

## ACÓRDÃO N.º 392/2015

Processo n.º 665/15

2.ª Secção

Relator: Conselheiro João Cura Mariano

### Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

#### Relatório

A. foi condenado no Tribunal da Comarca de Braga, por acórdão proferido em 21 de novembro de 2014, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 23 de janeiro, na pena de 6 anos de prisão.

O mesmo acórdão julgou *“procedente o incidente de liquidação deduzido pelo Ministério Público contra este arguido, nos termos previstos nos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e, conseqüentemente, declarou perdido a favor do Estado o montante de € 4.454,25 – equivalente ao valor do património incongruente com o seu rendimento lícito – montante este que o mesmo arguido é condenado a pagar, mantendo-se o arresto de bens já decretados”*.

O Arguido recorreu desta decisão para o Tribunal da Relação de Guimarães que, por Acórdão proferido em 8 de junho de 2015, negou provimento ao recurso.

O Arguido recorreu desta decisão para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, b), da LTC, impugnando a *“interpretação que se extraia do disposto nos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, no sentido de impor a um cidadão o ónus de provar a origem lícita do seu património, invertendo o ónus da prova e da presunção de inocência, por se entender que é inconstitucional por violação dos princípios constitucionais constantes dos artigos 18.º e 32.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa”*.

Apresentou alegações que concluiu do seguinte modo:

1. O arguido invocou a inconstitucionalidade dos artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, por estabelecer uma inversão do ónus de prova e, assim, traduzir uma violação do direito ao silêncio e da presunção de inocência, tendo o Tribunal da Relação de Guimarães decidido pela sua improcedência.
2. A especificidade desta presunção que permite a declaração de perda de bens reside, essencialmente, no facto de se consagrarem regras de prova estranhas e mesmo contrárias às garantias do processo penal.
3. O legislador optou por romper com a nossa tradição jurídica, introduzindo uma presunção iuris tantum após a condenação por um dos crimes do catálogo previstos na Lei n.º 5/2002, defendendo que o património do arguido que se mostre incongruente com os seus rendimentos lícitos presume-se de proveniência ilícita.
4. Ao arguido cabe ilidir a presunção de que esse património não tem origem ilícita, criando a inversão do ónus da prova.
5. Ora, a questão do ónus da prova e da sua repartição é algo aparentemente estranho ao processo penal. O processo penal não está, como no processo civil, na disponibilidade das partes, não é um processo de partes onde vigora o dispositivo, contradição e busca pela verdade formal.
6. Não é, portanto, compreensível que no âmbito processual penal, a não prova de um determinado facto tenha como consequência imediata a prova do facto contrário.
7. O legislador optou por uma solução de confisco, que se funda numa presunção de proveniência do património incongruente, sendo esta, claramente, violadora dos direitos fundamentais dos arguidos, maxime do direito ao silêncio e do in dubio pro reo.
8. Mais: em processo penal, ou se produz prova convincente sobre a realidade de um facto ou a dúvida sobre tal realidade funciona em favor do arguido, o que não sucede nestes casos.
9. Como tal, ao estabelecer-se tal presunção, o direito à não autoincriminação resulta altamente comprimido, visto o arguido, quando confrontado com a liquidação, ter necessariamente que proferir declarações, as quais, pese embora de índole patrimonial, sempre lhe poderão ser desfavoráveis no contexto da questão principal.
10. De facto, o direito ao silêncio, um dos corolários mais importantes do princípio nemo tenetur consagrado implicitamente na Constituição da República Portuguesa, resulta **amplamente comprimido**, visto o arguido correr o risco de ser forçado a proferir declarações, as quais lhe poderão ser desfavoráveis no encadeamento da questão principal, para fugir ao confisco e ilidir a presunção prevista no n.º 1, do artigo 7.º do diploma em causa.
11. O fundamento constitucional do direito ao silêncio reside na estrutura acusatória do processo penal e nas garantias de defesa do arguido. Parece-nos, por isso, que a imposição ao arguido do dever de carrear prova colide com o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido constitucionalmente previstas, máxime no artigo 32.º, n.ºs 1 e 2 da Lei Fundamental.
12. Não nos parece coadunável com a estrutura acusatória do nosso processo penal que sobre o arguido impenda um ónus de prova tão excessivo, recaindo sobre ele a prova negativa, facilitando-se, assim, uma tarefa que incumbe tão-só ao órgão acusador.

13. É consabido que a génese do direito ao silêncio não assenta num intuito de beneficiar o arguido, antes decorrendo do aludido princípio do acusatório, que impõe à acusação o dever de provar os factos que lhe são imputados, facultando ao arguido um comportamento que, em última análise, poderá obstar a que se autoincrimine.

14. Como tal, a introdução de uma presunção *juris tantum* colide frontalmente com o direito ao silêncio e com o princípio constitucional da presunção de inocência do arguido, visto que o seu silêncio ou a sua inação se traduzirá na verificação da presunção, prejudicando-o e "forçando-o" a prestar declarações.

15. É, assim, de concluir-se pela inconstitucionalidade dos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, já que tal regime, ao inverter o ónus da prova em processo penal quanto à proveniência do património do arguido, viola claramente os princípios constantes dos artigos 18.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Nestes termos e nos melhores doutamente suprido, requer-se, muito respeitosamente, que V.<sup>a</sup> Ex.<sup>a</sup> se digne julgar inconstitucional por violação das garantias de processo penal consagradas nos artigos 18.º e 32.º, n.º 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, a interpretação que se extraia dos artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no sentido de estabelecer uma presunção que implica a consignação da inversão do ónus da prova ou da presunção de inocência quanto à proveniência do património do arguido, devendo, em consequência, admitir o recurso interposto pelo recorrente, só assim se fazendo JUSTIÇA!”.

