



REPÚBLICA
PORTUGUESA

JUSTIÇA

Este documento corresponde a uma versão preliminar para efeitos de discussão pública

Grupo de Trabalho Perda de Bens

RELATÓRIO

31 de março de 2025

Ministério da Justiça

Capítulo 1.º - Introdução. Método e Actividade do Grupo de Trabalho

1. Em Setembro de 2024, S. Ex.^a a Senhora Ministra da Justiça, Dra. Rita Alarcão Júdice, nomeou este Grupo de Trabalho (GT) para “assegurar a transposição da Diretiva (UE) 2024/1260, de 24 de abril de 2024, quanto às modalidades de perda alargada de bens em espécie (artigo 14.º), perda de bens não baseada numa condenação (artigo 15.º) e perda de bens identificados numa investigação penal (artigo 16.º)” e “dotar os mecanismos substantivos de perda de bens de um enquadramento processual adequado”. Neste último plano, trata-se, além do mais, de colmatar uma lacuna que já actualmente se verifica em relação a todas as modalidades de perda de bens, no que diz respeito aos direitos das pessoas afectadas por decisões de perda, designadamente de intervenção no processo. Havendo, em qualquer caso, que assegurar que as garantias processuais constantes da Directiva (previstas, designadamente, nos seus artigos 23.º e 24.º) encontram expressão adequada na legislação portuguesa.

2. O GT iniciou funções em Outubro, tendo reunido por diversas vezes e discutido vários estudos preliminares elaborados pelos seus membros sobre os principais problemas que aquela missão foi suscitando. Após análise e intensa discussão, as propostas concretas de articulado e a sua fundamentação foram, na sua generalidade, adoptadas por consenso dos membros do GT, método com que todos os membros concordaram no início dos trabalhos.

Com os trabalhos já em fase adiantada, o GT decidiu organizar um seminário informal com a participação de um leque representativo de especialistas para a discussão do anteprojecto, a fim de recolher opiniões, sugestões e críticas. O seminário teve lugar no dia 17 de Fevereiro de 2025 no Tribunal da Relação do Porto (sendo devidos agradecimentos ao respectivo Presidente, Senhor Desembargador José Igreja Matos e ao Senhor Procurador-Geral Regional do Porto, Dr. Norberto Martins, pela hospitalidade), e contou com a presença dos seguintes intervenientes: S. Ex.^a a Senhora Secretária de Estado Adjunta e da Justiça, Dra. Maria Clara Figueiredo, e as/os Senhoras/es Desembargadora Cristina Almeida e Sousa, Prof. Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Procurador da República Hélio Rigor Rodrigues, Prof. Doutor José Manuel Damião da Cunha, Prof.^a Doutora Maria João Antunes, Prof. Doutor Mário Ferreira Monte, Prof. Doutor Paulo Pinto de Albuquerque (por via remota), Prof. Doutor Rui Soares Pereira e Prof.^a Doutora Sandra Oliveira e Silva. O Advogado Dr. Rui Patrício não

pôde estar presente, mas enviou as suas observações escritas. O diálogo foi vivo e profícuo, e permitiu testar várias soluções do anteprojecto e melhorá-lo em alguns aspectos.

Foram também levados em consideração os contributos escritos recebidos pelo Ministério da Justiça no âmbito da consulta pública relativa à Agenda Anticorrupção.

3. Do presente relatório constam as opções fundamentais tomadas pelo GT, o anteprojecto e a fundamentação respectiva.

Com o desenrolar dos trabalhos, o GT deparou com vários aspectos do regime da perda de bens eventualmente carecidos de revisão, que todavia exorbitam do seu mandato. A esse respeito, a regra adoptada foi a seguinte: as modificações de pequena dimensão e que se mostraram consensuais são formalmente propostas no articulado, ao passo que as que têm um âmbito mais amplo e/ou que se revelaram controversas são apenas sinalizadas aqui.

Capítulo 2.º - Interpretação e transposição dos artigos 14.º, 15.º e 16.º da Directiva 2024/1260 para o direito português

O mandato do GT inclui, em primeiro lugar, a transposição dos artigos 14.º (perda alargada em espécie), 15.º (perda sem condenação) e 16.º (perda de riqueza injustificada) da Directiva (UE) 2024/1260 (doravante, “a Directiva”) para o direito português.

Importa por isso interpretar aquelas normas, para assim identificar com precisão os deveres que se impõem aos Estados-Membros, apontar as relações dos mecanismos aí previstos entre si, bem como as questões que a sua transposição para o ordenamento jurídico português pode suscitar.

I. Questão prévia: a (falta de) competência da União Europeia para adoptar as normas previstas nos artigos 14.º, 15.º e 16.º da Directiva

A primeira questão que se põe é precisamente a de saber se a União Europeia (UE) tem competência para impor aos Estados-Membros, na forma de uma directiva, deveres de implementação dos mecanismos e medidas contidos nos artigos 14.º, 15.º e 16.º da Directiva. Com efeito, invocam-se como bases legais os artigos 82 (2), 83 (1) (2), e 87 (2), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Porém, o exame destes dispositivos não deixa entrever de que modo a perda de bens prevista nos artigos 14.º, 15.º e 16.º da Directiva pode ser subsumida às competências ali previstas.

O artigo 87 (2) diz respeito à cooperação policial.

O artigo 82 (2) prevê uma competência para adoptar “regras mínimas” em matéria de processo penal destinadas a facilitar o reconhecimento mútuo, sendo que tais regras devem incidir sobre (catálogo fechado): “a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade; d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adoptar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu”. É cristalino que os artigos 14.º, 15.º e 16.º da Directiva não se reconduzem a nenhuma destas normas.

Por fim, os n.ºs 1 e 2 do artigo 83 do TFUE atribuem uma competência para adoptar regras mínimas “relativas à definição das infracções penais e das sanções” em certos

domínios da criminalidade. Ora, apesar de o conceito de “sanções” ser um conceito autónomo de direito da UE (vd. o considerando n.º 21 da Directiva), é muito duvidoso que possa abranger medidas que não têm por objecto *factos*, mas antes *actividades* ou *condutas* que não carecem de ser especificadas (como sucede com os mecanismos previstos nos artigos 14.º e 16.º da Directiva), ou medidas aplicadas fora de um processo penal (como sucede com as que se prevêem no artigo 15.º para os casos em que o processo penal “não tenha podido continuar” por determinadas razões).

Aliás, é precisamente a natureza não-penal dessas medidas (e, até, da perda em geral) que muitas vezes se invoca para justificar algumas das características que se pretende atribuir ao respectivo regime (nomeadamente, a não sujeição das normas que as prevêem à proibição da retroactividade *in malam partem*).

Assim, e ao contrário do que sucede com a perda “clássica” – cuja natureza de reacção penal, apesar de não concitar unanimidade na doutrina e na jurisprudência, é plausível, ao menos para o efeito de atribuição de competência nos termos do artigo 83 do TFUE, atendendo a que tem por causa eficiente um facto ilícito-típico e é decretada num processo penal –, não é líquido que a UE tenha competência para impor aos Estados-Membros o dever de adoptar estes mecanismos de perda, que não reagem contra um facto ilícito-típico ou que são decretados fora de um processo penal. Consequentemente, a Directiva pode estar ferida de invalidade por incompetência, susceptível de ser reconhecida pelo Tribunal de Justiça (TJ), nos termos dos artigos 263, 264 e 267 do TFUE. Note-se, aliás, que, no decurso da preparação do anteprojecto, a Comissão Europeia foi instada a justificar a competência da UE nos termos expostos por um membro do GT que é também funcionário do Ministério da Justiça português, mas não respondeu de forma cabal e elucidativa, limitando-se a afirmar que a competência “não era um problema” e que “a questão já se punha na directiva anterior [de 2014]”.

À primeira vista, dir-se-ia que, mesmo perante a eventual invalidade (por falta de competência) de uma directiva com este teor, o Estado Português mantém o poder de adoptar, *sponte sua*, as soluções aí contidas. Todavia, esta afirmação também não é inteiramente líquida, atendendo a que a declaração de invalidade de um instrumento europeu pelo TJ pode acarretar a invalidade do direito nacional que o implementa.

Assim, as considerações seguintes são feitas sem prejuízo das questões de competência/validade que a Directiva pode suscitar, e para as quais o GT entendeu ser seu dever alertar as instâncias responsáveis.

II. As relações entre as várias modalidades de perda previstas pela Directiva: o tópico da subsidiariedade

1. As diferentes modalidades de perda (= confisco) contidas na Directiva encontram-se organizadas numa lógica de **subsidiariedade** em relação à **perda de bens fundada na condenação por um crime**: o artigo 14.º toma como pressuposto da perda uma “conduta criminosa” que não se prova como facto ilícito-típico; o artigo 15.º estende a perda a casos onde a condenação não pode ocorrer por já não haver processo penal; e o artigo 16.º, onde a perda prescinde da prova de qualquer facto ilícito-típico, dispõe expressamente no sentido da respectiva subsidiariedade em face dos restantes mecanismos.

2. Em primeiro lugar, é dada preferência ao “**confisco clássico**”, regulado no artigo 12.º, que contém a forma mais próxima (embora não perfeita¹) de correspondência da perda à ideia-base de que **o crime não compensa**. Esta modalidade de confisco tem duas características essenciais: é consequência de um facto ilícito-típico e é decretada no âmbito de um processo penal, que visa esclarecer a responsabilidade criminal de um agente. Na realidade, este é o único objectivo imprescindível de um procedimento penal, que justifica – sobretudo no plano constitucional – as mais graves restrições de direitos fundamentais ali impostas aos cidadãos. À perda decretada neste contexto aplicam-se os princípios e regras do processo penal, nomeadamente no que toca aos meios de investigação e às regras probatórias. Com efeito, não parece legítimo permitir que a pretensão confiscatória do Estado aproveite do aparelho investigatório do processo penal e, simultaneamente, negar a aplicabilidade, nesse âmbito, de princípios como o da legalidade, da irretroatividade ou *in dubio pro reo*, ou das garantias ínsitas no direito ao silêncio e nas proibições de prova.

No contexto do direito português vigente, o confisco de bens procedentes de crimes integra o direito penal e processual penal (ainda que a sua natureza dogmática seja controversa), pois é regulamentado exclusivamente por esses ramos do direito. A situação é profundamente diferente do pedido de indemnização civil. Este pedido tem pressupostos previstos na lei civil e uma finalidade própria, que normalmente se realiza num processo próprio (o processo civil), entre partes, e que só por certas razões *adere* ao processo penal.

¹ Não é uma correspondência perfeita, porquanto, como se verá, não se exige a prova de um *crime* mas apenas de um facto que contém alguns dos seus elementos (um facto ilícito-típico).

Na realidade, o que se discute no pedido de indemnização civil não é o facto *criminoso* (ilícito-típico culposo e punível), mas sim a *violação de um direito subjectivo* que faz emergir a responsabilidade civil. Isso é particularmente claro em várias disposições; por exemplo, no que diz respeito aos direitos processuais do lesado, que se restringem à “sustentação e à prova do pedido de indemnização civil” (artigo 74.º, n.º 2, do CPP), à regulação dos recursos (artigo 400.º, n.º 3, do CPP), e, especialmente, à configuração do objecto do processo quando este deva prosseguir com a única finalidade de se conhecer do pedido de indemnização civil (artigo 72.º, n.º 1, al. b), do CPP, de acordo com a interpretação que lhe foi dada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.01.2002, Proc. n.º 01P342): se se tratar, p. ex., de um pedido fundado numa burla, não será necessário provar, para além da dúvida razoável, o emprego de um artifício fraudulento, nem a intenção de enriquecimento do agente, mas tão só que o facto foi civilmente ilícito e que produziu um dano patrimonial. Já no confisco clássico, a ausência de um facto ilícito-típico, **com todas as características que lhe são dadas pelo direito penal**, inviabiliza a declaração de perda.

