de provar e demonstrar” a origem ilícita dos bens, resultado de atividade criminosa, o regime nacional basta-se com a presunção da ilicitude da proveniência do património do condenado. Para o autor a transposição integral do artigo 5.º da Diretiva implicaria a derrogação do artigo 7, n.º 1 e do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, apelidando o regime nacional de “persecutório” em confronto ao previsto no Direito europeu.

PEDRO CAEIRO²²⁰ defende como requisito cumulativo da perda alargada, ao lado da condenação por um crime do catálogo e do domínio jurídico ou fático sobre um património incongruente com os rendimentos lícitos por parte do condenado, “uma atividade criminosa anterior do condenado” onde se encontrem ilícitos parte do catálogo com identidade idêntica ao crime *sub judice* no processo penal ou que com ele partilhem uma conexão, isto é, tráfico de influências ligado a corrupção ou tráfico de droga com branqueamento.

Também AUGUSTO SILVA DIAS²²¹ recusa que o sistema nacional assente somente na inversão do ónus da prova sendo inexigível a comprovação da probabilidade da origem ilícita dos bens, defendendo, igualmente, a articulação do património incongruente com “o género de actividade criminosa que o condenado realizava” sendo daí que decorre a presunção de ilicitude. Para o autor, processualmente, ao MP caberá produzir prova “da factualidade que subjaz à presunção”, repartindo, assim, o ónus da prova com o arguido.

DUARTE RODRIGUES NUNES²²² discorda, dizendo que esse pressuposto não tem qualquer base legal e que tal seria uma metamorfose do ónus da prova do MP numa *diabólica probatio*, sendo uma missão quase impossível “demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes”, em particular com conexão aos crimes alvo de

²¹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal...** – São Paulo: Marcial Pons, 2020, p.69.

²²⁰ CAEIRO, Pedro - Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, p. 313.

²²¹ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, pp. 44-45.

²²² NUNES, Duarte Rodrigues – A incongruência do património... In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, pp. 27-28.

condenação, fazendo notar a ausência sequer de uma *notitia criminis*, ou ainda casos em que foi mesmo instaurado um processo penal, mas não se recolheram suficientes indícios para se chegar a julgamento ou, tendo este existido, o resultado tenha sido uma sentença absolutória, o que de acordo com o TEDH e o Acórdão Geerings c. Países Baixos levaria a “uma violação da presunção de inocência” e, claro, impediria o confisco alargado.

Acompanhamos o autor, no sentido de que nos parece que a perda alargada em Portugal é realmente alicerçada, apenas, na inversão do ónus da prova. A Lei nada dispõe de encargos probatórios ao MP após a liquidação o que nos parece um desvio ao processo equitativo. Embora nos termos do artigo 20.º, n.º 4 da CRP sejam assegurados ao arguido os seus direitos de defesa e participação no processo, libertar o MP de todo e qualquer encargo probatório parece ir contra o princípio da proporcionalidade, artigo 18.º, n.º 2 e n.º 3 da CRP. Reconhecemos a dificuldade do MP em estabelecer um nexo de causalidade entre o património incongruente e uma anterior atividade criminosa. Porém um *standard* de prova menos rigoroso, baseado nas regras da experiência, analisando o caso concreto, como aliás vem previsto no artigo 5.º da Diretiva 2014/42/UE parece um compromisso aceitável e proporcional, oferecendo uma maior solidez na decisão de perda e aliviando o arguido, já a «braços» com a defesa no processo criminal, da totalidade do ónus da prova. Porém a Diretiva traz somente regras mínimas como referimos anteriormente. Os Estados podem, como neste caso ir mais «longe». Será até mesmo esse o objetivo.

Discordamos, ainda, do TC quando nega qualquer possibilidade da contaminação entre os dois procedimentos e em particular de como tal não lesa a presunção da inocência do arguido. Na prática, o arguido, presumido inocente e julgado por um crime de catálogo, ao mesmo tempo justifica um património incongruente com os rendimentos lícitos, já por si indício, senão da prática daquele crime, pelo menos de um estilo de vida criminoso, que aliás é presumido como responsável pela origem desta discrepância nos seus bens. Pior ainda, se não ilidir tal presunção, tacitamente admite a origem ilícita dos seus bens, enquanto ainda é, no processo penal presumido inocente.

Consideramos, ainda, a perda alargada como tendo natureza eminentemente penal, mais concretamente, como um efeito da pena, acompanhando AUGUSTO SILVA DIAS²²³. Não podemos considerá-la um mecanismo civil e não-penal. É impossível negar que está intrinsecamente ligada ao processo penal. Só é despoletada pela instauração deste

²²³ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 39

e só terá lugar em caso de condenação, estando limitada a um catálogo de crimes. É discutida num Tribunal penal e por este apreciada e decretada. Como o próprio TC explica, pode o arguido usar qualquer meio de prova válido em processo penal inexistindo as limitações existentes no processo civil e administrativo, devendo o Tribunal considerar “toda a prova existente no processo” penal. Ao exigir uma condenação, exige a culpa, logo um juízo de censura. Tem funções de prevenção geral e especial. Restaura a validade da norma penal perante a comunidade. Restaura a ordem patrimonial perante o Direito, lesada por um ou mais crimes, não identificados, é certo, mas cuja prática é provada pela não elisão da presunção.

Se não existe qualquer juízo de censura ou carácter punitivo, impõe-se perguntar porquê colocar a condenação por um crime de catálogo, limitando o uso da perda alargada apenas nesses tipos de crime, como *conditio sine qua non*. Se o arguido tem um património incongruente, imaginemos até de uma dimensão chocante, não é capaz de ilidir a presunção da sua ilicitude, porém, no final do julgamento é absolvido do crime de catálogo, sendo a perda alargada puramente civil, ou até como vimos, considerada como uma perda NCB, interrogamo-nos porquê não pode, então, ir para a frente? Por que razão, aí estaríamos perante uma lesão do princípio da presunção de inocência, mas não anteriormente?

Repare-se que, ao não ilidir a presunção, o património incongruente é considerado oriundo de atividades ilícitas. Se a perda alargada é de natureza civil ou administrativa (embora, repetimos, despoletada por um processo penal, limitada a crimes de um catálogo, discutida em sede de julgamento penal, com as regras de prova do processo penal e usando todas as provas produzidas no processo penal e aplicada, somente em caso de condenação penal) porquê limitá-la à condenação e recuar perante a restauração da situação patrimonial, de acordo com o Direito, perante uma absolvição?

Porque a sua natureza é, eminentemente, penal. Não pode ser uma perda sem-condenação, uma vez que está dependente de uma condenação. Não se dirige às vantagens do crime por que o arguido é condenado, mas sim a hipotéticos crimes anteriores, porém está inexoravelmente ligada a uma condenação e isso é indiscutível. Uma condenação penal! MÁRIO FERREIRA MONTE²²⁴ rejeita que o confisco alargado seja um efeito da

²²⁴MONTE, Mário Ferreira – O confisco é uma pena?. In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, 2023, p. 98

pena por não se exigir uma relação direta entre o património incongruente e o crime de catálogo, o facto penal por que o arguido efetivamente foi condenado. Contudo, tal não invalida a classificação como efeito da pena, pois a perda alargada depende da aplicação desta, fruto de uma condenação penal. Essa ausência de ligação direta levanta fortes dúvidas quanto à constitucionalidade do instituto, contudo, não nega que a perda alargada brota do processo penal e se efetiva após condenação e aplicação de pena.

Considerando-a como tal, a perda alargada ofende o princípio *in dubio pro reo*, sendo o *non liquet* decidido a favor da presunção. A ausência de prova é tratada em si mesma como uma prova que legitima a presunção de ilicitude do património. O direito ao silêncio sai também lesado. O arguido é obrigado a provar a licitude dos seus bens ou abrir mão deles. Porém a questão vai além pois ao não ilidir a presunção de ilicitude dá-se como provada a obtenção do património incongruente pelo meio de delitos criminais. Logo, o arguido não está «obrigado a falar» apenas para manter a propriedade dos seus bens, mas sim para afastar essa suspeição.

Na verdade, o arguido ao provar a licitude do seu património prova a sua inocência na prática de crimes não identificados que estariam na sua origem e *a contrario*, ao não o fazer, isto é ao manter-se em silêncio, estará a «admitir» a prática de ilícitos criminais que ao não poderem ser provados são sancionados e punidos com a expropriação dos seus bens. Eis a lesão ao princípio da presunção da inocência, ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, ao *in dubio pro reo* e, ainda, ao princípio da proporcionalidade, tendo em conta o ónus da prova, exclusivo do arguido e a desnecessidade de indícios de um estilo de vida criminoso, bastando-se a presunção de ilicitude.

A própria existência de um catálogo de crimes é sinal da necessidade de circunscrever este instituto a um tipo específico de criminalidade, devido à enorme compressão aos princípios e aos direitos do arguido que exigem que as regras processuais e as garantias a ele aplicadas sejam as mais rigorosas. O desvio ou fuga do domínio do Direito penal, com todas as salvaguardas que lhe estão associadas, estandarte na defesa do cidadão contra o *ius puniendi* e o poder persecutório do Estado, é preocupante.

Mais do que uma medida de reparação patrimonial de acordo com o Direito, a perda alargada é um instrumento de prevenção criminal ou melhor, uma «arma» de combate a uma criminalidade que passa incólume aos meios clássicos usados pelo Estado nessa guerra. Visa dar uma mensagem à comunidade de que o crime não compensa,

dissuadir, com sucesso ou não, o criminoso de delinquir, tirando-lhe o incentivo económico para tal. Almeja impedir o uso de fundos ilícitos para nova atividade criminosa e, ou, para obscurecer, fugir e frustrar as tentativas das instituições para parar aquilo, que como dissemos anteriormente, são autênticos impérios criminais numa lógica empresarial, detentores de fundos maciços que lhes permitem corromper e permanecer nas sombras. Algo é, pois, inevitável. A sua natureza criminal. A sua faceta reparadora é uma das múltiplas dimensões e quiçá nem a mais importante.

Não duvidamos da eficácia, ao menos teórica, desta dogmatização. Mais do que isso, reconhecemos a solidez e pensamento apurado da doutrina que a apoia. Porém, como foi dado nota, do outro lado da «barreira» o mesmo acontece. Estamos numa matéria onde há espaço para dois extremos, em regra, ambos dogmaticamente brilhantes. Mesmo assim, só esse facto ilustra a enorme dimensão da discussão, o potencial danoso de uma posição radical e em particular de uma legislação drástica.

Como nos foi dito, por GUEDES VALENTE em tempos de estudos, o cientista vê o presente e pior, vê o futuro, mas nada pode fazer para o impedir senão alertar os que o rodeiam.

2.3. *Non-Conviction Based Confiscation*

O próximo passo. Eliminar a necessidade de uma condenação penal, seja por que crime for. Uma verdadeira perda não-baseada em condenação. Agora sim, puramente no âmbito do Direito civil. Uma perda tão além da responsabilidade criminal que nem sequer é dirigida a uma pessoa, mas sim a uma «coisa».

MICHELE PANZAVOLTA²²⁵ avança com a noção de que o confisco não constitui uma punição se não exigir uma condenação prévia por um crime, sendo o seu alvo “propriedade perigosa ou criminosa”. Por outro lado, se o confisco se dirige à conduta de uma pessoa, a uma ação ou omissão, exige-se essa condenação prévia, ou pelo menos, um juízo de culpa. Consequentemente o autor defende que todas as formas de confisco que não punitivas sejam transferidas para fora do Direito penal, pois, maior eficácia seria atingida sem sacrifício dos direitos humanos ao tramitá-las no âmbito do

²²⁵ PANZAVOLTA, Michele – *Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?*. In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds) – ***Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU***. – Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 51-52.

Direito civil ou administrativo, semelhantemente ao que acontece nos sistemas de *Common Law* com a *civil forfeiture*.

Falamos da *civil forfeiture* e em particular da *actio in rem*. JON PETTER RUI²²⁶ explica-nos que esta noção legal de um confisco NCB é estranha aos sistemas jurídicos romano-germânicos tendo, porém, longas raízes na *Common Law*. O Congresso americano, em 1789, passou estatutos, devido à pirataria e tráfico de escravos, em que os responsáveis dificilmente caíam sobre a alçada da Lei, que permitiam o confisco de bens instaurando uma ação civil contra a propriedade. “A noção era a de que a propriedade em si era o ofensor”. A partir de 1980, com o crime organizado a tornar-se a maior ameaça à comunidade, esta noção foi reprimada, substituindo-se o confisco de navios por imóveis, negócios e contas bancárias.

STEFAN D. CASSELLA²²⁷ define a “*criminal forfeiture*”, a ordem de confisco penal como imposta contra a pessoa, *in personam*, como parte da sentença. Já na *civil forfeiture*, embora com os mesmos objetivos, de recuperar os produtos e vantagens do crime, o procedimento é diferente. A ação não é instaurada contra uma pessoa, como parte de um processo penal, mas sim contra a propriedade, *in rem*. “Em outras palavras, é uma ação civil, em que o governo é o autor, a propriedade o réu e as pessoas a objetar à perda são intervenientes designados de reclamantes.”

JOHAN BOUCHT²²⁸ fazendo nota da existência de múltiplas formas de perda NCB, identifica, todavia, características comuns que a distinguem da perda alargada, começando pela desnecessidade de uma qualquer condenação penal prévia, pressuposto do confisco alargado mesmo que num procedimento separado. Por consequência o processo da perda NCB é totalmente independente de qualquer questão penal. Como o autor explica, tal permite que a perda NCB avance em casos em que não houve indícios suficientes da prática de um crime, não havendo uma acusação, ou em caso de absolvição em processo penal ou, ainda, encontrando-se o arguido fora da jurisdição ou em caso de falecimento deste.

²²⁶ RUI, Jon Petter – *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*. **ERA Forum**, Vol. 13. (ago. 2012), p. 350.

²²⁷ CASSELLA, Stefan D. – *The case for civil forfeiture. Why in Rem proceedings are an essential tool for recovering the proceeds of crime*. **Journal of money laundering control**. Vol. 11, N.º 1. (jan. 2008), p. 9 (tradução nossa).

²²⁸ BOUCHT, Johan – *The limits of asset confiscation*... Hart Publishing. 2017, pp. 68-69.

Em segundo lugar, enquanto o confisco criminal, em regra, seja tramitado ao lado do processo penal e sujeito às regras de prova, standards probatórios e salvaguardas deste, em maior ou menor dimensão, por outro lado na perda NCB a tramitação é feita totalmente fora do processo criminal, com o standard de prova e regras de prova próprias do Direito civil ou administrativo, sem qualquer apelo, em regra, às salvaguardas do processo penal.

Em terceiro lugar, ao ser um procedimento *in rem*, alicerçado numa ficção legal em que é a propriedade e não o proprietário alvo da ação, permite-se um confisco completamente alheio à culpa do segundo, não relevando sequer a sua identificação ou uma futura condenação penal. O autor explica que a ação *in rem* pode ser intentada contra uma propriedade, conquanto o proprietário não tenha qualquer envolvimento na conduta delinquente em que esta é decorrente.

MATTHEW HARRINGTON²²⁹ faz luz sobre esta noção. O objetivo da *actio in rem* não se dirige à culpa penal. Está em causa o estatuto da propriedade, não uma punição, mas uma mudança no seu proprietário. “O intento é permitir ao governo aplicar as suas leis sem a necessidade de apurar a identidade do proprietário dos bens. Mais importante, a ficção legal de personalidade permite a compensação ou aplicação sem consideração à culpa ou inocência do proprietário.”. O Estado pode intentar ações contra qualquer bem sem qualquer ação *in personam* pois “em alguns casos a propriedade pode ser usada de forma ilegal sem o conhecimento ou consentimento do proprietário”.

JOHAN BOUCHT²³⁰ aponta como uma das maiores preocupações com este confisco civil ou administrativo a fraca ou mesmo ausente ligação a qualquer conduta criminosa, além do potencial efeito de estigma sobre o proprietário, lesando a sua reputação, além do seu direito de propriedade. Quanto mais afastada da conduta criminosa, maior o risco de os bens afetados serem legítimos. Quanto maior o efeito no indivíduo mais se reduz o objetivo restaurador da ordem patrimonial e mais se aproxima de uma “natureza repressiva”. O autor alerta ainda que, embora estas medidas de confisco tenham sido introduzidas em resposta ao crime organizado transnacional, nomeadamente ao tráfico internacional de estupefacientes, parecem, agora, ter tomado vida própria.

²²⁹ HARRINGTON, Matthew – *Rethinking In Rem: The Supreme Court’s new (and misguided) approach to civil forfeiture*. *Yale law & policy review*. Vol. 12, N.º 2. (1994), p. 286.

²³⁰ BOUCHT, Johan – *The limits of asset confiscation*... – Hart Publishing, 2017, pp. 8; 71-72.

Superando a limitação do seu uso nessa particular tipologia criminal, onde se adequam aos métodos sofisticados de ocultação e fuga às forças da Lei, o uso da perda alargada e da *actio in rem* parecem resvalar para outros tipos de criminalidade, menos “controversos”, ameaçando uma normalização do seu uso generalizado. Ainda segundo o autor, assiste-se a uma tendência de “invocar a narrativa do crime organizado” como base de tipologias de confisco mais aptas e eficazes para esta criminalidade, “mas também como justificação para introduzir esquemas de confisco mais alargado, geralmente aplicáveis, aumentando, assim, a severidade do sistema de justiça criminal”.

Vejam-se as palavras de STEFAN D. CASSELLA²³¹ que deixa três pontos bem claros. Primeiro que uma condenação criminal não é sempre o resultado ótimo de uma investigação e nem a recuperação de ativos sempre a alternativa menos desejável. Segundo que mesmo nas circunstâncias em que uma condenação penal seja preferível, só pode ser possível a recuperação civil de ativos, sendo nesse caso a única opção. Por fim, que as forças da Lei devem ter em mente que embora a condenação criminal seja o resultado ótimo, se possa proceder apenas pela recuperação civil de ativos por o “Governo” considerar que esta é suficiente “por conveniência ou porque a prioridade é dada à conservação de recursos”. Para o autor²³² não chega a concordância geral de que a recuperação de ativos criminosos é importante se isso significar somente reduzir o confisco a parte de uma sentença criminal. “Há um papel significativo e essencial a ser interpretado pelo confisco civil dirigido à própria propriedade”. Concluindo, o autor urge os países que ainda não estabeleceram esta tipologia de perda a fazê-lo.

2.3.1. Confisco sem condenação na legislação europeia

A UE, passo a passo, segue nesse sentido, através de regras mínimas nas Diretivas, abrindo caminho para os EM desbravarem as objeções doutrinárias e sistemáticas nos seus ordenamentos jurídicos, numa evolução que parece imparável e onde, persistindo uma constante preocupação com os direitos fundamentais do cidadão europeu se persiste na flexibilização de princípios e na elaboração de construções dogmáticas que suportem

²³¹ CASSELLA, Stefan D. – *Choose your weapon: Is civil forfeiture necessary, or is it an undesirable shortcut to real law enforcement?*. *Journal of money laundering control*. Vol. 21, N.º 3. (jul. 2018), p. 341.

²³² CASSELLA, Stefan D. – *The case for civil forfeiture...* *Journal of money laundering control*. Vol. 11, N.º 1. (jan. 2008), p. 13 (tradução nossa).

os meios de combate ao crime organizado mais eficazes possíveis, na vertente da recuperação de ativos.

A Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, é paradigmática, quer neste avanço quer como exemplo desta concordância prática e do esforço e por vezes recuo perante as potenciais implicações da legislação nos diversos sistemas jurídicos. O artigo 4.º, n.º 2 estabelece que se não houver a possibilidade de confisco com base no n.º 1 do mesmo artigo, que prevê o confisco «clássico», designadamente por fuga ou doença do arguido, os EM devem tomar as necessárias medidas para a perda dos instrumentos ou produtos quando foi instaurado um processo penal originado por uma infração penal que possa ter ocasionado direta ou indiretamente um benefício económico, e quando tal processo pudesse ter conduzido a uma condenação penal caso o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo.

A perda NCB fica aquém das tipologias de perda que suprarreferimos, estando ligada inexoravelmente a um processo criminal e ainda «algemada» à possibilidade do resultado deste ser uma condenação. JON PETTER RUI²³³, analisando a proposta de Diretiva evidenciava as dissemelhanças com o «esqueleto» comum da perda NCB, substancialmente o carácter civil desta, aqui ausente, e o facto da Diretiva se ficar pelo confisco *in personam* e não *in rem* em que a existência de uma condenação penal ou a sua probabilidade são irrelevantes.

FREDERICO ALAGNA²³⁴ critica a perda NCB prevista na Diretiva, fazendo referência de como ao longo do processo legislativo europeu o escopo da perda NCB foi diminuindo até ao texto final aprovado, onde não teve sequer «direito» a um artigo específico para si, ficando-se pelo referido artigo 4.º, n.º 2. Fazendo nota da perda NCB como um dos instrumentos mais eficazes na luta contra o crime organizado, sendo ao mesmo tempo “absolutamente legítima sem desafiar as garantias dos direitos humanos”, o autor italiano, nação com históricos problemas com crime organizado e as drásticas medidas para o conter, lamenta o escopo limitado da Diretiva neste âmbito e a oportunidade perdida para um passo em frente nesta batalha.

Claro que como já fizemos inúmeras vezes referência a Diretiva traz, «simplesmente» regras mínimas, podendo os EM legislar medidas mais abrangentes se

²³³ RUI, Jon Petter – *Non-conviction based confiscation...* **ERA Forum**, Vol. 13. (ago. 2012), p 354.

²³⁴ ALAGNA, Frederico – *Non-conviction based confiscation: why the EU Directive is a missed opportunity.* **European journal on criminal policy and research**. Vol. 21. (jul. 2014), pp. 458-460.

assim o decidirem. Todavia não ficamos por aqui, pois pode-se dar o caso de os EM legislarem sobre o instituto da perda fora da alçada do Direito europeu o que traz consequências para o cidadão europeu que recorra ao TJUE em busca de tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos perante o Direito interno e o *ius imperii* do Estado.

O TJUE, no Acórdão C-319/19²³⁵, debruça-se sobre os objetivos e o contexto da Diretiva, declarando que esta se tratou de um ato que visou “obrigar os EM a instituir regras mínimas comuns de perda dos instrumentos e produtos relacionados com infrações penais, com vista a facilitar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais de perda adotadas no âmbito de processos penais.”

Referindo-se ao caso em apreço e quanto às infrações penais por que a arguida era investigada, o TJUE enquadra-as materialmente na Diretiva, § 28 e 30. Contudo, no caso em apreço, a perda era de natureza civil, regime coexistente no Direito interno (búlgaro) com o regime de perda penal, não obstante ser instaurado pela comissão competente quando informada da acusação quanto a determinadas infrações penais. Este processo civil é “conduzido de forma independente de um eventual processo penal instaurado contra o presumido autor das infrações em causa e do resultado desse processo, especialmente da sua eventual condenação”, ou seja, não depende a perda “da condenação penal da pessoa em causa”, § 38 e 39.

Entende o TJUE que a “Diretiva 2014/42 deve ser interpretada no sentido de que não se aplica a uma regulamentação de um Estado-Membro que prevê que a perda de bens adquiridos ilegalmente é ordenada por um órgão jurisdicional nacional no âmbito ou na sequência de um processo que não tenha por objeto a constatação de uma ou várias infrações penais.”, § 41, pois tal perda não se encontra contemplada nas regras mínimas do artigo 1.º, n.º 1 da Diretiva, sendo reconduzida, sim, à competência dos EM, presente no seu Considerando 22, de preverem no ordenamento jurídico nacional poderes confiscatórios mais alargados do que os estabelecidos na Diretiva, §37.

Os efeitos na proteção dos direitos fundamentais pessoais parecem devastadores. Referindo-se à CDFUE, no seu artigo 51.º, n.º 1, esclarece o TJUE que as suas disposições se destinam aos EM somente quando estes apliquem o «Direito da União», conceito desenvolvido jurisprudencialmente que pressupõe “um nexo entre um ato do direito da União e a medida nacional em causa”. Consequentemente, no caso em apreço, não sendo

²³⁵ TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-319/19**, de 28 de outubro de 2021.

o processo de perda em causa abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva, não considera o TJUE que a legislação búlgara que o regula aplique o Direito da União, não lhe sendo, assim, aplicável a CDFUE, § 44, 45 e 46.

