

# «NON-CONVICTION BASED CONFISCATIONS» NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS VIGENTE: “QUEM TEM MEDO DO LOBO MAU?”

JOÃO CONDE CORREIA

**Resumo:** a ideia de confisco não baseado numa condenação (*actio in rem*) é proveniente dos sistemas da *common law* e, normalmente, considerada como incompatível com os sistemas da *civil law*. No entanto, mesmo assim, foi consagrada, entre nós, logo no Código Penal de 1982, desenvolveu-se com a reforma do Código Penal (operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) e consolidou-se com a criação de um regime de perda do património incongruente (artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). As recentes alterações mantiveram o paradigma, mas ainda não esgotaram as suas virtualidades.

**Palavras-chave:** *non conviction based confiscation*; perda; perda alargada; confisco; enriquecimento ilícito; *actio in rem*.

## 1. INTRODUÇÃO

Demonstrar que o crime não compensa, indemnizando o ofendido e privando o arguido das suas enormes vantagens, constitui uma das atuais preocupações jurídicas universais. Por toda a parte surgem novas propostas, mais ou menos audaciosas, dirigidas nesse sentido: o confisco tornou-se num instrumento jurídico (internacional e local) imprescindível para combater a criminalidade, que tem no lucro o seu principal móbil. Sem ele, dificilmente poderemos enfrentá-la: a motivação económica subjacente à generalidade dos crimes só pode ser contrariada com medidas antagónicas da mesma natureza. No sugestivo título de Hans Nelen, «*hit them where it hurts most*».

Entre essas propostas inovadoras, destacam-se diversos mecanismos, ambigualmente, denominados *non-conviction based confiscations*<sup>1</sup>. Apesar da novidade da designação e da repulsa instintiva que ela parece convocar nos

---

<sup>1</sup> Na definição das Recomendações do GAFI, de 2012, «*non-conviction based confiscation means confiscation through judicial procedures related to a criminal offence for which a criminal conviction is not required*».

sistemas da *civil law*<sup>2</sup>, onde o confisco está tradicionalmente associado a uma condenação penal, a verdade é que uma leitura atenta do nosso sistema jurídico revela que o direito nacional também contém, há muito, exemplos claros das referidas *non-conviction based confiscations*. A *law in books* portuguesa é muito mais generosa do que uma mera leitura superficial sugere e as perceções usuais revelam e, quando bem aplicada, permitirá resultados encorajadores. Utilizar todas as suas potencialidades sem preconceitos é, portanto, um primeiro imperativo ético jurídico.

Num segundo momento, importará, ainda, instigar o legislador português a cumprir todas as suas obrigações internacionais (*maxime* as constantes da Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) e a esgotar toda a extensa margem de disponibilidade constitucional que nesta matéria específica ainda existe. Só dessa forma, aliando uma *praxis* exaustiva a um legislador mais realista, poderemos recuperar e devolver à comunidade todos os proventos do crime, assim demonstrando que ele não compensa.

## 2. NON-CONVICTION BASED CONFISCATION

A expressão inglesa *non-conviction based confiscation*, porventura devido à sua relativa juventude, ainda não está bem solidificada, remetendo para um sentido plurívoco e pouco claro. A sua utilização quotidiana continua, por isso, a convocar um importante esforço interpretativo prévio. Embora geralmente seja, de imediato, associada à *civil recovery* originária dos sistemas da *common law*, a verdade é que ela abarca hoje, como veremos, uma realidade muito mais rica e multifacetada, que não se confunde com aquele restrito sentido original, carecendo de concretização urgente.

### 2.1. As origens das *non-conviction based confiscations*

As *non-conviction based confiscations* mergulham as suas raízes no antigo direito inglês<sup>3</sup>. Tradicionalmente, a perda baseava-se aí na ideia arcaica

---

<sup>2</sup> A aversão dos sistemas da *civil law* às soluções da *common law* parece, muitas vezes, radicar mais no desconhecimento e no preconceito do que numa reflexão profunda. Bem vistas as coisas, muitas vezes, essas soluções não são assim tão diferentes das nossas nem são, como aqui acontece, completamente desconhecidas. A miscigenação é recíproca: nos sistemas da *common law* há confisco baseado numa condenação e nos sistemas da *civil law* há, igualmente, confisco não baseado numa condenação.

<sup>3</sup> LEVY, Leonard W. *A License to steal The forfeiture of property*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill (1996), p. 7 e ss.; DOYLE, Charles, *Forfeiture, Conspiracy, Venue: Federal Crime Law*, Nova Science Publishers inc, New York (2011), p. 2; BLANCO CORDERO, Isidoro, «Recuperación de ativos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o

de que também os objetos inanimados podiam ser culpados do mal e, logo, confiscados. A censura comunitária que sobre eles recaia impunha a sua perda como *deo dandum* (*deodand*). «*Simply put, the theory has been that, if the object is “guilty”, it should be held forfeit. In the words of a medieval English writer, “where a man killeth another with the sword of John at Stile, the sword shall be forfeit as deodand and yet no default is in the owner”*»<sup>4</sup>.

Para além disso, este direito também já admitia o confisco no caso de crimes capitais (*felony*). Durante a idade média, quando a separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal ainda não era muito clara, o incumprimento das obrigações perante os senhores feudais (origem inicial do termo *felony*), determinava o confisco. Condutas como o homicídio, a violação, o incêndio ou o roubo eram então punidas com pena de morte e confisco de bens em benefício dos senhores feudais ou do próprio rei («*qui confisque le corps, confisque les biens*»).

Mais do que os *deodands* ou a *felony forfeiture*, as modernas *non-conviction based confiscations* foram, no entanto, influenciadas pela antiga possibilidade de confiscar barcos e mercadorias, constante do direito marítimo: esses velhos procedimentos *in rem* são mesmo o paradigma da moderna *civil forfeiture*<sup>5</sup>. Na generalidade dos casos de contrabando ou de pirataria, o responsável não estava presente, não era conhecido ou não podia, sequer, ser identificado, sendo necessário proceder contra os próprios navios ou as suas mercadorias: era a forma mais eficaz de lograr o confisco. O navio era tratado como arguido, como o instrumento ou a coisa suscetível de censura e merecedora do confisco. Os atos do capitão ou da tripulação, independentemente da culpa ou da inocência do proprietário, eram suficientes para o legitimar. Havia na própria coisa uma certa capacidade de culpa. «*A certain personality, a power of complicity and guilty in the wrong*»<sup>6</sup>.

---

extinción de domínio)», AA.VV. *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, Ubijus, Mexico (2012), p. 346 ou, na rica jurisprudência americana, por exemplo, o caso *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, de 15 de maio de 1974 (416 U.S. 663, 680 e ss.).

<sup>4</sup> *United States v. U.S. Coin & Currency* de 5 de abril de 1971 (401 U.S. 715, 719 e ss.). Para justificar esta teoria, era costume invocar a seguinte passagem da Bíblia: «se um boi ferir um homem ou mulher e lhe causar a morte, o boi será apedrejado, e ninguém comerá da sua carne; o dono do boi será absolvido» (Êxodo, 21, 28). Em sentido contrário, Leonard W. Levy (*A License to steal...*, p. 8 e ss.) defende, contudo, que os *deodands* não derivaram da Bíblia. O boi não era confiscado para ninguém, nem sequer para os familiares da vítima ou para alguma autoridade. O antigo pensamento grego, segundo o qual os objetos e os animais tinham personalidade, podiam ser processados e condenados, fornece, em seu entender, uma melhor explicação, que, todavia ainda assim, será deficiente.

<sup>5</sup> LEVY, Leonard W. *A License...*, p. 39; FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, «The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime», AA. VV. *Chasing Criminal Money*, Hart, Oxford (2017), p. 60 ou EDGEWORTH, Dee R. *Asset Forfeiture Practice and Procedure in State and Federal Courts*, Aba Publishing, Chicago (2008), p. 23/4.

<sup>6</sup> J.W. Goldsmith, Jr. — *Grant Co. v. United States*, de 17 de janeiro de 1921, 254 U.S. 510. Sobre esta possibilidade inicial de demandar os próprios barcos ou mercadorias e as suas consequências, cfr., igualmente, CASSELLA, Stefan D., «Civil Asset Recovery The American

Esta conveniente ficção jurídica foi-se depois, paulatinamente, desenvolvendo e consolidando, conquistando outros domínios, para além do limitado espaço inicial onde surgiu. Pouco a pouco, a possibilidade de demandar as próprias coisas (procedimento *in rem*), em vez de perseguir e punir os verdadeiros culpados (procedimento *in persona*), tornou-se numa ideia conatural ao sistema da *common law*, convertendo-se na pedra angular do seu atual regime de recuperação dos ativos provenientes da prática do crime. A condenação do autor do facto é, geralmente, irrelevante.