Uma construção diversa do direito vigente, tendente a equiparar a perda ao pedido de indemnização, só será possível num outro modelo, que consagre (possivelmente também no plano constitucional) uma **responsabilidade patrimonial autónoma**, a efectivar precipuamente num processo autónomo de perda de bens, que em certas circunstâncias poderia – tal como o pedido de indemnização civil – aderir ao processo penal². É precisamente a falta dessa **base constitucional** (que existe para os outros ramos de direito onde o Estado exerce o seu *ius imperium*, como, p. ex., o direito contra-ordenacional) e a ausência de uma disciplina extra-penal da responsabilidade patrimonial e do processo da sua efectivação que os “atira” para os braços do direito penal e processual penal, obrigando até a algumas adaptações para acomodar as respectivas especificidades (a reacção penal basta-se com um ilícito-típico, ainda que não culposo nem acompanhado da perigosidade do agente). Porém, todos os materiais têm uma resistência limitada e não se pode levar a adaptação a um ponto que desfigure o ambiente hospedeiro.

Mesmo quem propugne a intrínseca natureza não-penal de todas as formas de confisco não deixará de admitir que a sua qualidade de “*free-loader*” do ordenamento penal exige mecanismos compensatórios para os particulares, evitando-se assim uma ambiguidade que se encontra em muitas perspectivas do problema: não se pode pretender legitimar as restrições de direitos ínsitas nas dimensões substantiva e processual do

² Vd. infra.

confisco com a luta contra o crime (e em particular contra o crime grave e organizado), e, simultaneamente, reduzir as garantias individuais ao estalão do direito civil ou administrativo.

3. Pode porém suceder que, **tendo-se iniciado um processo penal** (esta é uma condição *sine qua non* em qualquer das modalidades de confisco previstas na Directiva, com consequências muito relevantes para o desenho dos deveres daí decorrentes), certa ordem jurídica nacional não permita a respectiva continuação em virtude das circunstâncias previstas no artigo 15.º (morte, fuga, doença ou prescrição).

Nesta modalidade de perda continua-se a exigir a prova de um facto ilícito-típico (a fonte dos bens é uma “**infracção penal**”, “*criminal offence*”, e não, como no âmbito dos artigos 14.º e 16.º, uma “conduta criminosa”, “*criminal conduct*”), que todavia não pode conduzir à sua consequência natural – a perda – porque o processo **não pôde** prosseguir e se extinguiu em virtude de uma das circunstâncias apontadas. O emprego do pretérito perfeito do conjuntivo (casos em que “tenha sido iniciado um processo penal mas o mesmo não *tenha podido* prosseguir”; itálicos nossos) mostra que a impossibilidade de prosseguimento do processo se cristalizou definitivamente no passado com a ocorrência de uma das circunstâncias do catálogo, não sendo portanto uma impossibilidade temporária ou circunstancial. De outra forma, o legislador europeu teria certamente empregado o presente do conjuntivo (“tenha sido iniciado um processo penal mas o mesmo não *possa* prosseguir”)³. A mesma ideia parece estar presente no considerando 30 da Directiva: “A perda deverá ser possível em caso de *impossibilidade* de se estabelecer uma *condenação definitiva* devido a doença, fuga ou morte do suspeito ou arguido”.

Extinto o processo penal, o artigo 15.º ordena que se decrete, apesar disso, a perda dos bens **resultantes da infracção penal em causa**, desde que, entre outras condições, tivesse sido possível que o processo desembocasse numa condenação penal se não tivesse ocorrido o impedimento contido no catálogo do n.º 1. Consequentemente, seria mais apropriado nomear este mecanismo como **perda não decretada num processo penal** do que **perda não baseada numa condenação**. Em termos apodícticos, há facto mas não há processo (penal) onde a perda possa ser decretada.

³ A mesma conclusão se extrai das restantes versões ligüísticas: “*have been initiated but could not be continued*” (em vez de “*cannot be continued*”); “*ein Strafverfahren eingeleitet wurde, das Verfahren aber (...) nicht fortgesetzt werden konnte*” (em vez de “*fortgesetzt werden kann*”); “*se hayan incoado procesos penales que no hayan podido continuar*” (em vez de “*no puedán continuar*”); e de forma particularmente impressiva, da versão francesa: “*lorsqu'une procédure pénale a été engagée mais n'a pu être poursuivie*” (em vez de “*ne peut être poursuivie*”).

A hipótese da norma é, portanto, a de que o processo penal se extinguiu. O que significa que o artigo 15.º não terá aplicação – e daí a sua subsidiariedade – se, apesar da verificação (de uma) daquelas circunstâncias, a lei nacional previr que o processo **pode** prosseguir. Assim, o artigo 15.º visa impor a perda de bens (vantagens provenientes de factos ilícitos-típicos e instrumentos cuja perigosidade pode ser necessário avaliar e neutralizar) **fora do contexto da responsabilização criminal de um agente**. Em consequência, o princípio seria aqui o afastamento do paradigma e da lógica do processo penal e a instituição de um processo autónomo de confisco, com regras próprias, como sucede em Espanha ou na Alemanha. Este aspecto será analisado com maior pormenor mais adiante.

4. A chamada **perda alargada em espécie** prevista no artigo 14.º da Directiva coloca outras questões. Apesar de a Directiva não dispor expressamente nesse sentido, esta modalidade é **lógico-normativamente subsidiária** em relação ao confisco clássico. Com efeito, perante os indícios de que um crime *x* gerou certas vantagens, não pode o Ministério Público limitar-se a remeter *ab initio* esses indícios para a consubstanciação de uma “conduta criminosa” num processo relativo a *outro* crime – o crime *y*, pressuposto da perda alargada – sem antes procurar efectivar a responsabilização penal do agente pelo dito crime *x*. Esta asserção é imposta pela própria intencionalidade do direito penal como protecção de bens jurídicos – que não pode ser postergada em nome do interesse na perda de bens – e da sujeição da actuação do Ministério Público ao princípio da legalidade processual – que não pode ser afastado em nome de objectivos de conveniência e oportunidade (a perda de bens suspeitos).

5. Por seu turno, o artigo 16.º dispõe expressamente no sentido de que a medida aí prevista é subsidiária em relação às que se prevêem nos artigos anteriores. Conclusão que já decorreria da circunstância de o decretamento do confisco não exigir aqui, sequer, a prova de um facto ilícito-típico. Pode dizer-se que é, portanto, um confisco sem facto ilícito-típico, tal como o do artigo 14.º (e o do artigo 7.º da Lei 5/2002), com a diferença de **que não exige sequer uma condenação**. Em rigor, é possível que o processo penal atinja o seu termo por não se ter provado a prática de qualquer facto ilícito-típico e, ainda assim, ser declarada a perda de bens que resultem de actividade criminosa; ou, se o processo penal tiver cessado entretanto, desencadear-se um processo autónomo de perda com vista à perda desses bens.

6. A relação entre os novos mecanismos de perda resultantes da transposição da Directiva suscita a questão da sua articulação com o direito vigente e, em particular, com a **perda do valor incongruente** prevista no actual artigo 7.º da Lei n.º 5/2002. A esse propósito, o GT dividiu-se quanto à conveniência da manutenção daquele dispositivo, que é permitida pela Directiva. A divisão de opiniões também foi visível no Seminário.

Os partidários da manutenção entendem que se trata de um meio de confisco complementar, que ainda pode abranger situações não contempladas nos restantes mecanismos, e que, atendendo a que a perda do valor incongruente está finalmente a ser aplicada pelos tribunais, a sua revogação seria um retrocesso em matéria de recuperação de activos. Além disso, se não acompanhada de um regime transitório implicaria inutilização de todos os processos pendentes e, mesmo, a restituição dos valores entretanto declarados perdidos. Aduzem, como argumento suplementar, que o Tribunal Constitucional já por várias vezes confirmou a não constitucionalidade do mecanismo. E sustentam, por fim, que a revogação da perda incongruente se encontra para lá do mandato do Grupo de Trabalho.

Contra a manutenção da perda do valor incongruente aponta-se a extensa margem de sobreposição com os restantes mecanismos, pondo em perigo, não só a operacionalidade e a racionalidade do sistema, mas também o objectivo de harmonização prosseguido pela Directiva com vista ao reconhecimento mútuo destas decisões. Assim, argumenta-se, a eventual aplicação, em virtude da dita sobreposição, do artigo 7.º da L. 5/2002 a situações subsumíveis aos propostos artigos 6.º-A e 6.º-B (artigos 14.º e 16.º da Directiva), pode fazer perigar o reconhecimento dessas decisões por outros países, pois é, no mínimo, muito duvidoso que aquela modalidade de perda seja vista pelos tribunais dos outros Estados-Membros como “uma sanção ou medida de caráter definitivo, imposta por um tribunal *relativamente a uma infração penal*” (artigo 2 (2) do Regulamento (UE) 2018/1805; itálicos acrescentados).

Perante a polarização das opiniões e as dúvidas sobre o alcance do seu mandato a este respeito, entende o GT dever apenas sinalizar o problema e não fazer uma proposta formal de manutenção ou revogação do actual artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

III. O artigo 15.º da Directiva: a perda não baseada numa condenação

1. A insuficiência e inadequação do direito vigente

Em certas leituras do direito vigente, as hipóteses de perda previstas pelo artigo 15.º da Directiva estariam já cobertas pelos artigos 109.º, n.º 2, e 110.º, n.º 5, do CP, conjugados com os artigos 127.º, n.º 3, 128.º, n.º 1, e com o artigo 335.º, n.º 5, do CPP. Porém, na leitura adoptada pelo GT, este regime (resultante, em boa parte, da reforma introduzida pela Lei n.º 30/2017, de 30/05) não é satisfatório, por várias razões.

Em primeiro lugar, porque descreve os pressupostos da perda não baseada numa condenação recorrendo a uma cláusula genérica e negativa (“ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto”). Ora, quando a perda tem por causa um facto ilícito-típico e é decretada no processo penal, onde se visa esclarecer a responsabilidade do agente e aplicar-lhe as reacções legalmente previstas, o princípio é o de que, findando o processo, se extinguem correlativamente as pretensões a que o processo se encontra ordenado, incluindo a pretensão confiscatória do Estado fundada no facto que justifica o processo. Assim, a persistência da pretensão confiscatória para além do termo da persecução penal é uma situação especial, devendo os seus pressupostos encontrar-se **positivamente descritos**, por razões de segurança jurídica, como se prevê na Directiva. Este esforço de densificação positiva foi aliás um dos pontos do anteprojecto que mereceu aplauso por parte de vários participantes no Seminário organizado pelo GT, embora tenha merecido reservas por parte de um deles⁴.

