

# Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “*actio in rem*” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

*Sumário:* O TEDH, no caso Gogitidze e outros contra a Geórgia, pronunciou-se pela congruência com o artigo 1.º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos de uma lei que permite o confisco de produtos ou vantagens de actividades ilícitas, mesmo na ausência de condenação penal anterior. Após o regime de perda clássica, primeiro, e da perda ampliada, depois, a “*actio in rem*” apresenta-se como um terceiro passo na realização da ideia de que o crime não compensa, através da recuperação de activos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) debruça-se, no caso [GOGITIDZE AND OTHERS V. GEORGIA](#), em acórdão tirado por unanimidade a 12/05/2015, sobre a perda alargada, mas agora à luz do art. 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nos termos do qual:

*“A qualquer pessoa, física ou moral, é reconhecido o gozo pacífico dos seus bens. Ninguém pode ser privado desses bens excepto por razões de interesse público e sujeito às condições previstas na lei e nos princípios da lei internacional.*

*Os direitos referidos anteriormente não poderão, contudo, de qualquer modo, impedir o direito do Estado de aplicar tais leis na medida em que seja necessário para controlo do uso dos bens segundo o interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou penalidades”.*

## 1. O caso:

O Ministério Público georgiano requereu perante o Supremo Tribunal o confisco de concretos bens ilícita e inexplicavelmente adquiridos pelos requerentes com base em legislação aprovada em fevereiro de 2004, alegando para o efeito que existiam fundadas razões para crer que os salários recebidos pelo primeiro requerente (os demais eram seus familiares) como adjunto do Ministro do Interior - entre 1994 e 1997 - e de presidente do Gabinete de Auditoria - de novembro de 1997 a maio de 2004 - não seriam suficientes para custear a aquisição dos referidos bens, o que ocorrera no mesmo lapso temporal por si próprio, seus filhos e irmão.

Na verdade, alegou-se, naquele período temporal, o primeiro requerente teria auferido pelo desempenho daqueles cargos 1.644,00€ e 6.023,00€, respectivamente, a título de salários, enquanto o valor dos bens indicados correspondia a um montante global de 450.000,00€.

## 2. Legislação interna:

A legislação georgiana entrada em vigor a partir de fevereiro de 2004 prevê dois tipos de procedimento de confisco: criminal e administrativo.

Este último só pode ser iniciado se um funcionário público tiver sido previamente acusado da prática de crimes (corrupção, branqueamento de capitais, extorsão, evasão fiscal ou violação de regras aduaneiras, entre outros) durante o período de exercício de funções públicas; se o funcionário for acusado de uma ou mais de tais infrações criminais e o MP tiver fundadas suspeitas de o mesmo, ou seus familiares ou pessoa dele próxima ou com ele relacionada, dispor de bens adquiridos ilicitamente, pode fazer instaurar ação civil ao abrigo do art. 37º, §1 do CPP pedindo a perda da “*propriedade contaminada*” e a “*riqueza injustificada*”.

Se a acção assim instaurada estiver suficientemente provada por documentos, o ónus da prova da origem lícita dos bens indicados pelo MP ou dos valores aplicados na sua aquisição ou do pagamento dos impostos inerentes a tanto passa para o requerido.

Nos termos do art. 21 §8 do Código de Procedimento Administrativo, o objetivo do confisco administrativo é o de restaurar a situação anterior à aquisição da propriedade do funcionário público adquirida por meios ilícitos e, por isso, impugnada.

## 3. A posição do TEDH

- a) A providência requerida pelo MP, apesar da terminologia usada, está longe de constituir um confisco administrativo puro uma vez que está dependente de uma acusação prévia proferida contra o funcionário público visado pela medida; configura-se, assim, mais como uma providência civil, uma *actio in rem*, visando a recuperação de bens ilícita e inexplicavelmente obtidos.
- b) Este sistema insere-se no *standard* europeu - e mesmo no universal - que aponta, em primeira linha, para a existência de uma conexão entre o confisco de bens e a prática de crimes graves, como a corrupção, o branqueamento de capitais, o tráfico de estupefacientes, mesmo que sem a necessidade de condenação anterior por esses crimes.

