

O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários

*

(Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1)

João Conde Correia e Hélio Rigor Rodrigues

Sumário:

No ordenamento jurídico nacional, os interesses subjacentes ao confisco das vantagens do crime e aos direitos patrimoniais dos lesados, aparentemente divergentes e em conflito, harmonizam-se e conjugam-se numa simbiose quase geométrica. Importa, contudo, que nesse labor de articulação se convoque a cartografia própria do confisco, com respeito pelos diferentes regimes estabelecidos para a perda das vantagens.

Nesta arquitetura, a uma progressão aritmética do número de títulos para execução de um determinado montante (com natureza dual) não corresponderá uma expansão da responsabilidade do visado, nem uma restrição das pretensões indemnizatórias da vítima.

A) - TRANSCRIÇÃO DO ACÓRDÃO ANOTADO

Processo nº 905/15.4IDPRT.P1

Acórdão, deliberado em conferência, da 2ª secção criminal do Tribunal da Relação do Porto.

*

O M^oP^o veio interpor recurso do segmento da sentença proferida no processo comum singular nº905/15.4IDPRT pelo tribunal da instância local, secção criminal-J1, de Paços de Ferreira, Tribunal da Comarca do Porte Este, que julgou improcedente o pedido de declaração a favor do Estado do valor de €12.840,65, efectuado pelo M^oP^o, nos termos do artigo 111º do Código Penal.

*

I.1. Decisão recorrida (que se transcreve na parte com relevo).

Da perda da vantagem patrimonial.

O Ministério Público veio requerer a perda da vantagem patrimonial nos termos do artigo 111º, nºs 2,3 e 4 do Código Penal, no valor de €12.840,65, quantia que era devida à Administração Tributária e de que esta ficou desapossada pelo crime cometido pelo arguido de abuso de confiança fiscal p. e p. pelo artigo 6º e 105º, nº1, do Regime Geral das Infracções Tributárias.

Dispõe o artigo 111º, do Código Penal que:

"1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor".

Ora, como é sabido a perda de vantagens é exclusivamente determinada por necessidades de prevenção. Como bem ensina Paulo Pinto de Albuquerque, in Comentário do Código Penal, pág. 315, em anotação ao art. 111º, não se trata de uma pena acessória, porque não tem relação com a culpa do agente, nem de um efeito da condenação, porque também não depende uma condenação. Trata-se de uma medida sancionatória análoga à medida de segurança, pois baseia-se na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes, "mostrando ao agente e à generalidade que, em caso de prática de um facto ilícito típico, é sempre e em qualquer caso instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito decorrente do objecto" (Figueiredo Dias, 1993: 638, e apontando também nesse sentido, Maia Gonçalves, 2007: 436, anotação 3ª, ao artigo 111º, considerando que o preceito tem em vista "mais uma perigosidade em abstracto" e visa a "prevenção da criminalidade em geral", Leal Henriques e Simas Santos, 2002: 1162 e 1164, e Sá Pereira e Alexandre Lafayette, 2007: 299, anotação 6ª ao artigo 111º.

Ora, não foi deduzido pelo Ministério Público pedido de indemnização civil, pois que, é entendimento da Autoridade Tributária, serem suficientes os meios legalmente previstos no art. 148º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) para cobrança coerciva do imposto em causa, como bem salientado a fls. 82 dos autos.

Pelo exposto e, porque partilhamos do entendimento da Autoridade Tributária, dispondo esta de meios legais para ser ressarcida das quantias que lhe são devidas, a perda de vantagem patrimonial requerida pelo Ministério Público terá que improceder.

I.2. Do recurso do MºPº (conclusões que se transcrevem)

1. Por sentença proferida nestes autos, a 24 de Maio de 2016, foi decidido julgar improcedente o pedido de declaração a favor do Estado do valor de €12.840,65, efectuado pelo Ministério Público, nos termos do disposto no art. 111º, nº 2, 3 e 4 do Código Penal.

2. A perda de vantagens não se trata de uma pena acessória, porque não tem relação com a culpa do agente, nem de um efeito da condenação, porque também não

depende de uma condenação; trata-se de uma medida sancionatória análoga à medida de segurança, pois baseia-se na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes.

3. Resulta da sentença referida que foi provada a prática de um facto ilícito típico, consubstanciado na não entrega ao Estado e conseqüente apropriação, por parte do arguido B..., de IVA, efectivamente recebido, no período correspondente a Janeiro a Março de 2015, no montante global de €12.840,65.

4. Tais factos consubstanciam a prática do crime de abuso de confiança fiscal, pelo qual o arguido foi condenado.

5. As necessidades de quer de prevenção especial (para que o arguido não pense que o crime compensa), quer as necessidades de prevenção geral com os seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (prevenção geral), e ainda o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (prevenção geral positiva ou de integração), impunham que fosse determinada a requerida perda de vantagens.

6. Assim, deveria ser declarada perdida a favor do Estado, a vantagem patrimonial no montante de €12.840,65 que, através do facto ilícito típico (abuso de confiança fiscal, traduzido na não entrega do montante de IV A devido ao Estado), foi adquirida, pelo arguido e para o arguido B....

7. Tal montante reverteria a favor do Estado, que deixaria assim de poder exigir noutra sede aquela mesma quantia, nomeadamente no processo executivo que estivesse a correr, sendo assim ressarcido através da referida perda de vantagem.

8. Da conjugação do art. 111.º com o art. 130.º, ambos do Código Penal conclui-se não existirem limites ao confisco, nomeadamente aqueles que podiam advir da mera possibilidade de ser deduzido um pedido de indemnização civil.

9. A perda de vantagens deverá ser sempre decretada, podendo servir para compensar os danos do lesado, comprovados no processo, ou, mesmo fora dele.

10. Por tudo o exposto, deve a sentença recorrida ser parcialmente revogada e substituída por outra que, condene o arguido a pagar ao Estado o montante correspondente ao valor de que se apropriou, no montante de €12.840,65, correspondente à vantagem obtida mediante a prática dos factos pelos quais foi condenado.

I.3. Resposta do arguido (não ofereceu alegações).

I.4. Parecer do M^oP^o nesta relação.

Acompanhou as motivações do recurso interposto.

*

II. Do objecto do recurso.

O objecto do recurso deve ater-se às conclusões apresentadas pelo recorrente.