Em suma, o TJUE não avaliou o respeito pela CDFUE da legislação em causa, isto é, da perda NCB de caráter civil. JOANA AMARAL RODRIGUES²³⁶ chama a atenção para a “visão formalmente restritiva do pressuposto de aplicação do direito da União” que obstrui a aplicação da CDFUE, fazendo referência ainda ao facto de a Diretiva, no artigo 4.º, n.º 2 ter já estabelecido uma perda NCB, embora limitada, algo a que o TJUE não fez referência. A autora questiona, ainda, a total independência da perda prevista no ordenamento jurídico búlgaro quanto ao processo penal, visto esta ter como pressuposto prévio uma acusação penal, criticando, igualmente, o TJUE ter-se limitado à distinção formal entre perda civil e perda penal, não enfrentando “o problema da eventual «natureza penal», em termos substantivos” que estendesse as garantias da CDFUE à perda civilista.

JOANA AMARAL RODRIGUES defende que é forçoso “concluir, por conseguinte, ter-se cristalizado – pelo menos implicitamente – o entendimento de que sempre que os EM decidam uma perda não baseada em condenação, no âmbito de um processo de natureza não-penal, ou de um processo penal por infração que não se inscreva no âmbito de aplicação material dos instrumentos harmonizadores, não estarão a aplicar direito da União, por conseguinte não se ativando o pressuposto de aplicação da Carta”. Logicamente não aplicáveis serão as salvaguardas das “pessoas afetadas” pelas medidas contidas na Diretiva, consagradas no seu artigo 8.

Repare-se o potencial destrutivo desta decisão do TJUE quanto à magnitude da preservação e vigilância do aparelho judicial europeu quanto aos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Ao mesmo tempo, questione-se o real impacto, a verdadeira «força» desta Diretiva na implementação deste instituto, além de ser um «tiro de partida» e em particular das suas garantias.

²³⁶ RODRIGUES, Joana Amaral – O confisco no Direito da União à luz da jurisprudência do TJUE. In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, 2023, pp. 204-205.

Em 2019, num *briefing*²³⁷ de análise a medidas de perda NCB na UE, por uma unidade de avaliação *ex-post* dos serviços de pesquisa do PE, diz-se que a maioria dos EM têm regimes no ordenamento interno que vão além dos requisitos mínimos de harmonização previstos na Diretiva, variando consideravelmente no seu escopo entre si. Diz o documento que as diversas abordagens têm valor como casos de estudo e na concretização de futuras regulamentações.

Em particular, faz-se referência ao Reino Unido (pré-Brexit) e Irlanda que incluem múltiplos procedimentos *in rem*, e ao sistema búlgaro como um “bom exemplo de uma abordagem quanto a riqueza inexplicada”. Ao mesmo tempo os sistemas alemão e italiano, com base criminal, mostram como “incluir elementos híbridos para fortalecer os regimes de confisco”, incluindo ambos a possibilidade de ultrapassar os clássicos modelos da perda NCB e alargada ao incluir os conceitos *in rem* ou regimes de riqueza inexplicada.

O COM (2020) 217 final²³⁸, relatório da Comissão ao PE e ao Conselho, sobre a recuperação de ativos e confisco, que versa, nomeadamente, sobre o impacto da Diretiva nos sistemas jurídicos nacionais, traz uma análise sobre a possibilidade e benefícios de introduzir mais regras comuns na perda NCB em futura legislação. Novamente referindo que os EM, após a Diretiva, foram, em regra, mais além nesta tipologia da perda do que o previsto no artigo 4.º, n.º 2, com vários robustos regimes *in rem* ou dirigidos a riqueza inexplicada, os referidos sistemas alemão e italiano são vistos como “particularmente promissores”, podendo vir a servir de esquema, “*blueprint*”, para futura legislação europeia que verse sobre a perda NCB.

Uma proposta para uma nova Diretiva relativa à recuperação de ativos e confisco, COM (2022) 245 final²³⁹, foi já apresentada em 25 de maio de 2022, estando o processo legislativo em curso. A perda clássica, a perda de terceiros, a perda alargada e a perda NCB encontram-se no artigo 12.º, 13.º, 14.º e 15.º da proposta. Na perda NCB prevê-se os casos em que o processo penal iniciado não tenha sido finalizado por doença, fuga ou

²³⁷ HUEMER, Marie-Astrid; *European Parliamentary Research Service – Revision of Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of the proceeds of crime and proposal for a new directive on asset recovery offices*. (maio 2022), p. 6.

²³⁸ COMISSÃO Europeia – COM (2020) 217 final... ponto 3. pp. 14-15.

²³⁹ COMISSÃO Europeia – COM (2022) 245 final. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens.

morte do suspeito ou arguido ou, ainda, em caso de lhe ter sido concedida amnistia como prevista no Direito nacional.

Prevê, ainda, os casos de prescrição dos prazos no direito penal caso estes se revelem insuficientes para a investigação e repressão das infrações penais em causa. Assim, esta tipologia deverá limitar-se a criminalidade onde o potencial benefício económico seja substancial e que seja punível com pena privativa de liberdade com uma duração máxima de, pelo menos, quatro anos, devendo ser assegurados todos os direitos de defesa à pessoa afetada.

Já no artigo 16.º temos a “perda de riqueza injustificada associada a atividades criminosas” que se dirige aos casos em que a perda não seja possível nos termos dos artigos 12.º a 15.º, e que obriga a três requisitos cumulativos. Os bens terem sido congelados no decurso de uma investigação sobre infrações penais praticadas no âmbito de uma organização criminosa, e que esta infração seja suscetível, de forma direta ou indireta de originar substanciais benefícios económicos. Por fim, que o Tribunal nacional, tendo em conta o caso concreto e todas as suas circunstâncias, incluindo todos os elementos de prova e a desproporção substancial do valor dos bens em relação aos rendimentos legítimos do proprietário, esteja convencido que os bens congelados provêm de infrações penais praticadas por uma organização criminosa.

No mais recente avanço legislativo²⁴⁰, em 26 de janeiro de 2024, após discussões e negociações o COREPER II²⁴¹ enviou em carta, para o PE o texto acordado para discussão e futura aprovação. Aí, em relação à riqueza injustificada, estabelece-se que a Diretiva não impede os EM de legislarem medidas que permitam o confisco de riqueza inexplicada por “outros crimes ou circunstâncias”, visto que esta se limita a procedimentos em matéria criminal e não a perdas em procedimentos civis que os EM possam ter implementado ou venham a implementar.

²⁴⁰ CONSELHO da União Europeia – **2022/0167/COD**. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens – Carta enviada ao Parlamento Europeu. 28c, p. 17.

²⁴¹ O COREPER II tem as diferentes formações e a sua função no artigo 240, n.º 1 do TFUE. Trata-se da principal instância preparatória do Conselho. Não é um órgão de decisão, sendo os acordos nele alcançados passíveis de serem postos em causa pelo Conselho. É composto por representantes permanentes de cada EM e prepara os trabalhos do Conselho, nomeadamente, sobre justiça e assuntos internos.

2.3.2. Confisco sem-condenação em Portugal – presente e futuro

A *Camden Asset Recovery Inter-agency Network*²⁴² aponta quatro modelos de perda NCB.²⁴³ O primeiro modelo dirige-se à perda quando o arguido morreu ou devido à idade ou estado mental não pode ser presente a Tribunal ou ainda em caso de fuga, circunstâncias em que o processo criminal não pode ser finalizado. O segundo modelo é o da perda alargada, também ele, como vimos, ligado a uma condenação penal. Depois, já fora do processo criminal temos a *civil forfeiture, in rem*, modelo três, e no modelo quatro a riqueza inexplicada ou injustificada onde “estabelecer uma ligação direta ou indireta a uma ofensa anterior não é necessário”.

Em Portugal, encontramos tipificada a perda NCB, se seguirmos esta classificação, na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, quanto à perda alargada, modelo 2, e no artigo 109.º, n.º 2, perda de instrumentos e 110.º, n.º 5, do CP, perda de produtos e vantagens, enquadrando-se estas perdas no modelo 1.

De notar que CONDE CORREIA²⁴⁴, embora lamentando que a perda NCB continue incorporada em legislação penal, seja na legislação avulsa seja nos referidos artigos do CP, considera que estes são “autênticos procedimentos *in rem*” que não visam sancionar, apenas confiscar os instrumentos, produtos, vantagens e recompensas da prática do crime sem a condenação de alguém por este, a mais que afirmar “que os procedimentos *in rem* são completamente alheios à *law in books* portuguesa é um velho mito que urge combater. A letra, a história e a teleologia da lei são inequívocas”.

No que respeita à justificação para a perda dos instrumentos do crime esta processa-se pela sua proibição intrínseca, nomeadamente estupefacientes ou contrabando, ou por embora legais na sua natureza, colocarem em perigo, no caso concreto, a segurança, a moral ou a ordem pública ou, ainda, a existência de um risco sério do seu uso em novos factos típicos ilícitos, artigo 109, n.º 1 do CP. É para o autor, uma medida

²⁴² CARIN é uma rede interagência, informal de operadores judiciais e forças da Lei dedicadas e experientes na investigação patrimonial, apreensão e confisco de rendimentos do crime. Cada EM é representado por um agente de uma polícia e um perito judicial, nomeadamente juízes ou magistrados do MP. O objetivo desta rede é aumentar a eficácia destes procedimentos, chegando a múltiplas agências, assegurando apoio desde o início da investigação patrimonial, facilitando, ainda, a cooperação judiciária. Cf. <https://www.carin.network/> [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024].

²⁴³ THOMAS, Jill (ed.) – *Camden Asset Recovery Inter-agency network – The history, statement of intent, membership and functioning of CARIN. Manual.* – Guernsey: Guernsey Law Officers, 2015, p. 23.

²⁴⁴ CORREIA, João Conde – «*Non-conviction based confiscations*» no Direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?. *Revista Julgar*, N.º 32. (ago. 2017), pp. 88-91.

sancionatória, análoga à medida de segurança, dirigida *in rem*, à própria coisa, sendo a punição do autor do facto irrelevante.

Quanto aos produtos do crime o legislador, obedecendo à Diretiva, subordinou a sua perda NCB aos casos em que as vantagens sejam passíveis de serem, igualmente, confiscadas *in rem*, equiparando-os a elas. Assim, o confisco NCB dos produtos, das vantagens e das recompensas do crime têm a sua base dogmática “na ideia de que «o crime não compensa», consistindo num mecanismo destinado a prevenir e a remediar o enriquecimento ilícito”. Configura a reposição da situação patrimonial antes do crime e não uma pena. Não está em causa um perigo para a segurança, moral, ordem pública ou de uso para novos crimes, somente bastando “o mero enriquecimento provocado, direta ou indiretamente pelo crime”.

Em ambos os artigos do CP o legislador prevê, designadamente, a morte do agente ou a contumácia como motivos para o processo penal não finalizar, estando assim ausente uma condenação, o que não impedirá o confisco de ser efetivado.

Como escreve HÉLIO RIGOR RODRIGUES²⁴⁵, este regime jurídico permite o confisco sem qualquer limitação quanto à causa para o não término do processo penal, sendo os motivos somente exemplos. O autor alerta, no entanto, para a ausência de normas adjetivas, não prevendo o processo penal qualquer regulação da tramitação processual nestes casos.

DAMIÃO DA CUNHA²⁴⁶ faz eco da mesma lacuna, avançando que no caso da contumácia, cuja vigência não está sujeita a limites temporais, estando o prazo de prescrição suspenso enquanto esta durar, fica a questão da possibilidade de uma declaração provisória de perda de ativos, sob condição resolutiva até o julgamento se realizar. O autor interroga-se, todavia, de quem seria a competência ou qual a autoridade que a ordenaria, colocando o problema que considera “insolúvel” de uma perda, mesmo provisória dever ser contestada ou contestável e “sujeita a posterior discussão” o que pode não vir a acontecer neste caso. Como tal, visto que o prazo de prescrição se encontra suspenso, a declaração de perda pode, em potência, arrastar-se eternamente. Havendo

²⁴⁵ RODRIGUES, Hélio Rigor – Tipologias substantivas das vantagens: os diferentes caminhos para garantir que o crime não compensa. In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, p.168 nota de rodapé 42.

²⁴⁶ CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada....** – Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 63, nota de rodapé 93; 94.

julgamento na ausência, com posterior notificação da sentença e perda ao arguido o autor avança com a possibilidade de uma “exequibilidade provisória da perda” havendo demora nessa notificação.

Esta previsão de perda NCB por contumácia do arguido decorre da transposição da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 e do artigo 54.º, n.º 1, alínea c) da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Quanto à morte do agente, estando ausente do artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva, CONDE CORREIA²⁴⁷ coloca como fundamento internacional a alínea c) do n.º 1 do artigo 54 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

GUEDES VALENTE²⁴⁸ critica a perda NCB em caso de morte do agente, antes de finalizado o processo penal, em particular o n.º 5 do artigo 110.º do CP. O autor levanta a questão da legitimação da perda de produtos e vantagens da prática de uma ação tipificada como crime, antijurídica, independentemente de esta ser culpável e/ou punível ou não. Se a resposta é positiva, então mesmo com a existência de causas de exclusão de culpa essa perda será efetivada, pois o que é “exigível é que seja um facto típico e ilícito, independentemente de a ação ser órfã de autor e/ou órfã de culpa.”

Para o autor tal é equivalente a declarar que a tipicidade e a ilicitude vão além do *tempus vitae* do agente do crime. Manifestando-se totalmente contrário a este positivismo, considera-o a repristinação de um direito penal do agente ou de autor “por meio de uma falsa subsunção do direito penal do facto”. Recusa uma assunção de um conceito de crime “normativo-formal e normativo-material” que não integre ou não deva integrar a culpa, bastando-se da cognição do agente da antijuridicidade de uma ação típica, negando-se a culpabilidade. Tal constituiria, mesmo, uma inconstitucionalidade material, se o instituto de confisco for visto como tendo natureza de pena acessória ou de medida de segurança ou ainda de natureza mista.

Acompanhamos o autor quando sustenta que esta opção legislativa se “ancora numa política criminal securitária e justicialista”, de fins que justificam os meios, sendo estes a “detração da dogmática-sistemática própria da lógica sistemática de uma realidade

²⁴⁷ CORREIA, João Conde - «*Non-conviction based confiscations*»... **Revista Julgar**, N.º 32. (ago. 2017), p. 91.

²⁴⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal**.... – São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 47-49.

unitária: *factum criminis* enquanto ação humana (ou de referencial humano), típica, ilícita, culpável e punível”.

O autor traz ainda à colação o Acórdão do TEDH Gogitidze e outros c. Geórgia, de 12 de agosto de 2015²⁴⁹ que versou sobre um procedimento *in rem*, puramente civil. Em relação ao artigo 6.º, n.º 2 da CEDH, sobre a presunção de inocência, o TEDH, § 126, declarou que essa proteção de destinava exclusivamente ao processo criminal e que o confisco *in rem*, de natureza civil, sem o envolvimento ou determinação de uma acusação penal, não tem uma natureza punitiva, mas preventiva ou restauradora não estando, portanto, abrangida pela proteção do princípio. Além de que o procedimento *in rem* precedeu a persecução criminal, o que segundo o TEDH exclui igualmente a proteção do princípio da presunção da inocência na sua dimensão de garantia e preservação desta em caso de, nomeadamente, absolvição ou morte do arguido, § 125.

Para GUEDES VALENTE²⁵⁰ estamos perante “uma anglosaxonização” do confisco de produtos e vantagens do crime, com uma natureza civil ou administrativa, celeridade e simplicidade processual e standard de prova menos rigoroso. Perante tal, considera o autor o n.º 5 do artigo 110.º do CP uma *actio in rem*, uma sanção civil, pois não sendo o caso estaríamos perante uma inconstitucionalidade material decorrente da violação do princípio da legalidade, artigo 29.º da CRP.

Pelo exposto podemos alegar que a *civil forfeiture* já está legislada em Portugal, embora em situações relativamente restritas. DUARTE RODRIGUES NUNES²⁵¹, contudo, considera que há no espectro constitucional espaço para uma *actio in rem* das vantagens do crime mais abrangente, semelhante aos países da família *Common Law*.

O autor propõe como pressuposto uma atividade criminosa que consista num ilícito típico, sendo indiferente a culpa do agente ou a impossibilidade da sua condenação, nomeadamente a sua inimputabilidade. O segundo pressuposto é a obtenção do património através dessa atividade, num juízo probabilístico. O ónus da prova, como autor da ação, pertence ao MP. O standard probatório será o do processo civil, não se

²⁴⁹ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 36862/05**, Final, de 12 de agosto de 2015.

²⁵⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal...** – São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 50.

²⁵¹ NUNES, Duarte Rodrigues – Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime. In PALMA, Maria Fernanda (diretora) – **Anatomia do Crime**, N.º 6. (jul.-dez. 2017). – Coimbra: Almedina, pp. 187-190.

exigindo a prova da verificação dos pressupostos além da dúvida razoável. Estabelecida a origem ilícita dos bens, o visado terá o ónus da prova da sua boa-fé, o não conhecimento e a sua não obrigação de conhecer essa origem. O terceiro de boa-fé é protegido.

Não sendo uma sanção penal, logo não se colocando a intransmissibilidade das penas e visando-se restabelecer a ordem patrimonial caso não tivesse sido praticado o facto típico e ilícito, o confisco *in rem* será, igualmente, admissível contra os sucessores do proprietário em caso de morte deste. Admissível, também, será contra ausentes, não relevando a impossibilidade de determinar o paradeiro do proprietário. A indemnização da vítima deverá prevalecer sobre o confisco.²⁵²

A presunção de inocência não será lesada pois como vimos na jurisprudência do TEDH, sendo tramitado num processo autónomo, civil, não tendo uma natureza punitiva ou penal e cabendo ao MP provar os seus pressupostos, a *actio in rem* não tem qualquer relação com a culpa (assim também respeitando o princípio da culpa) perigosidade ou com a gravidade do facto, apenas restaurando o *status quo* patrimonial antes do facto típico e ilícito.

Considera o autor que o princípio da legalidade, artigo 29.º da CRP e 7.º da CEDH não tem aqui aplicação, não estando em causa uma natureza penal do instituto, mas sim civil, nem uma pena ou acusação penal por um crime. O mesmo pode ser dito quanto ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, em particular porque estamos num processo civil completamente independente de um processo penal, como vimos, com apenas uma finalidade reparadora da ordem patrimonial de acordo com o Direito. O princípio *ne bis in idem* é, também, respeitado visto que não há duplo julgamento pelo mesmo facto nem dupla punição. Não há qualquer punição no confisco *in rem* ou qualquer julgamento de culpa.²⁵³

E, quanto ao direito à propriedade, artigo 62.º, n.º 1 da CRP, defende, também, que não sendo absoluto, há, no entanto, algumas garantias a ter em conta visto que “no confisco *in rem*, inexistente conexão entre a prática de um ilícito pelo visado e a obtenção dos bens a confiscar”, uma vez que este pode ser alguém que adquiriu os bens de boa-fé e não o autor do ato típico e ilícito. Restringindo direitos fundamentais, terá, então, de se

²⁵² *Ibidem*, pp. 191-192

²⁵³ *Ibidem*, pp. 193-195

respeitar o artigo 18.º, n.º 2 e n.º 3 da CRP, fazendo a vénia ao princípio da proporcionalidade.

Pela ineficácia das outras tipologias de confisco para combater, fragilizar e por fim eliminar o flagelo da criminalidade organizada, o confisco *in rem* é a medida mais adequada para esse objetivo, sendo também necessária por configurar, para o autor, o menos oneroso de entre os meios para o conseguir. Por fim, passa a barreira da proporcionalidade *stricto sensu* pois o sacrifício dos direitos ou interesses constitucionalmente protegidos não é excessivo perante o resultado, na concordância prática entre estes. O confisco *in rem* terá obrigatoriamente de ser previsto e rigorosamente regulamentado em lei geral e abstrata, de forma precisa, e clara, para assegurar a compreensão do seu conteúdo e a previsão da sua aplicação, preservando uma essencial segurança jurídica. Nas palavras do autor “a lei que o preveja não poderá, à partida, produzir efeitos retroativos”.

Embora não se esteja perante um processo sancionatório o autor aponta que o princípio do processo equitativo, artigo 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 1 e n.º 10 da CRP e o artigo 6.º, n.º 1 da CEDH se aplica ao confisco *in rem*. Tal levará a que as pessoas afetadas pelo confisco *in rem*, possam intervir no processo, sendo informadas da sua instauração e dos elementos essenciais deste, para que possam apresentar uma defesa quanto à petição inicial, beneficiando, se necessário de apoio judiciário. Devem poder, também, indicar meios de prova e o julgamento será público, havendo possibilidade de recurso da decisão de confisco.

Seguindo este esquema, defende o autor, o confisco civil *in rem* respeitará quer a CRP quer a CEDH.²⁵⁴ Não discordamos. Aliás a construção dogmática é de uma assombrosa solidez. O que questionamos é a legitimidade do próprio instituto *in rem* e a sua compatibilidade com a axiologia constitucional e a contínua e inconquistável defesa da dimensão material da Lei fundamental. A importação de figuras jurídicas de outros sistemas, com diferentes bases e culturas jurídicas, porventura menos desenvolvidas, como a *Common Law* e a sua introdução, abrangente, numa ordem jurídica que, como se exige, é reflexo da cultura e identidade própria de outra comunidade, de diferentes valores e que é herdeira de velhos abusos, esquecidos, ou menosprezados pode ser drástico para a arquitetura do sistema jurídico e probidade das instituições.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 196-199

É astucioso. É perspicaz. É, também, algo sorrateiro. Uma figura que, no essencial, cumpre as mesmas funções das outras tipologias de perda, que têm pelo menos alguma ligação ao processo penal e ao seu desenlace, mas agora completamente ausente do processo penal, de todas as suas garantias, do seu resultado, com um *standard* de prova menos exigente e uma tramitação mais célere e simples. Tudo para facilitar o êxito, tudo para dificultar o insucesso. Uma natureza civil e uma finalidade que se reduz à restauração da ordem patrimonial existente antes da prática do ilícito típico, porque, após esta impõe-se a submissão à dogmática do sistema penal integral.

CAPÍTULO III – Terceiros, O Reconhecimento Mútuo e a Investigação

3.1. A perda de bens de terceiros

Procura-se perseguir o «testa de ferro», o terceiro de má-fé, para quem o bem foi transferido, numa simulação destinada a ocultar a origem do bem, a prática do crime e o seu real detentor, o criminoso e, ao mesmo tempo, impedir e salvaguardar a perda. O Considerando 24 da Diretiva 2014/42/UE refere como esta prática se revela cada vez mais comum e generalizada, sendo imprescindível colocar-lhe um travão e suprimir a impunidade, sendo as regras aplicadas a pessoas singulares e coletivas. No Considerando seguinte, dispõe-se que os EM têm liberdade para definir esta perda de terceiros como uma medida de carácter subsidiário ou alternativo à perda direta, em concordância com o direito nacional.

O artigo 6.º, n.º 1 da Diretiva ordena os EM à aplicação de medidas necessárias que permitam “a perda dos produtos ou dos bens cujo valor corresponda a produtos que, direta ou indiretamente, foram transferidos para terceiros por um suspeito ou arguido, ou que foram adquiridos por terceiros a um suspeito ou arguido, pelo menos nos casos em que o terceiro sabia”, ou tinha obrigação de saber, que a transferência ou aquisição, se destinava a obstar à perda, designadamente estas terem sido concluídas a título gracioso ou por um valor simbólico, em grande medida inferior ao praticado no mercado. Essa avaliação deverá ser consubstanciada em factos e circunstâncias concretas. De notar que não se contempla o confisco dos instrumentos, como o TEDH refere, no processo C-505/20²⁵⁵, no § 48, estabelecendo que este artigo 6.º “visa unicamente os «produtos», e

²⁵⁵ TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-505/20**, de 12 de maio de 2022.

não os «instrumentos», pelo que não pode, de qualquer modo, servir de fundamento para declarar a perda de um instrumento numa situação como a do processo principal.”

Como MALIN THUNBERG SCHUNKE²⁵⁶ faz referência, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, quanto ao confisco de terceiros, no artigo 3.º, n.º 3 não ia além de «convidar» os EM a “estudar a possibilidade de adoptar as medidas necessárias” para o efetivar, ou seja, tal consagração, nos ordenamentos jurídicos nacionais era opcional. Além de que não era estabelecido ou desenvolvido um leque de salvaguardas para as pessoas afetadas pela ordem de confisco, incluindo os terceiros, além do artigo 4.º quanto às “vias de recurso eficazes” para a defesa dos seus direitos e o artigo 5.º quanto aos direitos e princípios fundamentais do artigo 6.º do TUE.

Com a Diretiva 2014/42/UE torna-se, assim, obrigatório aos EM estabelecer legalmente o confisco de terceiros, se bem que, como a autora aponta, não seja inteiramente claro se essa obrigação se aplica ao objetivo de fuga ao confisco «clássico» ou se se aplica, igualmente à perda alargada. Porém, tendo em conta que os motivos que o suscitam se estendem a ambas as formas de confisco e tendo em conta a localização do artigo, após os artigos a estes destinados, parece ser razoável concluir que a ambos se aplique, ficando o espaço aberto para os EM legislarem.