Relativamente a bens que se presumam constituir, total ou parcialmente, resultado de tráfico de estupefacientes ou outras atividades ilícitas praticadas por organizações criminosas ou mafiosas, o Tribunal não coloca qualquer obstáculo a considerar proporcionais as medidas de confisco, mesmo na ausência de uma condenação anterior por tais crimes.

- c) O art. 1 do Protocolo n.º 1 garante, em substância, o direito à posse e propriedade de bens, em três dimensões:
  - 1) o gozo pacífico dos bens em geral;
  - 2) a privação dos bens pessoais em certas circunstâncias;
  - 3) o controlo pelos Estados-Parte do uso dos bens de acordo com o interesse geral.
  
- d) Uma decisão de confisco independente da existência de uma condenação criminal, como resultado de um procedimento judicial de natureza civil (no sentido do art. 6, §1, da Convenção) visando a recuperação de bens adquiridos ilegalmente, mesmo que isso envolva uma perda irrevogável da propriedade desses bens, constitui uma forma de controlo do uso da propriedade no sentido do segundo parágrafo do art. 1 do Protocolo n.º 1.
  
- e) Uma condição essencial da interferência, por forma a torna-la compatível com este último dispositivo, é que esteja prevista na lei (*lawfull*), na medida em que se reconhece o direito dos Estados a controlar o uso dos bens através de normas legais.
  
- f) Esse controlo, porém, ou qualquer interferência de uma autoridade pública no gozo pacífico da propriedade de bens individuais só pode ser legitimada pelo interesse geral (público).
  
- g) No sistema de proteção estabelecido pela Convenção, cabe às autoridades nacionais fazer uma avaliação inicial sobre a existência de um problema relativo à exigência de medidas destinadas a interferir com o gozo pacífico da propriedade dos bens.
  
- h) O art. 1 do Protocolo n.º 1 exige que qualquer interferência seja proporcional ao fim prosseguido, isto é, um “*justo equilíbrio*” entre as exigências do interesse geral da comunidade e as de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.
  
- i) Por outro lado, o ónus da prova da origem legítima do património presumidamente ilícito (ou *incongruente* na terminologia nacional) pode ser legitimamente atribuído a quem é o seu detentor num procedimento não criminal, como o de natureza civil *in rem*.
  
- j) As medidas de confisco podem ainda visar não apenas o produto de crimes mas igualmente outros bens, acréscimos e outros benefícios, mesmo que indirectos, obtidos por conversão ou transformação dos bens ou produtos diretamente do crime ou misturados com outros bens, mesmo de origem lícita.
  
- k) Por outro lado, as medidas de confisco podem visar não apenas pessoas suspeitas da prática de crimes mas igualmente terceiros detentores de direitos sobre bens, que não se encontrem de boa fé, na medida em que hajam participado na constituição da riqueza patrimonial em questão.