O Ministério Público apresentou contra-alegações com as seguintes conclusões:

“1. A norma do artigo 7º da lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, enquanto estabelece que em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, não viola os artigos 18º e 32º, nºs 1 e 2 da Constituição, não sendo, por isso, inconstitucional.

2. Para além de o próprio tribunal dever apreciar, oficiosamente, a prova produzida para, em face da mesma, poder determinar com o máximo de rigor qual a concreta vantagem de atividade criminosa, naturalmente que, não sendo inconstitucional a presunção, o ónus de a ilidir – amplamente e podendo ser apresentadas todas as provas válidas em processo penal - impende sobre o arguido (artigo 9.º da lei nº 5/2002), não se vislumbrando, pois, qualquer violação Constituição.”

\*

## **Fundamentação**

O recorrente suscitou a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, interpretados *com o sentido de impor a um cidadão o ónus de provar a origem lícita do seu património*.

Conforme refere o Ministério Público nas suas contra-alegações esta dimensão normativa reporta-se ao regime probatório da factualidade subjacente à perda alargada de bens a favor do Estado, o qual

está previsto nos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 janeiro, regulando o artigo 8.º deste diploma e os n.º 4 e 5, do artigo 9.º, apenas a forma de liquidação do montante que deve ser perdido, pelo que deve considerar-se que o objeto do recurso corresponde ao que consta dos referidos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro.

Segundo o Recorrente, este regime ao consagrar uma presunção, inverte o ónus da prova quanto à proveniência do património do arguido, o que viola claramente os princípios constantes dos artigos 18.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa, designadamente a presunção de inocência, o direito ao silêncio do arguido em processo penal e a estrutura acusatória do processo penal.

Antes de mais, e para melhor apreciação desta questão de constitucionalidade, importa proceder a uma breve análise do regime normativo onde se inserem as normas questionadas, começando por ter em atenção o teor das mesmas.

O artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (inserido no Capítulo IV da aludida Lei, denominado «Perda de bens a favor do Estado»), sob a epígrafe «Perda de bens», dispõe o seguinte:

*«1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.*

*2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:*

*a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;*

*b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;*

*c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.*

*3 - Consideram-se sempre como vantagens de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.»*

Por sua vez, o artigo 9.º da referida Lei, sob a epígrafe «Prova», tem o seguinte teor:

*«1 - Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º*

*2 - Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal.*

*3 - A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens:*

*a) Resultam de rendimentos de atividade lícita;*

*b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;*

*c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.*

....»

Este regime legal enquadra-se na problemática mais geral da perda de coisas e direitos relacionados com a prática de um ilícito criminal, previsto, em termos gerais, no Capítulo IX do Código Penal, intitulado «*Perda de instrumentos, produtos e vantagens*», onde se encontra regulada a «*Perda de instrumentos ou produtos*» (artigos 109.º e 110.º) bem como a «*Perda de vantagens*» (artigo 111.º).

Neste regime normativo de âmbito geral prevê-se que os objetos que tenham servido ou que se destinassem a servir para a prática de factos ilícitos (instrumentos do crime), bem como os que forem produzidos em resultado de tais factos (produtos do crime), sejam declarados perdidos a favor do Estado, uma vez verificados determinados pressupostos (cfr. artigos 109.º e 110.º). Este tipo de medidas tem como fundamento razões de índole preventiva, visando impedir que tais instrumentos ou produtos possam ser utilizados para a prática de novos ilícitos ou que, atenta a sua perigosidade, possam colocar em causa a segurança das pessoas ou da ordem pública.

Prevê-se ainda a perda das vantagens decorrentes da prática de factos ilícitos (cfr. artigo 111.º do Código Penal), medida esta que tem como finalidade subtrair ao arguido (ou a terceiros) os proventos obtidos em resulta da prática de factos ilícitos típicos.

A doutrina tem apontado, como fundamento político-criminal deste regime de perda de vantagens, finalidades preventivas (quer de prevenção geral, quer de prevenção especial) considerando que, ao procurar colocar o arguido na situação patrimonial em que estaria se não tivesse praticado determinado ilícito, subtraindo as vantagens resultantes do mesmo, se visa demonstrar que «o crime não compensa», ideia que é reafirmada «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 aspeto deixe de caber o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (*prevenção geral positiva ou de prevenção*)» (Cfr., Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, Aequitas – Editorial Notícias, 1993, pág. 632). No entanto, além destas finalidades preventivas, a este regime também está 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.

Neste regime geral, a perda das vantagens pressupõe a demonstração de que as mesmas foram obtidas, direta ou indiretamente, como resultado da prática de um facto ilícito, ou seja, exige a prova, no processo, da existência de uma relação de conexão entre o facto ilícito criminal concreto e o correspondente proveito patrimonial obtido.

Procurando fazer face às novas exigências colocadas pelo combate à criminalidade organizada e económico-financeira, cada vez mais sofisticada e geradora de elevados proventos, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, introduziu no ordenamento jurídico nacional um regime de perda de vantagens resultantes da prática de determinados ilícitos que não exige a aludida demonstração. Com este regime, em caso de condenação por um dos crimes integrantes do catálogo previsto no seu artigo 1.º, aprecia-se a congruência entre o património do arguido e os seus rendimentos lícitos, sendo declarado perdido em favor do Estado o valor do património do arguido que seja excessivo em relação aos seus rendimentos lícitos, se o arguido não ilidir a presunção de que esse património excessivo resultou da atividade criminosa [cfr., em geral, sobre esta matéria, Augusto Silva Dias, «Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito», in 2.º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 23 a 47; João Conde Correia, «Da proibição do confisco à perda alargada», Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012; Jorge A. F. Godinho, «Brandos Costumes? O