De notar que o relatório²⁵⁷ já suprarreferido, redigido por MONICA MACOVEI, na sua alteração 43 à proposta da Diretiva, consagrava que os EM deveriam legislar no sentido de “punir a conduta daqueles que ficticiamente atribuam a titularidade e a disponibilidade de determinados bens a terceiros, com o objetivo de evitar ações de arresto ou de confisco”. Essa alteração não chegou ao texto final da Diretiva, porém, é refletiva da vontade de ferro da UE de impedir esta prática.

Nas palavras de CONDE CORREIA²⁵⁸ “aquele inevitável procedimento, de verdadeira diversão fraudulenta, não deve poder lograr os seus intentos, sob pena de, mais uma vez, frustrar os louváveis propósitos do legislador e consolidar uma situação

²⁵⁶ SCHUNKE, Malin Thunberg – *Extended confiscation in criminal law...* – Intersentia, 2017, pp. 28-29; 218.

²⁵⁷ MACOVEI, Monica Luisa – **Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, COM (2012) 85**. Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. 2013. Alteração 43, p. 27.

²⁵⁸ CORREIA, João Conde – Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (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. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, p. 85.

patrimonial contrária ao direito.” Assim está em causa o confisco não só das vantagens diretas ou indiretas do crime que tenham sido transferidas para terceiros, mas também “outros bens do visado, completamente alheios à prática do crime” que tenham igualmente sido alvo de transferência visando abrigo do confisco do valor dos instrumentos, produtos e vantagens do crime e do património incongruente. Em suma, “todo o património suscetível de ser afetado pela utilização crescente dos mecanismos da perda de valor ou da perda alargada”.

BLANCO CORDERO²⁵⁹ define o terceiro como aquele que não foi o autor do crime que suscita a perda, mas é o proprietário ou tem um interesse legal no bem confiscado, como na situação de uma casa em compropriedade entre os cônjuges, por exemplo. Outra possibilidade é a de um direito *in rem* sobre a propriedade confiscada, como o direito de usufruto que será igualmente afetado.

O autor faz referência à inspiração norte-americana, a *taint doctrine*, em que a propriedade derivada de uma infração criminal será sujeita a confisco mesmo com a tentativa de a transferir para um terceiro. A teoria é a de que a propriedade envolvida num crime fica ela própria manchada pela ilicitude. Referindo-se à obrigação de conhecer ou ao conhecimento do terceiro sobre a *mala-fide* do suspeito ou arguido, o autor lembra que a expressão “pelo menos” na Diretiva 2014/42/UE permite aos EM imporem requisitos mais rigorosos, no Direito nacional, para estabelecer a boa-fé do terceiro.

O que está em causa neste conhecimento é a cognição do terceiro da intenção do transferente de evitar a perda, abrangendo o *dolus eventualis*, ou seja, a representação desse objetivo como razão da transferência e a conformação do terceiro perante ela. Não basta que o terceiro saiba da origem ilícita do bem, deve conhecer a intenção de evitar a perda. Para o autor tal diminui o campo de ação da Diretiva pois a transferência pode ter um outro objetivo como obter capital para o pagamento de uma dívida ou para suportar custos legais. A obrigação de conhecer traz consigo a ideia de negligência por parte do terceiro, uma falha de exercer as diligências necessárias ao longo do processo de transferência. Trata-se de um dever de cuidado, precauções que a pessoa razoável tomaria quando confrontada com um ou mais indícios que sugiram um risco de que transação se destine a escapar ao confisco. Tal avaliação deverá ser feita perante o caso concreto.

²⁵⁹ CORDERO, Isidoro Blanco – Modern forms of confiscation and protection of third parties. In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds) – *Chasing criminal money...* – Hart Publishing, 2017, pp. 142-144; 147-150.

3.1.1. Os terceiros na Diretiva 2014/42/UE e a jurisprudência europeia

A Diretiva dá como circunstâncias indiciadoras da falha desse dever de cuidado ou da má-fé do terceiro, a transferência a custo zero ou por valor irrisório, isto é, um negócio que, na verdade, se trata de uma ficção, uma fraude com o intuito de obstaculizar a perda. Assim, parece preservar-se o terceiro que concluiu o negócio de *bona-fide*, pelo valor de mercado, existindo um interesse legítimo na propriedade, não tendo havido, subjetivamente, razões para duvidar da probidade da transação ou de que a propriedade estava sujeita a confisco. Isso mesmo indica o n.º 2 do artigo 6.º que ordena que a interpretação ao n.º 1 seja efetuada de forma a salvaguardar o terceiro de boa-fé, não prejudicando os seus direitos, preocupação presente também no Considerando 24.

Mas BLANCO CORDERO²⁶⁰ entende, que pode estar em causa uma inversão do ónus da prova, colocado em cima do terceiro de boa-fé que terá de produzir prova de todas as circunstâncias acima descritas. O mesmo acontece no caso de uma doação em que o beneficiário terá de provar que quando esta foi efetuada não tinha conhecimento, nem tinha obrigação de o ter, da intenção do doador de evitar o confisco. Acompanhamos o autor quando sustém que o ónus da prova deveria ser do acusador.

Algo difícil de negar é o alerta do autor quanto à perceção de que o suspeito, ou arguido por um dos crimes do catálogo presente na Diretiva, mesmo antes da condenação, representa um perigo para qualquer terceiro no que diz respeito a uma possível transação, tornando-se virtualmente isolado, um “pária económico” e se não legalmente, na prática, incapaz de dispor da sua propriedade, mesmo que legitimamente.

JOHAN BOUCHT²⁶¹ refere, igualmente, a natureza problemática da inversão do ónus da prova, em relação ao confisco de terceiros, em particular num processo criminal, questionando, também, que boa-fé deve ser protegida? Avançando o problema da “ignorância intencional” do comprador que não se esforça no seu dever de cuidado na investigação da origem do bem, aponta como resposta a introdução de um standard de negligência, que abranja, por exemplo, um vendedor fora do padrão para o bem, um preço irrisório ou a ignorância consciente de objetos identificativos no bem, como etiquetas das

²⁶⁰ CORDERO, Isidoro Blanco – *Modern forms of confiscation...* In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds) – *Chasing criminal money...* – Hart Publishing, 2017, pp. 150: 154

²⁶¹ BOUCHT, Johan – *The limits of asset confiscation...* – Hart Publishing, 2017, pp. 158-159; 229.

lojas.²⁶² Caberá, então, ao terceiro provar, baseando-se em “factos concretos e circunstâncias” que não sabia nem podia razoavelmente saber da origem criminosa do bem que o tornava passível de confisco.

Referindo-se à boa-fé como travão à perda de terceiros, o autor atribui a proteção dos terceiros a uma noção de justiça, equidade, “*fairness*”, considerando que com base no princípio da proporcionalidade, presente no artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH, referente à “proteção da propriedade”, será obrigatório analisar o comportamento do terceiro, tomado como fator relevante para atingir um equilíbrio.

Devemos ter em conta que o direito fundamental à propriedade não é absoluto, porém é inegável o seu peso na estabilidade de um Estado de Direito material, sendo a sua restrição alvo de sólidas garantias que obviem o arbítrio ou a persecução da eficácia a qualquer preço. Como ensina DIOGO LEITE DE CAMPOS²⁶³, se nos anos 70, do século passado, “os Estados eram os únicos juízes da necessidade de uma lei sobre a propriedade e o seu uso”, tal orientação inverteu-se a partir de *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, de 23 de setembro de 1982²⁶⁴ em que o TEDH, recorreu ao referido artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH “para fundar uma protecção do proprietário sobre o uso dos bens”.

Assim, no § 61 do Acórdão o Tribunal identifica três regras distintas quanto à justificação de interferência no direito de propriedade e à proteção presente na CEDH. A primeira regra, geral, refere-se ao princípio do gozo pacífico da propriedade. A segunda obriga à submissão da privação da propriedade à utilidade pública e às condições legais, além dos princípios gerais do Direito internacional. A terceira regra reconhece o direito dos Estados de legislar as regras necessárias para a regulamentação do uso dos bens, tendo como base, designadamente, o interesse geral. No Acórdão *Denisova e Moiseyeva c. Rússia*, de 04 de outubro de 2010²⁶⁵, no § 58 o TEDH considera que o confisco dos ativos de origem criminosa prossegue o interesse geral da comunidade, sendo um meio eficaz e

²⁶² No mesmo sentido, de JOHAN BOUCHT, RAMOS DUARTE fala da “censurabilidade da conduta” do terceiro que adquiriu o bem com o conhecimento ou, pelo menos, desconfiando da sua origem ilícita, ou que mesmo que “não representando essa possibilidade, negligenciou de forma grosseira o respetivo dever de cuidado”. Estaremos, assim, perante condutas dolosas ou negligentes que não sendo punidas criminalmente são “reprováveis” para o ordenamento jurídico. DUARTE, José Nuno Ramos – **A perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime no Código Penal português. História, soluções e desafios**. – Coimbra: Almedina, 2023, pp. 58-59.

²⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de – Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e impostos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 01, N.º 03 (2015), p. 467.

²⁶⁴ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 7151/75; 7152/75**, de 23 de setembro de 1982.

²⁶⁵ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 16903/03, Final**, de 04 de outubro de 2010.

necessário de combate à atividade delituosa. No § 46 do Acórdão Lavrechov c. República Checa (hodiernamente Chéquia), Final, de 20 de setembro de 2013²⁶⁶, o TEDH volta a reiterar o valor preventivo do confisco que indubitavelmente é abrangido no âmbito material do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH.

Imprescindível no respeito a estas regras é, pois, na perda, a *bona-fide* do terceiro como “um fulcral limite ao confisco”. Disso mesmo faz eco BERNARDO COSTA FARIA²⁶⁷, apontando a importância de conhecer a densificação do conceito na jurisprudência do TEDH. Porém, como explica o autor, tal estudo não produz “uma noção dogmaticamente operativa” de tal conceito. No Acórdão Pyrantienė c. Lituânia, de 12 de novembro de 2013²⁶⁸ o TEDH no § 60 e 69, refere que o terceiro adquirira o bem de boa-fé, sem conhecimento do seu confisco prévio e sem ter influenciado os termos do contrato, considerando que o Tribunal nacional não tomara em consideração o seu direito de propriedade e legítimas expectativas. Já no Acórdão G.I.E.M. S.R.L. e outros c. Itália, de 28 de junho de 2018²⁶⁹, o TEDH, no § 140 depois de referir a aceitação geral, no Direito internacional, do confisco dos *objectum sceleris*, *instrumentum sceleris*, *productum sceleris* e das vantagens do crime, todos dependentes de prévia condenação, estabelece que nenhuma medida de confiscação pode ser imposta a entidades legais ou a pessoas singulares, fora do processo penal, excetuando terceiros sem uma defesa de boa-fé.

A boa-fé dos terceiros é, também, protegida pelo TJUE, numa dupla dimensão, o artigo 17.º, n.º 1 da CDFUE, onde se garante o direito de propriedade, obrigando, designadamente, a privação desta a ser efetuada somente por razões de utilidade pública e com base legal e o artigo 6.º da Diretiva 2014/42/UE referente ao confisco de terceiros. No processo C-393/19²⁷⁰, cuja infração penal no processo principal, praticada na Bulgária, era contrabando, o TJUE, no § 35, afasta o enquadramento material na Diretiva, por este crime não se enquadrar nas infrações do artigo 3.º. Porém, o Tribunal, lembrando que a Diretiva não revogou na totalidade a Decisão-Quadro 2005/212 (§ 37) considera nesta abrangido materialmente o objeto do litígio no processo principal, sendo então a este aplicável o Direito da união (§ 40) e em consequência a CDFUE. Se no § 51 o TJUE

²⁶⁶ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 57404/08, Final**, de 20 de setembro de 2013.

²⁶⁷ FARIA, Bernardo Costa – **Perda alargada de bens no sistema penal português**. – Coimbra: Almedina, 2022, p. 83.

²⁶⁸ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 45092/07**, de 12 de novembro de 2013.

²⁶⁹ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 1828/06**, de 28 de junho de 2018.

²⁷⁰ TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-393/19**, de 14 de janeiro de 2021.

estende, com recurso ao Considerando 3, o artigo 2.º, n.º 1 da Decisão-Quadro, referente ao confisco clássico, a terceiros, no § 58 considera que esse mesmo artigo deve ser alvo de uma interpretação à luz do artigo 17.º, n.º 1 da CDFUE, o que leva a uma oposição a uma regulamentação nacional que regule a perda de um instrumento decorrente da prática da infração qualificada de contrabando quando este for propriedade de um terceiro de boa-fé.

Já no processo C-505/20²⁷¹, o TJUE, no § 22 enquadra as infrações do processo penal, praticadas na Bulgária, ligadas ao tráfico de droga e à criminalidade organizada, abrangidas materialmente pela Diretiva e considera, no § 50, que a perda de terceiros “só é equacionada nas situações a que o artigo 6.º da Diretiva 2014/42 se refere”, logo, nos termos do seu n.º 2, havendo uma salvaguarda dos direitos dos terceiros de *bona-fide*, não há necessidade sequer de convocar a CDFUE.

As salvaguardas das “pessoas afetadas” pelas medidas contidas na Diretiva, consagradas no seu n.º 8, visam garantir a equidade no processo de perda. Essa ideia domina desde logo o n.º 1, obrigando à existência e ao acesso destas a vias de recurso efetivas e a um julgamento equitativo onde possam defender os seus direitos. No n.º 2 (além dos Considerandos 33 e 34) estabelece-se a obrigação de informação da decisão do congelamento o mais rápido possível após a sua execução e no n.º 7 o acesso a advogado durante todo o processo de decisão de perda e à informação sobre esse direito. Pelo n.º 4 permite-se a impugnação da decisão de congelamento e pelo n.º 6 da decisão de perda (que deve ser comunicada à pessoa afetada), perante o Tribunal. De particular incidência nos terceiros, aponta-se o n.º 9 quanto à invocação do seu título de propriedade ou outros direitos reais, sendo de realçar o Considerando 33, que refere mesmo o direito de usufruto, realçando a necessidade de proteger os direitos fundamentais de terceiros que não sejam sujeitos processuais.

CRUZ BUCHO²⁷², conjugando o artigo 8.º, n.º 1, 2, 4 e 6 com o Considerando 33, fazendo, ainda, referência à fórmula genérica, «terceiros de boa-fé» do artigo 6.º, n.º 2, é da opinião de que os direitos dos titulares de outros direitos diversos dos direitos reais

²⁷¹ TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-505/20**, de 12 de maio de 2022.

²⁷² BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz – A transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei N.º 30.º/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais). In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, p. 211.

afetados pela perda se limitam à obrigação de comunicação da decisão de confisco, de forma a terem possibilidade de a impugnarem em Tribunal.

O TEDH²⁷³ tem-se pronunciado sobre os direitos de terceiros, quanto aos direitos processuais e substantivos que por eles podem ser exercidos na defesa do seu direito de propriedade, assegurando um processo justo e equitativo das suas pretensões. Esse *fair-trial*, plasmado no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH é garantido pelo TEDH, destacando-se o Acórdão *Salabiaku v. França*, de 7 de outubro de 1988²⁷⁴ que no § 28 considera o artigo 6.º a consagração deste (e em particular da presunção de inocência) como o princípio fundamental da “*rule of law*”.

Densificando o conceito, o artigo 6.º, n.º 1 garante, designadamente, que a “causa seja examinada equitativa e publicamente”, com uma dilação razoável, obrigando a que o Tribunal seja totalmente independente e imparcial.²⁷⁵ No n.º 2 do mesmo artigo, destaca-se o direito à informação “minuciosa” sobre o processo, a tempo e meios adequados para a preparação da defesa, à assistência de advogado à sua escolha ou defensor oficioso se não tiver condições para tal, prevendo-se, ainda, a defesa própria, além da assistência de intérprete se não for fluente no idioma usado no processo. Além de vias de recurso efetivo para um órgão jurisdicional e à informação de como lhe aceder.

A forma de intervenção no processo do terceiro será efetuada assumindo formalmente o estatuto de parte no processo de perda. Isso mesmo diz o Acórdão *Silickienė c. Lituânia*, Final, de 10 de julho de 2012²⁷⁶, no § 50, reconhecendo tal como “um princípio geral”. Tal significa que o terceiro tenha “a oportunidade de intervir efetivamente no processo, com reconhecimento da faculdade de estimular a decisão do

²⁷³ Para um aprofundado estudo Cf. RODRIGUES, Hélio Rigor – O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados: a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In CARDOSO, Elina Lopes, CORREIA, João Conde, FERREIRA, Maria Raquel Desterro (coords.) – **O novo regime de recuperação de ativos: à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs**. – Lisboa: INCM, 2018.

²⁷⁴ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 10519/83**, de 7 de outubro de 1988. Não podemos deixar de notar como, há 35 anos, a linguagem parecia diferente e o vigor de defesa das garantias superior ao dos dias de hoje.

²⁷⁵ Em *Veits c. Estónia*, Final, de 01 de junho de 2015, no § 57, o TEDH refere que examinando o respeito pelo artigo 6.º, n.º 1 da CEDH, deve-se avaliar se o processo no ordenamento jurídico nacional deu à aplicante, diante da enorme danosidade para os seus direitos da medida em causa, o confisco, uma oportunidade adequada de defender o seu caso em tribunal, alegando, designadamente, arbitrariedade ou ilegalidade, e que os tribunais haviam agido, em resposta, de forma razoável. TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 12951/11, Final**, de 01 de junho de 2015.

²⁷⁶ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 20496/02, Final**, de 10 de julho de 2012.

tribunal sobre os assuntos que digam respeito à sua posição processual”²⁷⁷, configurando-se tal na efetividade do artigo 6.º da CEDH.

Será assim que, com a inversão do ónus da prova, se assegurará a possibilidade de o terceiro produzir prova da sua *bona-fide* chegando-se ao “*fair balance*” entre a proteção ao direito de propriedade e o interesse geral, respeitando-se o artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH, que caso contrário será violado, como declarou o TEDH no § 64 do Acórdão Denisova e Moiseyeva c. Rússia²⁷⁸, suprarreferido.

De referir que HÉLIO RIGOR RODRIGUES²⁷⁹ considera existir ausência de “um verdadeiro regime substantivo de proteção dos terceiros de boa-fé” sendo que, em regra, os instrumentos internacionais se limitam a mecanismos processuais que efetivem a sua proteção, inexistindo “uma constelação normativa substantiva sobre os requisitos e padrões de proteção aos terceiros de boa-fé para estes efeitos.”

3.1.2. A perda de bens de terceiros em Portugal

Na senda do exposto é preocupante o estatuto jurídico dos terceiros, na ordem jurídica nacional, em termos de perda, quer no regime geral, quer no especial, referente à perda alargada, sendo que está em causa, não só uma transposição deficiente da Diretiva 2014/42/UE como, se não uma ofensa, no mínimo um acerto constitucional dúbio, além da suprarreferida jurisprudência europeia.

A Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, transpondo a Diretiva, alterou o artigo 111.º do CP, regime geral de perda dos instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro. O princípio geral, consagrado no seu n.º 1 é a que estes não são sujeitos a perda se não forem propriedade de nenhum dos agentes do crime, ou dele beneficiários, à data da prática do facto ou no momento de decretação do confisco. As exceções são estatuídas nos números seguintes, abrindo a porta à perda de bens, na titularidade de terceiros, a

²⁷⁷ RODRIGUES, Hélio Rigor – O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados: a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, p. 60.

²⁷⁸ TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 16903/03, Final**, de 04 de outubro de 2010.

²⁷⁹ RODRIGUES, Hélio Rigor – O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, 2018, p. 60; nota de rodapé 136.

favor do Estado devido à ligação a um facto penal, abrangendo a tripla dimensão das vantagens, *instrumentum sceleris* e *productum sceleris*.

Desde logo importa referir que, para CONDE CORREIA²⁸⁰, no respeitante à perda de instrumentos e produto do crime, quanto à qualidade de terceiro, perante o uso do vocábulo “pertencam” usado pelo legislador, em virtude do princípio da unidade da ordem jurídica, apenas considera “aqueles que tenham uma situação jurídica tutelada pelo direito civil”, estando protegido apenas o direito de propriedade e excluindo outros direitos, incluindo direitos reais de gozo ou de garantia. “Apenas o direito de propriedade de terceiros merece ser tutelado. Outros direitos estão excluídos”, não abrangendo, pois, o titular do usufruto ou do penhor. Tal conceção parece não estar de acordo com a Diretiva que no artigo 8.º, n.º 9 consagra a invocação, pelos terceiros, do título de propriedade “ou outros direitos reais”, incluindo nos casos referidos no artigo 6.º, referindo, mesmo, no Considerando 33 o direito de usufruto. Acompanhamos CRUZ BUCHO²⁸¹ quando o autor diz que essa conceção restrita está ultrapassada em face ao artigo 347.º-A do CPP que regula as declarações do terceiro titular dos instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado, que em respeito ao princípio da interpretação conforme deve ser alvo de uma interpretação ampla do seu n.º 1, “abrangendo não apenas o proprietário, mas também os titulares de outros direitos reais de gozo”.

O artigo 111.º, n.º 2, alínea a) do CP referente somente aos instrumentos e produtos do crime, prevê a perda do terceiro, quando este tenha “concorrido de forma censurável” quer para a utilização dos primeiros, quer para a produção dos segundos. JOÃO CURA MARIANO²⁸² considera inútil a previsão que, *in fine*, se refere ao benefício tirado do crime, *ex vi* do n.º 1 do mesmo artigo, que já retira a imunidade ao confisco no caso dos beneficiários da infração penal. O autor refere, ainda, que a censurabilidade pode advir de dolo ou negligência do terceiro na colaboração que levou à utilização dos seus bens na prática do crime, ou “no fabrico dos produtos do crime”, chamando a atenção para uma possível situação de comparticipação, caso em que a perda já será devida à autoria. Ainda segundo o autor, a perda dos instrumentos só deve acontecer quando a

²⁸⁰ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, p. 74.

²⁸¹ BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz – A transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM, p. 211.

²⁸² MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro relacionados com o crime. In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM. p. 150.

natureza do objeto ou as circunstâncias do caso configurarem uma perigosidade deste para a segurança, moral ou ordem pública ou representarem um risco sério de utilização em novos factos ilícitos típicos, ex vi do artigo 109.º, n.º 1 do CP. Assim está em causa uma “finalidade essencialmente preventiva e não restaurativa da ordem jurídico-económica”.

O artigo 111.º, n.º 2, alínea b) do CP refere-se à perda do terceiro quando este adquiriu, por qualquer título, o bem após a prática do facto “conhecendo ou devendo conhecer a sua proveniência”, abrangendo os instrumentos, produtos e vantagens do crime. CONDE CORREIA²⁸³, referindo-se às duas alíneas, explica que, quanto aos *instrumenta* e *producta sceleris*, em ambas “o perigo é latente”. Quem disponibilizou o bem, dotado de perigosidade, para a prática do crime pode sempre voltar a fazê-lo e quem adquire os bens ligados ao facto incentiva a sua repetição.

Na aquisição, obrigatoriamente após a data da prática do facto, não se exige a participação voluntária do agente ou beneficiário do facto típico e ilícito no ato translativo, abrangendo, nomeadamente, o usucapião, o exercício judicial de direito de preferência ou a acessão. O conhecimento, ou o dever de conhecer a origem criminosa do bem reporta-se a esse momento, sendo irrelevante se tal vier a acontecer após. Estamos perante uma “má-fé, em sentido amplo” onde se inclui todas as formas de dolo e de negligência, sendo a censurabilidade do comportamento do terceiro que leva à sua perda. Essa má-fé dirige-se ao conhecimento do enquadramento do bem num dos elementos daquela tripla ligação ao crime, não se exigindo que tal seja “absolutamente seguro e detalhado” devendo, porém, referir-se à atividade criminosa concreta. Quando não existia este conhecimento, mas havia obrigação de existir, a perda justifica-se para impedir a “*wilful blindness*” do Direito americano, obrigando ao “cuidado que normalmente seria de esperar de um cidadão diligente”. Como explica CURA MARIANO²⁸⁴, pertencendo tal conhecimento a “um evento da vida interior do adquirente”, na falta de uma confissão judicial, a prova será indireta, através de “sinais ou revelações exteriorizadas desse estado psíquico cognitivo” ou por presunção, através das regras da experiência, “princípios da lógica, ou mesmo dados da intuição humana” que na ausência de sinais exteriores revelem, mesmo assim, a consciência do adquirente quanto à origem criminosa do bem.

²⁸³ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, p. 73.

²⁸⁴ MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos**... E-book. INCM, pp. 150-153.