Se, nos termos da Directiva, há determinadas circunstâncias que não devem impedir a perda apesar de o processo penal não ter podido prosseguir (a fuga, a doença ou a morte do suspeito/arguido, bem como o decurso do prazo prescricional em certas condições), importa verificar e garantir que o direito português cumpre com essas exigências. O eventual alargamento do leque dessas circunstâncias, sendo permitido pela Directiva, deve também ser justificado.

Em segundo lugar, o direito vigente pode suscitar a este propósito dúvidas desnecessárias. A referência à *não punição* pode ser interpretada no sentido de que, no direito nacional, a perda abrange apenas os casos em que existe uma condenação, mas não se aplica uma pena (como sucede, p. ex., nos casos de isenção de pena), ou em que ela não é executada, deixando de fora os casos onde não existe sequer uma **condenação**.

⁴ Vd. supra Capítulo I.

– os quais são manifestamente abrangidos pelo dever de declarar a perda decorrente do artigo 15.º da Directiva.

Em terceiro lugar, as normas do CP deixam o estatuto da perda de bens de factos pelos quais o procedimento criminal se encontra **prescrito** numa situação de incerteza, pois não a mencionam juntamente com a morte e a contumácia nos artigos 109.º e 110.º, nem excepcionam a perda de bens da eficácia extintiva da prescrição.

Em quarto lugar, a lei vigente contém soluções que não são compatíveis com **princípios jurídicos fundamentais** – como, p. ex., ordenar que o processo penal prossiga contra um agente morto (artigo 127.º, n.º 3, do CP), apesar da extinção da responsabilidade criminal (artigo 127.º, n.º 1, do CP), com a finalidade exclusiva de declarar a perda dos bens.

Em quinto lugar, e em consequência, a perda não baseada numa condenação carece, quando o processo penal deva findar, de um **processo próprio**, com regras específicas, ainda que simples. Nesse contexto, é duvidoso que a actual inexistência de normas que garantam concretamente os direitos das pessoas afectadas cumpra com os requisitos mínimos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e com o direito a um processo equitativo.

Importa ainda deixar a seguinte nota: o artigo 15.º toma como pressuposto de aplicação uma “infracção penal”, que se entende ser correspondente, no direito português, ao **facto ilícito-típico**. Afasta-se assim uma leitura do artigo 15.º, n.º 2, da Directiva⁵ que poderia eventualmente apontar no sentido de se exigir a comprovação da culpa e de outros pressupostos da punição sem os quais não existe verdadeiramente um *crime em sentido jurídico*. No quadro do direito português, não parece que faça sentido interpretar esta disposição literalmente, rompendo com um consenso largamente estabelecido acerca da suficiência da prova de um facto ilícito-típico (como pressuposto da perda *no processo penal*) desde, pelo menos, 1995. Por outro lado, a condição posta pela Directiva, interpretada deste modo, não parece colidir com a **presunção de inocência**, porque não exige uma determinação (virtual ou hipotética) da culpa para desencadear a consequência jurídica, nem sequer a identificação do seu agente, mas apenas a prova efectiva de que foi praticado um certo facto ilícito descrito pela lei penal (e por isso “*teria sido possível*”, mas não forçoso, “que os processos penais resultassem numa condenação penal”).

⁵ “A perda sem condenação prévia nos termos do presente artigo deve limitar-se aos casos em que, na ausência das circunstâncias previstas no n.º 1, teria sido possível que os processos penais resultassem numa condenação penal”.

2. Fuga ou doença

2.1. No direito penal português, a ausência do agente, devida a **fuga** ou a outro motivo, não impede o prosseguimento do processo penal, pelo que não se põem ao legislador português os problemas suscitados pelas ordens jurídicas que não permitem julgamentos *in absentia*. O agente que prestou termo de identidade e residência pode ser julgado na ausência, esteja ou não em fuga, e aquele que não o prestou pode vir a ser declarado contumaz. Neste último caso, o processo suspende-se até à apresentação ou detenção. O n.º 5 do artigo 335.º do CPP prevê que, ainda assim, “a declaração de contumácia não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.

Esta disposição, que não regula o problema específico da fuga, é consistente, à primeira vista, com as finalidades da contumácia (constranger o agente a vir ao processo). Todavia, como nem toda a contumácia advém da fuga, haveria que restringir a aplicabilidade da norma às situações em que o agente deliberadamente se furta ao processo penal que sabe estar em curso contra si, como forma de evitar as respectivas consequências.

Ainda assim, e mesmo com essa restrição, pode questionar-se a bondade e exequibilidade da solução, em termos semelhantes aos que cabem ao problema da doença (infra): o desiderato de trazer o agente ao processo pode ser alcançado de outros modos (p. ex., através de uma aplicação mais estrita do arresto de bens, conjugada com a possibilidade de venda antecipada dos mesmos: cf. o proposto n.º 4 do artigo 337.º do CPP), evitando-se também o risco de decisões contraditórias sobre o mesmo assunto.

No que diz respeito à **doença** do agente, ela não impede, em princípio, o prosseguimento do processo penal. Porém, se a doença comprometer a capacidade processual do agente, nomeadamente no que diz respeito à capacidade de estar presente na audiência, existem já decisões judiciais segundo as quais o processo deve suspender-se, ou mesmo extinguir-se se esse estado for irreversível⁶.

Como se disse⁷, o pressuposto geral do artigo 15.º é a extinção do processo penal. Consequentemente, o considerando 31 da Directiva, ao definir a doença relevante como “incapacidade do suspeito ou arguido de comparecer no processo penal durante um período prolongado, gerando assim um risco de os prazos previstos no direito nacional

⁶ Cf. o recente Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de Novembro de 2024 e a bibliografia aí citada.

⁷ Supra, 2.3.

em matéria de responsabilidade penal expirarem e o processo não poder continuar”, suscita funda perplexidade, porque relaciona a doença prolongada não com a demora no confisco dos bens, mas sim com o risco de prescrição do procedimento, como se ela impedissem a perda. Ora, esta preocupação não se comprehende visto que o mesmo instrumento prevê que a perda se decrete mesmo *após* a prescrição do procedimento.

A única explicação plausível parece residir no facto de a perda em caso de doença por período prolongado se encontrar já prevista na Directiva de 2014, onde *não* se contemplava o caso da prescrição. Assim, o legislador europeu de 2024 não terá notado que, regulando expressamente a perda em caso de prescrição do procedimento, não faz sentido continuar a autonomizar a doença por período prolongado, ainda menos com fundamento no risco de prescrição do procedimento.

2.2. No direito português, a doença que afecta o normal andamento do processo é apenas aquela que causa a incapacidade processual do agente para actos onde a sua presença seja essencial, como ocorre com a audiência. Por outro lado, a fuga só impede o prosseguimento normal do processo caso o agente tenha sido declarado contumaz. Porém, mesmo com estas restrições, permitir o prosseguimento do processo para efeitos de se declarar a perda de bens traria problemas de difícil solução. Nestes casos, a perda constitui uma consequência da *prática de um facto ilícito-típico pelo agente*, que tem por isso de ser provado em audiência, bem como a ligação desse facto com os instrumentos, produtos ou vantagens. Ora, não só é duvidoso que as garantias individuais que impedem o prosseguimento do processo penal nesses casos não valham para impedir também a decisão de perda, como também se põe o inevitável problema do valor dessas decisões para o procedimento penal que não se extinguiu. Transitaria em julgado? E como se compatibilizaria ela com uma decisão que viesse a absolver o agente por não se provar um facto ilícito-típico, ou a derivação dos bens desse facto, mesmo com a aplicação do mesmo estalão probatório?

Parece portanto que a simples *paralisação* do processo penal não é compatível com um processo destinado a declarar a perda dos bens, seja ele autónomo ou derivado do processo penal. Nesses casos, a perda deverá ser determinada no âmbito do processo penal respectivo, sem nenhuma especificidade em face dos demais casos de confisco clássico. Só se o processo se extinguir por força da doença irreversível do agente, ou em virtude da prescrição a que ela eventualmente tenha conduzido, se poderá afirmar que o procedimento criminal, tendo sido iniciado, “não pôde prosseguir”, iniciando-se então o

processo autónomo de perda. Esta solução não viola os deveres impostos pela Directiva, porquanto a fuga e a doença, por si mesmas, não fazem findar o processo penal e, por isso, não impedem a perda.

3. Morte do suspeito/arguido ou prescrição do procedimento

O processo penal tem por finalidade apurar a responsabilidade de uma pessoa por um crime, terminando com a sua absolvição ou condenação nas penas ou medidas de segurança legalmente previstas. É nesse contexto que se inscrevem as permissões constitucionais de restrição dos direitos fundamentais ali implicadas. Ora, em caso de **morte ou prescrição** (ou **amnistia**: vd. infra), aquela função torna-se impossível, pelo que, se o processo penal never extinguir-se, haverá lugar a um **processo autónomo de perda**.

Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, al. d), só existe um dever de decretar a perda apesar do decurso do prazo prescricional quando este for inferior a 15 anos e tiver expirado após o início do processo penal. Daqui parece decorrer que a UE considera razoável que a perda dos bens não tenha de ser decretada quando hajam decorrido 15 anos sobre a prática do facto e o procedimento penal se encontre prescrito.

4. Amnistia

O objectivo da amnistia é, ou pode ser, “não remexer no passado” para o efeito de dele extrair consequências jurídicas negativas para os envolvidos, o que pode valer tanto para o procedimento criminal como para o confisco (mesmo não sendo uma pena, é uma reacção ou medida que implicará sempre uma investigação dos factos amnistiados).

Porém, todo o instituto da amnistia contém, por excelência, uma larga margem de apreciação do legislador, que lhe permite modelá-la em cada caso concreto, prevendo, nomeadamente, a persistência da pretensão confiscatória do Estado. Será porventura ao abrigo dessa margem de apreciação que o legislador poderá estabelecer distinções, para este efeito, se assim o entender, entre as amnistias de reconciliação/pacificação e de celebração.

5. As características do facto ilícito-típico pressuposto

Embora a Directiva mencione, no artigo 15.º, que o âmbito do dever de decretar a perda nos casos aí previstos inclui, “pelo menos”, os factos “suscetíveis de gerar, direta ou indiretamente, um benefício económico substancial”, o requisito não parece congruente com a finalidade desta disposição, que – ao contrário dos artigos 14.º e 16.º – não tira o seu sentido da natureza dos crimes praticados, mas sim da cessação do processo penal.

Consequentemente, a dita restrição não deve ser adoptada, opção que se legitima à luz do esquema das “regras mínimas” onde se funda a Directiva.

6. A perda de bens sem condenação no processo penal e a instauração de (ou conversão em) um processo autónomo de perda: uma distinção necessária

A expressão “perda de bens sem condenação”, usualmente invocada para caracterizar o regime previsto pelo artigo 15.º da Directiva, alberga várias realidades diferentes.

Temos, em primeiro lugar, os casos em que o processo penal alcança o seu fim normal sem uma condenação, mas em termos tais que a prova de um facto ilícito-típico deve conduzir ao decretamento da perda de bens (p. ex., quando o agente actuou sem culpa). Nesses casos, há uma perda sem condenação, mas aplicada dentro do processo penal, nos termos comuns dos artigos 109.º a 112.º-A do CP.