confisco penal com base na inversão do ónus da prova», in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, págs. 1315-1363; Jorge Dias Duarte, «Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado», Revista do Ministério Público, Ano 23, Jan./Mar. 2002, n.º 89, págs. 141-154; José M. Damião da Cunha, «Perda de bens a favor do Estado», in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, CEJ, Coimbra Editora, 2004, págs. 121-164; Pedro Caeiro, «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, N.º 2, Abril-Junho 2011, págs. 267-321). Este propósito do legislador encontra-se expressamente assumido na exposição de motivos constante da Proposta de Lei n.º 94/VIII (que esteve na origem da referida Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro), onde se refere, a esse respeito, que *«(...) a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes [identificados no artigo 1.º], o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma atividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respetivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa atividade criminosa»*, acrescentando-se ainda que, com este regime, se prevê que *«(...) em caso de condenação por um dos crimes previstos no seu artigo 1.º, se aprecia a congruência entre o património do arguido e os seus rendimentos lícitos. O valor do património do arguido que seja excessivo em relação aos seus rendimentos cuja licitude fique provada no processo são declarados perdidos em favor do Estado»*.

No entanto, embora não se exija a prova da conexão entre o ilícito criminal e os respetivos proventos, o regime da perda de vantagens da atividade criminosa exige que se mostrem verificados alguns requisitos, conforme decorre, designadamente, dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Assim, em primeiro lugar, terá de haver condenação por um dos crimes previstos no artigo 1.º da referida Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (tráfico de estupefacientes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, peculato, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio de menores, tráfico de pessoas, contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda). Para além disso, terá de existir uma diferença entre o valor do património do arguido (integrado pelos bens enumerados nas alíneas a) a c), do n.º 2, do artigo 7.º) e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Existindo essa incongruência de valores, a lei presume que tal diferença constitui vantagem de uma atividade criminosa (sobre os requisitos necessários à aplicação desta medida, matéria sobre a qual não há unanimidade na doutrina, designadamente quanto à necessidade de demonstração da existência de uma atividade criminosa anterior, cfr. Augusto Silva Dias, ob. cit., págs. 44 e ss.; João Conde Correia, ob. cit., págs. 103 e ss.; José M. Damião da Cunha, ob. cit., págs. 124 e ss.; Pedro Caeiro, ob. cit., págs. 313 e ss.).

Para além destes requisitos de natureza material, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, fixa um conjunto de regras processuais a que deve obedecer este mecanismo de perda de vantagens da atividade criminosa.

Desde logo, a referida discrepância entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito terá de ser invocada pelo Ministério Público na acusação,

em que deverá fazer a liquidação do montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado ou, não sendo possível a liquidação no momento da acusação, a mesma poderá ainda ter lugar até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento (cfr. artigo 8.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro).

Esta liquidação é notificada ao arguido e ao seu defensor (cfr. artigo 8.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), podendo o arguido apresentar a sua defesa na contestação, se a liquidação tiver sido deduzida na acusação, ou no prazo de 20 dias a contar da notificação da liquidação, caso esta tenha sido posterior à acusação (cfr. artigo 9.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro).

Conjuntamente com a sua defesa, o arguido poderá oferecer a prova no sentido de demonstrar a origem lícita dos bens (cfr. artigo 9.º, n.º 5, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), de forma a ilidir a presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º, nos termos previstos nos n.ºs 1 a 3, do artigo 9.º, da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro. Para tal, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal (cfr. artigo 9.º, n.º 2, da Lei 5/2002 de 11 de janeiro, e 125.º do Código de Processo Penal), não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo.

E, no que respeita aos factos cuja prova permite ilidir a presunção, para além de poder provar que os bens resultam de rendimentos de atividade lícita, o arguido poderá, em alternativa, provar que os bens em causa estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos no referido período (cfr. artigo 9.º, n.º 3, als. a), b) e c) da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro).

Conforme decorre da referida exposição de motivos, a Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro e concretamente as medidas previstas no seu artigo 7.º, inserem-se numa tendência político-criminal atual que vai no sentido de demonstrar, quer ao condenado, quer à comunidade, que “o crime não compensa”, através de mecanismos destinados a impedir que o condenado pela prática de crime que lhe tenha permitido obter elevados proventos possa conservar no seu património as vantagens assim obtidas.

Esta tendência tem merecido a atenção no plano do direito internacional e europeu. Desde logo, na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91 (cfr., Diário da República I-A, n.º 205, de 06/09/1991).

As partes contratantes desta Convenção acordaram em adotar *«as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) De produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos; b) De estupefacientes, substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados, por qualquer forma, na prática das infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º»* (cfr. artigo 5.º, n.º 1 da Convenção), podendo, nos termos do n.º 7 deste artigo 5.º *«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»*.

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, concluída em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificada pelo Decreto do Presidente da

República n.º 19/2004 (cfr., Diário da República I-A, n.º 79, de 02/04/2004), cujo artigo 12.º, sob a epígrafe, «*Perda e apreensão*», estabelece no n.º 1 que «*Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir a perda: a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto; b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção*», acrescentando no n.º 7 que «*Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais*».

No que respeita ao espaço jurídico europeu, merece realce a Convenção Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, concluída em Estrasburgo, em 8 de novembro de 1990, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 70/97 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 73/97 (cfr., Diário da República I-A, n.º 287, de 13/12/1997).

Os Estados membros do Conselho da Europa e os restantes Estados signatários desta Convenção, considerando que a luta contra a criminalidade grave «*exige o emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional*» e «*Convencidos de que um desses métodos consiste em privar o delinquente dos produtos do crime*», entre outras medidas, constantes da aludida convenção, estabeleceram, no n.º 1 do artigo 2.º que «*Cada uma das Partes adota as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para lhe permitirem decretar a perda de instrumentos e produtos, ou bens cujo valor corresponda a esses produtos*».