## 2.2. A importância crescente das *non-conviction based confiscations*

A partir da década de oitenta do século passado, face à emergência de uma nova realidade criminal, principalmente por força dos fóruns e das convenções internacionais, o mecanismo (*non-conviction based confiscations*) começou também a influenciar os sistemas da *civil law*<sup>7</sup>. Os instrumentos tradicionais do confisco começaram a ser vistos como insuficientes, sendo, frequentemente impossível (*maxime* por simples questões processuais) estabelecer a indispensável ligação entre os bens confiscáveis e o crime pregresso. Muitas vezes, não é sequer possível condenar o visado, soçobrando, também por isso mesmo, a desejável e mais do que justa perda. Em vez de se dirigir contra o arguido, o confisco começou, lentamente, a dirigir-se também contra as próprias coisas, deixando assim de ter natureza exclusivamente penal, para passar a ter também inquestionável natureza real (*actio in rem*): a condenação por uma qualquer atividade criminal anterior é, cada vez menos, uma exigência incondicional.

Três acontecimentos internacionais ilustram muito bem a utilização progressiva de mecanismos de confisco não baseados numa condenação. Em primeiro lugar, numa reunião dos Ministros da Justiça e da Administração Interna, realizada em Paris, em 5 de maio de 2003, o G-8 adotou um documento (*G8 Best Principles on tracing, freezing and confiscation of assets*) segundo o qual «*States are encouraged to examine the possibility to extend, to the extent consistent with the fundamental principles of their domestic law, confiscation by: permitting the forfeiture of property in the absence of a criminal conviction*»<sup>8</sup>.

Na mesma altura, em 31 de outubro de 2003, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Contra a Corrupção, segundo a qual, cada Estado Parte deverá, em conformidade com o seu direito interno, «considerar a adoção de medidas que se revelem necessárias para permitir a

---

Experience», AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 19 e ss.

<sup>7</sup> Para a superação do paradigma tradicional, cfr. CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, INCM, Lisboa (2012), p. 36 e ss.

<sup>8</sup> Princípio 26.º.

declaração de perda desses bens na ausência de sentença criminal quando contra o autor da infração não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados»<sup>9</sup>.

Finalmente, ainda no mesmo ano, as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) preconizavam, igualmente, que «[c]ountries may consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction, or which require an offender to demonstrate the lawful origin of the property alleged to be liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law»<sup>10</sup>.

Na União Europeia, a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (de 20 de novembro de 2008), denominada «Produto da Criminalidade Organizada: garantir que o “crime não compensa”» lançou o debate sobre a possibilidade de criar mecanismos de confisco «sem uma condenação prévia no âmbito de um processo penal», designadamente «quando há suspeita de que os bens são o produto de crimes graves, devido à sua desproporção em relação ao rendimento declarado do seu proprietário e ao facto de este ter contactos habituais com criminosos conhecidos. Neste caso devia ser possível recorrer a um tribunal civil (que pode ordenar o confisco de bens) com base no pressuposto, segundo um cálculo de probabilidades, de que esses bens podem provir de atividades criminosas. Nestes casos o ónus da prova é invertido e o presumível criminoso tem de provar a origem lícita dos ativos»; ou ainda «quando a pessoa suspeita de certos crimes graves tiver morrido, estiver em fuga desde há algum tempo ou não puder, por qualquer outra razão, ser objeto de um processo»<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Artigo 54.º, n.º 1, alínea c).

<sup>10</sup> Recomendação n.º 3 (atual recomendação n.º 4; na Recomendação n.º 38 sugere-se, depois, uma série de medidas ao nível da cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos). As 40 Recomendações do GAFI surgiram em 1990, com o propósito de combater a utilização dos sistemas financeiros para fins de branqueamento de capitais, tendo sido revistas, pela segunda vez, em 2003. Estas Recomendações foram aprovadas por mais de 180 países, sendo reconhecidas como verdadeiros padrões internacionais de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

<sup>11</sup> Cfr. os pontos 3.3.1., alíneas i) e ii), da referida comunicação [COM (2008) 766 final]. Na sequência deste debate (de que, como veremos, a Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril é o fruto mais visível) surgiram várias manifestações mais ou menos favoráveis à adoção destes mecanismos. É, desde logo, o caso das conclusões do Conselho da União Europeia (Justiça e Administração Interna) aprovadas em junho de 2010, que solicitaram à Comissão e aos Estados-Membros a consideração, com base em novos estudos, «de formas de reconhecimento e sistemas de confisco não baseados na condenação», bem como a execução, no âmbito do reconhecimento mútuo, dessas decisões (7769/3/10 REV 3 CRIMORG 64). É, também, o caso do Parecer do Comité das Regiões sobre o Pacote de Proteção da Economia Legal que (seguindo em sentido contrário) exprime reservas quanto ao confisco não baseado numa condenação, salientando, sobretudo, que não está contemplado na base jurídica utilizada e que fere as tradições jurídicas de alguns Estados-Membros e propõe soluções penais (detenção de bens «injustificados») para se chegar a um nível equivalente de eficácia (JO C 391, de 18 de dezembro de 2012, p. 136/7).

Neste contexto axiológico, não admira que a recente Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril (inspirada naquele artigo 54.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>12</sup>) também proponha, agora, que o confisco não baseado numa condenação deverá ser admissível «se não for possível a perda com base no n.º 1 (isto é, nos termos tradicionais), e pelo menos se tal impossibilidade resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido, os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo»<sup>13</sup>.

Logo na mesma altura, porventura insatisfeitos com as soluções consagradas na nova Diretiva, o Parlamento Europeu e o Conselho solicitam à Comissão que, «na primeira oportunidade e tendo em conta as diferentes tradições e sistemas jurídicos dos Estados-Membros, analise a viabilidade e as eventuais vantagens de introduzir novas regras comuns para o confisco de bens decorrentes de atividades de natureza criminosa, inclusive na falta de condenação de uma ou mais pessoas especificamente por essas atividades»<sup>14</sup>.

Fruto deste impulso exógeno decisivo, será provável que — num futuro próximo — as *non-conviction based confiscations* assumam também um lugar central no sistema europeu de recuperação de ativos<sup>15</sup>. A *civil law* será, paulatinamente, contaminada pela maior possibilidade de declarar a perda sem prévia condenação.

<sup>12</sup> Como, aliás, se reconhecia, expressamente, na exposição de motivos que antecedeu a proposta.

<sup>13</sup> Artigo 4.º, n.º 2; o interpolado é da nossa autoria. Revelando a sensibilidade do tema, a proposta inicial era mais ambiciosa na indicação de casos mínimos de confisco: «na sequência de um processo que, caso o suspeito tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação, quando: (a) o falecimento ou a doença do suspeito ou arguido impeça o prosseguimento da ação judicial: ou (b) a doença do suspeito ou arguido ou o facto de este se ter subtraído à ação penal ou à pena impeça o exercício efetivo da ação penal num prazo razoável, representando um risco grave de prescrição» (artigo 5.º). Mesmo assim, não previa a possibilidade de alargar aquelas regras mínimas a outros casos merecedores de igual tutela jurídica (como agora resulta da inserção da expressão «pelo menos»). Para uma primeira abordagem desta directiva, cfr. RUI, Jon Petter, «Non-conviction based confiscation in the European Union — an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European Parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union», *Era Forum* (2012), p. 349 e ss.; SIMONATO, Michele, «Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation a step forward on asset recovery?», *New Journal of European Criminal Law* (2015), 6, p. 213 e ss.; LELIEUR, Juliette, «Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union», *EuCLR* (2015), p. 279 e ss.; entre nós, CORREIA, João Conde, «Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente», *RCEJ* (2014), II, p. 83 e ss.

<sup>14</sup> Documento 7329/1/14 REV 1 ADD 1 do Conselho.

<sup>15</sup> A proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, apresentada em 21 de dezembro de 2016 {SWD(2016) 468 final}, é disso mesmo uma primeira manifestação.