A questão apreciar consiste, tão só, na (in)susceptibilidade de declarar a perda da vantagem patrimonial requerida pelo M^oP^o em processo penal correspondente ao montante de IVA retido pelo arguido e não entregue à Autoridade Tributária e Aduaneira (comportamento pelo qual foi condenado) nos casos em que o mesmo montante não é reclamado em sede de pedido de indemnização civil por vontade expressa da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Antes de abordarmos a natureza jurídica do instituto da perda de vantagens consagrado no artigo 111^o do Código Penal, será determinante apreciar as competências do M^oP^o neste tipo de processos (crimes de abuso de confiança fiscal previstos no Regime Geral das Infracções Tributárias) que não, naturalmente, a da titularidade da acção penal.

Cabe ao Ministério Público, em representação da Autoridade Tributária e Aduaneira, deduzir pedido de indemnização civil conexo com o processo penal, por crimes de natureza fiscal, sem excepção, e desde que aquela solicite expressamente tal intervenção (artigo 1.^o, alínea a) do n.^o 1 do artigo 3.^o e alínea a) do n.^o 1 do artigo 5.^o do Estatuto do Ministério Público, artigo 71.^o e n.^o 3 do artigo 76.^o, do Código de Processo Penal) – entendimento, aliás, expresso na directiva 2/13 da PGR.

Nos termos do Decreto-Lei n.^o 118/2011 de 15/12, DR n.^o 239 – Série I, que aprova a orgânica da Autoridade Tributária e Aduaneira, a mesma é um serviço da administração directa do Estado dotado de autonomia administrativa (artigo 1.^o, n.^o1) e tem por missão administrar os impostos, direitos aduaneiros e demais tributos que lhe sejam atribuídos (artigo 2.^o, n.^o1) tendo como atribuições, nomeadamente:

a) Assegurar a liquidação e cobrança dos impostos sobre o rendimento, sobre o património e sobre o consumo, dos direitos aduaneiros e demais tributos que lhe

incumbe administrar, bem como arrecadar e cobrar outras receitas do Estado ou de pessoas colectivas de direito público;

c) Exercer a acção de justiça tributária e assegurar a representação da Fazenda Pública junto dos órgãos judiciais;

e) Promover a correcta aplicação da legislação e das decisões administrativas relacionadas com as suas atribuições (artigo 2º, nº2).

No âmbito da acção de justiça penal tributária é à AT que cabe instaurar o inquérito (por para tanto dispor de competência delegada), sem prejuízo da obrigação de imediatamente o comunicar ao MºPº (cfr. artigo 40º, nº3, do RGIT)

Do conjunto de normas referidas não será difícil concluir que a AT tem autonomia para decidir os termos da sua actuação face aos contribuintes em relação ao cumprimento e incumprimento das obrigações tributárias no âmbito das suas competências (atribuições) exclusivas de gestão (administração) dos impostos.

Tal autonomia (e discricionariedade administrativa inerente, naturalmente que assente no princípio da legalidade e em critérios de gestão económica e financeira) permite à AT, nos casos em que detecta o incumprimento de uma obrigação fiscal:

1º optar pela execução fiscal da obrigação (artigo 184º do CPPT) ou acordar com o contribuinte, no âmbito do enquadramento legal que o permite, o cumprimento faseado da obrigação;

2º instaurar inquérito criminal e, culminando em acusação;

3º deduzir, representado pelo MºPº, pedido de indemnização civil no processo criminal (o que não deixa de ser de difícil compreensão uma vez que tal pedido, invariavelmente, incidirá sobre a obrigação fiscal não cumprida relativamente à qual a AT já dispõe de título executivo e mais extenso por força das diferentes taxas de juro moratórios e compensatórios que incidem sobre o capital em dívida em sede de legislação tributária em comparação com a taxa de juro civil que resulta de uma condenação, em processo penal, pela prática do um facto ilícito e culposos).

Quer o exposto significar que a AT tem autonomia para decidir, de acordo com as suas atribuições, a melhor forma de obter o cumprimento das obrigações fiscais por parte de um contribuinte inadimplente.

Definidas as competências e a natureza da actuação do M^oP^o e da AT passemos a apreciar o instituto da perda de instrumentos, produtos e vantagens (cfr. artigos 109^o a 111^o do Código Penal).

Dispõe o artigo 111^o, n^o1, do Código Penal que são perdidos a favor do Estado os direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si, pelo agente e represente uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

Se tal direito ou vantagem não puder ser apropriada em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor (n^o4 do referido artigo).

Do instituto do confisco.

A Constituição da República Portuguesa aprovada pelo Plesbicio Nacional de 19 de Março de 1933 estabelecia a proibição do confisco geral (total ou parcial) de bens (artigo 8^o, § 12^o - Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses não haver confisco de bens, nem qualquer transmissão de qualquer pena da pessoa do delinquente).

Entendia-se, porém, que a proibição constitucional não abrangia a possibilidade de estabelecer casos de confisco especial ou expropriação de objectos e valores determinados com fundamento numa natureza diferente do referido confisco geral ou em sentido próprio, e na legislação penal (para além de normas do Código da Estrada, em relação a veículos automóveis, e relativas à infracção à saúde pública, quanto às mercadorias expostas ou vendidas) consagrou-se o confisco especial com as seguintes finalidades (cfr. M.Cavaleiro de Ferreira, Direito Penal II, Lisboa 1961, edição Gomes e Rodrigues, Lda, pág.168 a 169):

1^o como efeito da pena, na “perda” a favor do Estado dos instrumentos do crime, não tendo o ofendido ou terceira pessoa direito à sua restituição (artigo 75^o do Código Penal de 1886: O réo definitivamente condenado, qualquer que seja a pena, incorre:

1.^o Na perda, a favor do Estado, dos instrumentos do crime, não tendo o ofendido, ou terceira pessoa, direito à sua restituição;

2.º Na obrigação de restituir ao ofendido as coisas de que pelo crime o tiver privado, ou de pagar-lhe o seu valor legalmente verificado, se a restituição não fôr possível, e o ofendido ou os seus herdeiros requeiram a indemnização.

2º como efeito da pena, a perda a favor do Estado do produto ao lucro obtido com o crime de corrupção de funcionários, testemunhas, juízes, jurados ou peritos (artigos 323º e 240º, § 1º, do Código Penal).

3º como efeito da pena, a perda do produto das récitas teatrais ou musicais representadas com violação dos regulamentos da propriedade autoral (artigo 548º do Código Penal)

4º como efeito da pena, a perda dos objectos que serviram para a execução da contrafacção (artigo 457º do Código Penal).

5º como efeito da pena, a perda dos objectos do crime de fraude na venda se ainda pertencerem ao vendedor (artigo 456º, § 4º, do Código Penal).

6º como efeito da pena mas com a natureza de medida de polícia, a perda dos pesos e medidas falsas (independentemente da titularidade do direito de propriedade) no crime de fraude na venda;

7º como efeito da pena mas com a natureza da medida de polícia a perda das armas proibidas (artigo 253º, §5º, do Código Penal).