Ainda neste mesmo sentido, a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, concluída em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, sob a epígrafe «*Medidas de Perda*», dispõe no n.º 1 do seu artigo 3.º que «*Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para poder decretar a perda de instrumentos, de bens branqueados e de produtos ou bens cujo valor corresponda a tais produtos*», acrescentando ainda no n.º 4 que «*Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas 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*».

Também no âmbito do ordenamento jurídico da União Europeia se podem encontrar alguns instrumentos que apontam no mesmo sentido, particularmente desde o Tratado de Amesterdão e do Conselho Europeu de Amesterdão, de 16 e 17 de junho de 1997, que adotou o primeiro Plano de Ação de luta contra a criminalidade organizada.

Assim, no âmbito da Estratégia da União Europeia para o início do novo milénio sobre a prevenção e controlo da criminalidade organizada, aprovada pelo Conselho (cfr., JO C 124, de 03.05.2000), foi assumida uma orientação política segundo a qual «*Deverá ser considerado prioritário privar a criminalidade organizada da sua principal motivação, ou seja, os produtos do crime*», reconhecendo-se ainda que «*Deverá ser considerada a possibilidade de tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ónus da prova, após a condenação do infrator por um crime grave, relativamente à origem dos bens por este detidos. Por força dessa atenuação, o condenado deverá provar que adquiriu os bens em causa de forma legal. Se tal não for feito a contento do tribunal, os bens poderão ser considerados produtos do crime e confiscados*».

Recomendou-se ainda, concretamente, que *«Deverá analisar-se a oportunidade de aprovar um instrumento que, tendo em conta as melhores práticas em vigor nos Estados-Membros e respeitando devidamente os princípios jurídicos fundamentais, preveja a possibilidade de, na legislação penal, civil ou fiscal, conforme o caso, tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ónus da prova no que se refere à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada por um crime relacionado com a criminalidade organizada».*

Posteriormente, e na mesma linha desta estratégia, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (cfr., JO L 182, de 05.07.2001), veio estabelecer, no seu artigo 3.º, sob a epígrafe *«Perda de valores»*, que *«Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que a sua legislação e procedimentos em matéria de perda dos produtos do crime permitam também, pelo menos nos casos em que esses produtos não possam ser apreendidos, confiscar os bens cujo valor corresponda ao dos produtos, tanto no quadro de procedimentos meramente internos, como de procedimentos instaurados a pedido de outro Estado-Membro, incluindo os pedidos de execução de ordens de perda emanadas do estrangeiro».*

Ainda no seguimento da aludida estratégia da União Europeia, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime (cfr., JO L 68, de 15.03.2005), depois de referir no considerando 1 que *«a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime»*, acrescenta, que *«[o] objetivo da presente decisão-quadro é o de assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras efetivas que regulem a perda dos produtos do crime, nomeadamente no que respeita ao ónus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada»* (considerando 10), ressalvando, no entanto, que *«[a] presente decisão-quadro não impede os Estados-Membros de aplicarem os seus princípios fundamentais sobre o direito a um processo equitativo, em particular a presunção de inocência, os direitos de propriedade, a liberdade de associação, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão noutros meios de comunicação social»* (considerando 11).

Estabelece-se no artigo 2.º, n.º 1, da aludida Decisão-Quadro que *«cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias que o habilitem a declarar perdidos, no todo ou em parte, os instrumentos e produtos de infrações penais puníveis com pena privativa da liberdade por período superior a um ano, ou bens de valor equivalente a esses produtos».*

Por sua vez, no n.º 1 do artigo 3.º estabelece-se que *«cada Estado-Membro adotará no mínimo as medidas necessárias que o habilitem a, nas circunstâncias referidas no n.º 2, declarar perdidos, total ou parcialmente, os bens de uma pessoa condenada»* por algum dos ilícitos aí previstos. E, relativamente a tais ilícitos, o n.º 2 determina que *«Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para permitir a perda ao abrigo do presente artigo, pelo menos:*

*a) Quando um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie; ou*

*b) Quando um tribunal nacional, com base em factos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa*

*condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 do presente artigo que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie; ou*

*c) Quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada.»*

Ainda sobre esta matéria, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, vem novamente reiterar *que «a principal motivação da criminalidade organizada é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime. Não basta assegurar meramente o reconhecimento mútuo, na União Europeia, de medidas jurídicas temporárias, como o congelamento e a apreensão; um controlo eficaz da criminalidade económica exige também o reconhecimento mútuo das decisões de perda dos produtos do crime»* (considerando 7), salientando, relativamente Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, que o objetivo da mesma *«(...) consiste em assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras eficazes aplicáveis à perda dos produtos do crime, nomeadamente no que se refere ao ónus da prova relativamente à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada»* (considerando 8).

Mais recentemente, a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime (cfr. JO L 127, de 29.04.2014), que entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação (cfr. artigo 15.º da Diretiva), veio estabelecer *«regras mínimas para o congelamento de bens tendo em vista a eventual perda subsequente e para a perda de produtos do crime»* (cfr. artigo 1.º), a adotar pelos Estados-Membros. Estes ficaram obrigados a proceder à transposição da aludida Diretiva, devendo colocar em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias ao seu cumprimento até 4 de outubro de 2015 (cfr. artigo 12.º, n.º 1). Para os Estados-Membros que a ela estão vinculados, a referida Diretiva veio substituir a Ação Comum 98/699/JAI, o artigo 1.º, alínea a), e os artigos 3.º e 4.º da Decisão-Quadro 2001/500/JAI, assim como o artigo 1.º, primeiro ao quarto travessões, e o artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI (cfr. artigo 14.º, n.º 1).