### 3. TIPOS DE *NON-CONVICTION BASED CONFISCATIONS*

As *non-conviction based confiscations* não obedecem todas a um modelo único e uniforme, variando muito de sistema para sistema. Desde os procedimentos completamente autonomizados, de índole administrativa ou civil, até aos procedimentos inseridos no processo penal regista-se um amplo leque heterogéneo, de variações mais ou menos subtis. Em comum, entre todas elas, encontra-se apenas a circunstância de serem uma *non-conviction based confiscation*. O confisco sem condenação já não é uma característica exclusiva dos procedimentos totalmente desligados do processo penal.

Mesmo assim, apesar desta profunda diversidade teórica e prática, segundo uma tipologia difundida pela rede CARIN<sup>16</sup>, é possível encontrar quatro tipos teóricos de *non-conviction based confiscations*. É o caso da *civil recovery*, do confisco em casos de riqueza inexplicável, do confisco alargado e, até, de forma surpreendente, de certas hipóteses de confisco não baseado numa condenação no próprio processo penal.

#### 3.1. *Civil recovery*

Numa primeira análise, a expressão *non-conviction based confiscation* pode ser exclusivamente associada à *civil recovery*; *id est* uma *actio in rem* dirigida contra o património ilícito, com carácter civil ou mesmo administrativo<sup>17</sup>. Não se trata de um procedimento penal, focado contra uma qualquer pessoa concreta, mas de um processo completamente autónomo dirigido contra a *tainted property* (propriedade contaminada). Em causa está apenas a própria coisa confiscável (as vantagens ou os instrumentos provenientes do crime), como se ela fosse culpada, e não o seu titular, cuja culpabilidade é, aliás, irrelevante. É o caso da *civil forfeiture* norte americana (reformada pelo *Civil*

<sup>16</sup> A rede CARIN (*Camden Asset Recovery Interagency Network*) é uma rede internacional de contactos informais e de cooperação na área da recuperação de ativos.

<sup>17</sup> GREENBERG, Theodore S./SAMUEL, Linda M./GRANT, Wingate/GRAY, Larissa, *Stolen Asset Recovery A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*, The World Bank, Washington (2009), p. 13 e ss.; DOYLE, Charles, *Forfeiture...*, p. 2; BRUN, Jean-Pierre/GRAY, Larissa/SCOTT, Clive/STEPHENSON, Kevin M., *Asset Recovery Handbook A Guide for Practitioners*, The World Bank, Washington (2011), p. 103 e ss.; MAUGERI, Anna Maria, «I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato», *relazione per l'incontro di studio sul tema: I patrimoni illeciti: strumenti investigativi e processuali. Il coordinamento tra il processo penale e di prevenzione, organizzato dal C.S.M a Roma nei giorni 4-6 marzo 2009 in www.csm.it*», p. 98 e ss.; IDEM, «La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento», AA. VV. *Le misure patrimoniali antimafia*, Giuffrè, Milano (2010), p. 126 e ss.; BALSAMO, Antonio, «Il sistema delle misure patrimoniali antimafia tra dimensione internazionale e normativa interna», AA.VV. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano (2010), p. 27 e ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «Recuperación de ativos...», p. 346; ou, entre nós, SIMÕES, Euclides Dâmaso/TRINDADE, José Luís F., «Recuperação de ativos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)», *Julgar on line* (2009), p. 35 e ss.

*Asset Forfeiture Reform Act de 2000*) ou da *civil recovery* inglesa contida no *Proceeds of crime Act de 2002* (POCA) em que o confisco é independente do sucesso ou do insucesso da ação penal<sup>18</sup>.

Devido ao caráter civil ou administrativo da medida, a generalidade das garantias jurídico-constitucionais do processo penal (*v.g.*, *ne bis in idem*, *nemo tenetur se ipsum accusare*, *in dubio pro reo*, *nulla poena sine culpa*) não se aplica e o grau de certeza exigido para a decisão judicial condenatória é muito menor (*by preponderance of evidence*), tornando o confisco baseado numa *actio in rem*, mesmo sem os agressivos meios probatórios processuais penais, mas célere, simples e eficaz. O que o transforma num mecanismo muito utilizado, nomeadamente para penalizar pessoas contra as quais não é possível deduzir e, depois, sustentar uma acusação penal<sup>19</sup>. No fundo, segundo uma conceção clássica e ortodoxa, uma forma hábil de ultrapassar os constrangimentos do excesso de garantismo penal.

### 3.1.1. A *confisca di prevenzione italiana*

Difícil de enquadrar numa destas quatro tipologias teóricas é a *confisca di prevenzione italiana*, que tem algumas similitudes com a *civil forfeiture* dos sistemas da *common law*, mas, ainda assim, conserva traços próprios, que a transformam num caso singular no direito comparado europeu continental<sup>20</sup>.

Em vez de se virarem retrospectivamente para o passado, estas ações preventivas dirigem-se prospectivamente para o futuro. Já não está em causa apenas a justa repressão de um crime pretérito, mas a sua mera prevenção (*praeter delictum* ou *ante delictum*): o que importa é a «*incapacitazione patri-*

<sup>18</sup> Para o modelo Americano, cfr. por exemplo, CASSELLA, Stefan D., «Civil Asset Recovery...», p. 13 e ss.; DOYLE, Charles, *Forfeiture...*, p. 4 ou EDGEWORTH, Dee R. *Asset Forfeiture Practice ...*, p. 65 e ss.; para o sistema inglês, cfr., por todos, ALLDRIDGE, Peter, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Hart Publishing, Oxford (2003), p. 123 e ss. ou SMITH, Ian, «Civil Asset Recovery The English Experience», AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 31 e ss. O modelo vigora ainda em países como a Irlanda [KING, Colin, «Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau», AA. VV. *Chasing Criminal Money*, Hart, Oxford (2017), p. 77 e ss.; IDEM, «'Hitting Back' at Organized Crime: The Adoption of Civil Forfeiture in Ireland» AA.VV. *Dirty Assets*, Ashgate, Surrey, (2014), p. 141 e ss.] ou, já na Europa continental, a Bulgária [DZHEKOVA, Rositsa, «Civil Forfeiture of Criminal Assets in Bulgaria», AA.VV. *Dirty Assets*, Ashgate, Surrey, (2014), p. 91 e ss.].

<sup>19</sup> MAUGERI, Anna Maria, «La conformità dell'actio in rem...», p. 130. Stefan D Cassela defende por isso mesmo que em certos casos o mecanismo é imprescindível [«The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings», AA. VV. *Chasing Criminal Money*, Hart, Oxford (2017), p. 260].

<sup>20</sup> PANZAVOLTA, Michele/FOR, Roberto, «A Necessary Evil? The Italian "non-criminal system" of asset forfeiture», AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 113.

*moniale*» da criminalidade económica<sup>21</sup>. Uma estratégia efetiva de combate à máfia e a outras associações criminosas similares passa necessariamente pela perda dos proventos do crime<sup>22</sup>, considerados tão perigosos como os indivíduos que os detêm, admitindo-se, por isso, que o seu confisco opere sem necessidade de demonstração da sua ligação com um crime ou sequer de o pressupor. A simples perigosidade da própria coisa (*maxime* a possibilidade de corromper a economia legal e de gerar novos crimes) justifica, em certas circunstâncias, o mecanismo. Apesar de, na esmagadora generalidade dos casos, subsistir uma ligação entre a propriedade e um determinado suspeito ou pessoa perigosa, o confisco preventivo italiano já não é, assim, uma pura *actio in persona* aproximando-se claramente das *actiones in rem*, com quem partilha a maioria dos requisitos. Daí que acabem por ser normalmente associados à *civil recovery*.

### 3.2. *Non-conviction based confiscation* nos casos de riqueza inexplicável

Num segundo modelo teórico, as *non-conviction based confiscations* podem ser associadas aos procedimentos ablativos baseados na existência de um património inexplicável. Nestes casos, podem ser construídos procedimentos civis, administrativos (ou até penais) de comparação entre o património de uma pessoa concreta e os seus rendimentos lícitos. A comparação entre aqueles valores mostrará a desproporção do património e legitimará o seu confisco, porventura sem exigir sequer uma qualquer ligação com alguma atividade criminosa pregressa. Desta forma, o ónus da prova transfere-se para o visado, sendo os bens confiscados se ele não demonstrar a sua licitude.

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, adotada em Viena, em 19 de dezembro de 1988, é um dos exemplos mais paradigmáticos desta opção: «As Partes podem considerar a possibilidade de inverter o ónus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respetivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam»<sup>23</sup>.