Na redacção originária do actual Código Penal (aprovado pelo Decreto-Lei nº400/82, de 23 de Setembro), no título relativo à perda de coisas ou direitos relacionados com o crime, consagrou-se a perda – de objectos – artigos 107º e 108º - e de coisas ou direitos relacionados com o crime – artigo 109º - cujo teor era o seguinte:

1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes do crime é perdida a favor do Estado. Tratando-se de qualquer vantagem insusceptível de transferência directa, ficará o Estado com o direito de exigir de quem a recebeu ou se obrigou a pagá-la o valor correspondente.

2 - São ainda perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros, os instrumentos, objectos ou produtos do crime não abrangidos pelo

disposto no artigo 107.º, e os objectos, direitos ou vantagens que, através do crime, hajam sido directamente adquiridos pelos seus agentes.

3 - Se os instrumentos ou objectos não estiverem em poder dos agentes, devem estes pagar ao Estado o valor correspondente sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros.

4 - No caso de alguém responder criminalmente por actuação em nome de outrem nos termos do artigo 12.º e a recompensa do crime e as vantagens dele provenientes aproveitarem à pessoa em nome de quem o facto foi praticado, aplicar-se-á a esta o disposto nos números anteriores para os agentes do crime.

Após a reforma de 1995 (operada pela Lei nº48/95, de 15 de Março) o referido título (agora designado de perda de instrumentos, produtos e vantagens) passou a ser composto pelos artigos 109º - perda de instrumentos e produtos - 110º - objectos pertencentes a terceiros - e 111º - perda de vantagens (tendo o seu nº2 sido objecto de alteração através da Lei nº32/2010, de 02 de Setembro, que não iremos reflectir por ser de todo irrelevante para a questão a decidir).

Com interesse para a apreciação do recurso, recordemos a actual redacção dos nºs 2 e 4 do artigo 111º do Código Penal:

2. São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representam uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

4. Se (...) as vantagens não puderem ser apropriadas em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor.

Julgador e recorrente estão de acordo com a natureza jurídica da perda de vantagens: constitui providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança (cfr. Figueiredo Dias, *As consequências Jurídicas do Crime*, 2005, pág.638; P.P.Albuquerque, *CCP*, 3ª edição, pág.460; M.M.Garcia e J.M.C.Rio, *CP comentado*, 2ª edição 2015, pág.465; M.S.Santos e M.L.Henriques, *CP comentado*, 4º edição 2015, pág.537).

Note-se, todavia, que ainda se mantêm em vigor a perda de mercadorias objecto do crime e dos meios de transporte utilizados para a prática de crimes aduaneiros, como pena acessória (cfr. artigos 18º e 19º do RGIT), dela beneficiando a Fazenda Nacional. Distingue-se do regime de perda de instrumentos e produto (em que se pondera a sua perigosidade imediata, da sua adequação para a prática de crimes, porque está em causa a “(...) prevenção da criminalidade em globo, ligada à ideia – antiga, mas nem por isso menos prezável – de que “o crime” não compensa. Ideia que se deseja reafirmar tanto sobre o concreto agente do ilícito-típico (prevenção especial ou individual), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (prevenção geral), mas sem que neste último aspecto deixe de caber o reflexo da providência ao nível de reforço da vigência de norma (prevenção especial positiva ou de integração) (...)” (cfr. Figueiredo Dias, *As consequências Jurídicas do Crime*, 2005, pág.632).

Também não existirá qualquer controvérsia sobre o significado da expressão vantagem: todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado (cr. Figueiredo Dias, *ob.cit.* pág.632, P.P.Albuquerque, *ob.* e pág.cit, e J. Conde Correia / H. Rigor Rodrigues, *Julgar online* 8, pág.12).

O arguido não entregou aos cofres do Estado a quantia de €12.840,65 que recebeu a título de IVA, tendo-se apropriado da mesma. Faz parte do tipo de ilícito em causa a apropriação da quantia em causa e o conseqüente enriquecimento do património do arguido (independentemente da afectação que conferiu a tal quantia) e o empobrecimento do património do Estado/Administração Fiscal.

A vantagem adquirida (por apropriação) é susceptível de ser declarada perdida a favor do Estado. Porém, teremos que compreender a locução conjuntiva subordinativa condicional utilizada pelo legislador- sem prejuízo dos direitos do ofendido.

Ofendido, nos termos do artigo 68º, nº1, alínea a) do Código de Processo Penal, é o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, posição que lhe confere legitimidade para se constituir como assistente.

Lesado, nos termos do artigo 74º, nº1, do Código de Processo Penal, é a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime.

Entendemos, em abstracto, que o M^oP^o apenas deverá accionar o mecanismo de perda das vantagens adquiridas pelo agente através do facto ilícito típico que correspondam à prestação da obrigação de indemnização civil pela prática daquele facto quando o ofendido (o titular do interesse penalmente tutelado) se desinteressa pela mesma (em sentido aproximado, Figueiredo Dias, *As consequências Jurídicas do Crime*, 2005, pág.633).

Só nestes casos poderá tal perda corresponder às suas finalidades supra referidas, de prevenção da criminalidade em globo, que não podem ou devem conflitar com o direito do ofendido de obter a reintegração no seu património daquilo que lhe foi subtraído (até porque a obrigação resultante para o agente da perda em espécie ou por pagamento do seu valor não deve piorar a situação do ofendido – cfr. CP Anotado, M.Simas Santos e M. Leal-Henriques, 4^a edição, págs.534 e 535).

E se dúvidas permanecessem quanto a tal solução, as mesmas encontram conforto no artigo 130^o, n^o2, do Código Penal onde se prevê, em nome do referido direito de indemnização do lesado de um crime, a atribuição ao mesmo, até ao limite dos danos sofridos, dos objectos declarados perdidos (ou produto da sua venda) ou o preço ou o valor correspondentes a vantagens provenientes do crime pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força dos artigos 109^o e 110^o.

As vantagens apropriadas em espécie ou substituídas pelo pagamento ao Estado do respectivo valor no âmbito do artigo 111^o do Código Penal não são susceptíveis de atribuição ao lesado.

No caso concreto o ofendido e lesado manifestou perante quem o representa judicialmente que não pretendia deduzir pedido de indemnização civil uma vez que optara pela execução fiscal da obrigação tributária. Tal comportamento não configura qualquer desinteresse do ofendido na reparação patrimonial do direito lesado e, pelo contrário, representa uma opção consciente da melhor forma de a obter.