Ainda segundo o autor o ónus da prova desse conhecimento que leva à perda a favor do Estado pertence ao MP.

CONDE CORREIA²⁸⁵ defende que o ónus da prova é do MP se este invocar o envolvimento do terceiro no crime que dá origem ao confisco, considerando a sua conduta penalmente relevante; e que o terceiro “não pode ser constrangido a demonstrar que não participou ativamente no facto ilícito típico imputado para evitar o confisco.” Por outro lado, se o terceiro for totalmente alheio à responsabilidade penal do facto, sendo a discussão centrada, apenas, na sua propriedade do bem ou na sua aquisição posterior, “deverá ser o terceiro a alegar e demonstrar os pressupostos da exceção (boa-fé).”

Importa realçar, como CURA MARIANO²⁸⁶ faz referência, que, não raras vezes, a entrada de um bem, instrumento, produto ou vantagem de um crime, no património do terceiro, constitui só por si um crime, independente, autónomo, desse facto típico e ilícito «original». É o caso, designadamente, do crime de recetação, p. e p. no artigo 231.º do CP ou branqueamento, p. e p. no artigo 368.º - A do CP. Aí a perda pode ocorrer nos termos do artigo 110.º do CP ou pela alínea b) ou c) do artigo 111.º, n.º 2 do CP e havendo processos distintos, sendo decretada num já não o poderá ser noutro, por impossibilidade jurídica.

No artigo 111.º, n.º 2, al) c) do CP consagra-se a perda quando, por qualquer título, exista uma transferência dos instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondentes para o terceiro, com o intuito de evitar a perda, regulada no artigo 109.º e 110.º. O terceiro deve conhecer ou ter a obrigação de conhecer esse objetivo, abrangendo, igualmente, todas as formas de dolo e negligência. Mais uma vez a *mala-fide*.

Quando se revelar impossível o confisco dos bens, produtos ou vantagens do crime, em espécie, opera-se uma substituição da perda por um pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo tal acontecer a todo o tempo, incluindo a fase executiva, sem prejuízo dos limites consagrados no artigo 112.º - A do CP. Não sendo possível, pela situação patrimonial do terceiro, efetuar tal pagamento, o Estado fica a deter um direito de crédito do valor de mercado à data da condenação do pagamento. Não se deduz o

²⁸⁵ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, pp. 143-144.

²⁸⁶ MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos**... E-book. – INCM, pp. 154-155; 163.

pagamento ao agente ou beneficiário do crime, podendo o terceiro reclamá-lo recorrendo ao instituto do enriquecimento sem causa, artigo 44.º do CC. Esta trata-se, assim, de “uma perda do equivalente, com natureza subsidiária”.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, aprova o regime especial da perda de terceiros em relação à perda alargada. Assim, após uma condenação do agente por um ou mais crimes do elenco presente no n.º 1 da referida Lei, nos termos do n.º 1, do seu artigo 7.º, para efeitos de presunção de proveniência criminosa do património incongruente do agente, define-se no n.º 2 do mesmo artigo o que se entende por “património do arguido”. Será da soma deste que será diminuído o rendimento lícito, chegando-se, então, ao património incongruente.

No artigo 7.º, n.º 2, alínea a) encontramos os bens, aquando da constituição como arguido ou posteriormente, na titularidade do arguido ou sobre os quais este exercesse domínio ou deles beneficiasse. BERNARDO COSTA FARIA²⁸⁷ define o domínio sobre um bem como um poder de decisão referente à substância, *i.e.* sobre possíveis modificações, estéticas ou estruturais ou até a destruição do bem, e ao destino, ou seja, a alienação ou não do bem, mesmo não sendo titular deste em nenhuma das situações. O benefício pode ser económico, material ou de “mera satisfação moral”, *v.g.* a utilização do bem ou fruição dos rendimentos por ele gerados. Em suma, estamos perante o “testa de ferro”.

A alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º inclui, também, qualquer transmissão de bens para terceiro após a constituição como arguido, presumindo-se que esta terá como objetivo obstar à perda.

Já a alínea b), do mesmo número e artigo, refere-se àqueles bens transferidos para terceiros, gratuitamente ou por “contraprestação irrisória”, no intervalo de cinco anos prévios à sua constituição como arguido. Trata-se de doações ou vendas por valor manifestamente inferior ao do mercado, indiciando o objetivo de obstar ou prevenir uma possível perda, levantando fortes reservas quanto à boa-fé do negócio.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, o montante apurado do património incongruente deve ser liquidado pelo MP devendo o agente, caso a perda seja declarada proceder ao pagamento dessa quantia. Não havendo esse pagamento, nos

²⁸⁷ FARIA, Bernardo Costa – **Perda alargada de bens no sistema penal português**. – Coimbra: Almedina, 2022, pp. 90-92.

termos do artigo 12.º, n.º 4, os bens arrestados, *ex vi* do artigo 10.º, n.º 1, e os titulados por terceiros de má-fé, enquadrados nas alíneas a) e b) do artigo 7.º, n.º 2, serão perdidos a favor do Estado. Assim, será o bem considerado como integrando o património do arguido, como se fosse este, ainda, o seu titular, uma “mera ficção” destinada a incluí-lo na perda²⁸⁸.

Havendo uma inversão do ónus da prova²⁸⁹, quer para o arguido, quer para o terceiro, cabe-lhes, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, provarem a origem lícita dos bens, mostrando que estes são resultantes de rendimentos obtidos através de atividade lícita (n.º 3, alínea 1), ou que estavam na titularidade do arguido, pelo menos, cinco anos antes da sua constituição como arguido (n.º 3, alínea b), ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos nesse período (n.º 3, alínea c).

Digno de alarme é o facto de ao contrário do previsto na Diretiva 2014/42/UE, no artigo 6.º, n.º 2, existir uma desproteção do terceiro de boa-fé quanto a bens adquiridos após a constituição do agente como arguido. Acompanhamos BERNARDO COSTA FARIA²⁹⁰ quando refere que, não sendo ilidida a presunção de ilicitude de proveniência do bem, a boa-fé do terceiro não lhe impede de ser incluído no património incongruente do arguido, contrariando a Diretiva, a jurisprudência do TEDH e do TJUE suprarreferida, ofendendo o direito de propriedade do terceiro, protegido no artigo 17.º, n.º 1 da CDFUE, no artigo 1.º, n.º 1 do Protocolo 1 da CEDH, além do assento constitucional no sistema jurídico nacional no artigo 62.º da CRP.

A «válvula de escape» que é o instituto do enriquecimento sem causa, artigo 44.º do CC, através do qual o terceiro poderá recuperar o capital despendido não nos parece suficiente, perante o grau do dano ao seu direito fundamental pessoal de propriedade, *ter, usar, usufruir e dispor*²⁹¹, não assegurando o respeito ao princípio da proporcionalidade

²⁸⁸ MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, p. 159.

²⁸⁹ Não acompanhamos a interpretação que o TC tem decidido e pronunciado, mas antes as posições doutrinárias que defendem existir uma inversão do ónus da prova.

²⁹⁰ FARIA, Bernardo Costa – **Perda alargada de bens no sistema penal português**. – Coimbra: Almedina, 2022, pp. 92-93.

²⁹¹ Cf. MEDEIROS, Rui – artigo 62.º - Direito de propriedade privada. In MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui (coords.) – **Constituição Portuguesa anotada – Vol. I**. 2.ª ed. – Lisboa: UCP, 2017, p. 905; e CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada – Vol. I**, 4ª ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 802; 807.

artigo 18.º, n.º 2 da CRP, anteriormente analisado²⁹². AUGUSTO SILVA DIAS²⁹³, considerando a perda alargada como um efeito da pena, defende a sua não aplicação quanto a terceiros de boa-fé, que tenham adquirido os bens legalmente, que sejam pessoas coletivas ou familiares do arguido, considerando inadmissível que a presunção funcione contra terceiros, deslocando o ónus da prova da licitude da doação ou transação por que adquiriram os bens.

Uma vez mais, como já suprarreferido, o objetivo parece ser criar uma situação de tal forma «instável» e «perigosa» para o terceiro que não haja qualquer incentivo para este aceitar um negócio jurídico com alguém constituído arguido por algum dos crimes previstos no artigo n.º 1 da Lei n.º 5/2002, tornando o arguido um “pária” económico, mesmo que presumido inocente.

De notar que o artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, apenas se refere ao arguido no que diz respeito à possibilidade de ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente. Ora tal interpretado literalmente seria intolerável. Esse é apenas um sintoma da posição frágil do terceiro no que diz respeito à sua posição processual e estatuto jurídico que se agrava quando se procede a uma interpretação literal da normas penais e processuais restritiva dos direitos liberdades e garantias de um terceiro de boa-fé. Está em causa a tutela jurisdicional efetiva, o direito de defesa e ao contraditório, consagrados constitucionalmente, parte integrante do direito a um processo equitativo, artigo 20.º, n.º 4 da CRP, além do já suprarreferido artigo 6.º, n.º 1 da CEDH.

CRUZ BUCHO²⁹⁴ considera que, quanto ao estatuto jurídico do terceiro, a regulamentação após a transposição da Diretiva 2014/42/UE “é deveras desolador”, visto que em fase de julgamento, a sua intervenção se limita ao previsto no artigo 347.º-A do CPP. O autor aponta que ficou por regular um regime processual próprio para os terceiros atingidos pela decisão de perda que respondesse, nomeadamente quanto ao momento e de que forma o terceiro deve ter conhecimento do processo de perda, o prazo para contestar, o limite do número de testemunhas a arrolar ou “qual o âmbito da sua intervenção em julgamento” e a obrigatoriedade, ou não, da sua comparência em caso de

²⁹² Cf. 1.1.2.

²⁹³ DIAS, Augusto Silva – Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In DIAS, Augusto Silva... – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 45-46.

²⁹⁴ BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz – A transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, p. 213.

não ter de prestar declarações, sendo necessário recorrer à analogia, através do artigo 4.º do CPP.

Assim será necessário “um exercício hábil de integração e adaptação das regras processuais existentes por parte do julgador”²⁹⁵ equiparando o terceiro ao demandado civil em virtude do posicionamento sistemático do Artigo 347.º-A do CPP, logo de seguida à regulamentação das declarações das partes civis no artigo anterior, juntamente com as remissões do seu n.º 2. Ausente de regulamentação própria, através da analogia, encontramos, nomeadamente, a obrigatoriedade de representação por advogado no artigo 76.º, n.º 2 do CPP, regulando o artigo 78.º, n.º 1 do CPP, o prazo para contestação, 20 dias, estando as provas e as limitações de testemunhas no artigo 79.º do CPP. De referir que o terceiro está sujeito ao dever de verdade, apesar das suas declarações não serem sujeitas a juramento prévio, nos termos do artigo 347.º-A, n.º 2 do CPP que remete para o artigo 145.º, n.º 2 e n.º 4 do mesmo código.

Digno de nota é a responsabilidade penal pela violação do dever de verdade, prevista no referido n.º 2. Embora não arguido, tendo em conta a fronteira ténue, já referida, entre o terceiro se enquadrar no artigo 111.º, alínea a) ou b) do CP e a sua possível responsabilidade penal, em comparticipação pelo fato, até onde vai este dever de verdade e em que fronteira se encontra o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*? É que, nas palavras de CRUZ BUCHO²⁹⁶, “o terceiro pode assim ser constrangido a produzir afirmações que lhe são desfavoráveis e que o prejudicam, a si ou aos seus familiares mais próximos”, onde se pode incluir o arguido. E em caso de violação do dever de verdade, como interroga o autor, qual a dosimetria da pena? Onde está esta determinada? Está em causa o princípio da legalidade desdobrado no princípio da tipicidade, *lege certa*. Repare-se que no artigo 359.º, n.º 2 do CP, que prevê e pune o crime de falsidade de depoimento ou de declaração, não há qualquer referência ao terceiro.

Junta-se, ainda, o facto do artigo 347.º-A do CPP ser essencialmente dirigido ao regime geral do confisco de terceiros, artigo 111.º do CP, sendo aplicável à perda alargada que afeta o terceiro, subsidiariamente, através do artigo 3.º do CPP²⁹⁷. O que tendo em

²⁹⁵ MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, p. 171-172.

²⁹⁶ BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz – A transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, pp. 216-218.

²⁹⁷ FARIA, Bernardo Costa – **Perda alargada de bens no sistema penal português.** – Coimbra: Almedina, 2022, p. 96-97.

conta as especificidades deste tipo de confisco, em particular a desproteção patente dos terceiros de boa-fé, se revela, no mínimo, problemático, a mais que, como escreve CURA MARIANO²⁹⁸, este artigo 347.º-A do CPP não assegura todas as salvaguardas de defesa presentes na Diretiva 2014/42/UE, ficando, ainda, “muito aquém de uma regulamentação suficientemente cumpridora dos ditames constitucionais”.

Cumprindo, ainda, apontar que o terceiro, na perda alargada, deve ter a oportunidade de assegurar a defesa dos seus direitos, intervindo no processo em momento prévio à condenação do arguido à perda do património incongruente, onde, como vimos, se integrará ficcionalmente os bens propriedade do terceiro. A sua notificação deverá ser efetuada nos termos do artigo 8.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2002, onde uma vez mais o legislador olvidou a sua menção. Nos termos do regime geral do artigo 347.º-A do CPP, deverá o terceiro intervir no processo penal, produzindo prova, contraditando prova, alegando em audiência de julgamento e tendo a possibilidade de interpor recurso da decisão de perda. Tendo tido lugar esta intervenção, estaremos perante uma extensão dos efeitos do caso julgado da decisão de perda ao terceiro.²⁹⁹

Os problemas estão à vista. A transposição da Diretiva 2014/42/UE no que respeita ao confisco de terceiros foi «desastrada», deixou espaço para interpretações restritivas opostas ao espírito desta, desvalorizou a boa-fé do terceiro na perda alargada e absteve-se de uma regulação processual sólida que apresentasse garantias quanto ao seu efetivo julgamento equitativo, em particular, uma vez mais, na perda alargada. Focámos problemas de constitucionalidade e inegáveis desvios à jurisprudência do TJUE e do TEDH, à CDFUE, além da CEDH, sem prejuízo da sua invocação pelos terceiros, através da sua receção automática na ordem jurídica nacional, *ex vi* o artigo 8.º, n.º 2 e 16.º, n.º 2 da CRP, além do primado do Direito europeu, artigo 8.º, n.º 4 da CRP. Talvez por isso, e devido ao assento constitucional de outros direitos, como o do direito à escolha e assistência de advogado, *ex vi* artigo 32.º, n.º 3 e 20.º, n.º 2 da CRP, o legislador tenha considerado despidendo, quanto a nós erradamente, a regulamentação em lei adjetiva, de forma clara, dos mecanismos de defesa do terceiro em matéria de confisco.

Da informação, aos prazos, aos moldes da sua intervenção, em suma todo o regime é ausente, existindo até questões quanto ao direito à não autoincriminação. Veja-se que

²⁹⁸ MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM, p. 170.

²⁹⁹ MARIANO, João Cura – A perda de bens de terceiro... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** *E-book*. – INCM, pp. 176-177.

a remissão do artigo 347.º-A do CPP para o artigo 145.º do CPP se dirige aos seus números 2 e 4, quanto ao dever de verdade e ao não juramento antes da prestação de declarações, respetivamente, mas não para o seu n.º 3 que permitiria aplicar o regime da prova testemunhal ao terceiro quando presta declarações em uso do seu direito de defesa. Tal desobrigá-lo-ia, *ex vi* do artigo 132.º, n.º 2 do CPP de responder a perguntas com a alegação de que a resposta implicaria, para si responsabilidade penal, bem como recusar-se a prestar declarações em virtude dos laços familiares com o arguido, artigo 134.º n.º 1 do CPP.

Seguimos CRUZ BUCHO³⁰⁰ que sustenta que o terceiro deveria ser colocado em posição análoga ao do arguido, sendo o seu direito de defesa, “na sua amplitude ser equiparado ao do arguido”, com os direitos e faculdades legais deste, designadamente, o direito ao silêncio, “relativamente a todas as matérias que pudessem condicionar a procedência da declaração de perda”. Até CONDE CORREIA³⁰¹ defende que em audiência de discussão e julgamento, “momento fundamental e em que tudo, finalmente se decide, no que respeita ao seu objeto específico, deverá gozar – com as necessárias adaptações – das mesmas garantias processuais do arguido.”

Todo este problema se agudiza em caso de reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e perda, quando Portugal é o Estado executor, como veremos. O direito fundamental de propriedade, do terceiro é merecedor de uma tutela jurídica mais eficaz e eficiente.

3.2. O princípio do reconhecimento mútuo na recuperação de ativos

A cooperação judiciária, em matéria penal, *lato sensu*, assenta num binómio. À harmonização legislativa adiciona-se o reconhecimento mútuo. Isso mesmo ficou claro no Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999, momento inceptivo da criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, onde na sua conclusão 33, se sustentava que “um maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitariam a cooperação entre as autoridades e a protecção judicial dos direitos individuais.”

³⁰⁰ BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz – A transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas... In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, p. 217.

³⁰¹ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada.** E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, p. 143.

Essa simbiose tem particular brilho em matéria de recuperação de ativos. O crime, como já vimos, internacionalizou-se, as fronteiras esbateram-se, os capitais movem-se em fluxos virtuais e desaparecem nas brumas. Os lucros da atividade delituosa não têm pátria, sendo disseminados além-fronteiras, inseridos na economia lícita, transferidos para testas de ferro, branqueados, misturados, enfim, dissimulados quanto à sua origem.

É crucial para a eficácia do confisco desses ativos, fruto da «árvore venenosa», que os países reconheçam e executem mutuamente, as decisões de perda e apreensão oriundas de sistemas judiciais estrangeiros. Como escreve CONDE CORREIA³⁰², a “justiça não pode ser a única entidade com fronteiras”. Só com este vínculo inter-relacional, entre nações, se pode aspirar à efetividade do efeito preventivo do instituto da perda, «perseguido» o capital e deixando bem claro que não há onde o lucro, em particular, da criminalidade organizada transnacional, se possa esconder. Não pode fugir, não pode escapar. Seja onde for.

Isso mesmo é bem explícito, ainda na conclusão 33 do Conselho Europeu de Tampere, onde este subscreve o princípio do reconhecimento mútuo, “pedra angular da cooperação judicial na União, tanto em matéria civil como penal”, quanto a “sentenças e outras decisões das autoridades judiciais”. Na conclusão 36, o Conselho refere, ainda, que “o princípio do reconhecimento mútuo deverá ainda aplicar-se aos despachos judiciais proferidos antes da realização dos julgamentos”, referindo como de especial importância, nomeadamente, aqueles destinados a “apreender os bens que facilmente podem desaparecer”. Assim, “falar de reconhecimento mútuo pressupõe atentar em dois objetivos muito relevantes na União Europeia: a cooperação e a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça”³⁰³.

O artigo 82.º, n.º 1, do TFUE, consagra, em definitivo, o reconhecimento mútuo como o princípio em que assenta a cooperação judiciária em matéria penal, colocando-o ao lado da harmonização das legislações nacionais, nos domínios referidos no n.º 2 do mesmo artigo e no artigo 83.º. Escreve MÁRIO FERREIRA MONTE³⁰⁴ que se ao “reconhecimento mútuo juntarmos a harmonização das legislações penais substantivas e processuais dos EM que já tinha sido iniciada, percebemos que estava encontrada a receita

³⁰² CORREIA, João Conde – Reflexos da Diretiva 2014/42/EU... In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, p. 66.

³⁰³ MONTE, Mário Ferreira – Reconhecimento mútuo de decisão de perda. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 106.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 109.

para a instauração de um espaço judicial europeu em matéria penal”. Enquanto a harmonização legislativa propiciava a sobrelevação das discrepâncias da multiplicidade dos ordenamentos jurídicos, o reconhecimento mútuo “ia ainda mais longe «provocando» essa cooperação. Mais do que aproximar, ensimesmava o processo”.

Ao lado de matérias como o reconhecimento mútuo de medidas de coação não detentivas ou o mandado de detenção europeu³⁰⁵, o confisco aparece como grande beneficiário desta evolução legislativa. As peças movem-se no tabuleiro, encetando uma “verdadeira integração de sistemas”, onde se atinge uma cooperação cujo método é tendencialmente automatizado, com uma ausência de considerações e pressões políticas ou interesses soberanos. Se historicamente se impunha o acordo político na execução do pedido, nesta cooperação alicerçada no reconhecimento mútuo “domina, desde logo, a aceitação automática do pedido e da execução das decisões e sentenças judiciais”.

Todo o processo baseado numa “elevada confiança entre os EM”, brotada do pressuposto da homogeneidade das ordens jurídicas no que se refere aos direitos, liberdades e garantias, “ou até mesmo uma harmonização das ordens jurídicas”. Assim, não estamos perante uma “tradução de um sistema na linguagem do outro”, mas sim de “uma língua jurídica europeia comum”, que torna a tradução e controlo quanto ao respeito às regras internas do sistema jurídico demandado despiciendo.³⁰⁶

Assistimos a uma substituição do pressuposto da cooperação, passando esta a existir não “entre Estados soberanos”, mas numa lógica de soberania partilhada entre “Estados (soberanos)”. Não “um aglomerado de Estados narcisistas, sim um autêntico espaço penal europeu”, *ex vi* do artigo 3.º, n.º 2 do TUE, de onde assoma “um processo penal comum” aos EM³⁰⁷.

O cerne do princípio do reconhecimento mútuo está no “efeito pleno e direto” de uma decisão de uma autoridade judiciária competente e em concordância com o Direito interno do EM a que pertence, “sobre o conjunto do território da união”. O que se consubstancia em as autoridades competentes do EM onde esta deva ser executada,

³⁰⁵ Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do mandado de detenção europeu**. – Coimbra: Almedina, 2006.

³⁰⁶ PALMA, Maria Fernanda – O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; PALMA, Maria Fernanda (coords.) – **Cooperação judiciária internacional em matéria penal**. – Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 14-15.

³⁰⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 28.

prestarem a sua total e absoluta cooperação na sua efetivação. Tal materializa-se na “execução dessa decisão como se se tratasse de uma decisão tomada por uma autoridade competente deste Estado”. De notar que o princípio do reconhecimento mútuo não foi definido em nenhum diploma normativo ou nas conclusões do Conselho de Tampere ou, no que tange ao confisco, no Regulamento (UE) 2018/1805³⁰⁸.

É insofismável que o grau de confiança entre os EM, necessário para a eficaz efetivação deste princípio é colossal. Pela defesa de possíveis violações de direitos fundamentais e pelas diversidades das ordens jurídicas internas. Essa barreira é transposta com argúcia, através de um Direito penal europeu, em sentido amplo abrangendo as formas processuais, que configura um “espaço jurídico comum”, alicerçado no reconhecimento mútuo, construído sobre a confiança, preservando assim “o conteúdo e autonomia” dos sistemas jurídicos nacionais. O critério é “o cumprimento de certos requisitos e a não ultrapassagem de certos limites de direitos fundamentais” *ex vi* da CEDH e da CDFUE. A confiança “sobrepõe-se à igualdade de conteúdos”. A harmonização apresenta-se “relativamente secundária e até dispensável”, relegada à concretização de um âmago de objetivos comuns, através de Diretivas³⁰⁹ que impõem regras mínimas, nesses domínios circunscritos, indo de encontro às críticas de GUEDES VALENTE³¹⁰.

3.2.1. Regulamento (UE) 2018/1805

Entra em cena o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda (doravante o Regulamento). Matéria cujo regime jurídico na UE era regido pelas Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI do Conselho³¹¹. Contudo, segundo o Considerando 6 do Regulamento, estas revelaram-se ineficazes para garantir o

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 32.

³⁰⁹ PALMA, Maria Fernanda – O princípio do reconhecimento mútuo... In DIAS, Augusto Silva; MENDES... – **Cooperação judiciária internacional em matéria penal**. – Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 15-16.

³¹⁰ Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – ***Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso»***. 2.^a ed. – Coimbra: Almedina, 2017, pp. 117-123; e RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 16, 23.

³¹¹ Transpostas para o ordenamento jurídico nacional pela Lei n.º 25/2009, de 05 de Junho, que estabeleceu o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na UE e a Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto que aprovou o regime jurídico da emissão e execução de decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime, respetivamente.

sucesso na implementação do princípio do reconhecimento mútuo no domínio das decisões de apreensão e perda. Tal explica-se, ainda segundo o Considerando, por uma transposição e aplicação assimétrica nos EM, obstaculando a uma cooperação transfronteiriça funcional e eficiente.