Perseguindo os mesmos objetivos, a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, prevê que: «Cada uma das Partes adotará as medidas legis-

<sup>21</sup> MILONE, Sofia, «La natura della confisca di prevenzione all'esito delle recenti modifiche legislative: la difesa a oltranza del modello preventivo tra ragione di opportunità politico-criminale e rischio di mistificazioni», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (2015), p. 531.

<sup>22</sup> PANZAVOLTA, Michele/FLOR, Roberto, «A Necessary Evil...», p. 121.

<sup>23</sup> Artigo 5.º, n.º 7.

lativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno»<sup>24</sup>.

### 3.2.1. O crime de enriquecimento ilícito

Mais problemático do que a criação destes mecanismos civis ou administrativos de ablação do património incongruente será a criação de um crime de enriquecimento ilícito, muitas vezes proposto como remédio infalível para esta grave patologia.

Nos termos da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, «sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado Parte deverá considerar a adoção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infração penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo»<sup>25</sup>.

Na mesma linha, refletindo esta opção dogmática, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008, denominada «Produto da Criminalidade Organizada: garantir que o “crime não compensa”», também refere que «poderia ser introduzida uma nova infração penal por detenção “injustificada” de bens, a fim de se poder apreender o produtos de crimes nos casos em que esses bens sejam desproporcionados em relação do rendimento declarado do seu proprietário e este tenha contactos habituais com criminosos conhecidos»<sup>26</sup>. Quem dispuser de bens desproporcionados ao seu rendimento lícito deverá, assim, ser punido criminalmente. Desta forma, transferindo para o arguido o dever de demonstrar a licitude dos bens, pretende-se facilitar a prova e, sobretudo, impedir a acumulação de fortunas provenientes da prática de crimes. Embora não os consiga punir, o Estado evita a sua principal consequência (um incremento patrimonial inadmissível) e garante um ordenamento patrimonial conforme ao direito.

O legislador português já tentou, por duas vezes, concretizar esta possibilidade teórica. Em 2012, o parlamento aprovou o crime de «enriquecimento ilícito», punindo «quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, *adquirisse, possuísse* ou *detivesse* património, sem origem lícita determinada,

<sup>24</sup> Artigo 3.º, n.º 4.

<sup>25</sup> Artigo 20.º.

<sup>26</sup> 3. 3.2. [COM (2008) 766 final].

incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos»<sup>27</sup>. Mais recentemente, em 2015, a Assembleia da República criou um crime de «enriquecimento injustificado» que punia «quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, *adquirisse, possuísse ou detivesse* património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados»<sup>28</sup>.

Em ambas as situações, porém, a tentativa soçobrou no Tribunal Constitucional (TC). No primeiro caso, o Tribunal entendeu que o que se pretendia punir era «a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática de anteriores crimes»<sup>29</sup>. Por isso mesmo, uma vez que a finalidade da norma era punir «crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente», não havia um bem jurídico claramente definido. Para além disso, o tipo legal não permitia a identificação da ação ou omissão proibida, violando a exigência de determinação típica do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Finalmente, o Tribunal entendeu, ainda, que aquela norma violava o princípio constitucional da presunção de inocência.

No segundo caso, prosseguindo e aprofundando a mesma linha de raciocínio, o Tribunal considerou, igualmente, que a nova norma não cumpria «as exigências decorrentes do princípio constitucional da *lex certa*», que logo na formulação típica «se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), entendido na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal» e que era «impossível divisar qual *fosse* o bem jurídico digno de tutela penal que *justificava* a incriminação»<sup>30</sup>.

Estes dois arrestos demonstram bem as dificuldades constitucionais da construção. Ainda ninguém concebeu, entre nós, uma solução que não afronte a Lei Fundamental. As tentativas para configurar esta possibilidade teórica parecem estar destinadas ao fracasso ou a degradar o mecanismo a um mero instrumento de direito penal simbólico, sem qualquer valia prática<sup>31</sup>. Daí que

<sup>27</sup> Artigo 335.º-A do Código Penal (os tempos verbais em itálico foram, por nós, alterados), na redação do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República.

<sup>28</sup> Artigo 335.º-A do Código Penal (os tempos verbais em itálico foram, por nós, alterados), na redação do Decreto n.º 369/XII, da Assembleia da República.

<sup>29</sup> Acórdão n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012.

<sup>30</sup> Acórdão n.º 377/2015, 27 de julho de 2015 (as expressões em itálico foram, por nós, alteradas).

<sup>31</sup> Em vez de se centrar na discussão da via simbólica do crime de enriquecimento ilícito, o legislador deveria, no pensamento de José Francisco de Faria Costa [«Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado», *RLJ*, (2012), p. 253/4] e de Maria do Carmo Silva Dias [«Enriquecimento ilícito/injustificado», *Julgar* (2016), p. 281 e ss.], centrar-se na discussão da viabilidade do alargamento dos mecanismos de confisco, incluindo os mecanismos *in rem*: são mais eficazes e não suscitam as mesmas questões constitucionais. Na verdade, como bem refere Michele PANZAVOLTA, [«Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction?», *AA. VV. Chasing Criminal Money*, Hart, Oxford (2017), p. 48], a incriminação do enriquecimento ilícito é uma tentativa de introduzir um mecanismo semelhante

— estando ainda disponível a via alternativa do confisco — não se compreenda sequer a obstinação do legislador.

### 3.3. *Non-conviction based confiscation* mediante o alargamento do confisco

A terceira constelação típica das *non-conviction based confiscations* anda, paradoxalmente, associada ao processo penal, consistindo no confisco de bens presumível ou provavelmente provenientes de atividades criminosas semelhantes às ali censuradas. Não é, no entanto, necessário demonstrar a conexão entre os bens confiscados e um determinado crime concreto. A pretexto da condenação, alarga-se o confisco a outros bens, alheios àquela, sempre que, pelas circunstâncias do caso, seja provável ou possa presumir-se que eles resultam de condutas semelhantes.

É o caso paradigmático da *Erweiterter Verfall* alemã (§ 73 d do StGB, introduzido em 1992) ou da *confiscation* inglesa (*Drug Trafficking Act*, de 1994)<sup>32</sup>. O modelo alemão, que permite o confisco dos bens do autor ou do participante quando as circunstâncias indiquem que estes objetos foram obtidos a partir da prática de factos ilícitos ou se destinavam ao seu cometimento, foi objeto de duras críticas doutrinárias e de uma interpretação jurisprudencial

---

ao confisco, mas vai mais longe: criminaliza a pessoa pelo seu presuntivo perigo. Mais do que um comportamento está em causa um estado. A pessoa acaba por ser punida por não conseguir demonstrar a sua inocência, violando-se, assim, princípios constitucionais básicos, como o princípio da legalidade ou o princípio da presunção de inocência.

<sup>32</sup> Semelhantes são também o artigo 12-sexies do D.L. italiano n.º 306, de 8 de junho de 1992 («è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica») e o recente artigo 127.º, bis, do Código Penal espanhol [«el juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito» (n.º 1) e «A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida» (n.º 3)]. Uma decisão do Pleno do Tribunal Supremo espanhol, de 5 de outubro de 1998, já permitia esta solução em relação às condenações por crimes de tráfico de droga e branqueamento dos capitais daí provenientes: «el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio» [para esta e outra jurisprudência, cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El Patrimonio criminal*, Dykinson, Madrid (2001), p. 76].

restritiva pelo BGH, mas acabou por ser sancionado pelo BverfG, que confirmou a compatibilidade do *Erweiterter Verfall* com o princípio da culpa, com a presunção de inocência, com a garantia constitucional da propriedade privada e com o princípio da taxatividade<sup>33</sup>. Já o *Drug Trafficking Act* inglês presume que os bens possuídos pelo arguido depois da condenação, ou nos seis anos anteriores à instauração do processo, foram recebidos como pagamento ou recompensa do tráfico de droga e que as despesas suportadas nesse período foram pagas com fundos procedentes do mesmo.

### 3.4. *Non-conviction based confiscations* no processo criminal

O último tipo teórico de *non-conviction based confiscation* também tem lugar no coração do próprio processo penal. Embora isso possa, numa primeira aproximação, parecer uma espécie de heresia dogmática, a verdade é que também aí a absolvição do crime não obsta ao confisco dos seus instrumentos, produtos ou vantagens. Na paradigmática fórmula legal alemã, a perda tem lugar ainda que nenhuma pessoa possa ser processada ou condenada (§ 76a, do StGB: *Selbständig Anordnung*). São os casos em que o autor do crime é desconhecido ou não pode ser condenado por outras razões (v.g., procedimento está prescrito). O confisco dos ativos ainda é possível, mediante a descrição de um facto ilícito típico, a demonstração da sua ocorrência e da ligação entre ele e os ativos em causa de acordo com as regras penais<sup>34</sup>.