Depois, há certos incidentes que, fazendo cessar o procedimento em relação a certos factos (v. g., a prescrição) ou a certos agentes (v. g., a morte), impediriam, em rigor, a aplicação da perda, relativamente a eles, no processo penal em curso, que todavia prossegue por outros factos ou contra outros agentes. Porém, atendendo à complexidade, morosidade e desperdício de recursos que esse desmembramento de processos necessariamente acarretaria, entendeu o GT que essas situações, taxativamente descritas e correspondentes às que se prevêem na Directiva, devem continuar a permitir a declaração de perda *dentro do processo penal que prossegue*. Se, apesar da morte de um arguido, o processo penal continuar contra outros co-arguidos; ou se, apesar da prescrição do procedimento por um facto, o processo dever continuar por outros factos – o tribunal conhecerá, **no processo penal em curso**, dos pressupostos da perda de bens relacionados com os factos praticados pelo arguido morto ou pelos quais o procedimento prescreveu e

decretá-la-á, nos termos dos artigos 109.º e seguintes do CP, que continuam a ser aplicáveis, não obstante aqueles incidentes, em virtude do novel artigo 112.º-B. Por outras palavras, esta disposição é necessária porque é ela que permite decretar a perda de instrumentos, produtos e vantagens sem a concomitante condenação do agente pelo facto com que estão relacionados, ou seja, casos onde ainda existe processo penal *mas este já não comprehende* os factos a que estão associados os bens que se pretende confiscar ou os respectivos autores.

Porém, se o processo dever cessar por todos os factos e contra todos os arguidos, a boa implementação do artigo 15.º da Directiva não deve fazer-se por meio de um prolongamento artificial do processo penal, que é contrário aos princípios gerais e suscita mais problemas do que aqueles que resolve. Diversamente, exige-se a adopção de uma forma processual específica (o processo autónomo de perda), dedicada exclusivamente à realização da pretensão confiscatória do Estado. Para esse efeito, propõe-se a **adição dos artigos K e seguintes ao Código de Processo Penal** (na nova secção proposta para a regulamentação processual da perda), **revogando-se** concomitantemente os artigos 109.º, n.º 2, 110.º, n.º 5, 127.º, n.º 3, do CP, e o artigo 335.º, n.º 5, do CPP.

Se o processo cessar na fase de inquérito ou instrução (porque se extinguiu a responsabilidade criminal ou o procedimento, ou porque o Ministério Público procedeu ao arquivamento por não conseguir identificar o autor dos factos, ou porque, havendo indícios da prática de um facto ilícito-típico, não estão reunidos outros pressupostos da punição), pode o Ministério Público **instaurar processo autónomo de perda**, requerendo a perda dos bens nos termos dos artigos 109.º e ss. do CP (vd. o proposto artigo 112.º-C do CP). Ressalvam-se todavia os casos em que o processo tenha findado: (i) em virtude de imunidade (de direito internacional ou nacional), porquanto se entende que as razões que aí obstam ao processo penal valem também para processos de confisco; (ii) ou por não se verificarem os necessários pressupostos de procedibilidade (se o processo penal, destinado à protecção de bens jurídicos fundamentais, é deixado na disponibilidade do ofendido, não se compreenderia que o mesmo não valesse para o confisco de bens); (iii) ou por o procedimento se encontrar prescrito, ou a morte do agente tiver ocorrido, em data anterior à instauração do inquérito (porque nesses casos o inquérito só deve ter lugar, em rigor, para estabelecer a inadmissibilidade do procedimento). Solução diversa, que admite uma perda de bens inteiramente desligada da repressão penal, só poderá alcançar-se no quadro de uma reforma profunda de toda a matéria, que exorbita do mandato do GT (vd. infra no texto).

Assim, o leque de situações em que se permite a “perda sem processo penal” é mais amplo do que aquele que é imposto pela Directiva, porque existem outras situações em que a cessação do processo penal ou da responsabilidade criminal não afecta a pretensão confiscatória legítima do Estado, mas mais restrito do que o que resulta hoje dos artigos 109.º, n.º 2, e 110.º, n.º 5, pelo menos em algumas das interpretações que a grande abertura da sua formulação permite.

As razões que levam a exigir a instauração de um processo autónomo quando o processo penal cesse na fase de inquérito ou de instrução contra todos os arguidos impõem também que, quando o procedimento ou a responsabilidade criminal se extingam após a acusação ou o despacho de pronúncia, o processo penal não se prolongue artificialmente, ordenado a finalidades espúrias, antes se **converta** em processo autónomo de perda de bens, com as suas regras próprias.

7. Consagração de um instituto autónomo de responsabilidade patrimonial e perda de bens, independente do direito penal e do processo penal

Exigindo-se, nos termos do artigo 15.º da Directiva, que o processo penal se tenha iniciado, mas que não tenha podido prosseguir, ficam arredados do âmbito dos deveres impostos pela Directiva os casos em que as circunstâncias ali previstas tenham ocorrido *antes* de instaurado um processo penal.

Caberá ao legislador decidir, no futuro, se se justifica definir os pressupostos de uma responsabilidade patrimonial que conduza à perda de bens, num processo autónomo totalmente independente do procedimento criminal, que abranja os casos em que a prescrição ou a morte do agente ocorrem antes de se iniciar o procedimento criminal pelos factos em causa, ou até os casos em que não se verifiquem certas condições de procedibilidade (v.g., a queixa nos crimes semi-públicos). Essa possibilidade não vai reflectida na proposta de articulado, porque o GT entende que o desenho de um processo de perda inteiramente desligado, *ab initio*, da repressão penal, *in rem* ou *in personam*, carece de uma consideração mais aprofundada e de opções fundamentais (possivelmente constitucionais) nesta matéria que transcendem em muito o seu mandato e não são compatíveis com o prazo para a conclusão do trabalho.

IV. O artigo 14.º da Directiva (proposto novo artigo 6.º-A da Lei n.º 5/2002)

1. O catálogo de crimes

O artigo 14.º da Directiva prevê a possibilidade de, havendo condenação por certos crimes, o tribunal declarar a perda de certos bens “resultantes de conduta criminosa” distinta dos crimes que são objecto da condenação (e daí a designação de “perda alargada” em espécie), sempre que esteja “convencido” dessa proveniência.

A primeira questão que se levanta a este respeito é a da inserção sistemática desta disposição no direito nacional, que se afigura dever ser a já citada Lei n.º 5/2002, dada a proximidade (embora não identidade) deste mecanismo com o que se estabelece no actual artigo 7.º daquele diploma (perda do valor do património incongruente, que hoje é conhecido pela designação imprópria de “perda alargada”).

Todavia, como o âmbito do artigo 14.º da Directiva é limitado a certas espécies de crimes, entende-se que não é adequado modificar o catálogo previsto no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, que também delimita o âmbito de *outras* medidas especiais de combate à criminalidade organizada e económico-financeira (nomeadamente no que diz respeito à recolha de prova, quebra do segredo profissional e da própria perda do valor do património incongruente). Acrescentar a esse catálogo, nos respectivos nºs 1 e 2, os crimes previstos no artigo 14.º (quando sejam diferentes) resultaria numa alteração daqueles regimes especiais não imposta pela Directiva nem intencionada pelo legislador nacional. Assim, entende-se que a solução passa por criar um sub-universo específico para os crimes indicados no artigo 14.º da Directiva, que serve também de referência para a transposição do artigo 16.º do mesmo diploma.

O catálogo de crimes seleccionado nas várias alíneas do n.º 1 do proposto artigo 6.º-A foi fixado de acordo com os deveres decorrentes dos artigos 14.º e 16.º da Directiva, que remetem para os instrumentos mencionados nos nºs 1 e 2 do artigo 2.º. Entendeu-se adicionar a essas infracções o crime de recebimento de vantagem por funcionário ou titular de cargo político⁸ e ao peculato que não seja lesivo dos interesses financeiros da União⁹. O primeiro, dada a evidente proximidade material com os crimes de corrupção;

⁸ Crime não contido na *Convenção, estabelecida com base no artigo K.3, n.o 2, alínea c), do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, nem na Directiva mencionada na nota seguinte.*

⁹ Crime não contido na *Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (cf. artigo 4 (3)).*

o segundo, porque pode ser difícil destrinçar, em concreto, se a apropriação lesa os interesses financeiros da União ou somente os do Estado.

Por outro lado, em matéria de tráfico de estupefacientes, a Directiva só obriga a prever o crime de tráfico propriamente dito como pressuposto da perda alargada de bens, porque a Decisão-quadro relativa ao tráfico de estupefacientes não contém nenhuma disposição que regule especificamente a associação criminosa para o tráfico. Porém, a ausência de uma menção ao artigo 28.º do DL 15/93 geraria o risco de se criar uma lacuna relativamente à perda de bens de condenados (exclusivamente) por associação criminosa nos termos do artigo 28.º do DL 15/93, porque embora a Directiva preveja a associação criminosa como um dos crimes-pressuposto de aplicação, aqueles agentes não serão condenados pela norma comum do artigo 299.º do CP, mas sim, precisamente, ao abrigo do artigo 28.º.

Para além dos crimes mencionados no parágrafo anterior, o GT rejeitou, por maioria, a inclusão dos crimes de participação económica em negócio e prevaricação. De acordo com a opinião que prevaleceu, e sem prejuízo do bom fundamento da solução, a inclusão destes crimes repousa em puras considerações de política criminal que exorbitam da transposição da Directiva e que obrigariam o GT a um exame muito mais amplo de outras infracções semelhantes. Além disso, a prevaricação não é tipicamente um crime que traga activos para a esfera patrimonial do *agente*, que é o universo onde funciona a perda prevista nos artigos 14.º e 16.º, pelo que se revela disfuncional relativamente ao objectivo destas normas.

Finalmente, o artigo 14.º exige que a “infração cometida seja suscetível de gerar, direta ou indiretamente, um benefício económico”, que, no caso do artigo 16.º, tem de ser “substancial”. Esta exigência afigura-se fundada, pois confortará a prova de que outros bens do condenado resultam de “conduta criminosa”, cabendo ao tribunal determinar se, *no caso concreto*, o crime cometido tem essa característica, pois nem sempre os crimes elencados na Directiva terão a virtualidade de gerar um benefício económico – pense-se, por exemplo, nos crimes sexuais contra crianças, ou mesmo num crime de corrupção activa que visa obter um lugar prioritário na lista de espera para uma cirurgia.

2. “Conduta criminosa” e “actividade criminosa”

No âmbito do artigo 14.º, relativo à perda alargada em espécie, impõe-se provar que os bens em causa são “**resultantes de conduta criminosa**”. Este é o grande desafio que

se apresenta à transposição correcta desta medida (e, também, da que se prevê no artigo 16.º).

Seguro é que o pressuposto da medida e, portanto, o objecto da prova, é a *proveniência criminosa dos bens*, e não o *convencimento* do tribunal acerca dessa proveniência, que representa apenas uma exigência de prova (e, eventualmente, o estalão dessa prova).

Seja qual for o conteúdo da expressão “conduta criminosa”, há-de ser algo diferente da “infracção penal” (= factos ilícitos típicos) mencionada nos artigos 12.º e 15.º da Directiva. Por essa razão, parece conveniente que a lei adopte a expressão “actividade criminosa” em vez de “conduta criminosa”, pois a “conduta” aproxima-se perigosamente do conceito de “facto” (ilícito-típico), sendo mesmo frequentemente utilizada para designá-lo (“com a sua conduta, o arguido preencheu o tipo do artigo...”). Por outro lado, o conceito de “conduta criminosa” a que alude o artigo 14.º da Directiva não será algo de muito diferente da “actividade criminosa” mencionada no actual artigo 7.º da L. 5/2002.