O que explica o instrumento selecionado para sanar as deficiências que atormentaram a aplicação efetiva das referidas Decisões-Quadro, optando por um regulamento, que nos termos do artigo 288.º do TFUE, “tem caráter geral” sendo “obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os EM”, isto é, com efeitos *erga omnes*. Na proposta da Comissão Europeia, a COM (2016) 819 Final, no seu ponto 2, a escolha do instrumento é justificada pela proposta se dirigir a procedimentos transfronteiriços, onde a uniformidade é imperativa, o que significa não ser “necessário deixar margem de manobra aos EM para a transposição dessas regras”. Sendo que o regulamento “proporciona clareza e uma maior segurança jurídica” evitando os já referidos problemas de transposição. Mesmo assim, no Considerando 53 do Regulamento, alerta-se que o uso desta forma jurídica “não deverá constituir um precedente”, sendo que no futuro a escolha de instrumento jurídico deve ser decidida casuisticamente, nomeadamente, com base nos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. Virou-se a chave no cadeado, porém, ainda, não se abriu a caixa de pandora.

CONDE CORREIA³¹² considera que a ausência da necessidade de transposição do Regulamento (UE) 2018/1805 para as ordens jurídicas internas enfatiza “a sua dimensão supra nacional e cria condições para uma verdadeira aplicação coerente e uniforme”. ANABELA MIRANDA RODRIGUES³¹³ faz nota do “impacto político-criminal muito forte” da escolha de um regulamento neste domínio, alertando para o “efeito de arrastamento do reconhecimento mútuo sobre as questões substanciais” e das consequências sobre os direitos fundamentais, sendo que o Considerando 18 do Regulamento explícita, mesmo, que as salvaguardas constantes da CDFUE deverão ser aplicáveis a todos os processos por ele abrangidos.

³¹² CORREIA, João Conde - Reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e de confisco: o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018. **Revista Julgar**, N.º 39. (set-dez de 2019), p. 190.

³¹³ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 37.

A génese do ato legislativo e o que presidiu à escolha deste instrumento jurídico, será, acima de tudo, a sua simbiose com a Diretiva 2014/42/UE, sendo garante da sua real eficácia. Inaugura-se, assim, “uma nova era” na cooperação judiciária na UE, no domínio da recuperação de ativos. “Não será por falta ou indevida transposição que o novo mecanismo fracassará”³¹⁴.

Na verdade, como lemos no Considerando 7 do Regulamento, o quadro jurídico anterior, quanto ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda, não se mantivera a par da “evolução legislativa aos níveis da União e nacional”. Porém, não se pense que este reconhecimento mútuo se conduz somente às perdas e apreensões cuja base é a referida Diretiva. O Regulamento transcende o âmbito de aplicação desta, conforme estabelecido no Considerando 13. Assim, o seu âmbito material estende-se a “todas as decisões de apreensão e a todas as decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria penal.”

No entender de ANABELA MIRANDA RODRIGUES³¹⁵ o conteúdo do conceito «processo em matéria penal» deve ser encontrado com uma interpretação que conjugue as definições de «decisão de perda», artigo 2.º, n.º 2, além dos bens passíveis desta, artigo 2.º, n.º 3, alínea c) e d) do Regulamento, enquadradas pelo Considerando 13, e tendo em atenção o elenco, taxativo, de motivos para o não reconhecimento e execução das decisões de perda, artigo 19.º, n.º 1, também do Regulamento.

Este conceito é autónomo no direito da UE sendo interpretado pelo STJUE, sem prejuízo da jurisprudência do TEDH³¹⁶. Assim, o termo não se limita a incluir as decisões decorrentes da aplicação da Diretiva 2014/42/UE, abrangendo, igualmente, “todos os tipos de decisões de apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infração penal”. Infrações penais que, pelo Considerando 14, não se reduzem às elencadas na Diretiva 2014/42/UE, não ficando restritas aos crimes particularmente graves, de dimensão transfronteiriça, pois tal limitação, quanto às regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento mútuo das sentenças no domínio penal, não existe no artigo 82.º do TFUE.

³¹⁴ CORREIA, João Conde - Reconhecimento mútuo... **Revista Julgar**, N.º 39, p. 190.

³¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 42.

³¹⁶ Para uma análise sobre esta, no domínio da recuperação de ativos Cf. RODRIGUES, Hélio Rigor – O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos**... *E-book*. – INCM, 2018.

Para MÁRIO FERREIRA MONTE³¹⁷ as infrações penais, abrangidas pelo Regulamento, não carecem, pois, de relevância transfronteiriça nem têm obrigatoriamente de ser «particularmente graves», podendo “ser as que o Estado emissor entender”. A dimensão transfronteiriça é dirigida aos bens, objeto de confisco, sendo que a infração só acaba por a adquirir, não pelo *locus criminis*, mas pela localização onde se encontram os instrumentos, produtos e vantagens do delito, além do património incongruente, no caso da perda alargada.

Assim, no ordenamento jurídico nacional, para se colocar em ação o princípio do reconhecimento mútuo, pedindo a execução de uma decisão, em outro EM, estaremos no domínio da perda clássica, artigo 109.º e 110.º do CP, ou da perda alargada, artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, detetando-se a existência de um património incongruente e estando em causa um dos crimes do catálogo do artigo 1.º da mesma lei. A perda de terceiros é também abrangida, artigo 111.º do CP e artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 5/2002. O mesmo acontecerá, ainda, na perda NCB, *ex vi* do n.º 2 do artigo 109.º e n.º 5 do artigo 110.º do CP. Abrangendo o Regulamento a perda NCB, não se prescinde, mesmo assim, da ligação entre uma infração penal e os bens, devendo esta ser claramente estabelecida, no processo penal³¹⁸. Além destas circunstâncias, adicionam-se, ainda, as investigações criminais em curso.

Isso mesmo se extrai do Considerando 13, onde se refere que o termo «processo em matéria penal» abrange, ainda, “outros tipos de decisões proferidas sem uma condenação definitiva”, sendo que nos casos em que essas decisões não existam no sistema jurídico de um EM este “deverá poder reconhecer e executar a decisão emitida por outro Estado-Membro.” Acrescentando-se, ainda, “as investigações criminais da polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei.”

Fora do âmbito de aplicação material do Regulamento ficam, segundo o Considerando 13 e o artigo 1.º, n.º 4, decisões de apreensão ou de perda oriundas “de processos em matéria civil ou administrativa”, excluindo, por conseguinte, o confisco civil ou administrativo, destacando-se, particularmente, a exclusão da *actio in rem*. De

³¹⁷ MONTE, Mário Ferreira – Reconhecimento mútuo de decisão de perda. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 118-119.

³¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, p. 44.

referir que o Regulamento tem como base o artigo 82.º, n.º 1 do TFUE, referente à cooperação judiciária em matéria penal, o que pode explicar esta supressão.

CONDE CORREIA³¹⁹ critica o uso, “sem grande sucesso”, pelo legislador europeu, “de um conceito indeterminado e da exclusão de dois conhecidos tipos de confisco (que de outro modo se poderiam, eventualmente, considerar incluídos)” para determinar o “âmbito objetivo” do Regulamento. Alvo de censura, pelo autor, é, também, o não total automatismo do reconhecimento das decisões de apreensão e confisco.

O artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento traz-nos um catálogo de infrações penais que sendo puníveis no Estado de emissão com pena privativa de liberdade, cuja duração máxima não seja inferior a três anos, dispensam a verificação da dupla incriminação pelo Estado de execução da decisão de congelamento ou confisco. Em trinta e duas alíneas encontramos, nomeadamente, a corrupção, o auxílio à entrada e à permanência de irregulares, a fraude e outras infrações penais que lesem os interesses financeiros da União na aceção da Diretiva (UE) 2017/1371, do Parlamento Europeu e do Conselho³²⁰, além da burla, contrafação e piratagem de produtos. Em primeiro lugar neste catálogo, encontramos desde logo “a participação numa organização criminosa”. Digno de nota é, igualmente, o tráfico de seres humanos, de armas, de munições e explosivos, ou de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, estando ainda presente a cibercriminalidade.

Porém, quanto às infrações penais não mencionadas neste n.º 1, *ex vi* do n.º 2 do mesmo artigo, pode o reconhecimento e execução de uma decisão de apreensão ou perda ser sujeita, pelo Estado de execução, “à condição de os factos que deram origem a essa decisão constituírem uma infração penal nos termos da legislação do Estado de execução, quaisquer que sejam os elementos constitutivos ou a qualificação da mesma na legislação do Estado de emissão.”

Nos termos da Decisão-Quadro 2003/577/JAI, artigo 3.º, n.º 4, segundo parágrafo, e da Decisão-Quadro 2006/783/JAI, artigo 6.º, n.º 3, podia a execução da decisão de apreensão ou perda depender, também, de a infração penal em causa ser passível dessas medidas, igualmente, no Direito interno do Estado de execução. Já no Regulamento obriga-se, apenas, a que a conduta a que as medidas se destinam, configure uma infração penal no Direito interno do Estado de execução. Fica de fora a questão

³¹⁹ CORREIA, João Conde - Reconhecimento mútuo... **Revista Julgar**, N.º 39, pp. 194; 201.

³²⁰ Esta relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do Direito penal.

quanto à aplicação, ou não, da apreensão ou perda a essa infração penal no Direito interno. É uma diferença “subtil, mas significativa”, sendo que no Regulamento estamos perante um controlo de dupla incriminação *stricto sensu*, que permite estabelecer “um âmbito objectivo vasto, com o fito expresso” de tornar possível a execução de decisões de apreensão e perda que não se encontrem previstas no Direito do Estado de execução, propósito frustrado nas Decisões-Quadro³²¹.

Em consequência, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, conjugado com o artigo 8.º, n.º 1, alínea e) e artigo 19.º, n.º 1, alínea f) do Regulamento, Portugal somente poderá eximir-se de reconhecer e executar uma decisão de apreensão ou perda de um EM, quando a infração penal que lhes deu origem, não for como tal considerada, no ordenamento jurídico nacional. Estando-se perante uma infração penal, também, no ordenamento jurídico português, não releva, pois, a aplicação, ou não, da apreensão ou perda a esta, no Direito interno.

De realçar que, de acordo com o artigo 8.º, n.º 1, alínea e) e a alínea f) do n.º 1 do artigo 19.º, do Regulamento, mesmo que a conduta não configure uma infração penal no Estado de execução, estando em causa contribuições ou impostos, ou regulamentação aduaneira e cambial, a não previsão do mesmo tipo de regras, nesses domínios, não é óbice à execução da decisão, ficando, pois, afastada a recusa.

Em suma, do Regulamento advém a obrigação dos EM reconhecerem e executarem a totalidade das decisões de apreensão ou perda, desde que proferidas no âmbito de um processo penal, “independentemente de ter implementado de forma completa e cabal a Directiva 2014/42/UE, ou de preverem no seu ordenamento jurídico os poderes de perda não contemplados pela Directiva, ao abrigo dos quais foi proferida a decisão no Estado de emissão”³²².

3.2.2. A recusa do reconhecimento e execução e os direitos de defesa

O Regulamento é estrito e taxativo quanto aos motivos de recusa do reconhecimento e execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda. Veja-se o Considerando 31, onde se afasta uma recusa” por outros motivos que não os

³²¹ SIMÕES, Rita – O regulamento relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda: inovações e continuidades. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, p. 49.

³²² *Ibidem*, pp. 53-54.

previstos no presente regulamento”, reconduzindo-se estes essencialmente ao princípio *ne bis in idem*, aos direitos das pessoas afetadas e ao direito de comparecer em julgamento.

O artigo 19.º do Regulamento contém os motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de perda enquanto o artigo 8.º se dirige aos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão. Ambos são, reiteramos, taxativos, sendo, porém, a recusa facultativa, mesmo no caso destes se verificarem.

Digno de nota é o facto de a diferença, entre o Estado de emissão e o Estado de execução, de regimes de perda alargada, no que diz respeito a esta ser em espécie ou em valor não surge como causa de não reconhecimento e de não execução de decisão³²³.

Iniciando, então o estudo destas causas, chamamos, desde logo, a atenção para o artigo 8.º, n.º 1, alínea d) e 19.º, n.º 1, alínea d), que diz respeito à situação em que a infração penal foi cometida total ou parcialmente fora do território do Estado de emissão e total ou parcialmente no Estado de execução, sendo que neste, a conduta não configura uma infração penal. MÁRIO FERREIRA MONTE³²⁴ dá conta da necessidade de interpretar esta hipótese de recusa em articulação com o artigo 3.º evitando uma *contradictio in terminis*. Como explica o autor, mesmo que a conduta não seja uma infração penal no Estado de execução, se se enquadrar no n.º 1 do artigo 3.º, dispensará a verificação da dupla incriminação, devendo por isso ser executada. Se não se enquadrar no elenco do n.º 1, então sim, pelo n.º 2 do artigo 3.º tem o Estado de execução o poder de não executar a decisão, caso no seu ordenamento jurídico a conduta não se tratar de uma infração penal.

A alínea a) do n.º 1, do artigo 19.º e o artigo 8.º, n.º 1, alínea a), preveem a recusa por colisão com o princípio *ne bis in idem*³²⁵. Presente no artigo 29.º, n.º 5 da CRP, este princípio veda o julgamento do agente, mais do que uma vez, pelo mesmo facto. Em essência, um processo, unicamente, para cada facto. Decorrente da emergência da criminalidade internacional, assistiu-se a uma “evolução para a transnacionalidade” deste

³²³ NUNES, Duarte Rodrigues – Reflexões sobre a necessidade, ou não.... In CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (coords). – **O confisco não baseado numa condenação. 40 anos depois...** – Coimbra: Almedina, 2023, p. 357.

³²⁴ MONTE, Mário Ferreira – Reconhecimento mútuo de decisão de perda. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional...** – Coimbra: Almedina, 2021, p. 13.0

³²⁵ Para uma análise do princípio e da sua vigência no espaço de liberdade, segurança e justiça Cf. RAMOS, Vânia Costa – **Ne bis in idem e União Europeia**. – Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

princípio tendo “como finalidades, a segurança jurídica individual, salvaguarda da liberdade e, em derradeira função, a proteção da dignidade individual”³²⁶.

MÁRIO FERREIRA MONTE³²⁷ refere que o Regulamento não esclarece se esta colisão se refere à perda dos bens ou à infração que lhe dá origem. Considerando que o confisco se trata, sempre, de uma medida de restituição de bens, ligados de forma direta ou indireta a factos típicos, tendo, para o autor, natureza civil, não haverá violação deste princípio quando os factos que despoletaram a perda não são os mesmos.

Na perda clássica, artigo 109.º a 111.º do CP, há uma ligação direta dos bens com o ilícito criminal, tratando-se estes dos produtos, vantagens ou instrumentos do crime, em concreto, razão do processo penal, havendo, pois, o risco de ofensa ao princípio, sendo o facto o mesmo. Na perda alargada, originada pela condenação de um crime do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, confisca-se o património incongruente, *ex vi* do artigo 7.º da mesma Lei, não havendo essa ligação direta dos bens com um qualquer facto típico e ilícito em concreto. O que releva quanto ao respeito ao princípio é, então, o facto que lhe dá origem. Se este facto, do artigo 1.º, em que se baseia a perda alargada, for o mesmo, então estaremos perante uma potencial violação do *ne bis in idem*. Quando a perda é alargada, todavia a causa dela sejam factos típicos e ilícitos diversos, o princípio será respeitado e o reconhecimento e execução das decisões de perda ou apreensão deve, obrigatoriamente, ser levado a cabo.

Não valendo o princípio para os bens, independentemente da infração penal que dá origem à perda, pois, para o autor, isso “seria tomar a perda como uma sanção penal pelo facto”. Em relação à perda alargada, podem, então, existir duas decisões de perda, de Estados diferentes, sobre o património incongruente, abrangendo, assim, os mesmos bens, desde que o facto típico e ilícito que originou cada uma delas seja diferente. O que pode acontecer é o que está previsto no artigo 21.º, n.º 1, alínea c) do Regulamento, um adiamento da execução da decisão de perda quando “os bens já sejam objeto de um processo de execução da decisão de perda em curso no Estado de execução”.

³²⁶ TORRES, Agostinho Soares. – O princípio *ne bis in idem*: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia. **Revista Julgar**, N.º 14. (maio-agosto 2011), p. 87.

³²⁷ MONTE, Mário Ferreira – Reconhecimento mútuo de decisão de perda. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 125-129 .

Resumindo, “excetuando os casos em que a perda de bens é decretada por, na base, estar o mesmo facto (julgado duas vezes, portanto), não deve ser invocado este princípio nas restantes situações”.

A recusa, quanto ao reconhecimento de decisões de perda ou apreensão, pode ainda acontecer em caso de existir um privilégio ou uma imunidade na legislação do Estado de execução, ou ainda, regras que limitem a responsabilidade penal em matéria de liberdade de imprensa ou de liberdade de expressão noutras áreas que obstem à perda ou apreensão.³²⁸ O mesmo é possível, em relação à perda, quando os direitos das pessoas afetadas,³²⁹ de acordo com a legislação do Estado de execução, impeçam a execução da decisão de perda, designadamente quando esteja em causa as vias de recurso nos termos do artigo 33.º do Regulamento³³⁰.

Há, ainda, hipótese de recusa, em relação à decisão de perda, quando, em referência à certidão de perda, a pessoa alvo da decisão não tiver, pessoalmente, comparecido ao julgamento onde esta foi emitida, associada a uma condenação definitiva, de acordo com o artigo 19.º, n.º 1, alínea g) do Regulamento. Ressalvam-se as situações em que a certidão ateste que a notificação foi efetuada, pessoalmente, em tempo útil, ficando inequivocamente estabelecido que a pessoa tinha conhecimento do julgamento previsto e de que essa decisão de perda, em caso da sua não comparência, poderia ser proferida. Juntando-se ainda ter existido uma defesa efetiva, em sede de julgamento, por advogado mandatado por essa pessoa, ou designado pelo Estado. Além de que depois de notificada da decisão de perda, e informada do direito a novo julgamento ou recurso, onde teria o direito a estar presente e onde seria permitido a reapreciação do mérito da causa, incluindo de novas provas, o que poderia levar à revogação da decisão de perda, a pessoa declarou expressamente a sua não contestação da decisão, ou não requereu tempestivamente novo julgamento ou recurso.

Digna de especial realce é a recusa prevista na alínea f), do n.º 1 do artigo 8.º e no artigo 19.º, n.º 1, alínea h), quanto ao reconhecimento e execução de decisões de apreensão ou perda quando em “situações excecionais” existam “motivos substanciais” que levem, “com base em elementos de prova objetivos e específicos”, a crer que, naquelas circunstâncias específicas, a execução levaria a “uma violação manifesta de um

³²⁸ Cf. artigo 8.º, n.º 1, alínea b) e 19.º, n.º 1, alínea b) do Regulamento (UE) 2018/1805.

³²⁹ Estas definidas no artigo 2.º, 10) do Regulamento (UE) 2018/1805.

³³⁰ Cf. artigo 19.º, n.º 1, alínea e) do Regulamento (UE) 2018/1805.

direito fundamental relevante tal como estabelecido na Carta”, em particular o direito a recurso efetivo, a um julgamento equitativo ou ao direito de defesa.

Para CONDE CORREIA³³¹ permitir ao Estado de execução “sindicar o respeito daqueles direitos fundamentais pelo Estado de emissão” significa introduzir “uma grande entorse ao princípio do reconhecimento mútuo”, podendo, até, colocar em causa a livre circulação de decisões judiciais. Fazendo referência à confiança mútua e à presunção de que os outros EM respeitam, não só o Direito da União, mas especialmente os direitos fundamentais, base da criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, *ex vi* do Considerando 34 do Regulamento, o autor alerta que a admissão desta recusa, “(ainda que apenas em situações muito excecionais)”, devido a uma “alegada violação dos direitos fundamentais desperta o perigoso vírus da desconfiança, destrói essa imprescindível confiança mútua e afasta aquela presunção, colocando em risco a criação de um verdadeiro espaço judiciário europeu.”

De notar que o Considerando 21 e o artigo 1.º, n.º 3 do Regulamento obrigam a autoridade de emissão, ao emitir uma decisão de perda ou apreensão, a respeitar os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Porém, o seu desrespeito, não figura como uma causa de recusa do reconhecimento, senão quando perante os direitos na CDFUE³³².

Referindo-se ao princípio do reconhecimento mútuo e ao espaço penal europeu, cujo pressuposto é a confiança mútua³³³, ANABELA MIRANDA RODRIGUES³³⁴ considera esta uma variável, não passível de atribuição de valor normativo, somente descritivo. A autora alerta para o “caráter artificial” que a invocação dessa confiança pode ter, sendo que “quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito.” Assim, o controlo jurisdicional não se configura numa “lógica de confiança”, pois trata-se de uma “questão de garantia «concreta» e «real» e não «ilusória» ou «formal».” Tal terá como consequência a possibilidade da não execução de uma decisão emitida noutro EM em proteção aos direitos fundamentais.

³³¹ CORREIA, João Conde - Reconhecimento mútuo... **Revista Julgar**, N.º 39, p. 192.

³³² SIMÕES, Rita – O regulamento... *In* CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, p. 50.

³³³ Quanto a uma crítica à confiança recíproca a par do reconhecimento mútuo, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do mandado de detenção europeu**. – Coimbra: Almedina, 2006, pp. 321-325

³³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – O Regulamento (UE) 2018/1805... *In* CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 28-32.

A confiança mútua advém da “intersubjetividade e é evolutiva”, não podendo depender totalmente de critérios objetivos e obrigando a perpétuos ajustamentos pelos atores da justiça penal. O grau de expectativa que a compõe ultrapassou a capacidade de adaptação do sistema penal a esta. Como escreve ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a “confiança mútua é, assim, afinal, o que faz com que se seja cada vez mais exigente em face do mecanismo que a permitirá ir atingindo e que é o reconhecimento mútuo.”

RITA SIMÕES³³⁵ alerta que perante um “mecanismo simplificado tendencialmente automático” a exequibilidade do controlo jurisdicional é duvidosa, em particular quanto à violação manifesta dos direitos fundamentais, sendo que a autoridade de emissão transmite a decisão e a certidão, porém não as provas que fundamentaram a primeira, o que decorre da “matriz de confiança mútua” que alicerça o reconhecimento mútuo. Por conseguinte, “ou a manifesta violação de direitos fundamentais resultará da decisão e certidão enviadas pela autoridade de emissão, ou apenas poderá ser controlada em momento posterior à execução, mormente através da utilização das vias de recurso.”

A recusa, quer para decisões de perda como de apreensão pode ainda ter lugar, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea c) e 19.º, n.º 1, alínea c) do Regulamento quando a certidão estiver “manifestamente incorreta” ou em caso de incompletude desta, não sendo esta preenchida corretamente na sequência da consulta a que se refere o n.º 2 dos referidos artigos. Essa consulta, do Estado de execução ao emissor, prevista, também, no Considerando 35, acontecerá, imperativamente, em todas estas causas de recusa, antes da decisão de não reconhecimento do Estado de execução, usando todos os meios adequados e se necessário, solicitando que a autoridade de emissão preste, o mais rápido possível, as informações necessárias à decisão. Pelo n.º 3 do artigo 8.º e n.º 3 do artigo 19.º, do Regulamento a decisão de não reconhecimento da decisão de perda ou apreensão é tomada “sem demora” e notificada imediatamente à autoridade de emissão, usando todos os meios que permitam manter um registo escrito.

Quanto ao prazo para a tomada de decisão de reconhecimento e execução, vemos que a celeridade é palavra de ordem. De acordo com o artigo 20, n.º 1 do Regulamento esta, quando referente à perda, deve ser tomada “sem demora” pela autoridade de execução, “o mais tardar 45 dias após ter recebido a certidão”. De referir que, pelo n.º 5 do mesmo artigo, a expiração desse prazo não exime a autoridade de execução da

³³⁵ SIMÕES, Rita – O regulamento... In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, p. 51.

obrigação de tomar uma decisão sobre o reconhecimento e de executar a decisão “sem demora”, o mesmo acontecendo quanto às apreensões, artigo 9.º, n.º 6 do Regulamento.

Ainda quanto às apreensões, *ex vi* do artigo 9.º, n.º 1, do Regulamento, a decisão deverá ser tomada “sem demora e com a mesma rapidez e prioridade que em processos nacionais similares”, após recebimento da certidão. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, se a autoridade de emissão indicar na certidão uma data em “que a execução da decisão de apreensão tem de ser executada” a autoridade de execução deverá ter em conta esse requisito na medida do possível. No caso de *periculum in mora* “ou para dar resposta a quaisquer necessidades processuais ou de investigação no Estado de emissão”, conforme o n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento “a autoridade de execução toma uma decisão de reconhecimento da decisão de apreensão o mais tardar 48 horas após ter recebido a decisão de apreensão”, devendo-a executar “o mais tardar” nas 48 horas seguintes. Sem prejuízo do n.º 4 do mesmo artigo e do n.º 5 do artigo 9.º, do Regulamento, este quanto à perda, referentes a uma impossibilidade de execução no caso específico, dentro dos prazos, devendo haver uma consulta com a autoridade de emissão sobre o calendário adequado ao reconhecimento e execução.