Concretamente no que diz respeito à «perda alargada», a Diretiva começa por referir, no considerando 19, o seguinte:

*«(...) 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. Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada». A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de exigências mínimas que os Estados-Membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados-Membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma mínima única.»*

E, no considerando 21, acrescenta:

*«Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso.»*

Assim, esta Diretiva, depois de, no artigo 3.º, delimitar o seu âmbito de aplicação, estabelecendo o elenco de infrações penais a que é aplicável, dispõe no n.º 1 do seu artigo 4.º que *«Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos instrumentos e produtos ou dos bens cujo valor corresponda a tais instrumentos ou produtos, sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de processo à revelia»* e, no que ora assume maior relevância, no n.º 1 do artigo 5.º, sob a epígrafe «Perda alargada», estabelece que *«Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.»*

Ou seja, este artigo 5.º impõe aos Estados-Membros a adoção de medidas no sentido de ser permitida a «perda alargada» dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, no caso de um tribunal concluir, com base nas circunstâncias do caso, que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. E, na ponderação das circunstâncias específicas do caso, um dos elementos que, segundo esta norma, poderá levar o tribunal a extrair esta conclusão é o facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos [sobre as implicações desta Diretiva no ordenamento jurídico português, cfr. João Conde Correia, «Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na união europeia) no direito português vigente», in Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014, II, p. 83 e ss).

Embora o prazo de transposição desta Directiva não se tenha esgotado, o Tribunal de Justiça já admitiu que as diretivas podem ter impacto no Direito nacional ainda antes de decorrido o prazo de implementação. No período que medeia entre a aprovação e o decurso do prazo de transposição, os Estados membros devem evitar adotar medidas que ponham seriamente em causa o resultado previsto pela diretiva (Ac. de 18/12/97, Inter-Environnement Walonie, proc. C-129/96, Col. 1997, p. I-7411; ac. de 23/4/2009, Kiriaki Angelidaki, procs. C-378 a 380/07, Col. 2009, p. I-3071).

Como resulta do acima transcrito, são frequentes nestes instrumentos normativos de direito internacional e de direito da União Europeia as referências à possibilidade de inversão do ónus da prova ou, pelo menos, de tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ónus da prova, no que se refere à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada por determinados crimes relacionados com a criminalidade organizada, com a ressalva de tal tipo de

medidas ser compatível com os princípios do seu direito interno e com a natureza dos seus procedimentos judiciais.

Seguindo a tendência espelhada nestes instrumentos jurídicos internacionais, vários ordenamentos nacionais têm também adotado diversas medidas legislativas tendo em vista a prossecução destes objetivos. No que ora particularmente interessa, importa realçar, no plano do direito comparado, algumas medidas destinadas a declarar a perda alargada (ou, para usar outra expressão que alguma doutrina entende ser mais rigorosa, o confisco alargado) de bens, com base numa presunção da origem ilícita dos mesmos (sobre alguns dos regimes de perda alargada de bens existentes no direito estrangeiro, cfr., *em especial*, Pedro Caeiro, ob. cit., págs. 277-289, e João Conde Correia, ob. cit., págs. 46 a 54; e ainda Augusto Silva Dias, ob. cit., págs. 38-39; Jorge Dias Duarte, ob. cit., págs. 147-151; e Jorge A. F. Godinho, ob. cit., págs. 1320-1327).

Em tais regimes jurídicos, por regra, para se proceder ao confisco alargado de bens, parte-se do pressuposto de que a condenação pela prática de certo tipo de crimes tipicamente geradores de elevados proventos, conjugada com a titularidade ou disponibilidade, por parte do condenado, de um património cuja origem não é explicável, fazem razoavelmente supor que tal património resulta da atividade criminosa do condenado. O funcionamento deste tipo de presunção opera, nalguns casos, conjuntamente com uma inversão do ónus da prova, incumbindo ao condenado provar a origem lícita dos bens em causa, fazendo-se depender, em alguns sistemas, o funcionamento da aludida presunção de um conjunto de pressupostos, como sejam, a necessidade de a acusação identificar o património, a sua desproporção com os rendimentos de origem lícita ou mesmo a sua conexão com uma qualquer carreira ou atividade criminosa.

Assim, no direito espanhol, o artigo 127.º, n.º 1, do Código Penal, após as alterações introduzidas pela *Ley Orgánica 5/2010*, de 22 de junho, estabelece que o tribunal deve ampliar o âmbito da perda de bens às vantagens provenientes de “atividades criminosas” cometidas no quadro de uma organização criminosa ou terrorista, ou de um crime de terrorismo, entendendo-se para tal que provém da atividade criminosa o património de todas e cada uma das pessoas condenadas por delitos cometidos no seio da organização ou grupo criminoso ou terrorista, ou por crime de terrorismo, cujo valor seja desproporcionado em relação aos rendimentos obtidos de forma lícita por cada uma das ditas pessoas. Ou seja, neste regime legal, havendo uma condenação por crimes cometidos no quadro de uma organização criminosa ou terrorista, ou por crimes de terrorismo, caso se prove ainda, na primeira hipótese, a existência de uma atividade criminosa no seio dessa organização, a lei presume a conexão entre a referida atividade criminosa e a desproporção patrimonial.

Mais recentemente, este artigo 127.º foi sujeito a profundas alterações através da *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de março, tendo este regime sido substituído por um regime aplicável a um catálogo mais alargado de crimes e sujeito a diferentes pressupostos de aplicação (cfr. artigo 127-*bis.*, em vigor a partir 1 de julho de 2015).