Assim, no âmbito do artigo 14.º, não é necessário determinar de que específica conduta criminosa se trata, quando das circunstâncias resultar que os bens provêm de actividade criminosa. Se, por exemplo, o agente pratica várias burlas informáticas (artigo 221.º do CP), recebendo ilicitamente os montantes daí provenientes em determinada conta bancária, deve o tribunal condená-lo pelo(s) crime(s) de burla que ficar(em) provado(s) e confiscar o valor existente na conta se estiver convencido da sua origem criminosa, mesmo que não consiga ligá-lo a concretas operações fraudulentas.

Para os efeitos deste artigo, os bens a confiscar têm de pertencer ao condenado (“pertencentes a uma pessoa condenada”, prevê a Directiva), e devem resultar directa ou indirectamente da actividade criminosa (abrangendo, portanto, os bens sucedâneos, que ingressam no património do agente através da sub-rogação real). Porém, a maioria dos elementos do GT entende que o artigo 14.º da Directiva prevê uma modalidade de perda em espécie, pelo que não é aplicável aqui a figura da perda pelo valor (cf. art. 110.º, n.º 4, do CP).

Note-se que o artigo 14.º abarca os bens que se encontrem na posse do agente condenado mas que resultem de actividade criminosa praticada por *terceiros*: p. ex., se o condenado por um crime de tráfico de estupefacientes detém certos bens gerados pela actividade criminosa de outro agente na qual não participou, agente esse que morreu, ou desapareceu, e contra quem não foi nunca instaurado um procedimento penal.

Não podem ser considerados como resultando de actividade criminosa os rendimentos de uma actividade lícita (de trabalho, de capitais, etc.), mesmo quando não tenham sido declarados ao fisco. Nesses casos, só podem considerar-se bens provenientes de actividade criminosa os montantes de imposto efectivamente sonegados ao fisco, e apenas quando essa sonegação seja qualificável, em virtude do respectivo valor, como actividade criminosa, e não como mera actividade ilícita (v. g., de natureza contra-ordenacional).

3. Prova, técnica dos “exemplos-padrão” e contiguidade temporal

No que diz respeito ao *estalão probatório*, a exigência de um crime-pressuposto e de uma condenação pelo mesmo, conjuntamente com a leitura do considerando 29 do preâmbulo da Directiva, inculcam que a medida prevista no artigo 14.º foi pensada para ser aplicada pelo tribunal da condenação no próprio processo penal¹⁰. Assim sendo, não existe qualquer indicação na Directiva para que o estalão probatório seja diferente do que ali se pratica. Não obstante, a lei deve elencar alguns dos indícios que o tribunal deverá levar em conta, juntamente com toda a prova produzida.

Nesse contexto, e apesar de algumas objecções que foram suscitadas no Seminário, entende o GT que se justifica a inclusão, no artigo 14.º, de circunstâncias susceptíveis de revelar a proveniência criminosa dos bens, de acordo com a técnica dos exemplos-padrão: o elenco – que se inspira no artigo 16.º da Directiva e em outros ordenamentos jurídicos – não é taxativo, admitindo-se circunstâncias análogas, e a verificação de uma ou várias delas não significa forçosamente que os bens tenham uma proveniência criminosa.

É certo que o elenco das circunstâncias só está previsto para a determinação da proveniência criminosa das vantagens no artigo 16.º da Directiva. Porém, entende o GT que, tratando-se do mesmo problema, a aplicação da mesma técnica no artigo 14.º concorre para aumentar a segurança jurídica e auxilia os tribunais na aplicação da lei, pois a alternativa seria fazer repousar a medida na afirmação, *tout court*, de que os bens são resultantes de actividade criminosa – expressão que, como também se apontou no Seminário, é extremamente vaga.

¹⁰ O que não impede que, cessando o processo penal em fase de recurso (p. ex., por prescrição do procedimento, ou por morte do arguido), possa haver lugar à conversão em processo autónomo para se confiscarem bens resultantes de *actividade criminosa*, nos termos do artigo L, e com vista portanto à aplicação do mecanismo previsto no artigo 16.º da Directiva (se os respectivos pressupostos específicos se encontrarem preenchidos). Mas aí tratar-se-á, naturalmente, de aplicar uma outra disposição que não o artigo 14.º.

Uma palavra ainda para a inclusão no elenco das circunstâncias, na transposição do artigo 14.º, da associação a membros de uma organização criminosa, que parece mais talhada para a determinação, no artigo 16.º, de que os bens provêm de crimes cometidos no âmbito de uma organização criminosa (cf. o n.º 2 do artigo 2.º da Directiva). Desde logo, adoptou-se, para este efeito, a definição de organização criminosa (relevante também, por remissão, para a transposição do artigo 16.º da Directiva) constante do artigo 1.º, n.º 1, da Decisão-quadro 2008/841/JHA, pois o propósito específico de “obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material” é consistente com a finalidade destes mecanismos. A eventual não coincidência dessa noção com outras definições que se encontram no direito nacional (em particular, com o tipo legal da associação criminosa constante do artigo 299.º do CP) não é necessariamente problemática, atendendo à finalidade muito específica a que se destina. Por outro lado, uma eventual uniformização das várias definições de organização criminosa transcende largamente o mandato do GT e deverá obedecer a ponderações que não teriam cabimento nesta sede. Neste contexto, parece que a associação a membros de uma organização criminosa – e não a mera associação a “criminosos” –, nos termos da definição da Directiva, é uma circunstância que pode ser relevante para determinar se os bens provêm de actividade criminosa.

O GT deparou com um problema de interpretação da Directiva resultante do considerando n.º 29, cuja parte final reza: “O facto de os bens da pessoa serem desproporcionais em relação aos seus rendimentos legítimos *poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir* que os bens provêm de conduta criminosa” (itálicos nossos). A questão que se põe é a de saber se assim se pretende significar que os Estados podem incluir a desproporção patrimonial nas respectivas leis como uma das circunstâncias susceptíveis de revelar a proveniência criminosa dos bens¹¹, ou se a sua particularização nestes termos visa significar que a desproporção patrimonial só pode funcionar para esse efeito quando acompanhada de outras circunstâncias que concorram no mesmo sentido¹². Embora com dúvidas, o GT inclinou-se para a primeira alternativa.

Por último, consagrou-se um “período suspeito” relativamente à entrada dos bens na posse do condenado, requerendo-se alguma proximidade desse momento com o

¹¹ Como parece resultar mais claramente da versão italiana: “Una sproporzione tra i beni dell’interessato e il suo reddito legittimo può rientrare tra i fatti idonei a indurre l’organo giurisdizionale a concludere che i beni derivano da condotte criminose”.

¹² Como parece decorrer da versão inglesa: “The fact that the property of the person is disproportionate to that person’s lawful income could be *among the facts giving rise to a conclusion* by the court that the property derives from criminal conduct” (itálicos nossos).

momento do crime, na esteira da praxis italiana, de forma a reforçar a plausibilidade da proveniência criminosa das vantagens.

4. A actividade criminosa e a ausência de queixa pelos factos que a integram

A não apresentação de queixa por um facto gerador de vantagens deve ter um tratamento diferente no âmbito do artigo 14.º em relação ao artigo 15.º. Uma coisa é instaurar um processo autónomo de perda *ex novo* (não precedido por um processo penal) para confiscar bens gerados por crimes semi-públicos pelos quais não foi apresentada queixa (possibilidade que, como se disse, não cabe no escopo do mandato do GT); outra é, no âmbito de um processo penal *existente* (o do crime pressuposto da perda alargada em espécie), os factos em causa serem considerados uma actividade criminosa e poderem relevar para efeitos de confisco. Neste âmbito, nada obsta a que um facto que constitui um crime semi-público e relativamente ao qual não foi apresentada queixa integre o conceito de actividade criminosa para efeito da perda alargada em espécie (como sucede, p. ex., com os montantes depositados numa conta bancária utilizada para praticar burlas em massa, que não podem ser reconduzidas, na sua totalidade, às queixas individuais apresentadas).

5. Os factos típicos excluídos da “actividade criminosa”

Embora a prova de um facto ilícito-típico possa integrar, via de regra, o conceito de “actividade criminosa”, impõem-se aqui algumas restrições, com vista a preservar certas linhas fundamentais do sistema.

Em primeiro lugar, e em consonância com outras normas do regime proposto (v. g., o artigo 112.º-B do Código Penal e o artigo K do Código de Processo Penal), devem excluir-se os factos pelos quais o procedimento criminal tenha prescrito antes da respectiva instauração, de maneira a garantir a ligação, ainda que ténue, entre o confisco e uma pretensão penal válida que subjaz à Directiva (cf. o artigo 15.º, n.º 1, al. d), mesmo para a perda *sem* processo penal).

Em segundo lugar, não devem integrar o conceito de actividade criminosa os factos que estejam a ser (ou devam vir a ser) apreciados em outro processo penal, dando-se assim cumprimento integral ao princípio da legalidade (processual) e respeitando-se a

posição subsidiária que a perda prevista no artigo 14.º da Directiva deve ter em relação à perda clássica ou comum.

Em terceiro lugar, devem também ser excluídos os factos que já foram objecto de sentença absolutória transitada em julgado no âmbito de outro processo penal, como aliás é imposto pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹³. Nesses casos, o Estado teve oportunidade de realizar a sua pretensão de acordo com as regras que estabeleceu, e seria desproporcional submeter o arguido a sucessivos processos pelos mesmos factos (mesmo quando se entenda que não existe verdadeiramente um *bis*, o que também é discutível).

6. A detenção por tempo prolongado como obstáculo à perda

Para conferir alguma segurança jurídica à aplicação deste mecanismo de perda, ele não se aplica se os bens tiverem ingressado no domínio do arguido mais de 20 anos antes da aquisição, pelo visado, da posição processual de pessoa afectada (prazo que usualmente se prevê para a usucapião de má-fé), funcionando aquele acto processual como uma “contestação”, por parte do Estado, da legitimidade da posição patrimonial. Sem esse prazo, os bens detidos pelo arguido estariam todos potencialmente sob suspeita, incluindo os que derivam de actividade criminosa de terceiro, mesmo que adquiridos há muito tempo (p. ex., uma casa fruto de um crime de corrupção praticado pelo pai do agente, que ele herdou há 30 anos; cf. também o considerando 29 do Preâmbulo da Directiva).

V. O artigo 16.º da Directiva (proposto artigo 6.º-B da Lei n.º 5/2002)

1. Perda de bens sem facto ilícito-típico e (eventualmente) fora do processo penal

O artigo 16.º da Directiva impõe um dever de declarar a perda de bens apreendidos resultantes de actividade criminosa praticada no âmbito de organização criminosa,

¹³ Cf. o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Geerings contra Países-Baixos, 01.06.2007 – Proc. No. 30810/03, § 47: “The Court considers that “confiscation” following on from a conviction – or, to use the same expression as the Netherlands Criminal Code, ‘deprivation of illegally obtained advantage’ – is a measure (*maatregel*) inappropriate to assets which are not known to have been in the possession of the person affected, the more so if the measure concerned relates to a criminal act of which the person affected has not actually been found guilty”.

susceptível de gerar, directa ou indirectamente, um benefício económico substancial. Para tanto, exige-se que tenha sido instaurado procedimento criminal por certos crimes (um catálogo igual ao do artigo 14.º) e que não seja possível confiscar os bens em causa por meio dos restantes mecanismos de perda (nomeadamente, no entendimento do GT, a perda do valor incongruente actualmente prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002). Com efeito, a posição radicalmente subsidiária da perda prevista no artigo 16.º justifica-se em função da tenuidade da sua ligação a um crime: ao contrário do que sucede com a perda clássica (decretada no processo penal ou em processo autónomo), não é necessário provar que os bens provêm de um concreto facto ilícito-típico, bastando, tal como no artigo 14.º, a prova de uma proveniência criminosa; mas, diferentemente do que ocorre no artigo 14.º, não é necessária uma condenação (podendo ser decretada mesmo em caso de absolvição), nem sequer que o processo penal atinja o seu termo normal, podendo a perda prevista no artigo 16.º ser decretada no âmbito de um processo autónomo (artigo 15.º da Directiva).