Não havendo motivos para o não reconhecimento ou para um adiamento³³⁶, a autoridade de execução reconhece e toma as medidas necessárias para a execução das decisões, de perda ou apreensão, como se se tratasse de uma decisão nacional emitida por autoridade do Estado de execução, artigo 7.º, n.º 1 e 18.º, n.º 1, do Regulamento, sendo que no caso da perda, as medidas concretas necessárias para a execução devem ser tomadas “pelo menos, com a mesma rapidez e prioridade que em processos nacionais similares”, *ex vi* do n.º 3 do artigo 20.º do Regulamento. Uma análise menos benigna poderia concluir que se almeja uma rapidez na execução destas decisões de perda, tendencialmente superior às dos processos nacionais, vista esta somente como patamar mínimo.

No que tange aos direitos de defesa, o Considerando 18, do Regulamento, estabelece que os direitos processuais estabelecidos nas Diretivas 2010/64/UE³³⁷,

³³⁶ As causas de adiamento do reconhecimento e execução de uma decisão de apreensão encontram-se no artigo 10.º n.º 1 e de perda no artigo 21.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2018/1805. Destaca-se a alínea a), em ambos os artigos, referente ao possível prejuízo que a execução poderia acarretar para uma investigação criminal em curso, podendo, nesse caso, esta ser adiada pelo tempo que a autoridade de execução considere razoável.

³³⁷ **Diretiva 2010/64/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal.

2012/13/UE³³⁸, 2013/48/UE³³⁹, (UE) 2016/343³⁴⁰, (UE) 2016/800³⁴¹ e (UE) 2016/1919³⁴² do Parlamento Europeu e do Conselho deverão ser aplicáveis, no âmbito de aplicação dessas diretivas, aos processos penais abrangidos pelo Regulamento quanto aos EM vinculados às mesmas. Por conseguinte, não se desenvolve no Regulamento uma densificação dos direitos de defesa aos procedimentos nele previstos.

NUNO BRANDÃO³⁴³ alerta que considerar que os direitos processuais, das pessoas afetadas, estas definidas no artigo 2.º, 10), estão aptamente defendidos por integrarem instrumentos comunitários se trata de um “*wishful thinking*” ignorando, a não rara, deficiente transposição destes para os ordenamentos jurídicos nacionais e procurando atribuir às Diretivas “uma projeção e efetividade” que no contexto de cooperação judiciária para recuperação de ativos não existe.

O autor lembra, que a Decisão-Quadro 2003/577/JAI e a Decisão-Quadro 2006/783/JAI se revelaram insuficientes, como fizemos já referência, para um eficaz reconhecimento mútuo das decisões de perda ou apreensão, pela sua transposição e aplicação não uniforme, sendo necessário um Regulamento, “no sentido material do termo”, para aplicação direta nos EM. Como se pode, então, sustentar que as Diretivas referentes aos direitos processuais são bastantes para garantir um efetivo direito de defesa às pessoas afetadas pelo Regulamento?

Refere, ainda, o autor que os meios de defesa previstos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados de execução e emissão, que se aplicam a estas questões processuais, de caráter transnacional, não foram, em regra, estabelecidos com essa dimensão em mente, não estando, por isso, muitas vezes habilitados a responder a questões específicas

³³⁸ **Diretiva 2012/13/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal.

³³⁹ **Diretiva 2013/48/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares.

³⁴⁰ **Diretiva (UE) 2016/343** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal.

³⁴¹ **Diretiva (UE) 2016/800** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal.

³⁴² **Diretiva (UE) 2016/1919** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus.

³⁴³ BRANDÃO, Nuno – Cooperação judiciária para efeitos de recuperação de ativos e direitos de defesa, em especial no âmbito do regulamento (UE) 2018/1805. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional**... – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 210-217; 224.

levantadas pelo alcance além-fronteiras do processo. A necessidade de uma previsibilidade decorrente de normas “claras e precisas” para uma defesa efetiva, é multiplicada exponencialmente por esta natureza transnacional. Para o autor, se é exagerado dizer que as pessoas afetadas por este Regulamento foram “abandonadas à sua sorte”, talvez não seja demais concluir que “foram abandonadas à sorte que os EM lhes decidam reservar, com todos os riscos de assimetrias e disparidades inerentes”.

Pela nossa parte, aplaudimos o controlo jurisdicional quanto a possíveis violações “manifestas” de direitos fundamentais e a preocupação do Regulamento em assegurar uma concordância prática entre estes e a eficácia do reconhecimento mútuo, *ex vi* do Considerando 19. Porém, é indisputável que o desiderato aqui é a desenvoltura e eficácia do procedimento, sendo a recusa cerceada e o efetivo controlo de abusos efetuado *ex-post*, em sede de recurso, em especial quando se verificam os prazos estabelecidos pelo Regulamento para a tomada da decisão sobre o reconhecimento e quanto à execução das decisões. É indubitável que ao tomar a decisão baseando-se, apenas, nas certidões um verdadeiro controlo jurisdicional se torna impraticável, pela carência de elementos, não passando, na verdade, de uma previsão oca, destinada a apaziguar e não a funcionar. Destarte, a lógica é a de atuar primeiro e verificar depois. Um salto de fé!

A pressão sobre o Estado de execução é inquestionável, sendo que mesmo antes de tomar uma decisão de recusa, de acordo com o elenco taxativo de motivos, ainda há a obrigação de procurar, aí sim, mais elementos junto da autoridade de emissão, para tentar debelar as dificuldades e assegurar o reconhecimento. Comparando os obstáculos ao não reconhecimento, com a simplificação da decisão de reconhecimento, a diferença é abismal. O mesmo acontece quando se pesa a regulamentação dos direitos de defesa, deixado em grande parte aos ordenamentos jurídicos internos, contra a regulamentação sólida e pormenorizada do procedimento tendente ao reconhecimento e execução da decisão de perda ou apreensão. Mais do que o Direito escrito, a «infinita» confiança mútua apresenta-se como a grande garantia.

3.3. Uma visão holística do confisco

Debruçando-nos sobre a teleologia do confisco, CONDE CORREIA³⁴⁴ considera-o como um mecanismo imprescindível na luta contra a praga da criminalidade, cujo precípua objetivo é o lucro, proclamando a sua otimização. “Em vez da sua proibição a sua maximização: à proibição do confisco devemos hoje contrapor o maior confisco admissível no quadro de um Estado de Direito”. O autor³⁴⁵ dá conta de como “por todo o lado, surgem propostas mais ou menos arrojadas para a sua implementação como forma de reacção à criminalidade: uma espécie de panaceia contra todos os males”, sustentando que nenhum dos fins das penas será concretizado se, depois de esta ser cumprida, o agente ficar em posse dos proventos originados pelo crime. Dá, ainda, nota de como certas fenomenologias criminais revelam, por parte dos agentes, “uma grande insensibilidade às penas clássicas, só podendo ser combatidas através da apropriação dos seus proventos.”

PEDRO CAEIRO³⁴⁶, também, faz referência aos casos em que há um cálculo do agente, pesando o ganho material pela prática do crime contra a pena cominada pela ordem jurídica, funcionando a última como um custo, eventual (devido à probabilidade de não ser sequer punido) de um lucro económico. É aqui que tem lugar o brocardo “o crime não compensa” ou não deve compensar.

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE³⁴⁷ defendem que a repressão da criminalidade organizada não passará “a fase platónica” se não se concentrar na recuperação de ativos, impedindo, uma vez mais, o crime de compensar. Tal só acontecerá se os agentes, além da condenação e da pena aplicada, “sofrerem o abalo económico” resultante da perda. Dizem, mesmo, os autores, que “se vai firmando uma ideia de superação da prisão como fulcro da reacção penal em favor de soluções que viabilizem o “asfixiamento económico” do agente do crime”, facilitando a apreensão dos bens e dos *instrumenta* e *producta sceleris*, da “atividade criminosa, actual ou pregressa, e a sua perda ou confisco”.

³⁴⁴ CORREIA, João Conde - Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014 (o arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime). *Revista Julgar Online*. 2014. p. 15.

³⁴⁵ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, pp. 25-26.

³⁴⁶ CAEIRO, Pedro – Sentido e função... In **RPCC**. Ano 21, N.º 2. – Coimbra: Coimbra Editora, p. 275

³⁴⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís – Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem... **Revista Julgar Online**, p. 2.

Está em causa a prevenção geral e especial, conjugadas com uma análise económica do Direito³⁴⁸, quanto ao processo racional do criminoso, em relação ao risco, numa abordagem utilitarista de pesar os custos e os benefícios antes de tomar a decisão de cometer ou não o crime. JOHAN BOUCHT³⁴⁹ explica que um confisco eficiente diminui a propensão para o delito do criminoso, funcionando menos através do medo da consequência e mais por tornar inútil a prática do crime, além do efeito positivo na comunidade, produzido pela comprovação de que o crime não compensa.

Porém, o autor dá nota de que muitas destas conceções são fruto do senso comum e teorias, não havendo um corpo de estudos alargado, que o comprovem empiricamente. Além de que para o efeito se fazer sentir, será necessário que o agente saiba e compreenda as consequências a que está sujeito, que esse conhecimento influencie a sua escolha e que perante tudo, ele escolha agir de acordo com o Direito. Ou seja “a prevenção através do castigo ocorre, apenas, na extensão da percepção do prospetivo ofensor, da severidade, certeza e rapidez das sanções, ser suficientemente alta.” Sendo que a suscetibilidade à prevenção varia, ainda, de indivíduo para indivíduo.

HANS-JÖRG ALBRECHT³⁵⁰ sustenta que são os mercados negros em que o criminoso se move, respondendo à procura, que proporcionam as oportunidades de lucro e servem de base à decisão racional de cometer o delito. Assim, enquanto estes existirem, “é improvável que as penas que visam a supressão de incentivos venham a ter uma influência significativa”. Como tal, para o autor, “o risco de se voltar a perder os proventos tem apenas efeitos muito marginais sobre a decisão”.

STEFAN D. CASSELLA³⁵¹ considera que a condenação criminal não é o único objetivo, disputando a ideia de que seja sempre mais positivo que uma investigação

³⁴⁸ ARLINDO DONÁRIO e RICARDO BORGES DOS SANTOS, quanto à análise económica da decisão de cometer um ilícito criminal, apontam a sanção legal esperada, conjugada com outros fatores determinantes, como, designadamente, a cultura, a educação, as desigualdades económicas, a biologia, a propensão ao risco que varia em cada indivíduo, assim como as sanções internas do sistema axiológico por que o indivíduo se rege. “Todos estes fatores atuam sobredeterminadamente, influenciando-se mutuamente numa relação dialética, pelo que o combate ao crime tem de ter em conta uma atuação sistémica e não apenas focar-se em um ou outro dos fatores de forma isolada.” DONÁRIO, Arlindo; SANTOS, Ricardo Borges dos – **Análise económica dos contratos e do crime: o impacto da Análise económica do Direito na jurisprudência portuguesa**. – Lisboa: Edições Sílabo, 2021, p. 12.

³⁴⁹ BOUCHT, Johan – *The limits of asset confiscation...* – Hart Publishing, 2017, pp. 104-107 (tradução nossa).

³⁵⁰ ALBRECHT, Hans-Jörg – Criminalidade Organizada na Europa. In DIAS, Augusto Silva... – 2.º Congresso de Investigação Criminal. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 94.

³⁵¹ CASSELLA, Stefan D. – *Choose your weapon...* *Journal of money laundering control*. Vol. 21, N.º 3. (jul. 2018), p. 341 (tradução nossa).

criminal resulte num processo penal e condenação do que quando, através da *civil forfeiture*, o confisco civil, o governo “simplesmente toma posse da propriedade de alguém e segue em frente.” Para o autor, há muitos contextos em que o resultado mais satisfatório de uma investigação, ou até o seu único objetivo, é a recuperação de bens e não a condenação de alguém pela prática de qualquer crime.

Já DUARTE RODRIGUES NUNES³⁵² sustenta que mesmo nos casos em que o objetivo da criminalidade organizada, *stricto sensu* seja de outra natureza, como, designadamente, obtenção de poder, o lucro será sempre vital para a sua manutenção e prosperidade, nomeadamente, para a proteção dos seus membros e da própria organização, contratação de atores externos (o crime como serviço), ou corrupção. Além disso o lucro é, também, utilizado para a prática de novos crimes ou para intervir na economia lícita. Por todas essas razões é indubitável que a privação dos ativos provenientes dos seus atos ilícitos “é absolutamente essencial para responder eficazmente ao crime organizado, ao terrorismo e ao crime económico”.

3.3.1. A administração e o destino dos ativos recuperados

O SOCTA de 2021³⁵³ considera o confisco um ponto chave na vitória na guerra à criminalidade organizada transnacional, recomendando o reforço do regime na UE, integrando e alinhando todo o processo entre o sistema judicial, polícias e gabinetes de recuperação de ativos. Processo que é composto por cinco etapas: a identificação, a apreensão, a administração, a perda e por fim, a disposição dos bens. MICHELE SIMONATO³⁵⁴ considera que, embora a recuperação de ativos dependa de uma “complexa cadeia”, desde a investigação até à perda, repatriamento dos ativos e uso destes pelas autoridades nacionais, a UE se tem focado principalmente na regulação do confisco, em três dimensões, a harmonização, o reconhecimento mútuo e a cooperação horizontal, deixando de lado as outras fases do processo. Tal descuido pode ter efeitos nefastos na eficácia do instituto e no seu efeito na prevenção.

³⁵² NUNES, Duarte Rodrigues – A incongruência do património... In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, pp. 14-16.

³⁵³ EUROPOL – *European Union serious and organized crime threat assessment...* – Publications Office of the European Union, 2021, p. 30.

³⁵⁴ SIMONATO, Michele – *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation: a step forward on asset recovery?*. *New journal of European criminal law*. Vol. 6, N.º 2. (2015), pp. 246-247.

Um estudo da EUROPOL³⁵⁵, sobre as estatísticas nos EM, entre 2010 e 2014, revelou que 98,9 % dos lucros criminosos estimados não foram confiscados, tendo ficado na posse dos criminosos. Nesse período 2,2 % dos estimados lucros do crime foram apreendidos preventivamente, porém apenas 1,1 %, ou seja, 50%, acabaram por ser confiscados. Anualmente €2.4 biliões foram apreendidos/congelados e €1,2 biliões confiscados. Segundo o relatório, a diferença deve-se à dificuldade de prova da ilicitude dos bens ou à dilação nos procedimentos que leva à perda do valor dos bens, incluindo naqueles que venham a não ser confiscados e «devolvidos» ao agente, nomeadamente por este ter sido inocentado no processo penal dirigido ao crime do catálogo.

Os efeitos da desvalorização fazem-se sentir, até na própria cooperação entre os Estados, sendo um entrave à eficácia. Quanto à criminalidade económico-financeira, MARIA DO CARMO SILVA DIAS³⁵⁶ alerta para a necessidade de meios, destacando as diferentes formas de cooperação internacional, nomeadamente, “na utilização de técnicas especiais de investigação, as investigações conjuntas, a transferência de condenados, a transferência de processos penais”, que se assumem como um todo imprescindível para “recuperar o máximo de ativos ilícitos”. A autora explica que a eficácia implicará a confiança entre os Estados, pois é imperiosa a existência de um contínuo fluxo de informações, dados e conhecimentos entre as diversas autoridades nacionais, a nível transfronteiriço.

Todo este processo tem, obviamente, custos para os Estados, devendo estes ser ressarcidos. É, aliás, esta recuperação, segundo a autora, que levará os Estados a estarem “mais disponíveis para colaborar e serem mais eficientes no cumprimento dos objetivos que lhes sejam pedidos.” A opção mais acertada para efetuar esse reembolso, de despesas e custos, “será que estes sejam retirados antes da partilha internacional dos ativos recuperados”. É, pois, vital que haja uma orientação pela “rentabilização e elevação do valor económico dos ativos apreendidos e recuperados” sendo que os valores, depois da decisão de perda, serão de enorme importância na partilha dos ativos para remir as múltiplas despesas dos Estados.

Sem embargo, outros usos se impõem, também, para os ativos recuperados, não só em relação às vítimas dos crimes, mas também junto da comunidade. Isso mesmo diz

³⁵⁵ EUROPOL – **Does crime still pay?...** – Luxemburgo: *Publications Office of the European Union*, 2016, pp. 4-5; 11.

³⁵⁶ DIAS, Maria do Carmo Silva – Partilha internacional dos ativos recuperados. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional...** – Coimbra: Almedina, 2021, pp. 308-309.

a Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, no Considerando 35, ao exortar os Estados a “considerar a possibilidade” de utilizar os bens confiscados para “projetos de interesse público e utilidade social” ou de “repressão e prevenção da criminalidade”. O mesmo aparece consagrado no artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva. Porém tal uso fica ao critério dos Estados Membros, não sendo essa obrigação imposta.

STEFANO MONTALDO³⁵⁷ avança com a ideia de que além das vítimas individuais, formais, as comunidades num todo sofrem com esta criminalidade, através dos danos suportados pela ausência de segurança pública, oportunidades económicas e barreiras ao desenvolvimento. Como tal, numa perspetiva restaurativa, os ativos recuperados devem ser usados, também, nas comunidades locais, sendo primordial a visibilidade dada ao seu destino, mostrando que o crime não compensa, e suscitando a confiança e a cooperação entre os cidadãos e as autoridades públicas.

BARBARA VETTORI e ANDREA DI NICOLA³⁵⁸ focam a importância desta prática, dando conta de que no uso tradicional dos ativos recuperados, o valor é usado para causas públicas, porém a perceção da sua natureza e origem é distorcida junto da comunidade, pois os fundos são misturados nos orçamentos públicos, não sendo possível identificar o seu destino específico. O uso social, em projetos específicos, através da transferência para instituições locais ou estatais, ou organizações não-governamentais, civis, torna esta ligação clara, aumentando o valor preventivo do instituto da perda, podendo “incentivar as comunidades locais a tomar uma posição contra o crime (organizado), assim ativando uma «luta social» contra ele.”.

Além deste efeito, destacamos, ainda, a possibilidade de sanar os efeitos desta criminalidade grave, junto das comunidades, em regra, marginalizadas, em cujo ambiente de miséria e degradação está a sua origem e base. Defendemos que tal terá impacto na juventude, presa fácil destes grupos, com a criação de oportunidades, impedindo a entrada numa «vida de crime». Impacto na reabilitação de bairros, no financiamento de instituições focadas na recuperação da adição de estupefacientes, em suma, no apoio às vítimas invisíveis e indiretas e no combate ao círculo vicioso que perpetua e potencia a

³⁵⁷ MONTALDO, Stefano – *Directive 2014/42/EU and social reuse of confiscated assets in the EU: advancing a culture of legality*. *New journal of European criminal law*. Vol. 6, N.º 2. (junho 2015), pp.199-200.

³⁵⁸ NICOLA, Andrea di; VETTORI, Barbara – *The social reuse of confiscated assets in EU Member States: from current experiences to an EU policy for a ‘Powered-by-Citizens’ fight against crime*. In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds) – *Chasing criminal money...* – Hart Publishing, 2017, p. 326 (tradução nossa).

prosperidade deste cancro social, a criminalidade organizada. A simetria é clara e lógica. Usar os lucros do crime para a criação e solidificação do capital social³⁵⁹ dentro das comunidades, promovendo a coesão e parando a deterioração.

Um estudo³⁶⁰, levado a cabo pelo Instituto de Governança de Basileia, a pedido da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, do Parlamento Europeu, faz, igualmente, referência às vantagens de usar os ativos recuperados nas comunidades mais afetadas pelo crime organizado, designadamente pelo tráfico de drogas, numa ótica de prevenção e combate do crime a nível local, procurando ainda o envolvimento da sociedade civil, numa atitude proativa, promovendo, também, a transparência em todo o processo. Porém, a conclusão foi que o uso dos bens confiscados para “propósitos sociais”, “não tem sido uma prática usada de forma ampla, nos EM”, sendo que, apesar de toda a legislação europeia no domínio da recuperação de ativos, “atenção limitada tem sido dada a que destino devem ter os bens confiscados.”

Um estudo aprofundado, “*RECAST – REuse of Confiscated Assets for social purposes: towards Common EU standards*”, foi encomendado pela Comissão Europeia e elaborado pela Universidade de Palermo em conjunto com o “*Center for the Study of Democracy*”, a “*Flare Network*” com o apoio da “*United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*” e da italiana “*Agenzia Nazionale per L’amministrazione e la Destinazione dei beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità organizzata*”³⁶¹. Com base nesse estudo TODOR KOLAROV e BARBARA VETTORI³⁶² apontam que os meios de disposição dos bens confiscados nos EM são legislados no Direito penal substantivo ou processual, sendo as abordagens diversas entre si, não havendo um quadro legal da UE que imponha regras mínimas quanto à matéria. Os autores mencionam que, em vários EM, a sociedade civil fica ausente do processo de decisão quanto à disposição

³⁵⁹ Sobre a importância da comunidade, das redes de ligações interpessoais, da confiança e do «capital social» na prevenção criminal Cf. GATTI, Uberto – *Social Capital and crime*. In CALDERONI Francesco; CANEPPELE, Stefano (eds) – **Organized crime, corruption and crime prevention: essays in honor of Ernesto U. Savona**. – Nova Iorque: Springer, 2014, pp. 61-66.

³⁶⁰ *DIRECTORATE General for internal policies, Policy Department C: citizens’ rights and constitutional affairs; civil liberties, justice and home affairs. Basel Institute on Governance - The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social purposes*. – Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2012, p. 54.

³⁶¹ Para uma síntese do projeto e do seminário onde foram discutidos os resultados, além das propostas/conclusões que daí brotaram Cf: TRINDADE, José Luis F. – **Projeto “RECAST = REuse of Confiscated Assets for social purposes: towards Common EU standards”**. Síntese. [Em linha]. Ministério Público. 2014. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_recast.pdf

³⁶² KOLAROV, Todor; VETTORI, Barbara – **Disposal of confiscated assets in the EU member states: laws and practices**. – Sófia: Center for the study of democracy, 2014, pp. 20; 33-35.

da propriedade confiscada, sendo esta considerada, em regra, propriedade do Estado, sustentando, ainda, que é a perceção da comunidade da origem dos fundos, o confisco, que define o conceito de «uso social» e que esta é, em regra, inexistente.

O que parece semelhante é o facto de a venda ser o principal modo de disposição dos bens, sendo o valor usado, em regra, para “complementar o orçamento de Estado ou para a compensação da vítima”. O uso social, quanto tem lugar, assume diferentes formas na UE. Pode ser aplicado apenas a bens móveis ou também a bens imóveis. Pode ter uso nacional ou apenas local e pode ser dirigido aos ativos recuperados de toda a criminalidade grave ou apenas de um catálogo de crimes, em regra, relacionados com o tráfico de droga.

BARBARA VETTORI e ANDREA DI NICOLA³⁶³ alertam para alguns problemas, ao longo da UE, neste domínio, que impedem a eficácia desta prática. Nomeadamente, restrições legais que diminuem o universo de potenciais beneficiários, além de falta de interesse destes nos bens recuperados. Terceiros que reclamam compropriedade, falta de recursos humanos nas entidades a cargo dos processos, incerteza e desconhecimento dos procedimentos nos tribunais, que são complexos e nem sempre transparentes, além de longa duração, são também fatores impactantes. Destaca-se, ainda, a informação deficiente quanto aos bens disponíveis, além da pouca publicidade do esquema e a ausência de uma avaliação *ex-post* quanto à eficácia. Juntando-se ainda as circunstâncias em que os bens estão em mau estado, sendo que o custo da sua recuperação é superior ao benefício, não fazendo sentido económico.

A Diretiva 2014/42/UE, no Considerando 32, alerta para a necessidade de gerir os bens congelados de modo a evitar a sua desvalorização, aconselhando a criação de serviços nacionais centralizados, para a administração e preservação dos ativos na pendência da decisão judicial. Em Portugal, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva, alterou a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, onde se regula o Gabinete de Administração de Bens (GAB), estabelecendo, *ex vi* do artigo 1.º, n.º 2, “as regras de administração dos bens recuperados, apreendidos ou perdidos a favor do Estado, visando a sua boa gestão e, se possível, o seu incremento patrimonial”, estando estas no capítulo III, artigo 10.º e seguintes.

³⁶³ NICOLA, Andrea di; VETTORI, Barbara – *The social reuse of confiscated assets in EU Member States...* In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds) – *Chasing criminal money...* – Hart Publishing, 2017, pp. 334-337; 342-343.

Nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 10.º, da Lei n.º 45/2011, compete ao GAB “determinar a venda” e da alínea c) do mesmo número e artigo, “determinar a afetação a finalidade pública ou socialmente útil conexa com a administração da justiça, conquanto os bens a afetar se revelem de interesse para a entidade beneficiária e sejam adequados ao exercício e prossecução das suas competências legais ou estatutárias”. Repare-se que este uso social é fortemente limitado e delimitado pela conexão exigida da entidade com a administração da justiça, “ou seja, e contrariamente ao pretendido da Diretiva, limitou a possibilidade de afetações, nomeadamente as de cariz social”³⁶⁴.

De referir que nos termos do artigo 11.º-C da Lei n.º 45/2011, a venda realiza-se preferencialmente por leilão eletrónico, que nos termos do Despacho n.º 12624/2015, de 09 de novembro, que “define como entidade gestora da plataforma de leilão eletrónico a Câmara dos Solicitadores e homologa as regras do sistema aprovadas por essa entidade” terá lugar na plataforma www.e-leiloes.pt.

Segundo o GAB, em 2021 foram colocados à venda, em leilão eletrónico, bens avaliados em cerca de milhão e meio de euros. Uma quantia superior a 400 mil euros, da receita proveniente da administração de bens perdidos a favor do Estado, foi distribuída ao Fundo para a Modernização da Justiça, ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça e à Comissão de Proteção às Vítimas de Crimes. Além, de que “uma das prioridades do GAB tem sido a afetação de viaturas a finalidade pública, contribuindo assim para o reforço da frota automóvel do Ministério da Justiça com recurso a viaturas apreendidas ou perdidas a favor do Estado. Neste âmbito, em 2021, o GAB procedeu à entrega de 15 viaturas a vários organismos, entre os quais a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e o Departamento Central de Investigação e Ação Penal.” Em 2022 o GAB administrava “cerca de 2400 bens de várias tipologias, avaliados em mais de 80 milhões de euros”³⁶⁵.

³⁶⁴ PINHEIRO, Carla – O que é que a transposição da diretiva 2014/42/UE, do Parlamento e do Conselho Europeu de 3 de abril de 2014, consagrada na lei n.º 30/2017, de 30 de maio, veio alterar quanto às regras determinadas para o gabinete de administração de bens (GAB)? In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM, 2018, p. 310 A autora considera, ainda, que o legislador deveria ter ido mais longe do que a simples transposição de “um mínimo das normas contidas na Diretiva”, em particular na agilização e facilitação de “formas diversas de administração de bens”. p. 311.

³⁶⁵ IGFEJ – Gabinete de Administração de Bens em números. **Notícias do IGFEJ**. (09-06-2022). [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://igfej.justica.gov.pt/Noticias-do-IGFEJ/Gabinete-de-Administracao-de-Bens-em-numeros>

3.3.2. A investigação e a cultura jurídica

Tudo começa na fase inicial do processo de recuperação de ativos: a investigação. É crucial dotar as autoridades de meios, operacionais, financeiros e legais e de corpos de elite, especializados, para navegar os labirintos do capital, iluminar o obscurecido e derrotar os artifícios da dissimulação.

Impõe-se uma “completa e exaustiva investigação financeira ou patrimonial, frequentemente realizada em vários recantos do globo”, em busca dos ativos detidos pelo arguido ou na posse de terceiros. Investigação cujo êxito implica “necessidades específicas, ritos e tempos” que, segundo CONDE CORREIA³⁶⁶, são, amiúde, “pouco compatíveis” com os “instrumentos, as formalidades e os prazos” do processo penal clássico, essencialmente dirigidos à investigação e prova do delito criminal e aplicação da respetiva consequência jurídica.

BARBARA VETTORI³⁶⁷ refere, também, que os meios especiais de investigação para localizar lucros ilícitos são escassamente utilizados, sendo que a investigação se dirige primariamente ao agente e não à sua riqueza, procurando-se principalmente “recolher provas do crime cometido (o autor, as circunstâncias, etc.)”, cujo benefício para o confisco é “indireto”, consubstanciando-se apenas, na maior probabilidade de condenação, “geralmente um pré-requisito para a confiscação.”

O grau de cooperação de instituições não-financeiras é também diminuto, devido à falta de treino dos seus empregados para “lidar com operações suspeitas”. Juntando-se, igualmente, a “extremamente limitada” cooperação de informadores e testemunhas na investigação financeira, demonstrando os EM uma “inabilidade para explorar” ambos quanto a informações sobre a riqueza da organização. Em particular, quanto aos informadores, existe a barreira da impossibilidade do seu anonimato no processo penal, levando ao medo de retaliações e a uma cooperação reduzida.

O potencial da inversão do ónus da prova também não é explorado na sua total dimensão. Não só os criminosos se demonstram cada vez mais hábeis a providenciar justificações lícitas para os bens na sua posse, como raramente usam bens para os quais não tenham assegurado origens legais fictícias. A autora refere que, em regra, os juízes não só não entendem e interpretam de forma incorreta o mecanismo da inversão de prova,

³⁶⁶ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. – Lisboa: INCM, 2012, pp. 215-216.

³⁶⁷ VETTORI, Barbara – **Tough on criminal wealth...** – Springer, 2006, pp. 111-116.

havendo, incluindo nos magistrados, uma falta de especialização, como consideram a origem lícita dos bens provada de forma “demasiado fácil”.

Existe, também, um “significante problema cultural”. A recuperação de ativos, em grande parte dos EM não se integra no núcleo da atividade nem faz parte das preocupações base dos operadores do sistema judicial sendo vista como demasiado custosa, responsável por dilações no processo e por um incremento na pressão e no trabalho a desenvolver, não havendo incentivos ou reconhecimento nas instituições do esforço adicional, mas sim uma “carência de estruturas motivacionais”³⁶⁸.

Em Portugal, a PGR, em parceria com a Polícia Judiciária, a *Fiscalía General del Estado*, de Espanha e o *Bureau Ontnemingswetgeving* OM — B.O.O.M. (Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos), num esforço para ultrapassar estas condicionantes, trouxe-nos o Projeto Fenix, com início em 2009 e seminário de encerramento em 2011. Constatando que a reação penal na UE estava centrada na sanção ao arguido, desvalorizando a recuperação de ativos, visou sensibilizar os “actores da justiça e outras entidades relevantes” para a necessidade do aumento da utilização, em particular, do regime da perda alargada ampliada e do reforço da cooperação internacional.

Procedeu-se à elaboração de um diagnóstico das “potencialidades e bloqueios nos planos normativo e operativo”, e decorrente dos resultados, a “elaboração de produtos específicos, destinados a promover a capacitação de magistrados, órgãos de polícia criminal e outros profissionais da justiça, bem como de entidades administrativas envolvidas no processo de recuperação de activos”, designadamente, um “manual de boas práticas”³⁶⁹ para a perda clássica e ampliada e quanto ao destino dos ativos recuperados, oferecendo, ainda, sugestões de “aperfeiçoamento legislativo”³⁷⁰.

De especial importância é o Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA), criado pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, “na dependência da Polícia Judiciária” e “com

³⁶⁸ FAZEKAS, Mihaly; NANOPOULOS, Eva – *The effectiveness of EU law: insights from the EU legal framework on asset confiscation*. In *European journal of crime, criminal law and criminal justice*. Vol. 24, N.º 1. (2016), p. 65.

³⁶⁹ Para uma análise quanto à compatibilidade da ampliação da perda alargada, decorrente das boas práticas e recomendações do Projeto Fenix com os direitos fundamentais e princípios penais e processuais penais em vigor no sistema jurídico nacional Cf. Érico Fernando Barin – Alargar a perda alargada: o projecto Fenix. *Revista de concorrência e regulação*. Ano IV, N.º 16. (outubro-dezembro 2013), pp. 53-95.

³⁷⁰ MENDES, Carlos Sousa (gestor do projeto) – *Recuperação de Activos; Projecto Fenix*. – Lisboa: PGR, 2012, pp. 5; 11.

atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal”, *ex vi* do artigo 2.º, sendo estas refletidas “quer na legitimidade de actuação, quer na eficácia dos procedimentos”. Assim, durante a investigação patrimonial ou financeira, o GRA é “um verdadeiro órgão auxiliar da Administração da Justiça, com as inerentes prerrogativas e deveres”³⁷¹. Da sua missão, no artigo 3.º, destaca-se, no n.º 1, a “identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional”, assegurando, ainda, a cooperação com os GRA de outros Estados, *ex vi* do artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2011.

Para levar a cabo essa investigação financeira ou patrimonial, o artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2011, estipula o seu acesso à informação “detida por organismos nacionais ou internacionais, nos mesmos termos dos órgãos de polícia encarregados da investigação criminal”, sendo que o n.º 2 consagra o acesso “nomeadamente, às bases de dados: a) Do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.; b) Da Autoridade Tributária e Aduaneira; c) Da Segurança Social; d) Da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; e) Da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; f) Do Banco de Portugal; g) Da Autoridade Nacional da Aviação Civil; h) Da Direção-Geral da Autoridade Marítima”.

Quando o acesso for dependente de autorização de autoridade judiciária, o despacho autorizador identifica as pessoas singulares ou coletivas abrangidas, além das informações a serem prestadas, os prazos e documentos a entregar, “podendo assumir forma genérica para cada um dos sujeitos abrangidos quando a especificação não seja possível”, *ex vi* do n.º 3 do mesmo artigo.

O legislador nacional, respondendo aos novos desafios colocados pela recuperação de ativos oriundos de uma criminalidade global e cumprindo as obrigações perante o legislador europeu, consagrou “uma verdadeira investigação financeira ou patrimonial, realizada com alguma autonomia”. Esta, concentrada totalmente na recuperação o mais eficaz e abrangente possível dos proventos dos crimes, terá lugar em paralelo com a investigação criminal, sendo documentada em apenso ao processo, *ex vi* do artigo 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011. Como escreve CONDE CORREIA³⁷² ainda “que

³⁷¹ RODRIGUES, Hédio Rigor – Gabinete de recuperação de activos: o que é, para que serve e como actua. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. – Lisboa: CEJ, 2021, pp. 97-98.

³⁷² CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, p. 216.

contemporâneas ou sobrepostas (umbilicalmente ligadas), as duas investigações são distintas”.

Investigação que pode, até, realizar-se depois de encerrado o inquérito, isto é, depois da acusação, na perda alargada, nos termos do artigo 4.º, n.º 6 da Lei n.º 45/2011, e do artigo 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, para efeito do previsto no n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, ou seja, quando a liquidação não é possível no momento da acusação, podendo ser realizada até ao 30.º dia anterior à data da primeira audiência de discussão e julgamento, vindo a ser deduzida nos próprios autos.

Porém, não se fica por aí, pois, a finalidade desta investigação patrimonial ou financeira não se cumpre com a acusação ou a liquidação, mas sim com a recolha de elementos “que permitam executar uma decisão passada ou futura.” Como tal esta deve “ocorrer a todo o tempo, mesmo em fase executiva, acompanhando o processo crime desde o seu início até ao seu termo”³⁷³. O que significa que a investigação financeira e patrimonial se pode prolongar, após a condenação, no confisco alargado, dentro dos limites previstos no artigo 112.º-A do CP, quando nos termos do artigo 12.º, n.º 5 da Lei n.º 5/2002, não havendo bens arrestados ou não sendo suficiente o seu valor para liquidar o montante da perda alargada, havendo outros bens disponíveis, o MP instaurar execução. Tal está previsto no artigo 4.º, n.º 6 da Lei n.º 45/2011, e no artigo 12.º-A da Lei n.º 5/2002, ambos *in fine*, além do artigo 20.º, alínea b) da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

A alínea a) do artigo 20.º da Lei n.º 30/2017 estende, ainda, a investigação pós-condenação, à perda clássica, nos limites do artigo 112.º-A do CP, quando “for determinada, ao abrigo do n.º 3 do artigo 109.º, do n.º 4 do artigo 110.º ou do n.º 3 do artigo 111.º do CP, a substituição da perda de instrumentos, produtos ou vantagens de facto ilícito típico pelo pagamento ao Estado do valor a eles correspondente”³⁷⁴.

³⁷³ CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. *E-book Adobe Digital Editions*. – Lisboa: INCM, 2012, p. 221.

³⁷⁴ GUEDES VALENTE considera que esta substituição, operada a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites do artigo 112.º-A do CP, dos produtos ou vantagens que não possam ser apropriados em espécie, pelo pagamento ao Estado do correspondente valor, prevista no artigo 110.º, n.º 4 do CP, “assenta no pragmatismo operativo e persecutório do Estado”, suscitando “questões de ética jurídica sancionadora”. Assim, segundo o autor, o Estado, ao interessar-se apenas por esse valor, esquecendo as mais valias produzidas pelos produtos e vantagens com o decorrer do tempo, coloca o “princípio popular mais vale um pássaro na mão que dois a voar” a reger o pragmatismo confiscatório. “A eficácia e o pragmatismo operativo do instituto sobrevalorizam a sua versão ou sanção patrimonial em detrimento da censura ético-jurídica intrínseca ao facto típico, ilícito, culposo e punível.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Da Perda de Bens e de Direitos...* In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal...** – São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 52.

“Importa, assim, que os arguidos condenados, após a prolação de uma decisão [condenatória] – bem como nos casos de criminal *non-conviction based confiscation* – quanto à questão principal, não se sintam imunes, *ipso facto*, a um possível procedimento de deteção e rastreio de bens ocultos ou dissimulados (...) É o que se pode designar como um «Plano B», em termos de programa político-criminal do instituto do confisco”³⁷⁵.

No entanto, mesmo com a criação de unidades com alto nível de especialização na recuperação de ativos, problemas podem surgir, fruto da interligação imprescindível entre as diversas instituições e operacionais do sistema judicial, que quando ausente origina uma desarticulação no procedimento³⁷⁶.

A cooperação policial e “administrativa ou informal” é imperativa no êxito dos pedidos e decisões formais de cooperação judiciária internacional, quer na UE, em particular na efetivação do Regulamento 2018/1805, dirigido ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda, quer na relação com países fora dela, pois o crime, como sabemos é, hodiernamente, transnacional. É por isso, “paradoxal” que não haja um total e contínuo entendimento, respetivo, das funções dos magistrados e polícias, e dos instrumentos, ferramentas e entidades, colocados ao seu dispor pelo legislador. Tal leva erroneamente, a propagar-se uma abordagem que considera “as funções como compartimentos estanques, sem qualquer diálogo”³⁷⁷.

Não se podendo ignorar que a formação não deve ser focada apenas nos aspetos técnicos, mas também dogmáticos, focando a teleologia do instituto e obliterando «o preconceito cultural» contra o confisco que leva a que a *law in action* não reflita as preocupações do legislador.

Disso mesmo faz eco CONDE CORREIA³⁷⁸, dizendo que apesar da “invulgar generosidade e acervo legislativo, a práxis jurídica quotidiana é, todavia, claramente insuficiente, devendo mesmo envergonhar-nos a todos sem exceção.” Segundo o autor, mais do que alterações legislativas, será “necessário empreender uma verdadeira rutura

³⁷⁵ BRAVO, Jorge dos Reis – Investigação financeira ou patrimonial postecipada: um lugar estranho no sistema de recuperação de ativos. In CARDOSO, Elina Lopes... – **O novo regime de recuperação de ativos...** E-book. – INCM. 2018, p. 322.

³⁷⁶ FAZEKAS, Mihaly; NANOPOULOS, Eva – *The effectiveness of EU law...* In **European journal of crime....** (2016), p. 65.

³⁷⁷ SILVA, Júlio Barbosa e – Cooperação policial para efeitos de recuperação de ativos. In CARDOSO, Elina Lopes... – **Cooperação internacional...** – Coimbra: Almedina, 2021, p. 50.

³⁷⁸ CORREIA, João Conde – Reflexos da Diretiva 2014/42/EU.... In CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos.** – Lisboa: CEJ, 2021, p. 68-69.

cultural”. O autor³⁷⁹ afirma a necessidade de através da formação “mudar a influência perniciosa do paradigma iluminista”, sendo que num Estado de Direito democrático, construído com *checks and balances*, “os abusos, os arbítrios, as prepotências do poder absoluto” contra os quais o iluminismo lutava e procurava garantias, já não se verificam. A formação, deve, pois, “ser dirigida para alterar a cultura jurídica, intensificar o confisco e administrar os ativos recuperados segundo uma lógica económica.”³⁸⁰ Usando “propostas inovadoras” onde se destacam as perdas NCB.

GUEDES VALENTE³⁸¹, em sentido contrário, recusa a teoria que o confisco presente nos vários ordenamentos jurídicos, como arma persecutória à criminalidade económico-financeira, em especial o confisco sem condenação, represente “uma política criminal inovadora, porque uma política criminal securitária e justicialista ou, até mesmo, autoritária, nunca é inovadora por reprimar raízes e fundamentos de tempos em nada de boas memórias político-jurídicas”.

O problema está há longo tempo identificado e serve de base ao presente trabalho. Não se ignora a imprescindibilidade do instituto na luta contra a criminalidade organizada transnacional, tendo em conta as suas características e as formas tortuosas pelas quais o rasto dos seus lucros é dissimulado, numa economia global, onde a tecnologia é o seu maior aliado, como vimos no capítulo I. Que não fiquem dúvidas, perante condutas que obliteram a dignidade humana, corrompem o tecido empresarial, e corroem as instituições, vampirizando a sociedade e disseminando miséria e morte, a reposição do *statu quo ante* é imperiosa.

Porém é inegável, também, que há uma sensação de impotência e ânsia de «desforra» que leva, por vezes, a uma legislação mais belicista e menos refletida por parte das instituições internacionais. Com uma obsessão digna de Javert, a sensação é a de um «ajuste de contas» cuja tendência é de um crescendo que parece imparável e de foco único, o máximo confisco, deixando de lado as restantes dimensões da problemática. A

³⁷⁹ CORREIA, João Conde - «Non-conviction based confiscations»... **Revista Julgar**. N.º 32. (ago. 2017), p. 71.

³⁸⁰ CORREIA, João Conde - Balanço do Projecto e Perspectivas de Evolução. In MENDES, Carlos Sousa (gestor do projeto) – **Recuperação de Activos; Projecto Fenix**. – Lisboa: PGR, 2012, p. 403.

³⁸¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal... In TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal**.... – São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 41.

intenção é boa, e não estamos perante Jean Valjean³⁸², mas sim, uma criminalidade altamente profissionalizada. Todavia lembre-se um ditado popular sobre boas intenções.

As palavras tranquilizadoras são isso mesmo... e em todos os momentos na história em que assistimos a retrocessos nos direitos fundamentais e nas garantias, sempre com efeitos devastadores, elas estiveram sempre lá, acalmando os medos e assegurando que o fim justifica o meio.

A UE trilha, através de uma harmonização, com justificações nem sempre claras e não numa abordagem holística, mas em relação a alvos específicos, um caminho que parece levar a um confisco cada vez mais intenso na pressão aos direitos fundamentais e garantias dos agentes, cujo ponto final pode vir a ser o confisco civil ou administrativo oriundo da *Common Law* e cujo estágio atual é o da perda alargada, da Diretiva 2014/42/UE.

VITTORIO MANES³⁸³ alerta que, hoje, o *diktat* «o crime não compensa» se tornou um “imperativo categórico da política criminal”, cujo instrumento mais frequentemente usado é a “ambígua instituição” do confisco. Este instituto tem, assim, adquirido legitimidade, como uma “contra-força motivacional” aos crimes económicos, sendo alvo de uma evolução constante, apesar de ser altamente sensível em relação aos direitos das pessoas afetadas. Para o autor, assiste-se a uma “radical transformação da lei criminal, elegendo a incapacidade económica como *prima ratio* contra (em particular) os crimes de colarinho branco.” A estrutura é a de uma “luta”, sendo os agentes de crimes económicos vistos como “rivais políticos”, cujas garantias não necessitam de ser asseguradas.

Sendo o maior ênfase dado à sua componente preventiva, abre-se o caminho para o libertar das amarras da Constituição, almejando um confisco que quanto mais inflexível mais “assusta e desencoraja”. Dessarte, considera o autor que o dogma do iluminismo *nullum crimen sine poena*, em virtude da ineficácia dos meios punitivos tradicionais, parece estar a sofrer uma “reconversão para o dogma *nullum crimen sine confiscatione*”.

³⁸² Jean Valjean, personagem do épico histórico de Victor Hugo, “Os Miseráveis”, de 1862, é perseguido, de forma obsessiva pelo agente da Lei, Javert, um «justiceiro» que aplica a norma literalmente, sem equidade ou, até, um mínimo de humanidade. Perseguição que se mantém, até, após Valjean sair da prisão, onde cumpriu pena por furtar um pão, e modificar a sua vida, em busca da ressocialização. Um conto da obsessão da aplicação da Lei, sem limites.

³⁸³ MANES, Vittorio – *The last imperative of criminal policy: nullum crimen sine confiscatione*. *European criminal law review*. Vol. 6, N.º 2. (2016), pp. 143-145 (tradução nossa).

A influência americana, da *Common Law*, faz-se sentir, cada vez mais. Já em 1988, DAVID J. FRIED³⁸⁴, quanto às perdas baseadas na Lei RICO, defendia que o confisco não devia tomar o lugar de castigos tradicionais, a pena de multa e de prisão, sendo que a prevenção atingida traria com ela um preço demasiado alto.

A perda, apelidada de inovação, foi vista como remédio para um problema, a infiltração da economia legítima pelo crime organizado, mas sem previsão das suas implicações revolucionárias. Desde a sua génese que havia uma ligação umbilical com o confisco civil e depressa se justificou a perda em que não fosse necessária a relação direta com um crime específico, quando perante acusações com base na Lei RICO ou relacionadas com drogas, pois, como sabemos, o princípio é o de que o crime não pode compensar, seja como for. Foi o que aconteceu, dando origem a um sistema de confisco, na «terra dos livres», os EUA, que para o autor tinha “um odor a interesse-próprio do Estado, se não, mesmo de estatismo.”

A patologia é grave, mas o remédio pode matar o doente.

³⁸⁴ FRIED, David J. – *Rationalizing criminal forfeiture*. *Journal of criminal law and criminology*. Vol. 79, N.º 2. (1988), pp. 434-435 (tradução nossa).

Conclusão

Apresentámos a multidimensionalidade da criminalidade organizada transnacional ilustrando as dificuldades da sua delimitação teórica e os desafios que apresenta às forças da Lei na sua erradicação.

Apresentámos o instituto do confisco como arma essencial nesse combate e acompanhámos a sua evolução na legislação europeia até aos dias de hoje, dando ainda uma breve imagem do que o futuro nos reserva.

Caracterizámos as diferentes tipologias da perda, a natureza de cada uma, as garantias a elas aplicáveis e as discussões e preocupações que suscitam na doutrina, com amplo respaldo na jurisprudência europeia e nacional, em particular na posição do TC.

Centrámo-nos ainda, nas dificuldades históricas quanto ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda, dentro do espaço europeu, analisando, também a perda de terceiros, os seus pressupostos e as formas de defesa.

Por fim fizemos referência a outras vertentes do confisco, onde existe uma carência legislativa a nível europeu, nomeadamente no uso social dos bens confiscados, além de abordarmos a necessidade de uma mudança de paradigma na cultura jurídica dos operadores judiciais, condição da efetividade do instituto da perda, prevenindo que mais do que *law in books* esta seja *law in action*.

Chegamos ao fim com a sensação de dever cumprido quanto ao objetivo científico da investigação, o respeito pelos direitos fundamentais pessoais na evolução legislativa do instituto do confisco, ultrapassando a sua tipologia clássica, e focando as modernas formas de confisco, dentro e fora do domínio penal, instrumentos de luta contra a criminalidade organizada. Assistimos à criação ou importação de modelos de um confisco cada vez mais abrangentes, com uma clara intenção legislativa e jurisprudencial de fuga ao Direito penal e processual penal e uma proteção dos direitos fundamentais cada vez mais deficitária. O futuro parece imparável. Não negamos que as construções dogmáticas que apoiam esta evolução sejam sólidas e até brilhantes. Porém há um quase instintivo repúdio, fruto das lições da história e da cultura jurídica que nos leva a considerar que o caminho trilhado é perigoso.

A UE mantém, como a mulher de César, a aparência de preocupação pela total e inquebrantável preservação e salvaguarda dos direitos fundamentais, optando por uma legislação equilibrada, onde a perda aparece mais ou menos ligada ao Direito penal e às

garantias processuais penais. Todavia, através do uso de Diretivas, que somente trazem regras mínimas, como, aliás, a UE sempre refere, incentiva-se os EM a irem mais além, legislando esquemas de confisco mais rigorosos e completamente fora do domínio penal e processual penal.