Outro exemplo desta realidade, já claramente influenciado pela Diretiva 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril, é o artigo 127.º *ter.* do Código Penal Espanhol: «1. *El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro*

<sup>33</sup> Cfr. as decisões do BGH, de 22 de novembro de 1994, de 1 de março de 1995 e de 10 de fevereiro de 1998 [BGHSt 40 (1995), p. 371, NJW (1995), p. 2235 e NSTZ (1998), p. 362, respetivamente] e, ainda, a decisão do VerfG, de 14 de janeiro de 2004 [NJW (2004), p. 2073]. Na doutrina, por todos, KEUSCH, Sven, *Probleme des Verfalls im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main (2005), p. 140 e ss. ou, em italiano, NUNZIATA, Massimo, *La Confisca nel Codice Penale Italiano Un'analisi critica per la riforma*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli (2010), p. 80 e ss.

<sup>34</sup> Para esta norma (que parece ser a origem do sistema português tal como foi gizado inicialmente por Eduardo Correia e depois desenvolvido por Jorge de Figueiredo Dias), cfr. ESSER, Robert, «A Civil Asset Recovery Model The German Perspective and European Human Rights» AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 75 e ss.  
*Application* n.º 695/05.

de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido»<sup>35</sup>.

### 3.5. O confisco do valor e de bens de terceiros

Fora destas quatro tipologias teóricas fica o confisco do valor (artigos 109.º, n.º 2, e 110.º, n.º 4, do Código Penal) e o confisco de bens de terceiros (artigo 111.º do Código Penal), que têm emergido como simples formas facilitadoras da ablação efetiva dos instrumentos, produtos, vantagens e recompensas do crime. A perda do valor limita-se a alargar o âmbito objetivo do confisco (se, por razões endógenas ou exógenas, não puder ser confiscada a própria coisa pode ser confiscado o seu valor); a perda de bens de terceiros limita-se a alargar o âmbito subjetivo do confisco (se, igualmente por razões endógenas ou exógenas, não puder ser confiscado o património do autor do facto ilícito típico pode ser confiscado o património de um terceiro)<sup>36</sup>. Os dois mecanismos são, pois, acessórios do instrumento processual inicial, assumindo a sua natureza *in persona* ou *in rem*. Pode, assim, haver confisco do valor ou de bens de terceiros baseado ou não baseado numa condenação. Não se trata de novos modelos de confisco, cuja verdadeira essência deva ser discutida, mas de um mero alargamento das tipologias já existentes, de quem são completamente dependentes.

## 4. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Com algumas exceções<sup>37</sup>, a generalidade destes mecanismos *in rem* tem recebido o beneplácito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Seguindo os critérios decantados desde o caso *Engel e outros contra a Holanda*, de 8

<sup>35</sup> Redação introduzida pela *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de março.

<sup>36</sup> Em sentido contrário, desprezando este carácter acessório, Michele PANZAVOLTA [«Confiscation...», p. 45] defende que mesmo a perda de bens de terceiros pode ser, de *per sí*, uma forma autónoma de confisco não baseado na condenação, uma vez que ele sofre uma consequência negativa sem sequer ter sido condenado.

<sup>37</sup> Entre as quais se destacam os casos: *Welch contra o Reino Unido*, de 9 de fevereiro de 1995 (*application* n.º 17440/90); *Geerings contra a Holanda*, de 1 de março de 2007 (*application* n.º 30810/03); *Sud Fondi SRL contra Itália*, de 20 de janeiro de 2009 (*application* n.º 75909/01) ou *Varvara* (igualmente) *contra Itália*, de 29 de outubro de 2013 [*application* n.º 17475/09]; sobre este caso e a polémica que ele provocou em Itália, cfr. MONGILLO, Vincenzo, «La confisca senza condanna nelle travagliata dialettica tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza», *Giurisprudenza Costituzionale*, (2015), p. 421 e ss. ou, entre nós, SANTOS, Hugo Luz dos, «O acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Varvara c. Itália* e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"», *Scientia Iuridica* (2014), 334, p. 85 e ss.].

de junho de 1976 (classificação da infração segundo a lei nacional; natureza da infração; natureza e severidade da pena arriscada<sup>38</sup>), o confisco civil não tem sido considerado como uma acusação em matéria penal para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso *Butler contra o Reino Unido*, de 27 de junho de 2002, onde o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos defendeu que o confisco tinha natureza preventiva, não podendo ser comparado com uma sanção criminal «*since it was designed to take out of circulation money which was presumed to be bound up with the international trade in illicit drugs*»<sup>39</sup>.

Ainda mais clara foi a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *Dassa Foundation e outros contra o Liechtenstein*, de 10 de julho de 2007, onde o tribunal concluiu «*that, given in particular the nature of forfeiture under Liechtenstein law which makes it comparable to a civil law restitution of unjustified enrichment, the orders of seizure made against the applicant foundations in view of a subsequent forfeiture of their assets did not amount to a “penalty” within the meaning of Article 7 § 1, second sentence, of the Convention*»<sup>40</sup>.

Finalmente, o mesmo raciocínio foi ainda utilizado no confisco preventivo italiano. Por exemplo, no caso *Arcuri e outros*, de 5 de julho de 2001, «*the Court reiterates that, according to the case-law of the Convention institutions, the preventive measures prescribed by the Italian Acts of 1956, 1965 and 1982, which do not involve a finding of guilt, but are designed to prevent the commission of offences, are not comparable to a criminal “sanction”*»<sup>41</sup>.

Em suma, o Tribunal de Estrasburgo reconhece, dentro de certos limites, é claro, a compatibilidade das medidas *in rem* com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, parecendo até, numa decisão recente, fazer a apologia destes mecanismos na luta contra o enriquecimento ilícito ao afirmar que «*in implementing such policies, respondent States must be given a wide margin of appreciation with regard to what constitutes the appropriate means of applying measures to control the use of property such as the confiscation of all types of proceeds of crime*»<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> *Applications* n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72.

<sup>39</sup> *Application* n.º 41661/98. No mesmo sentido cfr. o caso *Webb contra o Reino Unido*, de 10 de fevereiro de 2004 (*application* n.º 56054/00). Para a já rica jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no domínio da *civil confiscation*, cfr. BOUCHT, Johan, «Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Art. 6 (2) ECHR», AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 151 e ss..

<sup>40</sup> *Application* n.º 696/05.

<sup>41</sup> *Application* n.º 52024/99. Para um resumo da rica jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativa ao confisco preventivo italiano, cfr. PANZAVOLTA, Michele/FLOR, Roberto, «A Necessary Evil...», p. 142 e ss.

<sup>42</sup> *Caso Gogitidze e outros contra a Geórgia (application n.º 36862/05, § 108)*.

## 5. A EVOLUÇÃO DAS *NON-CONVICTION BASED CONFISCATIONS* NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

O processo penal português, antecipando em décadas a atual política criminal, contém, há muito, exemplos claros de *non-conviction based confiscations*. Na inequívoca letra do Código Penal de 1982, «a perda dos objetos *tinha* lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada *pudesse* ser criminalmente perseguida ou condenada»<sup>43</sup>. A condenação já não era uma *conditio sine qua non* do confisco: sendo considerada uma figura híbrida, que misturava funções preventivas com finalidades punitivas, a perda *tinha* lugar mesmo sem ela<sup>44</sup>. Por isso mesmo, de forma coerente, no caso de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, o Código de Processo Penal atribuía, depois, ao juiz de instrução criminal competência para declarar perdidos os objetos apreendidos [artigo 268.º, n.º 1, alínea e)].

A reforma do Código Penal (operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) consolidou este sistema precursor. Para além de afinar a distinção entre instrumentos, produtos, recompensas e vantagens, o legislador manteve aquela cláusula geral e, seguindo o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias, trocou o vocábulo crime pela expressão «facto ilícito típico». Desta forma, passou a ficar claro na letra da lei que também a perda das recompensas e das vantagens tem lugar ainda que não exista condenação por inimizabilidade do visado ou por falta de culpa<sup>45</sup>. A absolvição do arguido não precludia a perda.