De acordo com este novo regime, o tribunal deve ampliar o âmbito da perda aos bens e rendimentos pertencentes a uma pessoa condenada por certo tipo de crimes (entre os quais, tráfico de seres humanos, crimes relativos à prostituição, à exploração sexual e corrupção de menores e de abusos e agressões sexuais a menores de dezasseis anos, crimes contra a propriedade intelectual ou industrial, branqueamento de capitais, crimes contra a Fazenda Pública e a Segurança Social, crimes contra os direitos de cidadãos estrangeiros, crimes de falsificação de moeda, crimes de terrorismo, crimes cometidos no seio de uma organização ou grupo criminoso, etc.), quando considere, a partir de indícios objetivos fundados, que tais bens ou rendimentos são provenientes de uma atividade criminosa e não se comprove a sua origem lícita.

A lei considera ser de valorar, para este efeito, entre outros, os seguintes indícios: a desproporção entre o valor dos bens e pertences do património em questão e os rendimentos de origem lícita da pessoa condenada e a ocultação da titularidade ou de qualquer poder de disposição sobre os bens ou pertences mediante a utilização interposta de pessoas físicas ou jurídicas ou entes sem personalidade jurídica, ou paraísos fiscais ou territórios sem tributação que ocultem ou dificultem a determinação da verdadeira titularidade dos bens.

No direito Francês, no artigo 131-21 do Código Penal francês (na redação dada pela Lei n.º 2013-1117, de 6 de dezembro de 2013), prevê-se a perda de bens (*confiscation*) como pena complementar, nos casos previstos na lei e para os crimes punidos com pena de prisão superior a um ano (com exceção dos crimes de imprensa). Este “confisco” abrange não só os bens móveis e imóveis que tenham servido ou estivessem destinados a servir para o cometimento do crime e que sejam propriedade do agente ou se encontrem na sua disponibilidade, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé, bem como os bens que constituem o objeto ou o produto, direto ou indireto, da infração, à exceção daqueles que possam ser restituídos à vítima. No entanto, tratando-se de uma infração punível com pena não inferior a 5 anos de prisão, que tenha proporcionado lucro direto ou indireto, o confisco é alargado, abrangendo também os bens que pertençam ao condenado ou de que ele tenha a livre disposição, quando nem o condenado, nem o proprietário consigam justificar a origem de tais bens.

Em Itália, para além da perda de bens prevista no artigo 204.º do Código Penal (que, tal como no regime português, pressupõe a condenação pela prática de determinado crime e a prova da ligação entre o crime e as vantagens), o artigo 12-*quinquies* da Lei 356/92, incriminava a posse injustificada de bens cujo valor fosse desproporcionado aos rendimentos dos arguidos em relação a certos crimes. Esta norma do artigo 12.º veio a ser declarada inconstitucional por decisão do Tribunal Constitucional Italiano, de 17 de fevereiro de 1994. No seguimento de tal decisão, foi aprovado pelo legislador o artigo 12.º-*sexies*, no qual se prevê o confisco de bens cujo valor seja desproporcionado e injustificado que se encontrem na titularidade ou posse de pessoas condenadas por determinados crimes.

Na Alemanha, a perda alargada (*erweiterte Verfall*) foi introduzida no § 73d do Código Penal (StGB) em 1992, prevendo-se que, no caso de ser praticado um ilícito criminal cuja norma expressamente remeta para este regime de perda alargada, o tribunal ordena a perda dos bens que estejam na titularidade ou na posse do autor ou participante, quando as circunstâncias justifiquem a suposição de que estes foram obtidos através ou para a prática de outros factos ilícitos-típicos. O Supremo Tribunal federal alemão (BGH, 4 StR 516/94, de 22 de novembro de 1994) veio a pronunciar-se no sentido da conformidade constitucional deste regime normativo com os princípios da culpa e da presunção de inocência, ressaltando, no entanto, que tal medida só pode ser decretada caso o tribunal se encontre convencido, em resultado de exaustiva produção e valoração da prova, que o arguido adquiriu os bens através de factos ilícitos típicos, pelo que a dúvida razoável quanto à proveniência dos bens impedirá o seu confisco.

No Reino Unido, de acordo com regime mais recente, previsto no *Proceeds of Crime Act*, de 2002, a perda de vantagens da atividade criminosa pode verificar-se através de um confisco de natureza penal (*criminal confiscation*) ou “civil” (*civil recovery*). Na primeira hipótese, o tribunal determina se o condenado tem um modo de vida criminoso (*criminal lifestyle*), o qual pode resultar de um de três fatores, a provar pela acusação: a condenação dizer respeito à prática de certos crimes (entre os quais, tráfico de estupefacientes, branqueamento de capitais, tráfico de pessoas ou de armas, direção de grupo terrorista, lenocínio, extorsão); o crime inserir-se numa sequência de atividade criminosa (o que exige que o agente tenha tirado do crime por que foi condenado benefício não inferior a 5.000 £ e que tenha sido condenado, no mesmo processo, por, pelo menos, três crimes de que tenha

tirado idêntico benefício ou, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado, pelo menos, em duas ocasiões, por um crime de que tenha tirado idêntico benefício); ou o crime ter sido cometido durante, pelo menos, seis meses e o condenado ter tirado dele um benefício não inferior a 5.000 £.

Caso conclua pela existência de um modo de vida criminoso, o Tribunal determina, com recurso a presunções, o benefício obtido pelo condenado: presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos 6 anos anteriores ao início do processo e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento anterior à sentença condenatória, constituem resultado da sua atividade criminosa geral (“*general criminal activity*”), presumindo-se ainda que todas as despesas efetuadas no referido período temporal foram realizadas com bens da mesma proveniência. Estas presunções podem ser ilididas pelo condenado mediante a prova de que certo bem ou rendimento é de origem lícita (podendo também o tribunal afastá-las quando conclua que a sua aplicação produz um risco sério de injustiça).