- l) O Tribunal reitera que se lhe afigura legítimo que as autoridades nacionais emitam ordens de confisco na base da “preponderância da prova” que sugira que os rendimentos legítimos de determinada pessoa não são suficientes para adquirir os bens que lhe foram encontrados. Mesmo no caso de o confisco se basear num procedimento civil *in rem* relacionado com a prática de crime grave, o Tribunal não exige a prova “para além da dúvida razoável” da origem ilícita dos bens, mas antes na base do “balanço de probabilidades” ou seja, na elevada probabilidade da origem ilícita desses bens (“preponderância das probabilidades”) combinada com a incapacidade de o proprietário provar o contrário.
- m) A perda de bens tem um objetivo de retribuição, consistente na obrigação de restaurar a situação do agente ao momento anterior ao enriquecimento injusto, com o regresso dos bens ilicitamente obtidos ao seu legítimo proprietário ou, no caso, ao Estado.
- n) O procedimento civil *in rem* tem também um efeito preventivo do enriquecimento ilícito através da corrupção (em sentido amplo), pelo envio de um sinal aos funcionários públicos envolvidos - ou que pensem vir a estar - naquele tipo de crimes, mesmo que tenham passado despercebidos ao sistema de justiça penal.
- o) O Tribunal considera que o procedimento civil *in rem* que não dependa de uma condenação criminal, não assumindo carácter sancionatório, representando antes uma medida de controlo do uso dos bens no sentido do art. 1 do Protocolo n.º 1, não integra o conceito de “determinação de uma acusação” no sentido do art. 6, §1, da Convenção, devendo ser examinado segundo o conceito “civil” dessa norma.

Por isso, a inversão do ónus da prova deve ser considerada, a essa luz, isto é, atenta a natureza civil do procedimento, não arbitrária, sempre que o procedimento esteja consistentemente fundado.

#### 4. Anotação

- a) Como o TEDH acaba por expressamente aceitar, a partir de fevereiro de 2004, o direito interno georgiano passou a prever um procedimento que, embora indevidamente apelidado de administrativo, mais não é que uma *actio in rem*, uma ação civil destinada a extinguir o domínio sobre bens por parte de particulares e, por isso, não dependente diretamente de uma condenação penal, embora com ela relacionada.
- b) A ação (civil) assim configurada baseia-se numa presunção fáctica, que pressupõe que certos bens encontrados a determinada pessoa provêm de práticas delitivas, afigurando-se, por isso, legítima a pretensão do Estado em recuperar esses bens.
- c) A previsão desta ação deve também considerar-se legítima porque integrada no poder público de conformação da ordem dos bens, como uma forma a

- desincentivar a circulação de integração na ordem jurídica e económica de bens adquiridos ilicitamente e, assim, restaurar a legalidade e o equilíbrio das relações na comunidade.
- d) O Tribunal aceita o carácter relativo do direito de propriedade, o qual só deve merecer a tutela da ordem jurídica quando decorra de uma forma de aquisição legítima e legalmente prevista.
  - e) Deve, por outro lado, salientar-se a posição de conformidade com os dispositivos convencionais da inversão do ónus da prova (máxime art. 6, §1 da Convenção), sempre que a pretensão de confisco alargado esteja adequadamente fundamentada. Com efeito, afigurou-se ao Tribunal justificada, e não arbitrária, a imposição ao detentor dos bens de uma atividade probatória destinada a infirmar os fundamentos do confisco requerido.
  - f) A importância da decisão em apreço, reconhecendo implicitamente a fragilidade e insuficiência dos instrumentos do direito penal em matéria de recuperação de activos resultantes de crimes graves, projeta-se na afirmação da legitimidade da reinvenção, pelos Estados, de meios destinados a reagir contra certos tipos de criminalidade que, por não conhecerem fronteiras e serem especialmente rentáveis, permitem aos seus autores recorrer a toda uma série de expedientes destinados a perpetuar a sua prática e o gozo dos seus benefícios.
  - g) A recuperação de activos, com o seu tríptico objectivo de acentuar os intuitos de prevenção geral e especial (através da demonstração de que o crime não rende benefícios), de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes (propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime) e de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado (resultantes do investimento de lucros ilícitos), está cada vez mais instalada na agenda de todas as organizações internacionais de combate ao crime e na intenção legiferante dos Estados. De tal modo assim é que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Convenção de Mérida), dedica todo um capítulo (artigos 51º a 59º) a esse tema.
  - h) É patente a evolução que se vem registando, ao nível de instrumentos legais disponibilizados para o efeito. Dos modelos clássicos de perda ou confisco de instrumentos, produtos e vantagens do crime (entre nós plasmado essencialmente nos arts. 109º a 111º do Código Penal) avançou-se, num segundo passo, para a “*extended forfeiture*” (perda ampliada, entre nós consagrada nos arts. 7º a 12º da Lei 5/2012).
  - i) A aplicação do regime da perda ampliada gerou, como todas as novidades, acesa controvérsia na comunidade jurídica nacional. Perante posições de maior intransigência (como a de Damião da Cunha, in “*Perda de bens a favor do Estado*”, CEJ, 2002), que anatematizaram o novo instituto com o labéu da inconstitucionalidade, procurou-se encontrar uma solução de compromisso que viabilizasse a sua utilização no quotidiano judiciário. Assim, chegámos a admitir a necessidade de obrigar o Ministério Público à prova, embora sem exigência de superação de qualquer dúvida razoável mas somente segundo um mero juízo de