Para a admissibilidade destes mecanismos, invocava-se que o confisco é, também neste caso, não uma pena acessória mas uma «providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança», reportando-se a perigosidade e a sua prevenção às coisas, enquanto vantagens ou recompensas do facto ilícito típico e não à pessoa do seu agente, sendo portanto a sua culpa irrelevante. Não estava em causa um mecanismo de censura *in personam* de uma qualquer conduta pregressa, mas a prevenção *in rem* de

<sup>43</sup> Os tempos verbais em itálico foram por nós alterados. Mesmo o velho Código Penal de 1886 já consagrava a perda como mera medida de polícia nos artigos 253, § 5 e 456, § 4 [sobre estas normas, cfr. FERREIRA, Cavaleiro, *Direito Penal Português*, Verbo, Lisboa (1982), II, p. 337] e considerava o confisco como um «efeito não penal da condenação» (artigo 75.º).

<sup>44</sup> Para o pensamento pioneiro de Eduardo Correia, cfr. as *Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Volumes I e II*, Associação Académica, Lisboa, p. 198, onde se refere que «há aqui, como de longe vem a ser evidenciado pela doutrina, uma mistura, em proporções difíceis de definir, de medida preventiva e de reação penal, a partir daí se compreendendo que a providência não esteja limitada, na sua aplicação, pelo facto de o arguido vir a ser efetivamente condenado».

<sup>45</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português As consequências jurídicas do crime*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa (1993), p. 635. Embora já resultassem do direito anterior, esta redação teve um intuito clarificativo, em consonância com a redação, entretanto, dada aos artigos 35.º e 36.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, que, embora seja anterior, tomou em devida consideração a reforma do Código Penal em curso, como se confessa logo no respetivo preâmbulo.

determinados perigos futuros, «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; e que, por isso mesmo, esta instauração se verifica com inteira independência de o agente ter ou não atuado com culpa»<sup>46</sup>.

Anos volvidos, refletindo os *inputs* do direito internacional (v.g., o artigo 5.º, n.º 7, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988), os exemplos entretanto colhidos no direito comparado (v.g., Itália, Alemanha, Reino Unido) e as crescentes exigências de política criminal, o legislador nacional criou um novo caso de *non-conviction based confiscation*, baseado na presunção da ilicitude do património incongruente (artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). Como então escrevia Damião da Cunha, «esta medida tem sempre uma dupla finalidade: por um lado, retrospectivamente, combater lucros (presuntivamente) ilícitos; por outro, prospectivamente, destruir a base económica de atividades ilícitas que, pela sua diversificação, poderiam servir de base à continuação da atividade criminosa»<sup>47</sup>. Trata-se, pois, mais uma vez, de uma medida sem carácter sancionatório associada ao processo penal. Embora o modelo teórico seja outro, também aqui se prescinde da condenação penal. Ela é apenas um pressuposto para desencadear este mecanismo.

A recente reforma do sistema nacional de recuperação de ativos<sup>48</sup>, alegadamente ditada pela necessidade de transpor o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril, introduziu-lhe, como já iremos ver, algumas alterações, no intuito de reforçar este generoso e coerente regime. No entanto, ainda assim, em ambos os casos (seja no Código Penal, seja na legislação penal avulsa) continuamos apenas a estar perante *non-conviction based confiscations* incorporadas na legislação penal, que são quotidianamente tratadas como procedimentos penais<sup>49</sup>, sem verdadeiramente se realizar que já estão em causa autênticos procedimentos *in rem*. A condenação não é sempre — insistimos — um pressuposto imprescindível da perda.

É certo que este audacioso e precoce programa de política criminal raramente foi, depois, concretizado. No entanto, isso deveu-se mais às insuficiências da *praxis* quotidiana do que às insuficiências da própria lei: a juris-

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal ...*, p. 638.

<sup>47</sup> «Perda de bens favor do Estado», AA.VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico Financeira*, Coimbra Editora, Coimbra (2004), p. 134.

<sup>48</sup> A nova lei aguarda promulgação e publicação, à data da elaboração do presente texto (abril de 2017), correspondendo à Proposta de Lei n.º 51/XIII — “Altera o regime de congelamento e de perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transpondo a Diretiva n.º 2014/42/EU”. O articulado conheceu a sua votação final global em 07.04.2017. A redação final foi aprovada em 26.04.2017. O procedimento legislativo encontra-se disponível em “<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40914>”.

<sup>49</sup> BRUN, Jean-Pierre/GRAY, Larissa/SCOTT, Clive/STEPHENSON, Kevin M., *Asset Recovery Handbook...*, p. 106.

prudência olhou para a norma com os olhos viciados do passado, sem perceber bem a rotura que, também aqui, o Código Penal de 1982 concretizou<sup>50</sup>.

### 5.1. O confisco não baseado numa condenação no Código Penal

O próprio Código Penal contém, portanto, como acabamos de ver, ao lado dos casos em que há condenação e, logo, não se suscitam grandes questões jurídico-dogmáticas, autênticos procedimentos *in rem* que, de forma alguma, procuram perseguir e sancionar um qualquer visado, limitando-se a permitir o confisco dos instrumentos, dos produtos, das vantagens e das recompensas da prática do crime mesmo sem a condenação daquele. Dizer que os procedimentos *in rem* são completamente alheios à *law in books* portuguesa é um velho mito que urge combater. A letra, a história e a teleologia da lei são inequívocas.

#### 5.1.1. A perda dos instrumentos do crime

A perda dos instrumentos do crime<sup>51</sup>, embora pouco significativa em termos dogmáticos, é o melhor exemplo da existência de *non-conviction based confiscations* no direito penal português: convocando a velha fórmula legal, que o legislador agora se limitou a completar especificando dois casos concretos, «o disposto no número anterior (isto é, o confisco) tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz»<sup>52</sup>.

Este regime legal, inquestionável atenta a mera letra da lei, justifica-se, seja porque os instrumentos crime são intrinsecamente proibidos exorbitando o comércio jurídico (armas, produtos estupefacientes, géneros alimentícios e aditivos alimentares anormais, pornografia, contrabando, etc.), seja porque apesar de serem legais, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, põem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública ou

<sup>50</sup> Assinalando essa alteração, na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça relativa a perda dos instrumentos e produtos do crime, destaca-se o acórdão para fixação de jurisprudência n.º 6/1995, de 19 de outubro, onde se refere, expressamente, que «o Código Penal de 1982 não pressupõe, ao contrário do Código Penal de 1886, a existência de uma sentença condenatória para poder ser declarada a perda dos objetos do crime, antes entendendo este termo como facto ilícito típico».

<sup>51</sup> Sobre este conceito, por todos, CORREIA, João Conde, *Da proibição...* p. 67 e ss.

<sup>52</sup> Artigo 109.º, n.º 2, do Código Penal; interpolado nosso. Regime legal que assume um valor central no direito penal nacional. Com efeito, para além dos casos em que está, expressamente, consagrando no direito penal extravagante (v.g. o artigo 35.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro), não podemos esquecer o efeito irradiante do próprio Código Penal, que se aplica, subsidiariamente, à restante legislação especial (artigo 8.º). Salvo disposição em contrário, este regime de confisco não baseado na condenação aplica-se, assim, a todo o direito penal português.

oferecem sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos (artigo 109.º, n.º 1, 2.ª parte). Em ambos os casos está, portanto, em causa uma medida sancionatória de natureza análoga à medida de segurança, que se dirige *in rem* contra a própria *res* e é alheia à punição do autor dos factos. O que se tenta evitar é a perigosidade da própria coisa e não a perigosidade da pessoa, justificando-se o confisco com a necessidade de prevenir aqueles perigos e riscos. A perda dos instrumentos do crime procura, apenas, prevenir a prática de crimes futuros, não tendo nenhum carácter de censura de condutas pretéritas, afigurando-se, assim, legítimo proceder à mesma sem a necessidade de prévia condenação<sup>53</sup>.

### 5.1.2. A perda dos produtos do crime

A mesma solução legal aplicava-se, desde o Código Penal de 1982, aos produtos do crime. Também aquilo que não existindo antes na ordem jurídica era produzido pelo facto ilícito típico podia ser declarado perdido, ainda que nenhuma pessoa determinada pudesse ser punida pela prática daquele facto (cfr. primeiro o artigo 107.º, n.º 2, e, depois, o artigo 109.º, n.º 2). O seu carácter intrinsecamente proibido ou os perigos que desencadeia impunham igual tratamento jurídico: uma medida sancionatória de natureza análoga à medida de segurança, destinada a inoculizar aqueles perigos futuros e não a punir qualquer conduta ilícita passada.