Já o confisco administrativo é um procedimento *in rem*, que tem por objeto os bens obtidos através de atividade criminosa, de valor superior a 10.000 £ ou os bens que se sub-rogam no lugar deles, sendo entendimento de alguma jurisprudência que as autoridades não têm de alegar e provar o cometimento de um crime determinado, devendo no entanto alegar e provar, “*on the balance of probabilities*”, que os bens procedem de factos que integram certo género ou géneros de crimes (fraude, roubo, etc.), mesmo que estes tenham sido praticados por pessoa diferente daquela que é a atual titular do bem, havendo divergência na jurisprudência sobre a questão de saber se, para prova da origem criminosa dos bens, basta a prova de que o respetivo titular não tem rendimentos lícitos que expliquem o seu modo de vida.

Para além deste regime, vigora ainda no Reino Unido, o *Drug Trafficking Act*, de 1994, nos termos do qual se 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.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Phillips contra o Reino Unido*, em que estava em causa uma situação na qual, por força do referido *Drug Trafficking Act* de 1994, se presumia que os bens detidos pelo arguido no momento da condenação ou nos seis anos anteriores eram provenientes da prática de crimes, mais concretamente, do crime de tráfico de estupefacientes, por acórdão proferido em 5 de julho de 2001 (acessível em <http://www.echr.coe.int/echr/>), entendeu que a aludida presunção não violava o direito ao processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, uma vez que no caso mostravam-se assegurados os direitos de defesa, nomeadamente um processo judicial com audiência pública, notificação prévia do seu objeto e possibilidade de produção de provas documentais e orais, com vista ao afastamento da presunção. Referiu-se também que o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, onde se consagra a presunção de inocência do arguido em processo penal, sendo relativo à culpabilidade, não era aplicável ao procedimento previsto pelo *Drug Trafficking Act* de 1994 (sobre este Acórdão, cfr., Augusto Silva Dias, ob. cit., pp. 42; e Pedro Caetano, ob. cit., pág. 319, Jorge Godinho, ob. cit. pág. 1352 e seg. e Henriques Gaspar, em “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (direito penal e processual penal) 2001”, na RPCC, Ano 12, (2002), pág. 291).

No caso dos autos, recorde-se, o Recorrente sustenta que a presunção estabelecida nos artigos 7.º e 9.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, viola os princípios que presidem ao processo penal da presunção de inocência e do direito ao silêncio do arguido, assim como a própria estrutura acusatória do processo penal, consagrados no artigo 32.º da Constituição.

O Tribunal Constitucional já foi chamado a pronunciar-se sobre questão idêntica, mais concretamente, sobre a conformidade constitucional da *norma constante do n.º 1, do artigo 7.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ao estabelecer que, no caso de condenação pelo crime de lenocínio, para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito*, tendo-se pronunciado pela sua não inconstitucionalidade no Acórdão n.º 101/2015 (acessível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Nos autos em questão, a aí Recorrente também havia sustentado ser inconstitucional a referida norma, por entender que a referida «presunção» implica a «*consignação da inversão do ónus da prova ou da presunção de inocência*», em violação das garantias de processo criminal que são consagradas no artigo 32.º da Constituição, tendo o Tribunal Constitucional entendido não lhe assistir razão, com a seguinte fundamentação:

«Na verdade, *in casu*, a «presunção» contida no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 *apenas opera após a condenação*, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Além do mais, trata-se de uma presunção ilidível, como são todas as presunções legais exceto quando o legislador disponha em contrário (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). O princípio de que parte o legislador ao estabelecê-la – princípio cuja não verificação o recorrente sempre poderia ter demonstrado – é o de que ocorreu no caso um ganho ilegítimo, proveniente da atividade criminosa, compreensivelmente reportada ao rendimento do condenado que exceda o montante do seu rendimento lícito.»

Conforme decorre do referido Acórdão n.º 101/2015, é importante para a apreciação da conformidade constitucional deste tipo de medidas de perda alargada de bens, designadamente, para saber se as mesmas ofendem o princípio da presunção da inocência nas suas diversas dimensões, ter em atenção a sua natureza, matéria sobre a qual a doutrina está longe de ter uma posição unânime.

Assim, Augusto Silva Dias (cfr., ob. cit., págs. 38-40) entende que o confisco de bens, assim concebido, isto é, um regime de confisco ampliado, assente estruturalmente numa presunção e numa inversão do ónus da prova, nos termos previstos pela Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro, cumpre finalidades político-criminais idênticas à da perda de bens e vantagens relacionadas com a prática do crime: reforçar na consciência coletiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o património obtido de forma criminosa organizada seja utilizado para cometer novos crimes ou para ser “investido” na economia legal. Entende este autor que este confisco tem, assim, uma natureza eminentemente penal, constituindo um efeito patrimonial, não automático, da pena.

Damião da Cunha (ob. cit., pág. 134), por seu turno, entende que se trata de uma medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança (uma sanção suspeita, condicionada à prova de um crime), tratando-se, no fundo, de uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal.

Neste mesmo sentido Pedro Caeiro (ob. cit., págs. 308 a 311) afasta as hipóteses de esta medida ser uma pena («porque não é limitada por considerações de culpa»), uma reação análoga a uma medida de segurança (porque lhe «falta a determinação de um pressuposto essencial das medidas de segurança, qual seja, o *concreto* perigo de as vantagens possuídas pelo condenado servirem para a prática de futuros crimes»), uma sanção penal *sui generis*, de natureza idêntica à da perda clássica ou um efeito da pena, e acaba por concluir que a mesma não «pode constituir reação penal alguma, por uma razão singela mas decisiva: a sua *causa* não é um *facto* (típico, ilícito e culposos) *punível*, mas sim um *património incongruente* acoplado a indícios da prática de certos crimes (a “atividade criminosa”)». Sustenta, por isso, este autor, acompanhando o entendimento de Damião da Cunha,

que se trata de uma medida (mas não uma sanção) «de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal».