2. Pressupostos

Como se disse, o artigo 16.º permite, em último termo, decretar a perda de bens fora de um processo penal e sem que se prove que tais bens provêm de um concreto facto ilícito-típico. Em contrapartida, os requisitos são mais exigentes do que os previstos no artigo 14.º, pois é necessário provar que a actividade criminosa de onde resultam os bens foi praticada no âmbito de uma **organização criminosa**, e que o benefício económico que tal actividade é susceptível de produzir é **substancial**.

Para a determinação e prova dos pressupostos de aplicação do artigo 16.º da Directiva vale o regime previsto no artigo 14.º em tudo o que não exija a prova de um facto ilícito-típico – valem, nomeadamente, as circunstâncias susceptíveis de revelar a proveniência criminosa e os factos que não podem integrar essa apreciação, bem como a salvaguarda dos casos em que o bem entrou no domínio da pessoa afectada mais de vinte anos antes da aquisição do estatuto de pessoa afectada.

VI. A “pessoa afectada” e o seu estatuto no processo de perda (artigos 67.º-A e seguintes do Anteprojecto)

A Directiva obriga os Estados-Membros a assegurarem adequadamente os direitos e a intervenção processual das pessoas afectadas por decisões de apreensão ou perda

(incluindo a venda antecipada de bens) proferidas em processo penal nos Estados-Membros (artigos 1.º, 3.º, n.º 10, 21.º, n.º 2, 23.º e 24.º).

A dimensão e a complexidade das alterações trazidas pela Directiva aconselham, por um lado, à consagração de um novo sujeito processual e do respectivo estatuto (introduzindo um novo Título IV no Livro I da Parte I do CPP), e, por outro, a que se concentre a regulamentação do processo de perda numa secção dedicada a esta matéria (num novo Livro VIII ou Livro VII-A, na Parte I, do CPP). A solução proposta dá mais visibilidade a esta regulamentação inovadora no processo penal português, facilitando a respectiva compreensão e aplicação, e definindo os traços essenciais da tramitação processual para realização da pretensão confiscatória quanto à pessoa afectada, que pode não reunir a qualidade de arguida, evitando a necessidade de, em cada caso concreto, a autoridade judiciária ter de identificar e adaptar as normas aplicáveis ao arguido, com prejuízo para a previsibilidade e segurança jurídica da pessoa afectada.

Em primeiro lugar, adoptou-se uma definição da “pessoa afectada” nos termos impostos pela Directiva. A pessoa afectada (que abrange o arguido, beneficiários e terceiros) é titular de vários direitos processuais (de onde se destacam os direitos à informação, intervenção, e à impugnação das decisões de apreensão, venda antecipada ou perda que a afectem), podendo participar no processo de forma a influenciar o sentido da decisão sobre a pretensão confiscatória, nomeadamente no que diz respeito à verificação de que os bens resultam de facto ilícito-típico ou de actividade criminosa, consoante os casos (cf. o artigo 24.º, n.º 5, da Directiva, e ainda o considerando n.º 48).

Tendo em conta a sua proximidade com a posição de arguido (reconhecida em outros ordenamentos jurídicos, tais como o alemão e o espanhol), entendeu o GT que a regulação deste novo sujeito processual deveria ser inserida logo a seguir ao Título III, com a renumeração dos Títulos subsequentes.

Quanto à representação da pessoa colectiva afectada, seguiu-se o modelo previsto para a pessoa colectiva arguida, com excepção dos casos de insolvência, onde se considerou, face à natureza essencialmente patrimonial da pretensão confiscatória, que seria mais apropriada a representação por administrador de insolvência. A representação da pessoa afectada menor de idade segue o disposto no Código de Processo Civil.

A posição processual da pessoa afectada, com os inerentes direitos e deveres, é adquirida logo que sejam praticados actos processuais que tenham repercussões na sua esfera jurídica. Tendo em conta que esta pode também ter a qualidade de arguida no processo, clarifica-se que o estatuto de pessoa afectada não prejudica a posição processual

de arguida, prevalecendo sempre esta última. Regra que se mantém mesmo quando a pessoa afectada seja arguida em processo conexo, ou deixe de ter a qualidade de arguida. A ultra-actividade do estatuto de arguido, para cuja necessidade o GT foi alertado durante o Seminário, deriva da necessidade de proteger o seu direito à não auto-incriminação, à semelhança do que já sucede no caso do artigo 133.º, n.º 2, do CPP.

Relativamente aos direitos e deveres processuais, consagram-se os direitos a estar presente e ser ouvida pelo tribunal, o direito à informação sobre os motivos subjacentes às decisões que a apreensão, de assistência por advogado, de intervenção na investigação e julgamento, de renúncia ao direito de opor-se à perda, de informação sobre os seus direitos, à tradução e interpretação quando não compreenda a língua portuguesa, e de recurso. Embora o modelo siga de perto aquele que vale para o arguido, distingue-se dele em alguns aspectos. Por um lado, o direito de intervenção na primeira instância é limitado à investigação (seja ela no inquérito criminal ou na investigação patrimonial e financeira) e ao julgamento, carecendo a pessoa afectada de legitimidade para participar na fase de instrução. Por outro lado, consagra-se o direito de renunciar à oposição à perda, pois não se justifica, nesse caso, onerar a pessoa afectada com os custos e incómodos inerentes à participação no processo, salvaguardando-se sempre, em todo o caso, o direito de interpor recurso da decisão que decrete a perda. No campo dos deveres, prevê-se o dever de comparência nos casos legalmente exigidos, a indicação de morada para efeitos de notificação e o dever de sujeição a medidas de garantia patrimonial, bem como o dever de responder com verdade perante as autoridades judiciárias, penalmente relevante. Por maioria, o GT entendeu que não se justificava um direito ao silêncio nos termos previstos para o arguido. Tal direito permitiria que uma potencial testemunha pudesse legitimamente recusar-se a contribuir para a descoberta da verdade pelo simples facto de possuir bens indiciariamente provenientes de crimes¹⁴. O que não significa que a pessoa afectada não tenha, como as próprias testemunhas e partes civis, o direito de recusar responder a perguntas de que possa resultar a sua incriminação (cf. o artigo 132.º, n.º 2, do CPP). Além disso, a pessoa afectada pode requerer a sua constituição como arguida nos termos gerais, nomeadamente por ter visto a sua situação substancialmente

¹⁴ A pedido da Mestre Vânia Costa Ramos, consigna-se aqui expressamente a seguinte declaração de voto: “Defenderia a consagração de um direito ao silêncio e à não auto-incriminação para a pessoa afectada nos mesmos termos previstos para o arguido. Ao abrigo de um direito com esta amplitude, a pessoa afectada não teria o dever de prestar declarações ou de colaborar para estabelecer a sua responsabilidade, tal como o arguido. O fundamento da minha posição é a proximidade da posição da pessoa afectada com a da pessoa arguida, bem como a circunstância de, em número relevante de casos, os factos que sustentam a aquisição da posição de pessoa afectada poderem ser coincidentes com a suspeita da prática de crime, nomeadamente de branqueamento ou receptação”.

prejudicada pela acção das autoridades em resultado de uma suspeita contra si, o que pode resultar precisamente das diligências que a visem como pessoa afectada¹⁵.

Em consonância com a regulamentação abrangente dos direitos processuais da pessoa afectada, que vão, como exigido pela Directiva, muito para lá de um mero direito a ser ouvida, propõe-se a revogação do artigo 347.º-A do CPP.

Finalmente, no que diz respeito ao direito de assistência por Advogado (artigo 67.º-E), optou-se também por modelo semelhante ao do defensor, relegando, no entanto, o termo *a quo* da obrigatoriedade da representação para o momento da prolação do despacho de recebimento de perda, sem prejuízo da obrigatoriedade de representação nos casos de vulnerabilidade decorrente das circunstâncias pessoais da pessoa afectada. Nos casos de renúncia ao direito de oposição à perda, considerou-se ainda assim ser de manter a nomeação ou mandato, uma vez que a pessoa afectada deverá ser notificada da decisão final e, para recorrer da mesma, é obrigatória a assistência por advogado. Garante-se assim, o direito à assistência efectiva por Advogado, mantendo-se o representante que já tem contacto com os autos, sem causar atrasos desnecessários na tramitação processual.

VII. O processo de perda de bens

Como se disse no apartado anterior, o processo de perda consta de secção própria, contendo dezassete artigos (novo Livro VIII, ou Livro VII-A, artigos A a Q), onde se encontram as disposições gerais aplicáveis ao processo para a decisão sobre a pretensão confiscatória do Estado (artigos A a J), bem como disposições especiais aplicáveis ao processo autónomo de perda (artigos K a Q: vd. infra VIII).

As normas do processo de perda foram estruturadas em três títulos, em torno das fases do processo: fases preliminares (artigos A a C), julgamento (artigos D a H) e recursos (artigos I a J).

Alguns pontos merecem destaque, designadamente a obrigatoriedade de ouvir, logo na fase de inquérito, a pessoa relativamente à qual existam razões para crer que possa vir a ser afectada por uma decisão de perda. Durante esta audição, entre outros, a pessoa afectada, informada sobre os seus direitos, indica nos autos a morada para recepção de futuras notificações, facilitando assim a tramitação processual, e tem também a

¹⁵ Cf. o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Simeonivi contra Bulgária*, 12.05.2017, Proc. n.º 21980/04, §110.

oportunidade de renunciar à oposição à perda. De forma a salvaguardar que a renúncia é voluntária, consciente e informada, e atendendo a que a audição pode não ter lugar na presença de advogado, propõe-se que a mesma seja documentada através de registo áudio ou audiovisual.

A pretensão confiscatória do Estado é formulada com a acusação, podendo o requerimento ser alterado até ao 30.º dia anterior à data designada para o julgamento se houver informação superveniente que revele inexactidão dos bens ou valores a declarar perdidos (à semelhança do que hoje já se prevê na Lei n.º 5/2002). Por outro lado, o GT entendeu por maioria que, tendo o Ministério Público arquivado o inquérito, mas havendo subsequente despacho de pronúncia, pode ainda o Ministério Público promover a perda de bens no prazo de 20 dias, por não se vislumbrar justificação para que, prosseguindo o processo, fique aquele órgão impedido de requerer a perda de bens relacionados com o crime em virtude de um eventual lapso ou deficiente apreciação anterior (p. ex., uma contagem errada de um prazo de prescrição, que, sendo exacta, permitiria até instaurar um processo autónomo de perda)¹⁶.