No entanto, em obediência à Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril (artigo 2.º, n.º 2), o legislador acabou de romper com a tradicional associação portuguesa entre *instrumenta* e *producta scele- ris*, passando antes a equipará-los às vantagens decorrentes da prática do crime e, logo, a subordinar a sua perda sem prévia condenação aos casos em que aquelas também podem ser confiscadas *in rem*<sup>54</sup>. Só quando houver confisco das vantagens poderá haver, igualmente, perda dos produtos. O regime legal é, agora, sufragando o amplo conceito internacional de *proceeds of crime*, igual em ambos os casos (artigo 110.º).

Com esta nova opção normativa, o legislador acaba por, no plano teórico, misturar duas realidades inconfundíveis e, no plano prático, alargar os casos em que os produtos podem ser declarados perdidos, pois já não é necessário comprovar a existência de um qualquer perigo ou risco futuro<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Para o modelo de confisco preventivo, de que o sistema italiano é o melhor exemplo, cfr. VOGEL, Joachim, «The legal construction that property can do harm», AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 230 e ss. ou RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, «Non-conviction-based confiscation in Europe», AA.VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 293.

<sup>54</sup> Para a necessidade dessas transformações, cfr. CORREIA, João Conde, «Reflexos ...», p. 90 e ss.

<sup>55</sup> Não podemos esquecer que o fundamento tradicional para a perda dos produtos do crime (na restrita conceção nacional; sobre ela, CORREIA, João Conde, *Do confisco...*, p. 67 e ss.)

### 5.2.3. A perda das vantagens do crime

A perda das vantagens, das recompensas (e, como acabamos de ver, dos produtos) constitui, assim, o segundo caso expresso de *non-conviction based confiscations* no Código Penal português. Convocando outra vez a própria letra da lei, a perda «tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz» (artigo 110.º, n.º 5). Desta forma, o legislador criou uma nova cláusula geral (antes só existente para os *instrumenta e producta sceleris*), congruente com a manutenção da expressão «facto ilício típico» em vez do vocábulo crime, e especificou, depois, também dois casos: a morte do agente e a declaração da sua contumácia.

A base dogmática para esta declaração de perda das vantagens sem prévia condenação, ao contrário dos instrumentos do crime, não consiste na sua perigosidade intrínseca ou latente. Ainda que se possa dizer que as vantagens podem subverter a economia legal, podem ser reinvestidas na prática de novos crimes e podem, mesmo, minar a «autonomia intencional do próprio Estado», a verdade é que, geralmente, os proventos do facto ilícito típico são branqueados e investidos em bens que, por si só, direta ou indiretamente, não desencadeiam qualquer perigo<sup>56</sup>. Tudo depende da utilização que lhes é dada. O fundamento para o seu confisco reside, pois, na ideia de que «o crime não compensa», consistindo num mecanismo destinado a prevenir e a remediar o enriquecimento ilícito<sup>57</sup>. A perda dos *proceeds* do crime procura apenas repor a situação patrimonial existente antes da sua prática (*suum cuique tribuere*), demonstrando que ele não é título legítimo de aquisição. Recuperar os ativos que, direta ou indiretamente, resultaram daquele, quer em proveito da vítima, quer em benefício do próprio Estado, não é uma pena. «*El comiso no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir la perturbación del orde-*

---

é a sua perigosidade intrínseca ou extrínseca e não uma ordenação dos bens conforme o direito (o que, aliás, justificava a impossibilidade de substituir a perda da própria coisa perigosa pela perda do seu valor). Em vez desse modelo preventivo, o legislador optou, agora, pelo modelo de restituição do património do visado ao *status* patrimonial anterior à prática do facto ilícito, que, no que respeita àquilo que é produzido pelo crime, nem sempre se justificará.

<sup>56</sup> Neste mesmo sentido, cfr. VOGEL, Joachim, «The legal construction...», p. 235. Para a análise dos efeitos corrosivos da criminalidade sobre a economia legal, cfr. BULLOCK, Karen/LISTER, Stuart, «Post-Conviction Confiscation of Assets in England and Wales: Rhetoric and Reality», AA.VV. *Dirty Assets*, Surrey, Ashgate (2014), p. 56 e ss., onde se defende que esses efeitos podem ser mais graves nos países em vias de desenvolvimento, onde o mercado é mais fraco e vulnerável a estas influências. Mesmo assim há boas razões para proceder ao confisco destes bens. Os proventos do crime dão uma vantagem injusta a quem beneficia deles e, seja como for, em maior ou menor grau, têm um efeito negativo sobre o mercado. Se um grande volume de proventos do crime entrar em circulação, a economia legal pode ser afetada. Em última análise, o próprio poder político e as instituições oficiais podem ser influenciadas (RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, «Non-conviction-based ...», p. 294).

<sup>57</sup> VOGEL, Joachim, «The legal construction...», p. 235.

*namiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista em el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado»<sup>58</sup>. Daí que se possa configurar a sua aplicação sem prévia condenação.*

Ao contrário dos instrumentos do crime (cuja ablação provoca, geralmente, uma diminuição do património lícito do arguido ou de terceiro), não está aqui em causa a prevenção de um qualquer risco, pelo que a perda não está subordinada à existência de perigo para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública ou à existência de sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos. O mero enriquecimento provocado, direta ou indiretamente pelo crime, é suficiente para desencadear o mecanismo.

#### **5.2.2.1. A morte do agente**

A morte do agente, elevada pelo legislador à categoria de caso específico de *non-conviction based confiscation* dos instrumentos, dos produtos, das vantagens e das recompensas (artigos 109.º, n.º 2, 110.º, n.º 5, 127.º, n.º 3, e 128.º, n.º 1), não resulta da necessidade de transpor a Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril, que apenas fala em doença ou fuga do suspeito ou arguido (artigo 4.º, n.º 2). Embora esse caso também constasse da proposta inicial do diploma apresentada pela Comissão Europeia, a verdade é que acabou por desaparecer durante o intenso processo de negociações que se seguiu. O fundamento internacional deste caso é, assim, apenas o artigo 54.º, n.º 1, alínea c), da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção<sup>59</sup>.

#### **5.2.2.2. A declaração de contumácia**

A declaração de contumácia é o segundo caso específico de *non-conviction based confiscation* dos instrumentos, dos produtos, das vantagens e das recompensas (artigos 109.º, n.º 2, 110.º, n.º 5, do Código Penal e 335.º, n.º 5, do Código de Processo Penal), resultando quer da necessidade de transpor a Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril (artigo 4.º, n.º 2), quer das obrigações decorrentes do artigo 54.º, n.º 1, alínea c), da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

<sup>58</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Recuperación de ativos...», p. 340/41.

<sup>59</sup> Um bom exemplo desta possibilidade é, já hoje, o artigo 133-1, do Código Penal francês modificado pela lei n.º 92-1336, de 16 de dezembro de 1992; na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cfr. os casos: *Silickienė contra a Lituânia*, de 10 de abril de 2012 (*application n.º 20496/02*), e *Rummi contra a Estónia*, de 15 de janeiro de 2015 (*application n.º 63362/09*).

### 5.3. A perda do património incongruente

O confisco do património incongruente, consagrado no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, apesar de seguir outro modelo teórico, é o terceiro exemplo de uma *non-conviction based confiscation* no direito processual penal português. Embora pressuponha uma condenação, «o que está em causa neste procedimento (...) não é já apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa. Daí que, quer a determinação do valor dessa incongruência, quer a eventual perda de bens daí decorrente, não se funde num concreto juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes, mas numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos. Em suma, a presunção de proveniência ilícita de determinados bens e a sua eventual perda em favor do Estado não é uma reação pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso. Trata-se, antes, de uma medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens»<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Acórdão do TC n.º 392/2015, de 12 de agosto. Na doutrina internacional, no mesmo sentido, cfr. PANZAVOLTA, Michele, «Confiscation...», p. 44. Apesar de normalmente designado como perda alargada ou ampliada, como se depreende desta decisão do Tribunal Constitucional, o nosso regime legal dificilmente poderá integrar esse modelo teórico. Embora a Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho de 24 de fevereiro de 2015 (relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime) ainda imputasse esta possibilidade nos «poderes alargados de declaração de perda», a verdade é que a Diretiva 2014/42/EU, procedendo a uma depuração conceitual parece querer afastar-se deste modelo [cfr. considerando 22 e artigo 6.º; sobre esta tentativa, que afinal não terá sido bem-sucedida, cfr. CORREIA, João Conde, «Reflexos ...», p. 98]. Na redação da própria Diretiva, «para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes» [considerando 19; para a mesma definição, na literatura jurídica, cfr. por exemplo, BOUCHT, Johan, «Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owner?», AA. VV. *Chasing Criminal Money*, Hart, Oxford (2017), p. 119]. Não é este, todavia, o sistema português [no mesmo sentido, recentemente, CUNHA, José M. Damião da, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, UCE, Porto (2017), p. 25], que — insistimos — está muito mais próximo dos sistemas de enriquecimento ilícito: ao contrário de uma desproporção em concreto (de um determinado bem, que não é congruente com os rendimentos lícitos, como acontece no sistema italiano), o que existe entre nós é uma desproporção em abstrato, que prescinde da demonstração de uma ligação, ainda que fluida, com uma qualquer carreira criminosa anterior.