A perda de vantagens (quantia correspondente ao IVA apropriado pelo arguido) a favor do Estado prejudica o direito da Autoridade Tributária e Aduaneira de obter a

mesma quantia (acrescida dos juros legais) em sede de execução fiscal, procedimento que expressamente comunicou ao M^oP^o e, neste sentido, não deve ser decretada.

Em conclusão:

1^o só podem ser declaradas perdidas a favor do Estado as coisas, direitos e vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridas pelo agente e representem uma vantagem patrimonial, com fundamento no artigo 111^o, n.º 2, do Código Penal;

2^o a perda de vantagens não pode prejudicar o direito de reparação do património titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação e que sofreu danos ocasionados pelo facto ilícito típico;

3^o nos casos em que a perda de vantagens corresponda à obrigação de indemnização civil decorrente da prática do facto ilícito típico apenas pode ser decretada se o titular dos danos causados pelo mesmo se desinteressar pela reparação do seu direito;

4^o não pode ser decretada a pena de perda de vantagens (quantia correspondente ao IVA apropriado pelo arguido) nos casos em que a Autoridade Tributária e Aduaneira comunicou ao M^oP^o que não pretendia deduzir pedido de indemnização civil por considerar suficiente os meios legais previstos para a execução fiscal da vantagem

*

C. Nos termos expostos nega-se provimento ao recurso e confirma-se a sentença recorrida

Sem custas.

*

Porto, 23 de Novembro de 2016

B) ANOTAÇÃO

1. O maior problema do confisco ou, na tradicional denominação portuguesa, da perda, não resulta – como já referimos várias vezes – da letra da lei e da salutar política criminal que há muito lhe está subjacente, mas do atavismo da *praxis* quotidiana, centrada no passado, que ignora o presente e teme o futuro. Séculos e séculos de abuso e de prepotência geraram a forte reação iluminista da proibição do confisco e contribuíram para criar um clima geral que ainda lhe é muito hostil. Temos medo que esses excessos passados se repitam e, por isso, esquecemos que o confisco num Estado de direito é muito diferente do confisco num Estado absoluto. Não admira, portanto, que – sem que disso exista consciência clara – as nossas decisões ainda sejam subliminarmente condicionadas pelos reflexos adversos daquela verdadeira tragédia e que, por isso mesmo, muitas vezes, a resposta seja apenas intuitiva, acabando por tropeçar nas coisas mais simples.

Este cenário, *de per si* difícil, é agravado pelo desprezo das finalidades inerentes ao confisco e pela sua substituição por uma lógica puramente consequencialista, que, em vez de convocar os fundamentos ontológicos e metodológicos subjacentes a um determinado problema, raciocina apenas em termos de custo/benefício. Mesmo no âmbito da ciência penal, não faltam exemplos (este é um deles) da elevação do «resultado» a fundamento nuclear do discurso legitimador, com desconsideração de toda a argumentação dogmática que lhe está subjacente.

2. As relações entre o confisco e o pedido de indemnização civil, ou qualquer outra forma de ressarcimento dos direitos do lesado, constituem um dos campos onde essa carga cultural negativa, essa falta de reflexão e essa lógica consequencialista mais aflora. Quem não conhecer bem a geografia do confisco pode sacrificá-lo em nome da proteção de putativos interesses da vítima (*v.g.* o seu *ius utendi, fruendi et abutendi*) ou do próprio arguido (*v.g.* *ne bis in idem*). Por causa desse receio infundado, em vez de se proteger o Estado e a comunidade que ele representa, tutelam-se hipotéticos direitos individuais, que nem sequer estão, afinal, em causa ou não merecem aqui qualquer proteção legal.

Continuamos a dar uma resposta mais impulsiva do que fruto da devida reflexão e ponderação dos interesses em causa.

2.1. Do ponto de vista teórico são admissíveis vários modelos de relacionamento entre a perda e o pedido de indemnização civil ou outras formas de ressarcimento dos direitos das vítimas: o Estado pode confiscar os proventos do crime indiferente aos direitos das vítimas; o Estado está impedido de os confiscar sempre que exista uma qualquer vítima com a possibilidade abstrata de formular um pedido de indemnização civil ou de utilizar qualquer outro meio formal para compensar os seus prejuízos; o Estado deve articular o confisco com a integral proteção dos direitos das vítimas.

A primeira solução legal (confisco indiferente aos direitos das vítimas) está atualmente consagrada no âmbito da *civil recovery* do Reino Unido (secções 821 e 301 do *Proceeds of crime act* de 2002). A obrigação de confiscar os proventos do crime é geral, cabendo à vítima apenas o direito de se opor ao mesmo. Se nada fizer, o bem transfere-se para a esfera estadual sem qualquer consideração daqueles direitos individuais. Compete à pessoa e não ao Estado zelar por eles. Este modelo legal, que privilegia o interesse comunitário no integral confisco dos proventos do crime em detrimento dos direitos individuais, radica numa conceção de Estado e de justiça diferente da nossa. Entre nós, o confisco jamais poderá impedir o ressarcimento da vítima (*summ cuique tribuere*). O Estado não a deve prejudicar juntando ao mal (já inevitável) do crime, o mal desnecessário do confisco.

A segunda solução (a simples possibilidade abstrata de formulação de um pedido de indemnização civil ou de utilizar outro meio de ressarcimento dos prejuízos sofridos preclude o confisco) cai no extremo oposto, privilegiando os direitos das vítimas em detrimento do interesse geral. A ablação dos produtos do crime, em vez de ser uma obrigação estadual, fica dependente da conduta da vítima, perdendo muita da eficácia preventiva que a justifica. Em vez de ser uma proclamação geral, transforma-se num mero efeito esporádico e aleatório. Mesmo assim, este ainda é o sistema alemão, que continua a

confiar à vítima a tarefa de demonstrar que o crime não compensa (§ 73, n.º 1, 2.ª parte do StGB).

A terceira solução legal (articulação do confisco com os direitos das vítimas) procura conjugar os interesses conflitantes em jogo. A perda não prejudica aqueles direitos, de forma que, se for essa a situação, não produz efeitos práticos. Tal como no primeiro caso, o confisco é sempre declarado; tal como no segundo, os direitos das vítimas são sempre oficialmente preservados. Deste modo, o legislador pode salvaguardar integralmente os efeitos preventivos do confisco (reduzir o arguido ao estado patrimonial anterior à prática do crime, assim demonstrando que ele não compensa¹) e respeitar os direitos da vítima. A perda passa a ser uma consequência da prática do crime, independentemente da vontade ou da destreza técnica daquela.