No que se refere à fase de julgamento, é regulado expressamente o despacho de saneamento, prevendo-se os motivos para a rejeição do requerimento de perda manifestamente infundado. Uma das diferenças entre a posição de arguido e de pessoa afectada é a permissão da realização da audiência de julgamento na ausência da pessoa afectada, precedida da devida informação à mesma.

Com vista a salvaguardar os casos em que a pessoa afectada possa não ter sido convocada a participar no processo, prevê-se a possibilidade de intervenção espontânea até à prolação da decisão em primeira instância. Não tendo a intervenção sido possível, a falta de notificação ou desconhecimento do processo pela pessoa afectada constitui fundamento de recurso extraordinário de revisão. Discutiu-se no GT a possibilidade de intervenção espontânea da pessoa afectada na fase de recurso, que todavia foi arredada por força da actual configuração do recurso perante a Relação, que não permite a produção de provas novas.

Ainda em matéria de impugnação de decisões, consagrou-se o duplo grau de jurisdição quanto à decisão de perda, inclusive nos casos em que a decisão é proferida

¹⁶ A pedido do Procurador-Geral Adjunto Doutor João Conde Correia, consigna-se aqui expressamente a seguinte declaração de voto: “Discordo da norma constante do artigo C, n.º 3, por entender que é contraditória com a estrutura constitucional do processo penal Português e a posição processual do Ministério Público (art. 53.º), bem como com os poderes que agora são outorgados aos assistentes nos artigos 284.º, n.º 3 e 285.º, n.º 3, consubstanciando assim uma inovação que nem sequer está prevista para os casos em que o mesmo acontece relativamente ao exercício da ação penal”.

inovadoramente na 2.^a instância. Propõe-se também, tendo em conta a natureza da pretensão confiscatória, e a complexidade, novidade e importância das questões jurídicas em matéria de perda, a introdução do recurso de revista excepcional, numa adaptação das disposições pertinentes do Código do Procedimento nos Tribunais Administrativos e no Código de Processo Civil.

Por fim, o GT discutiu a possibilidade de, a requerimento do Ministério Público, se ordenar a separação do processo penal e do processo de perda, remetendo a decisão do último para um momento posterior ao trânsito em julgado da decisão da acção penal, à semelhança do que se prevê no direito espanhol. Porém, essa possibilidade acabou por ser afastada, porque se entendeu que criaria vários problemas, desde logo no plano do tratamento das pessoas afectadas (por exemplo, em que momento deveriam ser ouvidas), visto que a sentença penal teria efeito preclusivo no processo de perda.

VIII. O processo autónomo de perda

1. Autonomia e finalidade

Como se disse supra (ponto III), a transposição do artigo 15.º da Directiva para o direito português não deve implicar o prolongamento artificial do processo penal com a exclusiva finalidade de decretar a perda de bens. Não é juridicamente sustentável uma situação como a actual, em que a perda de bens tem e não tem, simultaneamente, natureza penal, consoante se vise permitir o uso pelo Estado dos meios mais repressivos de que dispõe ou, inversamente, afastar as garantias e salvaguardas individuais que o direito penal e o direito processual penal estabelecem nesse âmbito. Assim, enquanto persistir um processo penal, a questão da perda deve ser decidida aí, por razões relativas à delimitação do objecto do processo, de economia processual, de aproveitamento da prova e de prevenção da contradição de julgados. Quando, pelo contrário, o processo penal deva cessar por todos os crimes e para todos os arguidos, pode o Ministério Público requerer a instauração de um processo autónomo de perda ou a conversão do processo penal em um processo autónomo de perda, consoante a fase em que aquele se encontre.

O processo autónomo é exclusivamente dedicado à perda de bens e, por isso, prossegue finalidades distintas das do processo penal, não beneficiando (presentemente) das credenciais constitucionais que só a este dizem respeito. Porém, a configuração da perda de bens que resulta do direito vigente e da própria Directiva mantém uma

inequívoca ligação ao “crime”, pelo que parece adequado moldá-lo sobre o processo penal, excluindo-se os institutos que a Constituição reserva ao último, seja de forma expressa (como as intercepções telefónicas), seja implicitamente, por via do omnipresente juízo de proporcionalidade da restrição de direitos ínsito no artigo 18.º da Constituição, tendo em conta que a finalidade do processo (a prova da proveniência criminosa de bens e o decretamento da respectiva perda) tem uma relevância comunitária menor do que o processo penal (a prova de um crime e a punição dos seus autores, com vista à protecção de bens jurídicos fundamentais).

2. Instauração e conversão em processo autónomo de perda

Se o processo penal for arquivado na fase de inquérito¹⁷ e, apesar dos indícios já existentes da prática de um facto típico e ilícito, for ainda necessário identificar e localizar bens, e/ou recolher prova, tais diligências de investigação deverão decorrer no contexto de um processo próprio (não-penal). Se ou quando o Ministério Público se encontrar em condições de o fazer, pode promover a perda dos bens que devam ser declarados perdidos junto do tribunal competente para o julgamento, normalmente após audiência contraditória, num rito processual próprio para o efeito.

Se o processo penal cessar após a conclusão do inquérito ou, sendo caso disso, da instrução, o Ministério Público tem o poder de apresentar requerimento de conversão do processo penal em processo autónomo relativamente às pessoas afectadas que tenham tido intervenção naquele. Caso já tenha havido distribuição, mantém-se a competência do tribunal de julgamento. No mais, aplicam-se as regras do processo autónomo.

3. Prescrição do processo autónomo de perda

Actualmente, a lei portuguesa não prevê qualquer prazo para a prescrição do procedimento destinado à perda de bens: de acordo com a lei vigente, o procedimento criminal que prossegue após a morte ou a prescrição parece não ter qualquer limite, salvo

¹⁷ Parte-se aqui do princípio de que o artigo 15.º e os deveres que dele decorrem também se aplicam quando a morte do agente ou a prescrição do procedimento ocorram durante a fase de inquérito, como o mostram as alíneas a), b) e c), que se referem ao “suspeito [suspected person] ou arguido [accused]”, não parecendo restar dúvidas quanto à extensão do dever contido no artigo 15.º à fase de inquérito. Porém, a restrição do desenho do dever imposto pela directiva aos casos em que “na ausência daquelas circunstâncias teria sido possível que os processos penais resultassem numa condenação penal” aponta também para o estabelecimento, como patamar mínimo, da prática de um ilícito-típico, que só pode ser levado a cabo após uma audiência contraditória, preferivelmente perante a autoridade judiciária com poder para decidir (o tribunal de julgamento): vd. infra.

talvez a usucapião. Com efeito, e até por causa da Directiva, o prazo e o regime de prescrição relativos ao processo de perda não têm de corresponder aos do procedimento criminal. Embora as razões para ambos sejam praticamente idênticas – paz social, dificuldades de prova, estímulo ao Ministério Público, etc. –, a verdade é que, por exemplo, a perturbação da ordem social e económica causada pelo enriquecimento indevido pode continuar a produzir-se, não permitindo que se atinja a tal paz social (no fundo, os efeitos do crime e a distorção da ordenação regular dos bens).

No direito alemão, optou-se por estabelecer um prazo de prescrição próprio para o confisco, de 30 anos (§76b do CP alemão), contados a partir da data da prática dos factos.

A lei portuguesa tem de tomar uma opção nesta matéria: também no direito civil existem prazos de prescrição e não pode o confisco constituir uma excepção, seja qual for a sua natureza.

Atendendo a que o processo autónomo de perda é obrigatoriamente precedido de um processo penal, entendeu-se que é adequado, para a prescrição do primeiro, um prazo de 10 anos, contado a partir do trânsito em julgado ou do momento em que se torne definitiva a decisão que declare o arquivamento do processo penal ou a extinção do procedimento criminal relativo ao facto ilícito-típico. Este regime é particularmente adequado aos casos em que o processo autónomo vise a perda nos termos do proposto artigo 6.º-B da Lei n.º 5/2002, porque não existe aí (ou pode não existir) um *facto* que sirva de termo *a quo*.

Porém, pode acontecer que aquela decisão tenha lugar muitos anos após a prática do facto, protelando excessivamente o momento da prescrição do procedimento autónomo: por exemplo, se uma decisão arquivar o procedimento, ou vier reconhecer a respectiva prescrição, 20 anos após a prática do facto. Nesses casos, a prescrição do procedimento autónomo só teria lugar 30 anos após a prática do facto, o que parece dificilmente compatível com a *ratio* que se extrai do artigo 15 (1) (d) da Directiva, que só impõe o dever de decretar a perda em procedimentos criminais prescritos quando o prazo de prescrição seja inferior a 15 anos. Assim, entendeu-se partir deste dado para estabelecer o prazo de 15 anos contados a partir da prática do facto como termo final alternativo do prazo de prescrição do processo autónomo, valendo o momento que se verificar primeiro.

Não parece fazer sentido introduzir aqui causas de interrupção da prescrição, embora já seja adequado prever circunstâncias que determinam a respectiva suspensão,

como seja, por exemplo, o caso em que o procedimento de perda não pode continuar por falta de sentença a proferir por outro tribunal.

Por outro lado, em relação à perda propriamente dita, não se identificam razões que justifiquem um prazo de prescrição diferente do que se aplica no processo penal.

4. Caducidade do direito de promover o processo autónomo de perda

Importa igualmente prever um prazo de caducidade para a própria promoção do processo de perda. Considerando, *inter alia*, que no momento do termo inicial do prazo já têm de existir indícios da prática de um facto ilícito-típico, foi considerado razoável o prazo de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão que impede o confisco no processo penal (p. ex., a que declara a extinção do procedimento em virtude da prescrição ou da morte do arguido), ou do momento em que ela se torne definitiva (pense-se nas decisões de arquivamento).

5. Oportunidade

Entende-se que, não se tratando aqui de um processo penal, o Ministério Público deve gozar de uma margem de apreciação na decisão de iniciar o processo (oportunidade), tendo em atenção o valor e/ou a espécie dos bens em causa, ou outros factores que tornem o processo injustificado, designadamente, a dificuldade previsível de executar a decisão. Também no direito alemão (§421 do Código de Processo Penal alemão) se estabelecem mecanismos de oportunidade deste tipo.

6. Perda a decretar pelo juiz de instrução

Prevê-se ainda uma outra situação em que poderá não ocorrer a instauração de um processo autónomo, apesar da verificação dos respectivos pressupostos. Quando houver arquivamento do inquérito, ou despacho de não pronúncia, e seja manifestamente desnecessária a instauração de processo autónomo, nomeadamente por não ter sido possível identificar pessoas afectadas ou por estas terem renunciado ao direito de se opor à perda – v. g., por se tratar de substâncias ou objectos cuja detenção é ilícita, nomeadamente de estupefacientes ou armas proibidas –, ou ainda por os bens terem valor diminuto, crê-se que a perda deverá poder ser decretada pelo juiz de instrução. Em todas

as demais situações, havendo dissenso quanto à pretensão confiscatória do Ministério Público, deve ser instaurado um processo autónomo, a decidir pelo juiz do julgamento, pois apenas por essa via se garante devidamente os direitos das pessoas afectadas. Em conformidade, reformula-se a redacção do artigo 268.º, n.º 1, alínea e), do CPP, cujo âmbito de aplicação se mostra actualmente demasiado amplo, e propõe-se a adição de um n.º 4 ao artigo 308.º, que torne aquela disposição correspondentemente aplicável.