A resposta é clara. Existiu, ao longo da evolução do instituto uma «tentativa» de respeitar, nem que seja em espírito, a solidez dos princípios basilares do Estado de direito democrático e do Direito penal e processual penal, contudo, o futuro promete uma cada vez maior pressão destes em busca da eficácia e eficiência. A legislação europeia e nacional, pelos vários EM, focou-se, somente, em agilizar o processo de confisco, em harmonizar as legislações, em fomentar a cooperação internacional, deixando de lado as outras vertentes do instituto e a regulação das salvaguardas, em particular, no caso dos terceiros na perda alargada e no reconhecimento mútuo de decisões de perda. Se hoje existe, ainda, uma matriz romano-germânica no instituto, e, mesmo com falhas, uma tutela jurisdicional efetiva, com uma ligação maior ou menor ao processo penal e aos princípios, o futuro parece ser o de uma «fuga» final a estas garantias, que lá continuarão apenas deixando de ser aplicáveis.

Como tal, terminamos com LUIGI FERRAJOLI³⁸⁵ que nos define a falácia garantista, “a ideia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistema avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções”.

³⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 752.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAGNA, Frederico – **Non-conviction based confiscation: why the EU Directive is a missed opportunity.** *European journal on criminal policy and research*. Vol. 21. (jul. 2014). pp. 447-461

ALBANESE, Jay S. – **Organized crime: from the mob to transnational organized crime.** 7.^a ed. Amsterdão: Elsevier. 2015. ISBN: 978-0-323-29606-9

ALBANESE, Jay S.; REICHEL, Philip L. (eds) – **Transnational organized crime: an overview from six continents.** Califórnia: Sage Publications. 2014. ISBN: 978-1-4522-9007-2

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo – **Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.** 2^a Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 1997. ISBN: 972-32-0069-4

ARQUILLA John; RONFELDT David (eds) – **Networks and netwars: the future of terror, crime and militancy.** [Em linha]. E-Book: Rand Corporation. 2001. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.7249/mr1382osd> EISBN: 978-0-8330-3235-5

BADEV, Anton; CHEN, Matthew – **Bitcoin: technical background and data analysis.** [Em linha]. *FEDS Working Paper* N.º 2014-104. (2014). [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2544331>

BRAVO, Jorge dos Reis – **Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira: um contributo judiciário.** Observatório de Economia e Gestão de Fraude. Working Papers. N.º 18. [Em linha]. E-Book: Edições Húmus. 2013. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <http://www.obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf> ISBN: 978-989-8549-63-1

BRAZ, José – **Investigação criminal. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade.** 5.^a Ed. Reimp. Coimbra: Almedina. 2022. ISBN: 978-972-40-8276-9

BOUCHT, Johan – **The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds.** Oxford: Hart Publishing. 2017. ISBN: 978-1-50990-0

CAEIRO, Pedro; FOFFANI, Luigi; MITSILEGAS, Valsamis – *Strengthening the fight against economic and financial crime within the EU*. [Em linha]. **Eucrim**. N.º 3. (2020). pp. 248-252. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-022>

CALDERONI Francesco; CANEPPELE, Stefano (eds) – ***Organized crime, corruption and crime prevention: essays in honor of Ernesto U. Savona***. Nova Iorque: Springer. 2014. ISBN: 978-3-319-01839-3

CAMPOS, Diogo Leite de – Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e impostos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. [Em linha]. Ano 01, N.º 03 (2015). pp. 465-472. ISBN: 2183-539X. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0465_0472.pdf

CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada** – Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. ISBN: 978-972-32-1462-8

CARDOSO, Elina Lopes, CORREIA, João Conde, FERREIRA, Maria Raquel Desterro (coords.) – **Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos**. Coimbra: Almedina. 2021. ISBN: 978-972-40-9578-3

CARDOSO, Elina Lopes, CORREIA, João Conde, FERREIRA, Maria Raquel Desterro (coords.) – **O novo regime de recuperação de ativos: à luz da diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs**. E-book Adobe Digital Editions. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda. 2018. ISBN: 978-972-27-2671-9

CASSELLA, Stefan D. – *The case for civil forfeiture. Why in Rem proceedings are an essential tool for recovering the proceeds of crime*. **Journal of Money Laundering Control**. Vol. 11, N.º 1. (jan. 2008). pp. 8-14

CASSELLA, Stefan D. – *Choose your weapon: Is civil forfeiture necessary, or is it an undesirable shortcut to real law enforcement?*. **Journal of Money Laundering Control**. Vol. 21, N.º 3. (jul. 2018). pp. 340-344

CASTELLS, Manuel - **A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade, Vol. II**. Tradução de Catarina Lorga; Tânia Soares. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. ISBN: 972-31-1008-3

CAUDURO, Andrea; *Et al.* (eds) – **Prostitution and human trafficking: focus on clients**. Nova Iorque: Springer. 2009. ISBN: 978-0-387-73628-0

CORREIA, João Conde - Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014 (o arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime). **Revista Julgar Online**. [Em linha]. 2014. Disponível em <http://julgar.pt/ anotacao-ao-acordao-do-tribunal-da-relacao-de-lisboa-de-8-de-novembro-de-2014/> [Consult. em 04-02-2024]

CORREIA, João Conde – **Da proibição do confisco à perda alargada**. E-book Adobe Digital Editions. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda. 2012. ISBN: 9789722721530

CORREIA, João Conde - «*Non-conviction based confiscations*» no Direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?. **Revista Julgar**. [Em linha]. N.º 32. (ago. 2017). pp. 71-95. Disponível em: <http://julgar.pt/non-conviction-based-confiscations-no-direito-penal-portugues-vigente-quem-tem-medo-do-lobo-mau/> [Consult. em 04-02-2024]

CORREIA, João Conde – Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. **Revista do Ministério Público** n.º 145. (janeiro-março 2016). pp. 207-221

CORREIA, João Conde - Reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e de confisco: o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018. **Revista Julgar**. [Em linha]. N.º 39. (set-dez 2019). pp. 183-201. Disponível em: <http://julgar.pt/reconhecimento-mutuo-de-decisoes-de-apreensao-e-de-confisco-o-regulamento-ue-20181805-do-parlamento-europeu-e-do-conselho-de-14-de-novembro-de-2018/> [Consult. em 04-02-2024]

CORREIA, João Conde; MARTINS, Norberto (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. ISBN: 989-40-1152-1

CORREIA, João Conde; *Et al.* – **Recuperação de Ativos**. [Em Linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários. 2021. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=O-xuCBK9tSs%3d&portalid=30> ISBN: 978-989-9018-71-6

CUNHA, José M. Damião da – **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002**. Porto: Universidade Católica Editora. 2017. ISBN: 978-989-8835-15-4

DAVIN, João - **A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE**. Coimbra: Almedina. 2004. ISBN: 972-40-2071-1

DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa, PALMA, Maria Fernanda (coords.) – **2.º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina. 2010. ISBN: 978-972-40-4226-8

DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; PALMA, Maria Fernanda (coords.) – **Cooperação judiciária internacional em matéria penal**. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. ISBN: 978-972-32-2164-0

DIAS, Jorge de Figueiredo – A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 16, N.º 71 (2008). pp. 11-30

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime**. 2ª ed. 2ª Reimp. Coimbra. Coimbra Editora. 2012. ISBN: 978-972-32-2108-4

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Penal Português, Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime**. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. ISBN: 972-32-1353-2

DONÁRIO, Arlindo; SANTOS, Ricardo Borges dos – **Análise económica dos contratos e do crime: o impacto da análise económica do Direito na jurisprudência portuguesa**. Lisboa: Edições Sílabo. 2021. ISBN: 978-989-561-195-9

DUARTE, José Nuno Ramos – **A perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime no Código Penal português. História, soluções e desafios**. Coimbra: Almedina. 2023. ISBN: 978-989-40-1130-9

FARIA, Bernardo Costa – **Perda alargada de bens no sistema penal português**. Coimbra: Almedina. 2022. ISBN: 978-989-40-0736-4

FAZEKAS, Mihaly; NANOPOULOS, Eva – *The effectiveness of EU law: insights from the EU legal framework on asset confiscation*. *In European journal of crime, criminal law and criminal justice*. Vol. 24, N.º 1. (2016). pp. 39-64

FERRAJOLI, Luigi – **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. ISBN: 85-203-1955-6

FRIED, David J. – *Rationalizing criminal forfeiture*. **Journal of criminal law and criminology**. [Em linha]. Vol. 79, N.º 2. (1988). pp. 328-436. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol79/iss2/2/>

GODINHO, Jorge A. F. – Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau. In ALVES, Leonel; CARDINAL, Paulo (coords.) – **Primeiras Jornadas de Direito e cidadania da Assembleia Legislativa de Macau. Direito processual penal: estado presente e perspectivas de evolução**. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. ISBN: 978-972-32-1750-6. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1374164>

HARRINGTON, Matthew – *Rethinking In Rem: The Supreme Court's new (and misguided) approach to civil forfeiture*. *Yale Law & Policy Review*. Vol. 12, N.º 2. (1994). pp. 281-353. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol12/iss2/2>

HASSEMER, Winfried – **Direito penal libertário**. Traduzido por Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. ISBN: 85-7308-881-8

HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven (eds) – **International law and transnational organised crime**. Oxford: Oxford University Press. 2016. ISBN: 978-0-19-873373-7

HESELROTH, Alba – *Struggles of security in US foreign drug policy towards Andean countries*. **Journal of Peace, Conflict and Development**. [Em linha]. N.º 5. (2004). [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://www.bradford.ac.uk/library/library-resources/journal-of-peace-conflict-and-development/>

HUEMER, Marie-Astrid; European Parliamentary Research Service – **Revision of Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of the proceeds of crime and proposal for a new directive on asset recovery offices**. (maio 2022). [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2022\)730331](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)730331)

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio – **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.^a ed. 2.^a tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015. ISBN: 978-85-7348-792-3

KOLAROV, Todor; VETTORI, Barbara – **Disposal of confiscated assets in the EU member states: laws and practices**. [Em linha]. Sófia: Center for the study of democracy. 2014. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.osservatoriomisurediprevenzione.it/disposal-of-confiscation-assets-in-the-eu-member-states/> ISBN: 978-954-477-218-5

LAMPE, Klaus von – **Organized crime: analyzing ilegal activities, criminal structures and extra-legal governance**. Califórnia: Sage Publications. 2016. ISBN: 978-1-4522-0350-8

LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds) – **Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU**. Oxford: Hart Publishing. 2017. ISBN: 978-1-50991-205-6

LÓPEZ, Xesús Pérez – *Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la unión europea y en españa*. **Revista de Derecho penal y criminologia**. [Em linha]. 3.^a Época, N.º 18. (jul. 2017). pp. 141-187. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-18-7030>

LOUREIRO, Flávia Novera (coord.) - **A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada – Atas da Conferência**. Braga: Escola de Direito Universidade do Minho. 2017. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/50674> ISBN: 978-989-54032-0-2

MAKARENKO, Tamara - *The crime-terror continuum: tracing the interplay between transnational organised crime and terrorism*. **Global Crime**. Vol. 6, N.º 1. (fev. 2004). pp. 129-145

MANES, Vittorio – *The last imperative of criminal policy: nullum crimen sine confiscatione*. **European criminal law review**. [Em linha]. Vol. 6, N.º 2. (2016). pp. 143-160. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.5771/2193-5505-2016-2-143>

MATOS, Maria José – **Perda de bens na Lei n.º 5/2002. “Requiem” pelo Estado de Direito**. Viseu: Edições Esgotadas. 2017. ISBN: 978-989-8801-57-9

MAUGERI, Anna Maria – *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*. **New journal of European criminal law**. Vol. 3, N.º 3-4. (2012). pp. 257-297

MENDES, Carlos Sousa (gestor do projeto) – **Recuperação de Activos; Projecto Fenix**. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. 2012. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livreorecuperacaoactivos_final.pdf

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional; Vol. II, Tomo IV**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. ISBN: 978-972-32-2272-2

MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui (coords.) – **Constituição Portuguesa anotada – Vol. I**. 2.ª ed. Lisboa: UCP. 2017. ISBN: 9789725405413

MONTALDO, Stefano – *Directive 2014/42/EU and social reuse of confiscated assets in the EU: advancing a culture of legality*. **New journal of European criminal law**. [Em linha]. Vol. 6, N.º 2. (junho 2015). pp. 195-212. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/315063372_Directive_201442EU_and_Social_Reuse_of_Confiscated_Assets_in_the_EU_Advancing_a_Culture_of_Legality

NUNES, Duarte Rodrigues – Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional. **Revista Julgar Online**. [Em linha]. (fevereiro 2017). Disponível em <https://julgar.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/> [Consult. em 04-02-2024]

PALMA, Maria Fernanda (diretora) – **Anatomia do Crime**. N.º 6. (jul.-dez. 2017). Coimbra: Almedina. ISBN: 978-170-63-4180-2

PALMA, Maria Fernanda – **Direito Penal; Conceito material de crime, princípios e fundamentos; Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo,**

no espaço e quanto às pessoas. 4ª ed. Lisboa: AAFDL Editora. 2019. ISBN: 978-972-629-263-0

PAOLI, Letizia (ed.) – *The oxford handbook of organized crime*. Oxford: Oxford University Press. 2014. ISBN: 978-0-19-998431-2

PEREIRA, Rui – A criminalidade económica: perspectivas dogmáticas e desafios político-criminais. In **O Direito**. Ano 138.º. I. (2006). Coimbra: Almedina. pp. 155-168. ISBN: 972-40-2767-8

REVISTA Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 9. Fascículo 1. (1999). Lisboa: Aequitas; Editorial Notícias. ISSN: 0871-8563

REVISTA Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 21, N.º 2. (abr.–jun. 2011). Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 9770871856839

RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios, velhos rumos. **Lusíada Direito**. [Em linha]. N.º 3 (2005). pp. 13–37. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/716>

ROXIN, Claus – **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. ISBN: 85-7 147-177-0

ROXIN, Claus – *Problemas de autoría y participación en la criminalidade organizada*. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. **Revista Penal**. N.º 2. [Em linha]. (1998), pp. 61-65. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10272/13228>

RUI, Jon Petter – *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*. **ERA Forum**, Vol. 13. (ago. 2012). pp. 349-360

SÁNCHEZ- Jesús-María Silva – **A expansão do Direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2.ª ed. espanhola de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. ISBN: 85-203-2287-5

SAVONA, Ernesto, *Et al.* - **SOCTA 2017: comment by academic advisors**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. 2017. [Em linha]. [Consult. em

04-02-2024] Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>

SCHUNKE, Malin Thunberg – ***Extended confiscation in criminal law: national, european and international perspectives***. Cambridge: Intersentia. 2017. ISBN: 9781780685984

SIEBER, Ulrich - Limites do Direito penal — princípios e desafios do novo programa de pesquisa em Direito penal no Instituto Max-Planck de Direito penal estrangeiro e internacional. Tradução de Alessandro Hirata **Revista Direito GV**. [Em linha]. Vol. 4, N.º 1 (2008). pp. 269-330 [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35178> ISSN: 1808-2432

SILVA, Germano Marques – Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). **Lusíada. Direito**. [Em linha]. N.º 3. (abr. 2014), p. 69-81. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/719> [Consult. em 04-02-2024]

SILVA, Germano Marques da - **Temas de Direito (textos dispersos de Direito Penal, mas não só)**. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2020. ISBN: 9789725406694

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís - Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar Online**. [Em linha]. (maio 2010). Disponível em <http://julgar.pt/recuperacoes-de-activos-da-perda-ampliada-a-a-actio-in-rem/> [Consult. em 04-02-2024]

SIMONATO, Michele – *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation: a step forward on asset recovery?*. **New journal of European criminal law**. Vol. 6, N.º 2. (2015). pp. 213-228

SUTHERLAND, Edwin H. – ***White collar crime: the uncut version***. New Haven: Yale University Press. 1983. ISBN: 0-300-02921-7

TEIXEIRA, Adriano (org.). – **Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: Confisco Alargado e Confisco Sem Condenação**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. ISBN: 978-65-86696-09-7

THACHUK, Kimberly L., LAL Rollie (eds) – ***Terrorist Criminal Enterprises: Financing Terrorism through organized crime***. Califórnia: Praeger Security International. 2018. ISBN: 978-1-4408-6068-3

THOMAS, Jill (ed.) – *Camden Asset Recovery Inter-agency network – The history, statement of intent, membership and functioning of CARIN. Manual*. Guernsey: Guernsey Law Officers. 2015. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <https://www.carin.network/documents>

TORRES, Agostinho Soares. – O princípio *ne bis in idem*: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia. **Revista Julgar**. N.º 14. [Em linha]. (maio-agosto 2011). [Consult. em 04-02-2024]. Disponível em: <http://julgar.pt/o-principio-ne-bis-in-idem/>

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha - **Criminalidade organizada - investigação, direito e ciência**. São Paulo: Almedina Brasil. 2017. ISBN: 9788584932016

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). – **Criminalidade organizada transnacional: Corpus Delicti III**. Coimbra: Almedina. 2021. ISBN: 978-972-40-9306-2

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso»**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina. 2017. ISBN: 978-972-40-7146-6

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do mandado de detenção europeu**. Coimbra: Almedina. 2006. ISBN: 972-40-2931-X

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes — **Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano**. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2013. ISBN: 978-972-54-0375-4

VETTORI, Barbara – ***Tough on criminal wealth: exploring the practice of proceeds from crime confiscation in the EU***. Dordrecht: Springer. 2006. ISBN: 978-1-4020-4129-7

TZU, Sun – **A Arte da guerra**. Tradução de Ricardo Iglésias. Mem Martins: Publicações Europa-América. 2001. ISBN: 972-1-00159-7

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – “Crime organizado”: uma categorização frustrada. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Et al.* – **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 1. N.º 1. Instituto Carioca de Criminologia. (1996). pp. 45-67

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. ISBN: 85-7106-358-3

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 7151/75; 7152/75**, de 23 de setembro de 1982

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 10519/83**, de 7 de outubro de 1988

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 41087/98, Final**, de 05 de julho de 2001

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 30810/03, Final**, de 01 de março de 2007

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 16903/03, Final**, de 04 de outubro de 2010

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 20496/02, Final**, de 10 de julho de 2012

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 57404/08, Final**, de 20 de setembro de 2013

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 45092/07**, de 12 de novembro de 2013

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 12951/11, Final**, de 01 de junho de 2015

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 36862/05, Final**, de 12 de agosto de 2015

TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão com o n.º 1828/06**, de 28 de junho de 2018

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston**, apresentadas em 31 de outubro de 2019. Processo n.º C-234/18

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-234/18**, de 19 de março de 2020

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-393/19**, de 14 de janeiro de 2021

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-319/19**, de 28 de outubro de 2021

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia – **Acórdão com o n.º C-505/20**, de 12 de maio de 2022

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 101/2015**, de 11 de fevereiro de 2015. Relator Maria Lúcia Amaral

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 392/2015**, de 12 de agosto de 2015. Relator João Cura Mariano

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o n.º 476/2015**, de 30 de setembro de 2015. Relator João Cura Mariano

SUPREMO Tribunal de Justiça – **Acórdão com o n.º 19/16.0YGLSB-J.S3**, de 15 de abril de 2021. Relator António Gama

TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão com o n.º 274/10.9JALRA-B.C1**, de 27 de novembro de 2013. Relator Orlando Gonçalves

TRIBUNAL da Relação do Porto – **Acórdão com o n.º 696/16.1PRPRT.P1**, de 14 de dezembro de 2017. Relator Maria Deolinda Dionísio

LEGISLAÇÃO EUROPEIA

AÇÃO Comum de 3 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. (9-12-1998). pp. 1-3.

COM (2012) 85 final. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia. **Comissão Europeia.** (12-03-2012).

COM (2016) 819 Final. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco. **Comissão Europeia.** (12-12-2016).

COM (2020) 217 Final. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa. **Comissão Europeia.** (02-06-2020).

COM (2022) 245 Final. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens. **Comissão Europeia.** (25-05-2022)

DIRETIVA 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. **Jornal Oficial da União Europeia.** (29-04-2014). pp. 39-50.

DIRETIVA (UE) 2018/1673, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018. **Jornal Oficial da União Europeia.** (12-11-2018). pp. 22-30.

DECISÃO-Quadro 2001/500/JAI, do Conselho, de 26 de junho de 2001. **Jornal Oficial da União Europeia.** (05-07-2001). pp. 1-2.

DECISÃO-Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho de 2003. **Jornal Oficial da União Europeia.** (02-08-2003). pp. 45-55.

DECISÃO-Quadro 2005/212/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005. **Jornal Oficial da União Europeia.** (15-03-2005). pp. 49-51.

DECISÃO-Quadro 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de outubro de 2006. **Jornal Oficial da União Europeia.** (24-11-2006). pp. 340-359.

DECISÃO-Quadro 2008/841/JAI, do Conselho, de 24 de outubro de 2008. **Jornal Oficial da União Europeia.** (11-11-2008). pp. 42-45.

PROPOSTA de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens – Carta enviada ao Parlamento Europeu. 2022/0167/COD. **Comité de Representantes Permanentes dos Governos dos Estados-Membros da União Europeia II.**

REGULAMENTO (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018. **Jornal Oficial da União Europeia**. (28-11-2018). pp. 1-38.

RELATÓRIO sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)). **Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos**. (20-05-2013).

TRATADO sobre o funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. (07-06-2016). pp. 47-200.

TRATADO da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. (07-06-2016). pp. 13-46.

TRATADOS/RESOLUÇÕES INTERNACIONAIS

CONSELHO de Segurança das Nações Unidas – **Resolução 1373**, de 28 de setembro de 2001.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003. **Diário da República**, Série I. N.º 183/2007. (21-09-2007). pp. 6697-6738.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988. **Diário da República**, Série I-A. N.º 205/1991. (06-09-1991). pp. 4710-4740.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000. **Diário da República**, Série I-A. N.º 79/2004. (02-04-2004). pp. 2080-2129.

CONVENÇÃO do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Convenção de Estrasburgo), de 1990. **Diário da República**, Série I-A. N.º 70/97. (13-12-1997). pp. 6584-6601.

Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Convenção de Varsóvia), de 2005. **Diário da República**, Série I. N.º 166/2009. pp. 5647-5674.

LEGISLAÇÃO NACIONAL

CÓDIGO Penal: Decreto-Lei n.º 48/95. **Diário da República**, Série I-A. N.º 63. (15-03-1995). p. 1350-1416.

CÓDIGO do Processo Penal: Decreto-Lei n.º 78/87. **Diário da República** Série I. N.º 40. (17-02-1987). p. 617-699.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Decreto de Aprovação da Constituição. **Diário da República** Série I. N.º 86. (10-04-1976). p. 738-775.

DESPACHO n.º 12624/2015. **Diário da República**, Série II. N.º 219. (03-11-2015). pp. 32263-32267.

LEI n.º 36/94, de 29 de setembro. **Diário da República**, Série I-A. N.º 226. (29-09-1994). pp. 5908-5910.

LEI n.º 5/2002, de 11 de janeiro. **Diário da República**, Série I-A. N.º 9. (11-01-2002). pp. 204-207.

LEI n.º 45/2011, de 24 de junho. **Diário da República**, Série I. N.º 120. (24-06-2011). pp. 3741-3744.

LEI n.º 30/2017, de 30 de maio. **Diário da República**, Série I. N.º 104. (30-05-2017). pp. 2637-2659.

DOCUMENTOS

ASSOCIAÇÃO Sindical dos funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Universidade de Coimbra (org.) – **III Congresso de investigação criminal: livro de atas**. Lisboa: Associação sindical dos funcionários de investigação criminal da Polícia Judiciária. 2015. ISBN: 978-989-95755-4-7

*DIRECTORATE General for internal policies, Policy Department C: citizens' rights and constitutional affairs; civil liberties, justice and home affairs. Basel Institute on Governance - **The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social purposes**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. 2012. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/4148>*

EUROPEAN Criminal Bar Association – Statement on the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union. 2012. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em:

https://www.ecba.org/extdocserv/201210_assetseizureECBA_statement.pdf

EUROPOL – Does crime still pay? Criminal asset recovery in the EU. Survey of statistical information 2010-2014. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. 2016. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/does-crime-still-pay#downloads>

EUROPOL – European Union serious and organized crime threat assessment (SOCTA). Luxemburgo: Publications Office of the European Union. 2013. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2813/11532> ISBN: 978-92-95078-79-6

EUROPOL – European Union serious and organized crime threat assessment: a corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime (SOCTA). Luxemburgo: Publications Office of the European Union. 2021. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2813/346806> ISBN: 978-92-95220-22-5

EUROPOL – Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2021. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. 2021. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2813/113799> ISBN: 978-92-95220-35-5

FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF Report: virtual currencies, key definitions and potential AML/CFT risks. Paris: FATF/OECD. 2014. [Em linha]. [Consult. em 04-02-2024] Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsand Trends/Virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>