3. O legislador português, ao invés do sistema alemão tradicional que tanto tem influenciado a nossa dogmática, optou por um sistema misto. A letra do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal e, sobretudo, a sua conjugação com a letra e o espírito do artigo 130.º, n.º 2, do mesmo diploma legal (e, até, com o artigo 127.º, n.º 3, do CPP) não deixam margem para qualquer dúvida razoável². A obrigação de confisco é geral, sobrepondo-se à vontade egoística de qualquer indivíduo, mas salvaguarda, igualmente, os seus direitos, nomeadamente através da adjudicação dos bens declarados perdidos ou do produto da sua venda às vítimas.

3.1. Neste contexto legal, não conseguimos compreender a decisão anotada, nomeadamente quando afirma que, em abstrato, o Ministério Público «apenas deverá acionar o mecanismo da perda das vantagens adquiridas pelo agente através do facto

¹ Para esta finalidade, cfr. Rui, John Petter/Sieber, Ulrich, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, AA.VV. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin, Dunker & Humblot (2015), p. 245 e ss.; Blanco Cordero, Isidoro, *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*, AA.VV. *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus (2012), p. 340/41 e, entre nós, o ac. do TC. n.º 392/2015, de 12 de agosto.

² Cfr. o nossa Anotação ao Acórdão do TRG de 01-12-2014, processo 218/11.0GACBC.G1 (pedido de indemnização e confisco), publicada na julgar *online*, em abril de 2015, p. 10.

ilícito típico que correspondam à prestação da obrigação de indemnização civil pela prática daquele facto quando o ofendido (o titular do interesse penalmente tutelado) se desinteresse pela mesma».

Desde logo porque a lei não distingue: o artigo 130.º do Código Penal é muito claro, não excepcionando nenhuma situação, designadamente aqueles casos em que a vítima já dispõe de formas legais para recuperar os ativos de que foi privada. Por isso mesmo, uma vez que a lei não distingue, também nós não podemos distinguir: «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*». O julgador não pode sobrepor a sua interpretação à letra da própria lei, subvertendo o seu espírito e a sua *ratio*. Ao contrário de outros sistemas legais, que como referimos consagraram a preferência do pedido de indemnização civil ou de outras formas de ressarcimento sobre o confisco (de tal forma que havendo essa possibilidade abstrata não deverá haver declaração de perda), o legislador português, como (insistimos) resulta claramente do artigo 130.º do Código Penal, deu preferência ao confisco enquanto manifestação do *ius imperium* estadual. Essas formas de reparação têm de sujeitar-se ao confisco e não o contrário, devendo a articulação ser feita *a posteriori*.

Depois, porque quando formula a sua pretensão confiscatória, o Ministério Público não sabe (na generalidade dos casos nem sequer pode saber) como é que o ofendido se vai comportar. Fazer depender essa aspiração da prévia comprovação do desinteresse do lesado (como preconiza a decisão anotada) será, pois, na esmagadora generalidade dos casos, condenar o confisco ao fracasso: O Ministério Público não tem uma bola de cristal, não se pode imiscuir na autonomia individual e esta é por natureza volátil, podendo sofrer alterações com o passar do tempo. Para não prejudicar inalienáveis direitos de defesa (*v.g.* o contraditório) e a própria estrutura acusatória do processo penal, a pretensão confiscatória estadual terá que ser acionada antes, no momento em que, sem saber como se vai comportar a vítima, deduz acusação. Esperar pela manifestação processual do desinteresse do ofendido será tarde demais. Quando deduz acusação o Ministério Público deve, sob pena de contradição, tratar a questão penal e a questão patrimonial. Ambas são essenciais ao completo exercício da ação penal.

3.2. Também não conseguimos compreender o acórdão anotado quando refere que «as vantagens apropriadas em espécie ou substituídas pelo pagamento ao Estado do respetivo valor no âmbito de artigo 111.º do Código Penal não são suscetíveis de atribuição ao lesado». Na verdade, na base desta afirmação parece estar uma verdadeira *petitio principii*, que carece de demonstração e que ignora as regras da hermenêutica jurídica.

É certo, reconheça-se desde logo, que o artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal, não refere, hoje, *expressis verbis*, o artigo 111.º do mesmo diploma legal, remetendo apenas para os artigos 109.º e 110.º. No entanto, não podemos retirar desta omissão a impossibilidade liminar de adjudicar ao lesado os bens declarados perdidos ou o produto da sua venda. Com efeito, é a própria norma que refere que pode ser entregue ao lesado o preço (isto é a recompensa³) ou o valor correspondente a vantagens provenientes do crime, indicando, claramente, que também elas estão incluídas. Se apenas estivessem em causa os *instrumenta e producta sceleris* (arts. 109.º e 110.º do CP), o legislador ter-se-ia bastado com a primeira parte da norma, sem necessidade de acrescentar, expressamente, que também lhe pode ser entregue «o preço ou o valor correspondentes a vantagens provenientes do crime, pagos ao Estado» (obviamente nos termos do art. 111.º do CP).

O elemento histórico confirma esta tese decorrente da mera análise gramatical. Na versão original do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, o artigo 129.º (atual artigo 130.º) remetia para os artigos 107.º a 110.º, incluindo expressamente os instrumentos, os produtos, as recompensas e as vantagens da prática do crime. Com a reforma do Código Penal, operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, o legislador reformulou essa remissão (agora só se refere aos artigos 109.º e 110.º), mas manteve o corpo do artigo, continuando, como já referimos, a falar expressamente das recompensas («preço») e das vantagens pagas ou transferidas para o Estado por efeitos da perda. A vontade do legislador, embora porventura mal expressa, nunca foi excluir esta possibilidade, porque, se assim fosse, teria que a eliminar em ambos os casos (na referência expressa e na remissão para a norma legal).

³ Sobre a coincidência destes conceitos, por todos, Correia, João Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?* RPCC (2015), p. 518 e ss.; em curso de publicação.

Esta solução decorre, ainda, do elemento teleológico. Se o Estado pode utilizar os instrumentos e produtos que tenha confiscado para compensar o lesado, porque é que não há-de fazer o mesmo com as vantagens? A compreensão unitária da natureza jurídica da perda dos instrumentos, produtos, recompensas e vantagens da prática do crime, preconizada por Jorge de Figueiredo Dias⁴ e subjacente àquela reforma aponta nesse mesmo sentido. Não há nenhuma razão lógica, teórica ou prática para separar as duas situações. Pelo contrário, a configuração da perda das vantagens como um mecanismo de restituição do arguido ao *status* patrimonial anterior à prática do crime e o seu montante, em regra, muito superior aos meros instrumentos e produtos, aconselha o mesmo tratamento legal. O legislador terá prescindido da remissão por entender que ela não era necessária. A referência à perda de bens do próprio (art. 109.º) ou de terceiro (art. 110.º) seria suficiente.