7. Tribunal competente

Considerando a natureza não penal do processo autónomo e por aproximação à regulamentação geral do processo civil, optou-se por atribuir a competência para o julgamento da causa ao tribunal singular, independentemente da gravidade do facto típico ou do valor da perda. Se o termo do processo penal ocorrer após a distribuição ao tribunal de julgamento e o Ministério Público apresentar requerimento de conversão em processo autónomo, mantém-se a competência do tribunal de julgamento, aproveitando-se todos os actos anteriores. Tratando-se de um tribunal colectivo ou de júri, a competência para o processo autónomo é apenas do respectivo presidente, numa lógica de economia de meios.

8. Aproveitamento de actos e da prova

Tanto nos casos de instauração *ab initio* de processo autónomo como nos de conversão, importa regular a **relação** entre o processo penal iniciado e não concluído (como se disse, há sempre um processo penal na origem dos casos previstos no artigo 15.º) e o processo autónomo de confisco. Uma das questões fundamentais a este respeito é a **transmissão da prova** produzida. A prova obtida através dos meios do processo penal, que seria usada em caso de confisco comum, pode ser transmitida para o processo de perda, para efeito da prova de factos ilícitos típicos e de identificação/localização de bens, aplicando-se então concomitantemente as regras do processo penal relativas à validade da prova e aos meios de defesa.

9. Meios de prova e de obtenção da prova

O processo autónomo, tanto na sua eventual fase preliminar, anterior à apresentação de requerimento de perda, como na fase de julgamento e recurso, deve respeitar as exigências do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH relativas ao direito a um processo equitativo e as garantias constitucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias. Em especial no que se refere à prova e aos meios da sua obtenção, as regras podem ser moldadas sobre as regras do processo penal (como sucede, por exemplo, com o processo contra-ordenacional), mas tal transposição tem de assentar numa avaliação e justificação específicas e casuísticas, tendo sempre presente a diversidade das finalidades visadas e os constrangimentos decorrentes da própria Constituição, explícita ou implicitamente (por via do princípio da proporcionalidade).

Em conformidade, estabelece-se a aplicação, com as devidas adaptações, das normas do Código de Processo Penal relativas aos meios de obtenção da prova e meios de prova, especificando-se depois que medidas se encontram excluídas. Desde logo, proíbe-se a ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, reservada expressamente pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição ao processo penal. Por inspiração no direito alemão (§435(4) do Código de Processo Penal), são igualmente proibidos no processo autónomo os meios de investigação que apenas possam ser dirigidos contra suspeitos ou arguidos em processo penal e quaisquer meios ocultos de investigação. Por fim, com base no lugar paralelo do artigo 42.º, n.º 2, do Regime Geral das Contraordenações, são excluídas as provas que afectem desproporcionalmente a reserva da vida privada, designadamente os exames corporais e a prova de sangue.

Não se considerou necessário explicitá-lo no articulado, mas em caso algum são admissíveis medidas de coacção no processo autónomo.

10. Direitos da pessoa afectada, julgamento e recursos

As disposições relativas aos direitos processuais da pessoa afectada, nomeadamente de intervenção no processo, estabelecidas em termos gerais (vd. supra), são plenamente aplicáveis no processo autónomo, em conformidade com as exigências do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH relativas ao direito a um processo equitativo e as garantias constitucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias. O julgamento e a eventual fase do recurso são regulados, em primeira linha, pelas disposições aplicáveis ao processo comum de

perda e, no mais, pelas disposições do processo penal, com as devidas adaptações, se necessário.

11. Decisão de perda

A perda no processo autónomo é decretada com base no proposto artigo 112.º-C do CP. Trata-se, no fundo, de apropriar mecanismos que se encontram regulados dentro do universo jurídico-penal e de os adaptar a um processo de natureza diferente, dirigido a outros fins. A identidade material da sanção / medida não é problemática: como se sabe, existem sanções “iguais” (no plano do conteúdo) dispersas por vários ramos do ordenamento jurídico, e essa “identidade” material não desmente a sua diversa natureza.

Capítulo 3.º - Outras alterações do ordenamento jurídico relativas à perda

I. Código Penal

1. Propõem-se algumas alterações de pormenor aos artigos 109.º e seguintes do CP.

Em primeiro lugar, propõe-se a restauração do regime anterior a 2017 no que diz respeito aos produtos do crime, reagrupando-os junto dos instrumentos, porque a perda dos primeiros comunga do sentido da perda dos últimos (a natureza dos bens) e não se prende com o enriquecimento indevido do agente. Esta questão relaciona-se com outra que será talvez conveniente regular no futuro, eventualmente no âmbito jurídico-administrativo: existem determinados objectos (em regra, classificáveis como instrumentos ou produtos) que devem poder ser declarados perdidos independentemente da instauração de um processo penal ou de um processo autónomo, seja por força da sua perigosidade intrínseca (p. ex., materiais biológicos susceptíveis de serem usados em ataques terroristas), seja porque a sua detenção é, em princípio e para a generalidade das pessoas, ilícita (p. ex., registos audiovisuais de pornografia infantil). Porém, trata-se de um assunto que não se inclui no mandato do GT.

Além de se adaptar a redacção do artigo 110.º em conformidade com a alteração do artigo 109.º, substitui-se, no seu n.º 6, a expressão “os direitos do ofendido” por “os direitos do lesado”, harmonizando-se esta disposição com o artigo 130.º do CP. Além disso, o conceito de lesado parece mais consentâneo com o artigo 3 (8) da Directiva, onde se encontra uma definição ampla de “vítima”, que não é necessariamente um ofendido nos termos do direito nacional.

Por último, ao regular a prescrição da perda do valor no processo autónomo, o GT deparou com aquilo que considerou ser uma regulamentação defeituosa no actual artigo 112.º-A, que refere os prazos de prescrição da perda a grandezas que lhe são estranhas (as penas efectivamente aplicadas ou até os prazos de prescrição do procedimento). Assim, optou-se por estabelecer um prazo uniforme de 10 anos para a prescrição da perda pelo valor, que também se aplica ao processo autónomo (vd. o artigo 112.º-D, al. b)).

2. Embora não preste juramento, a pessoa afectada encontra-se sujeita ao dever de verdade, pelo que deve ser incluída no círculo de agentes possíveis do crime de falsidade de depoimento ou declaração (cf. o proposto artigo 359.º, n.º 2, do CP).

II. Código de Processo Penal

É necessário introduzir algumas alterações no CPP, nuns casos, para acomodar as inovações propostas, noutras casos porque se trata de pequenos afeiçoamentos que, ainda que tecnicamente não incluídos no mandato do GT, surgem como consensuais e necessários. Destacam-se os seguintes:

a) O n.º 4 do artigo 40.º replica o regime dos **impedimentos**, contemplando não só as situações que podem ocorrer exclusivamente dentro do processo autónomo de perda, como também aquelas em que o juiz se encontra impedido de intervir no processo de perda por ter intervindo no processo penal que o precedeu (p. ex., aplicando uma medida de coacção, ou desempenhando funções de juiz de instrução). Estes impedimentos não afectam a manutenção da competência do tribunal onde decorria o processo penal extinto para conhecer do processo de perda em que aquele deva converter-se.

b) Por outro lado, reformula-se o n.º 3 do artigo 192.º, estendendo **o prazo de constituição de arguido** após o arresto, verificadas as circunstâncias aí descritas, de maneira a tornar o regime exequível.

Discutiu-se também a possibilidade de alterar o n.º 5 deste artigo, no sentido de a dispensa de constituição de arguido aí prevista deixar de depender da existência de indícios objectivos de dissipação do respectivo património, exigência que pode comprometer sobremaneira a eficácia do arresto. No entanto, concluiu-se, por maioria, que a questão não deveria ser perspectivada isoladamente, mas no quadro de uma reforma global do regime da apreensão e do arresto, reforma que extravasaria do mandato do grupo de trabalho, não se enquadrando nas condições que se assinalou supra para a promoção de alterações ao regime vigente.

c) Foi necessário alterar certas regras do processo penal para implementar correctamente o estatuto da pessoa afectada (p. ex., no artigo 113.º, n.º 10, e nos artigos 227.º e 228.º).

d) Entende-se ainda que é conveniente consagrar uma **injunção** de entrega ao Estado dos bens relacionados com o crime no âmbito da **suspensão provisória** do processo.

e) As normas processuais gerais sobre a perda de bens já asseguram que ela possa ter lugar nos **processos especiais**. Em conformidade, considerou-se que não se mostraria necessário introduzir alterações nos processos especiais, salvo em situações pontuais.

III. Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho (GRA)

No que respeita ao Gabinete de Recuperação de Activos, cuja presente actuação suscita fundadas dúvidas sobre a manutenção do modelo vigente, são apenas propostas, por falta de mandato do GT, as alterações necessárias à sua efectiva sujeição ao Ministério Público e à determinação adjetiva do *locus* da investigação patrimonial e financeira após a condenação. Além disso, procede-se à integral transposição da Directiva, designadamente a atribuição de poderes de acção imediata (susceptíveis de fazer repensar o seu comando) e a possibilidade de utilizar as informações policiais recebidas ou disponibilizadas como meio de prova.

Quanto ao Gabinete de Administração de Bens, igualmente carecido de uma profunda reforma, que reponha a sua caracterização como órgão auxiliar da administração da justiça penal e não como mero órgão administrativo e o torne mais eficiente, concretizam-se os poderes de venda antecipada resultantes da Directiva. Por decisão da maioria, não se elimina a norma que não permite, em regra, a venda antecipada de imóveis (art. 16.º).

Finalmente, faz-se uma menção à estratégia nacional de recuperação de activos, imposta pela Directiva.

Pedro Caeiro

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias

Juíza-Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

João Conde Correia

Procurador-Geral Adjunto e membro do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República¹⁸

Vânia Costa Ramos

Advogada

António Vaz de Castro

Professor Auxiliar convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Francisco Borges

Técnico Especialista no Gabinete da Ministra da Justiça.

31 de Março de 2025

¹⁸ Apesar da sua relativa juventude, o confisco é, actualmente, uma das prioridades políticas de instituições internacionais como a ONUDC, o Conselho da Europa (que está, justamente, a discutir um inovador protocolo adicional às suas Convenções), a União Europeia, o G8, o GAFI ou o Banco Mundial, mas também do próprio legislador nacional (artigo 17.º da Lei n.º 51/2023, de 28 de Agosto).

Neste contexto, embora tenha votado e aceitado o projecto na sua generalidade e louve o avanço que ele consubstancia, não posso deixar de consignar que (sem as fronteiras traçadas ao grupo de trabalho e com mais tempo) teria sido possível ir mais longe, tentando esgotar a margem de disponibilidade constitucional para o confisco no quadro de um Estado de direito e resolver alguns dos estrangulamentos que hoje dificultam ou impedem a generalização da perda dos produtos do crime. De facto, a falta de ambição da própria Directiva e as limitações do mandato ditaram algumas soluções do articulado e da respectiva fundamentação em que não me revejo, afigurando-se-me que estamos a perder mais uma oportunidade e que, em breve, seremos, novamente, todos convocados para discutir como tornar o confisco efectivo e como combater o enriquecimento ilícito, que essa ineficiência propicia.



**REPÚBLICA
PORTUGUESA**

JUSTIÇA

Este documento corresponde a uma versão preliminar para efeitos de discussão pública