probabilidade, apelando às regras da prova indirecta, indiciária ou por presunções, da actividade criminosa progressiva do arguido (cfr. Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade, in “*Julgar online*”). Isto é, visando vencer resistências iniciais e acender o debate jurisprudencial sobre o tema, optámos inicialmente, embora “*a contre coeur*”, por ceder na reivindicação legítima de todo o potencial da presunção legal estabelecida no artigo 7º, nº 1 da Lei 5/2002.

j) Certo é que, mercê desse acendimento, não só a nível doutrinário (cfr. especialmente Conde Correia, in “*Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*”, 2012, e Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, in “*Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*”, 2013) como também a nível jurisprudencial (cfr., entre outros, o Ac. R. Guimarães de 8/2/2016 – relatora Alcina da Costa Ribeiro – e os Acórdãos 101/2015, 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional), tem-se assistido ultimamente à afirmação da plena validade dessa presunção legal. De forma lapidar, e em linha com a jurisprudência do TEDH (cfr. caso [Philips v. Reino Unido](#)), conclui-se no Acórdão do Tribunal Constitucional ultimamente citado que “a presunção legal estabelecida nos artigos 7º e 9º, nºs 1, 2 e 3, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal”.

k) É de um terceiro passo, de uma solução mais avançada, que trata o Acórdão do TEDH em anotação: o instituto da “*actio in rem*”, uma fórmula de natureza civil ou administrativa, desligada da culpa penal e totalmente centrada sobre a coisa ou bem cujo perdimento se pretende.

Esta solução, que tem como paradigma a “*civil forfeiture*” dos ordenamentos inglês, escocês, irlandês, italiano e norte-americano, é também acolhida em inúmeros Estados da América do Sul e Central (Colômbia, Cuba, Costa Rica e México), que vêem nas denominadas “*leyes de extinción de dominio*” o melhor antídoto contra a corrupção e o branqueamento de capitais. Na conferência de Ministros da Justiça dos Países Iberoamericanos (COMJIB), realizada em Madrid em 22 e 23 de setembro de 2011, recomendou-se “a regulação dos patrimónios emergentes sem causa lícita provada, já que todo o cidadão deve poder provar e informar a Administração sobre a origem lícita do seu património; caso contrário deve perdê-lo a favor do Estado”. A ENCCLA brasileira (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) propôs ao Congresso Nacional, em 2015, na denominada “Carta de Teresina”, a aprovação célere “dos projectos de lei de extinção de domínio e de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos”.

l) Em Setembro de 2014 Karla Padilha (Promotora estadual brasileira e doutoranda na Faculdade de Direito de Coimbra) abordou o “sistema civil de recuperação de activos como instrumento de efectividade da realização do direito”, na perspectiva da sua “conformidade com os princípios inspiradores do processo civil e com os primados constitucionais” (in “*Julgar online*”). No seu estudo veio a concluir que a “acção civil de confisco” é compatível com a Constituição da