Para além de ser dogmaticamente insustentável, a impossibilidade de compensar as vítimas com as recompensas/vantagens confiscadas seria processualmente incongruente. Se no mesmo caso coexistirem instrumentos, produtos, recompensas e vantagens (como acontece frequentemente), os primeiros podem ser confiscados em benefício das vítimas e os segundos não, gerando uma situação processual de difícil gestão. A mesma questão é tratada de forma diversa, sendo essa solução dualista incompreensível para a comunidade. Num caso a perda prevalece sobre o pedido de indemnização civil; no outro, em tudo igual, não.

Em suma, o elemento gramatical, o elemento histórico e o elemento teleológico impõem que as vantagens apropriadas em espécie ou substituídas pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, no âmbito do artigo 111.º do Código Penal, sejam suscetíveis de atribuição ao lesado: da correta interpretação da lei, segundo os cânones do artigo 9.º do Código Civil, resulta uma solução diversa da preconizada pelo douto acórdão.

Acresce que (ainda que tal não decorresse da mera letra, da história e do espírito da lei) nada impediria o juiz de atribuir tais montantes ao lesado. O artigo 130.º, n.º 2, do

⁴ *Direito Penal Português As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias (1993), p. 628 e 638.

Código Penal regula as relações entre o Estado e o ofendido não tendo qualquer carácter sancionatório, pelo que não está sujeito ao espartilho do princípio da legalidade (art. 29.º da CRP e art. 1.º do CP). Nada proibirá, aqui, o juiz de preencher a alegada lacuna (que, afinal, como vimos não existe) entregando aqueles bens ou o seu valor ao lesado. A proibição da analogia penal (art. 1.º, n.º 3, do CP) não abrange estas situações, que devem receber o mesmo tratamento dos instrumentos e produtos do crime. A haver uma lacuna legal ela deve ser preenchida nos termos gerais, mediante a aplicação do regime previsto para aqueles.

3.2.1. A mesma solução legal resulta do respeito das obrigações internacionais do Estado Português. A generalidade das Convenções internacionais mais recentes aponta no sentido de considerar a reparação das vítimas ou dos lesados como um destino específico dos bens já confiscados, demonstrando que, globalmente, esta providência ablativa pode ser aplicada, mesmo quando existam pretensões indemnizatórias daqueles.

É, precisamente, o que ocorre no seio das Nações Unidas com o artigo 8.º, n.º 4, da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (adotada em 9 de dezembro de 1999), com o artigo 14.º, n.º 2, da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional (adotada em 15 de novembro de 2000) ou com o artigo 57.º, n.º 3, al^a c), da Convenção contra a Corrupção (adotada em 31 de outubro de 2003), que insta os Estados a considerar prioritária a restituição dos bens declarados perdidos «aos seus anteriores legítimos proprietários ou a indemnização das vítimas do crime».

O mesmo ocorre, já noutra *forum* internacional, com o artigo 25.º, n.º 2, da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (aberta à assinatura em 16 de maio de 2005) nos termos do qual o Estado Parte que tenha declarado perdidos certos bens «deverá, na medida em que o seu direito interno o permita e se tal lhe for solicitado, procurar restituir à Parte requerente, com carácter prioritário, os bens declarados perdidos, por forma a que esta possa indemnizar as vítimas da infração ou restituir tais bens ao seu legítimo proprietário».

Estes preceitos de origem *supra* nacional (mas igualmente vigentes entre nós: art. 8.º da CRP) constituem um reforço argumentativo suplementar quanto à inexistência de limites formais ao confisco por via da existência de pretensões indemnizatórias dos lesados. Ninguém compreenderá a existência de um direito penal dualista, que ora respeita aqueles impulsos internacionais, ora os revoga. A solução tem que ser sempre a mesma. O tribunal não pode prescindir de uma das modalidades de responsabilização do agente do crime, unicamente com base na manifestação de um eventual «interesse do ofendido», concretizado através de um qualquer procedimento coercivo ou voluntário, tendente ao pagamento dos valores a que este ofendido tem direito.

3.3. Por último, também não conseguimos compreender (é, mais uma vez, por certo, um problema nosso) como é que a existência de um segundo título executivo (para mais qualificado) pode prejudicar a posição da administração fiscal ou de qualquer outra vítima. Em nosso modesto entender (tanto quanto as nossas limitadas capacidades intelectuais alcançam) é justamente o contrário. O credor passa a dispor de dois títulos executivos que pode utilizar alternativamente e que têm âmbitos subjetivos distintos. O que ele jamais poderá fazer (é obvio) é executar duas vezes a mesma quantia.

3.3.1. Em termos legais, importa, desde logo, afirmar que para a execução de uma determinada quantia podem existir diferentes títulos (uma sentença condenatória, um documento exarado ou autenticado pelo notário, um título de crédito, outros documentos a que a lei atribua força executiva: art. 703.º do CPC) e que, nada impede, por isso, que a Autoridade Tributária utilize uma certidão de dívida para instaurar um processo de execução fiscal (nos termos dos artigos 88.º, n.º 5, e 162.º do Código do Procedimento e Processo Tributário) e, ao mesmo tempo, obtenha, através do pedido de indemnização civil, uma sentença penal condenatória que sirva, igualmente, de título executivo [art. 535.º, n.º 2, alª c), do CPC].

Cabe, depois, à Administração Tributária (como a qualquer outro credor) decidir qual destes títulos utiliza para execução dos tributos (créditos) em dívida e se os utiliza

para procedimentos de natureza coerciva ou voluntária (eventual acordo de pagamento fracionado: o que não pode fazer, insistimos mais uma vez, é executar duas vezes a mesma quantia). A gestão dos títulos executivos existentes e da necessidade de uma ação declarativa suplementar [art. 532.º, n.º 2, alª c), do CPC] respeita, dentro dos limites da lei, ao credor, não competindo ao juiz decidir se ela o prejudica ou não. Desde que não seja ilegal, o juiz não pode, de forma paternalística, indeferir o pedido do autor, a pretexto de evitar um hipotético prejuízo, decorrente do deferimento da sua pretensão. Esse juízo só à parte concerne. Ela é que sabe se vai ou não ser prejudicada.

3.3.2. Por outro lado, também não poderemos considerar que a execução fiscal ou mesmo a dedução do pedido de indemnização civil constituem sempre formas suficientes para assegurar as finalidades subjacentes ao confisco. Desde logo, na medida em que a efectivação da responsabilidade tributária depende não só do cumprimento da ortodoxia formal prevista pelo legislador tributário para a enunciação da exigibilidade do tributo devido, como do respeito pelo cumprimento de diversos prazos, nomeadamente de caducidade (v.g. 45.º da Lei Geral Tributária). Estas exigências, sendo adequadas a garantir a efectividade da cobrança do tributo na generalidade dos casos, não se compadecem com as exigências que se verificam na detecção dos esquemas de evasão fiscal mais complexos, designadamente aqueles concretizados mediante a interposição de entidades não residentes em território nacional ou comunitário. Nas situações em que a Administração Fiscal não pode cobrar o imposto porque este deixou de ser exigível no âmbito da responsabilidade tributária, não é sequer pacífico que possa obter tais montantes mediante recurso à dedução do respectivo pedido de indemnização civil.