#### 5.4. O confisco não baseado numa condenação decorrente de obrigações internacionais

Para além de todos estes casos *expressis verbis* admitidos pelo legislador nacional, por força das obrigações assumidas em vários areópagos internacionais, poderá, ainda, discutir-se se a justiça portuguesa deverá ou não executar uma *civil forfeiture* ou qualquer outra decisão não baseada numa condenação proferida aliunde, mesmo que não exista um mecanismo semelhante no sistema nacional<sup>61</sup>. Segundo a paradigmática Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, «as Partes cooperarão na mais ampla medida possível, nos termos do seu direito interno, com as Partes que solicitem a execução de medidas equivalentes à perda e que conduzam à privação da propriedade, mas que não constituam sanções penais, desde que tais medidas tenham sido ordenadas por uma autoridade judicial da Parte requerente, com referência a uma infração penal e na medida em que se constate que os bens constituem produtos ou bens referidos no artigo 5.º da presente Convenção»<sup>62</sup>. Por isso mesmo, uma vez que entre nós o confisco já não é necessariamente uma sanção criminal, torna-se difícil recusar a execução destas decisões (por exemplo, se estiver em causa o financiamento do terrorismo). As diferenças processuais entre os mecanismos interno e externo (presentes na generalidade dos casos de cooperação judiciária internacional atenta a diversidade dos sistemas) não são suficientes para a justificar. Tanto mais que, cumpridos certos requisitos (v.g., contraditório, reserva de juiz, legalidade da medida), não estará em causa nenhum princípio jurídico fundamental [artigo 28.º, n.º 1, alínea a), da referida Convenção]. Se assim for, se Portugal puder executar estas decisões externas, de forma indireta, mais algumas *non-conviction based confiscations* valerão entre nós<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Para o confisco no plano internacional, apesar de já estar algo desatualizado, cfr. por todos, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El decomiso transfronterizo de biens*, Colex, Madrid (2007).

<sup>62</sup> Artigo 23.º, n.º 5. Como se refere no § 165 do relatório explicativo, «*the drafters of this Convention included a new paragraph 5 in Article 23 to ensure that Parties cooperate, to the widest possible extent under their domestic law, for the execution of measures leading to confiscation, which are not criminal sanctions in so far as the measures are ordered by a judicial authority in relation to a criminal offence and that it was established that the property constitutes proceeds or other property in the meaning of Article 5. Therefore, the main difference between the 1990 Convention and this Convention on this particular issue, is that this Convention has made it clear in the body of the text of the treaty that cooperation concerning the execution of measures leading to confiscation, which are not criminal sanctions, has to be provided to the widest extent possible*». As mesmas obrigações internacionais poderão vir a decorrer de forma ainda mais acentuada (caso venha a ser aprovado) do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, cuja proposta inicial foi apresentada em 21 de dezembro de 2016 {SWD(2016) 468 final}.

<sup>63</sup> Apesar do elemento gramatical da anterior Convenção (Convenção de Estrasburgo de 1990) ser menos claro, por força da *mens legislatoris* a *chambre criminelle* da *Cour de Cassation*

## 6. A VERDADEIRA NATUREZA DOGMÁTICA DO CONFISCO NÃO BASEADO NA CONDENAÇÃO

A existência destes casos de *non-conviction based confiscation* no direito português vigente demonstra que o confisco não tem caráter sancionatório, assumindo-se antes, quer como um simples mecanismo preventivo análogo à medida de segurança (perda de instrumentos e de produtos), quer como um mero mecanismo civil enxertado no processo penal (confisco das vantagens, das recompensas e do património incongruente) de tutela de uma ordem patrimonial conforme ao direito. Como bem dizia Sidónio Rito, «o crime nunca é título legítimo de aquisição»<sup>64</sup>, sendo, pois, natural e legítimo que o Estado procure restabelecer a situação anterior, reduzindo essas vantagens a zero. O crime não pode compensar. *Commodum ex injuria sua non habere debet*.

Neste modelo de mera restauração de uma ordem patrimonial conforme ao direito, o confisco não é uma pena<sup>65</sup>. Em causa está, apenas, corrigir uma situação patrimonial ilícita, que não goza de tutela jurídica. O mecanismo dirige-se contra os próprios bens, sem um qualquer juízo de censura da ação ou omissão individual que lhes está subjacente. Se assim não for, quando por força das especificidades das concretas normas jurídicas aplicáveis, o confisco tiver afinal caráter punitivo<sup>66</sup>, será impossível decretá-lo sem prévia condenação, sob pena de violação de princípios jurídico-constitucionais básicos, como, por exemplo, a presunção de inocência.

Sendo assim, se geralmente o confisco não é uma pena, nem convoca a generalidade das garantias processuais penais, por que é que o legislador — em vez de optar por incriminações simbólicas e inúteis — não procede ao

---

confirmou a execução em território francês de uma *confisca di prevenzione* italiana [arrêt 5848, de 13 de novembro de 2003 (*Crisafulli-Friolo*)] que havia sido decretado *pela Cour d'Appel* de Aix-en-Provence em 19 de dezembro de 2002. Para o efeito invocou, para além do mais, que «*pour faire droit à cette demande, les juges du fond constatent que les conditions prévues pour cette exécution par la loi du 13 mai 1996, notamment en ses articles 12 à 14, sont réunies; qu'ils relèvent ainsi que la décision de confiscation est définitive et exécutoire et que le bien confisqué est susceptible de l'être dans des circonstances analogues selon la loi française, en ses articles 131-21 et 324-7 du Code pénal; qu'ils ajoutent enfin que l'exécution de la décision précitée ne peut porter atteinte à l'ordre public dès lors que la requête tend à la confiscation d'un immeuble acquis par le blanchiment de sommes issues d'une organisation criminelle*». Sobre este caso, por exemplo, MAUGERI, Anna Maria, «La conformità dell'actio...», p. 190 e ss.

<sup>64</sup> «*Atas das Sessões...*», p. 200.

<sup>65</sup> Para ter caráter sancionatório, o confisco teria que atingir o património lícito do arguido [neste sentido, CORREIA, João Conde, «A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a segurança pública», *RMP* (2016), 146, p. 64; RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, «Non-conviction-based...», p. 294; KEUSCH, Sven, *Probleme des...*, p. 45 e ss; contudo, defendendo que a discussão continua em aberto, PANZAVOLTA, Michele, «Confiscation ...», p. 44]. Em vez de o restituir ao estado patrimonial precedente teria que ir mais longe, provocando um efetivo empobrecimento, que vai para além do lucro líquido que ele obteve com a prática do facto.

<sup>66</sup> Por exemplo, o artigo 8.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro classifica o confisco como uma pena acessória; sobre este regime, cfr. CORREIA, João Conde, «A recuperação ...», p. 64.

seu alargamento em termos que sejam compatíveis com a Lei Fundamental<sup>67</sup>? À proibição jurídico-constitucional do confisco, ele deve, agora, contrapor o maior confisco que ainda seja admissível num Estado de direito. Não o fazendo, será caso para perguntar, afinal, “quem tem medo do lobo mau?”.

---

<sup>67</sup> Por exemplo, só a integral transposição da Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril, mediante a consagração de um verdadeiro caso de confisco alargado, baseado na probabilidade de proveniência de atividade criminosa dará verdadeiro adimplemento às obrigações internacionais do Estado português em matéria de perda alargada (sobre essa necessidade, CORREIA, João Conde «Reflexos ...», p. 96 e ss.); para além, é claro, de suprir uma lacuna sensível do sistema nacional de recuperação de ativos (v.g., os casos em que, apesar de serem provavelmente provenientes de atividade criminosa, os ativos são congruentes com os rendimentos lícitos do visado).