República Portuguesa, onde o direito de propriedade é equiparado aos direitos, liberdades e garantias fundamentais exclusivamente na dimensão do seu núcleo essencial (obra e loc. cit., pág. 9) e que tal tipo de acção aparenta estrutura e elementos compatíveis com as principais exigências processuais fixadas no Código de Processo Civil Português para a admissibilidade de uma acção civil (*idem*, págs. 16 e segs.). Quer na perspectiva da legitimidade do Estado como autor e do seu interesse em agir, quer no que toca à identificação do réu, quer no que tange à definição do pedido. Também o TJUE afirma ser jurisprudência assente que “o direito de propriedade não goza, no direito da União, de uma proteção absoluta. Por conseguinte, podem ser impostas restrições ao exercício deste direito, desde que tais restrições correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela União e não constituam, atendendo ao fim prosseguido, uma intervenção excessiva e intolerável que atente contra a própria substância dos direitos assim garantidos” (cfr. Acórdão de 15/12/2012, proferido no processo [C-539/10P](#)).

Já Pedro Caeiro (in “*Revista Portuguesa de Ciência Criminal*”, ano 21, nº 2, págs. 292 a 296) aponta inconvenientes vários aos procedimentos *in rem*, quer porque “provavelmente inúteis e até perniciosos” quando se configurem autónomos do Direito Penal, quer porque, no caso inverso, “constituem atalhos para o Estado impor (...) medidas com finalidades preventivas num quase-processo penal, subtraindo a acção pública às garantias constitucionalmente previstas”.

Num tempo em que se procuram instrumentos mais ágeis de luta contra a criminalidade de maior relevo, em especial contra a corrupção, este terceiro passo, traduzido na adoção de medidas de carácter civil ou administrativo para lograr o confisco de bens sem origem lícita comprovada, que o TEDH acolhe como legítimo no acórdão em apreço, é uma solução a considerar. É, em particular, preferível à ciclicamente despertada intenção de criminalizar o enriquecimento ilícito, ilegítimo ou não justificado. Desde logo porque, na incessante busca de caminhos de maior eficácia no quadro do Estado de Direito, permite resgatar o sistema ao espartilho do direito e do processo penal.

Também Faria e Costa (RLJ, 2012, pág. 253/4) pondera que “a adoção de medidas extra-penais de carácter sancionatório ou de intromissão direta no património ilicitamente acrescentado – como, v.g., os procedimentos de confisco “*in rem*” (...) ou, melhor ainda, a perda de vantagens “alargada” (...) – seria muito mais eficaz no combate ao enriquecimento ilícito e muito menos nociva aos direitos fundamentais do cidadão do que o irrefletido e temerário recurso a uma intervenção jurídico-criminal”.

Afigura-se-nos, além disso, que está na linha das modernas tendências do direito, em que se inscreve a recuperação de activos sem condenação (“*non-conviction based confiscation*”-NCBC) prevista no artº 4º, nº 2, da Directiva 2014/42/UE, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos do crime na União Europeia (se bem que em termos muito frouxos face ao propósito inicial), bem como no artº 54º, nº 1, c) da Convenção de Mérida. Ela está, também, em conformidade

*Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade*

com a Recomendação 4 do GAFI, que incentiva os Países Membros a estudarem a opção de medidas que permitam confiscar instrumentos e produtos do crime sem necessidade de uma condenação penal, ou que obriguem o infractor a provar a origem lícita dos bens passíveis de perda ou confisco. Está igualmente em sintonia com o parecer do Grupo de Trabalho Roma-Lyon, do G8, e tem o apoio dos peritos da Rede CARIN sobre recuperação de activos (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Diretiva sobre o congelamento e o confisco, de 12/3/2012, págs. 12 e 13).

Uma solução com tal recorte não será, por certo, mais excêntrica para o nosso paladar jurídico do que a tipificação do crime de enriquecimento ilícito. E sem a carga estigmatizante, sublinha-se, do processo e da sanção penais.

Euclides Dâmaso Simões  
José Luís Trindade