Nestes casos restará pois ao Estado (enquanto legítimo destinatário dos montantes) recorrer ao mecanismo ablativo do confisco das vantagens, previsto no artigo III.º, n.ºs 2 e 4, do Código Penal, para, deste modo, demonstrando que o crime não compensa, assegurar o restabelecimento da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito.

3.3.3. Acresce ainda que a responsabilidade tributária e a respetiva cobrança dos impostos é norteada por uma lógica de responsabilização principal do sujeito passivo (nos termos do art. 18.º, n.º 3, da LGT), sendo a responsabilização de outros sujeitos, nomeadamente dos administradores e gestores, ainda que apenas de facto, subsidiária (art. 24.º da LGT). Neste contexto legal, na esmagadora maioria das hipóteses, não estando as vantagens diretas ou o seu sucedâneo na esfera patrimonial do agente do crime (ou do sujeito passivo), os procedimentos de execução fiscal (e mesmo o pedido de indemnização civil) serão manifestamente inaptos para assegurar as finalidades almejadas com o confisco das vantagens. Isto porque o procedimento de execução fiscal apenas poderá ser instaurado contra o sujeito passivo, ou contra o responsável subsidiário mediante procedimento de reversão, (nos termos dos arts. 9.º e 153.º do CPPT). Sucede porém que o procedimento de reversão só poderá ser acionado em caso de insuficiência de bens do devedor principal (art. 23.º, n.º 2, da LGT), a que acresce que não existe possibilidade de reversão contra terceiros adquirentes de bens, independentemente de estes estarem de boa ou má-fé, salvo no caso, de verificação quase inexistente, de dívida com direito de sequela sobre bens que tenham sido transmitidos pelo sujeito passivo (art. 157.º do CPPT).

4. A tese preconizada pela decisão comentada parece resultar da confusão entre os regimes do confisco dos bens em espécie ou dos seus sucedâneos e a perda pelo valor, decorrente da visão tradicional das coisas, que estava demasiado centrada nos instrumentos, produtos, recompensas e vantagens concretas apreendidas em espécie e que esquecia tudo o mais.

Durante décadas, o confisco reduziu-se à transferência para o Estado destes *instrumenta producta e fructa sceleris*. Uma vez que eles eram imprescindíveis à prova do facto ou que estavam em causa inquestionáveis razões de ordem pública, tinha que se

proceder à sua apreensão e, depois, no final, era necessário dar-lhes destino adequado⁵. Nesse caso, a declaração de perda desses bens concretos, poderia comprometer, no todo ou em parte, os direitos do lesado ou então constranger o arguido a pagar duas vezes. Isso já não acontece, porém, no âmbito da perda do valor (art. 111.º, n.º 4, do CP) que apenas atribui ao Estado um direito de crédito sobre o arguido, que pode ou não ser executado, não havendo (como veremos) qualquer possibilidade de concurso entre a pretensão confiscatória estadual e a proteção da eventual vítima (na hipótese *sub judicio* também o próprio Estado). A declaração de perda em nada prejudica tais direitos, servindo para os reforçar e, sobretudo, para confirmar a validade e vigência da norma jurídica violada, demonstrando que o crime não compensa.

O problema suscitado pelo acórdão só poderia, portanto, colocar-se se o Ministério Público estivesse a promover a perda de um determinado bem concreto (apreendido ou não) ou a integral reparação do dano, impedido assim a sua restituição em espécie ao lesado (*v.g.* a viatura subtraída ou o imóvel arrestado pelo Estado para garantir o cumprimento daquelas obrigações fiscais). Numa visão apressada das coisas, a perda prejudicaria então aqueles interesses. Mas, mesmo que fosse esse o caso concreto, importa todavia ainda afirmar que, afinal, bem vistas as coisas, nem aqui há um verdadeiro conflito. Quando está em causa uma coisa concreta (*v.g.* a arma alheia utilizada para cometer um facto ilícito típico ou a joia subtraída) pertencente à vítima, em vez do confisco opera a restituição (art. 186.º, n.º 1, do CPP). Declarar esses bens perdidos (exceto nos casos de má-fé) seria uma espécie de expropriação arbitrária, sem qualquer fundamento político criminal. O bem é do lesado e tem que lhe ser restituído. Já quando está em causa uma coisa concreta pertencente ao arguido, o seu confisco apenas poderá dificultar a compensação do ofendido (retirando-lhe os bens necessários à execução da sua pretensão) ou prejudicar aquele (obrigando-o a pagar duas vezes). Se o condenado não tiver ativos suficientes, o confisco agravará a sua situação de insolvência, tornando

⁵ Vervaele, John A.E., *Les sanctions de confiscation en droit penal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procedural) pénal néerlandais*, Rev.sc.crim. (1998), p. 39/40.

mais difícil a cobrança dos créditos da vítima; se o condenado tiver ativos suficientes, a cobrança dupla reduz de forma inadmissível o seu património.

De todo o modo, neste caso, como vimos, ópera em pleno o regime do artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal, pelo que o conflito é, apenas, meramente, teórico. Nem o Estado está impedido de confiscar os proventos do crime, nem o lesado vê a sua compensação dificultada, nem, tão pouco, o arguido pode ser constrangido a pagar duas vezes.

4.1. Justificar a rejeição da perda com a necessidade de evitar a proliferação de títulos executivos [art. 535.º, n.º 2, al.ª c), do CPC] subverte a política criminal definida pelo legislador, esquece as singularidades destes títulos e que esse problema é resolvido a montante, em sede de execução. O exequente não pode cobrar duas vezes a mesma quantia e, se o tentar fazer, deverá ser processualmente responsabilizado e o seu pedido indeferido. Na fórmula de Alberto dos Reis: «a eficácia do título executivo significa apenas isto ... pelo facto de ser portador legítimo do título o credor tem o direito de pôr em movimento a sanção executiva, isto é, de promover os atos necessários para que a execução atinja o seu fim. Mas a eficácia é meramente *processual* e não pode prevalecer sobre a eficácia *substancial* da relação jurídica subjacente, de sorte que se o executado demonstrar, no processo de oposição, que o direito de crédito, cuja existência o título faz supor, não existe na realidade, a eficácia do direito cai, é submergida e vencida pela supremacia da relação jurídica substancial»⁶.

É por isso mesmo, porque não pode ser executada duas vezes (sob pena de se modificar a natureza jurídica do confisco: em vez de colocar o arguido no *status* patrimonial anterior à prática do facto ilícito típico seria um mecanismo de redução do seu património lícito) que Jorge de Figueiredo Dias refere que, nesses casos, decretar o confisco poderá não ter utilidade. Da sua asserção não se pode, todavia, retirar que o confisco cessa quando existe um pedido de indemnização civil, mas apenas que «poucas serão as hipóteses em que a perda das vantagens poderá ser decretada utilmente»⁷. O que

⁶ *Processo de execução*, Coimbra, Coimbra Editora (1985), I, p. 119/20.

⁷ *Direito Penal Português ...*, p. 633.

não significa, por exemplo, que não tenha já relevância (teórica) ou que não possa vir a ganhá-la no futuro (v.g. porque o título executivo já existente prescreveu entretanto).

4.2. Argumentar que esta interpretação, garantindo a indemnização do lesado, torna desnecessária a dedução do pedido de indemnização civil, esquece que esse pedido continua a ser imprescindível à demonstração e quantificação do montante do dano. Sem essa determinação prévia (excetuando os casos de reparação oficiosa, previstos no artigo 82.º A do CPP ou de dedução do pedido em separado) será impossível fazer funcionar este mecanismo.

4.3. E não se diga também que, em face da posição da Administração Fiscal, o Ministério Público deverá abster-se de formular um pedido de indemnização civil, mas também qualquer outra pretensão confiscatória estadual. O parecer daquela seria soberano, quer num caso, quer no outro.

Nos termos do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, «são também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie». Por isso mesmo, num processo penal orientando pelo princípio da legalidade (art. 219.º da CRP), o Ministério Público deve promover e o juiz (reunidos os respetivos pressupostos legais, é claro) deve declarar perdidos a favor do Estado as vantagens decorrentes da prática do crime. O confisco ainda faz parte do *multiversum* que constitui o exercício do *ius puniendi* estadual, não havendo aqui nenhum poder de oportunidade (ou discricionariedade) na sua declaração. Tal como «quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão ...» (art. 131.º do CP) «são também perdidos a favor do Estado ... as coisas, direitos ou vantagens» (art. 111.º, n.º 2, do CP). Em ambos os casos, o legislador utiliza uma formulação imperativa, que, reunidos os demais pressupostos legais, deve desencadear a respetiva consequência legal.

Ao contrário do pedido de indemnização civil, o Ministério Público não goza, assim, de qualquer discricionariedade na promoção da perda dos instrumentos, produtos, recompensas e vantagens decorrentes da prática do crime. A posição da autoridade tributária é irrelevante. O Ministério Público age por direito próprio, exercendo o *ius puniendi* estadual no interesse *supra* individual da comunidade e não em representação de qualquer vítima, cuja posição subjetiva não merece tutela processual. Se o objeto do processo for indisponível também o confisco será indisponível.

4.3.1. Ainda que porventura assim não fosse, mesmo que o Ministério Público agisse, de facto, como mero representante da Administração Tributária, sempre se diria que as divergências entre representante e representado não deveriam ser do foro judicial. O juiz não se deve intrometer nas relações entre a parte e o seu mandatário, dispondo aquela dos mecanismos legais necessários para suprir qualquer conflito (art. 47.º do CPC). Se a Administração Tributária fosse representada por um advogado, o juiz também não ousaria imiscuir-se.

4.4. A tese do acórdão comentado põe, igualmente, em causa o princípio da suficiência do processo penal (art. 7.º do respetivo código), delegando no lesado (ou nos seus interesses, o que é mais grave) a resolução de uma questão penal. Não podemos aceitar que a declaração do confisco das vantagens da prática do crime deva ocorrer fora do processo penal, ainda para mais quando não há nenhuma garantia da futura atuação do lesado.

5. O confisco dos proventos do crime tem uma finalidade preventiva pelo que a omissão da sua declaração (a sua execução posterior já será outra coisa) frustra este propósito político-criminal e emite um sinal errado para a comunidade. É imprescindível que a sentença torne claro que o «crime não compensa». Se não for assim, se condenar o arguido mas permitir que ele mantenha incólumes as vantagens da prática do crime, estará a transmitir à comunidade um sinal contraditório e incompreensível. O *verdictum*

deverá, pelo menos, ter este valor declarativo insofismável, fazendo ver a toda a comunidade quais as consequências da prática de crimes. Apesar da eventual inutilidade prática, o mero valor pedagógico da decisão não é despreciando, não podendo ser esquecido.

Para além deste efeito preventivo, o confisco tem ainda «subjacente uma necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente. Um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas, mesmo que estas não correspondam a um dano de alguém em concreto»⁸. Como dizia Sidónio Rito «o crime nunca é título legítimo de aquisição»⁹ e a melhor forma de o demonstrar é um *verdictum* judicial.

Em ambos os casos, quer como mecanismo preventivo, quer como instrumento de profilaxia do enriquecimento ilícito, mais uma vez, está em causa o interesse público que não pode ser questionado pela simples possibilidade abstrata de prejudicar um interesse privado (que, afinal, como vimos, atento o regime consagrado no artigo 130.º, n.º 2, do Código Penal e a impossibilidade de executar duas vezes a mesma quantia, nem sequer existe).

6. É certo que durante décadas, apesar do ambicioso e pioneiro programa político-criminal consagrado nos artigos 111.º e 130.º do Código Penal, o Ministério Público não foi eficaz nesta matéria, consignando as vantagens da prática do crime na acusação e promovendo depois a sua perda. No entanto, décadas de inércia ainda não são suficientes para revogar uma lei. À medida que a importância da questão patrimonial vai crescendo no plano nacional e internacional será, pois, de esperar a alteração progressiva da *praxis* quotidiana¹⁰. No início (como agora acontece) esta prática poderá parecer bizarra ou estranha, a prazo, contudo, à medida que os operadores judiciais interiorizarem os

⁸ Ac. do TC n.º 392/2015, de 12 de agosto.

⁹ AA. VV., *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, 2, Lisboa, AAFDL, 1979, p. 200.

¹⁰ Alertando, justamente para a necessidade da alteração desta prática, cfr. Dias, Maria do Carmo Silva, *Enriquecimento ilícito/injustificado*, Revista Julgar (2016), 28, p. 312, nota 67.

mecanismos da recuperação de ativos, converter-se-á numa dimensão imprescindível da sentença penal. O crime não pode compensar e a sentença é o momento simbólico e ideal para o declarar.