Também Conde Correia (ob. cit., pág. 116) afasta a hipótese desta medida ter uma natureza penal.

Jorge A. F. Godinho (cfr., ob. cit., pág. 1349), por sua vez, realçando que a natureza jurídica do confisco de bens previsto na Lei n.º 5/2002 não parece fácil de determinar, uma vez que, por um lado, pressupõe a culpa do agente em relação a um dos crimes do «catálogo», a verdade é que tal é apenas o facto de que o legislador faz depender a aplicabilidade do regime, afigurando-se, por isso, duvidosa a sua qualificação como uma pena, uma vez que na sua aplicação não relevam quaisquer considerações relativas à culpa. Assim, partindo do entendimento de Figueiredo Dias, que considera o confisco de vantagens do crime constante do Código Penal «como uma reação penal análoga a uma medida de segurança» (conceção que assenta no dado político-criminal de que o confisco deve ser decretado independentemente da culpa ou da imputabilidade do agente, dependendo apenas da verificação de um ilícito-típico que gera vantagens), este autor sustenta que a especificidade do confisco «alargado» reside no facto de que o ilícito-típico a que se dirige não carece de ser provado. A posse de bens de origem injustificada por parte de pessoas condenadas pela prática de certos crimes é uma conduta suscetível de desencadear a aplicação de uma reação penal, sendo o confisco do valor injustificado a reação aplicável; a reação incide apenas sobre o aspeto patrimonial, prescindindo-se da aplicação de uma pena privativa da liberdade.

Tendo presente este debate doutrinal, importa realçar que o estabelecimento da presunção legal cuja constitucionalidade é sindicada nos presentes autos não tem em vista a imputação ao arguido da prática de qualquer crime e o conseqüente sancionamento, mas sim privá-lo de um património, por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente, assim se restaurando a ordem patrimonial segundo o direito, o que situa a questão em plano diverso do que foi objeto de análise nos Acórdãos 179/12 e 377/15 deste Tribunal (acessíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

É certo que a aplicação da medida de perda a favor do Estado, a par deste objetivo, tem uma finalidade de prevenção criminal, evitando que se crie a ideia que o crime compensa, assim como a sua aplicação tem como pressuposto necessário a condenação por um dos crimes do catálogo previsto no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro. Contudo, conforme já salientou este Tribunal no referido Acórdão n.º 101/2015, só com esta condenação pela prática de um dos aludidos crimes é que opera a presunção prevista no artigo 7.º, n.º 1, da mesma Lei, sendo que, no incidente de liquidação, a que se refere o artigo 8.º desta Lei, já não está em causa o apuramento de qualquer responsabilidade penal do arguido, mas tão só a determinação de uma eventual incongruência entre o valor do património do arguido e os seus rendimentos de proveniência lícita, incongruência essa que, uma vez demonstrada de acordo com determinados pressupostos, tem como consequência ser declarado perdido a favor do Estado o valor do património do arguido que se apure ser excessivo em relação aos aludidos rendimentos, caso o arguido não ilida aquela presunção de causalidade.

A imputação de um crime de catálogo funciona aqui apenas como pressuposto indiciador que poderão ter-se verificado ganhos patrimoniais de origem ilícita, o que justifica, na ótica do legislador, que, no mesmo processo em que se apure a prática desse crime e, eventualmente se conclua pela respetiva condenação, se averigue a existência desses ganhos, em procedimento enxertado no processo penal, de modo a poder determinar-se a sua perda (sobre as vantagens e desvantagens deste procedimento ocorrer enxertado no processo penal onde se apura a prática do crime que é pressuposto da aplicação da medida de perda de bens, vide Pedro Caeiro, ob. cit, pág. 311-313, Jorge Godinho, pág. 1360, e Damião da Cunha, pág. 159-160).

Embora enxertado naquele processo penal, o que está em causa neste procedimento, repete-se, 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 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens.

Tendo em conta o aqui exposto, nesse procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido, invocadas pelo Recorrente.

Já no que respeita ao procedimento criminal pela prática dos factos integradores de algum dos crimes referidos no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro, o arguido beneficia de todas as garantias de defesa em processo penal, não havendo qualquer alteração às regras da prova ou qualquer outra especificidade resultante do regime de perda de bens previsto na aludida Lei. Significa isto que, no caso de haver condenação pela prática de tal crime, embora a presunção de inocência tenha sido tida em atenção no respetivo procedimento criminal que manteve a sua estrutura acusatória, a mesma veio a ser afastada pela prova produzida (e daí a condenação). Acresce ainda que, na hipótese de tal condenação não chegar a transitar em julgado e vier a ser revogada, faltarão um dos pressupostos para a perda de bens. Em suma, só haverá perda de bens em favor do Estado desde que exista condenação do arguido, transitada em julgado, por um dos crimes referidos no artigo 1.º do diploma.

Ora, no regime previsto nas normas questionadas nos presentes autos que regulam o incidente de perda de bens enxertado no processo penal, a necessidade de o arguido carrear para o processo a prova de que a eventual incongruência do seu património tem uma justificação, demonstrando que os rendimentos que deram origem a tal património têm uma origem lícita, não coloca em causa a presunção de inocência que o mesmo beneficia quanto ao cometimento do crime que lhe é imputado naquele processo, nem de qualquer outro de onde possa ter resultado o enriquecimento. E também não inviabiliza o direito ao silêncio ao arguido, não se vislumbrando em que medida da demonstração da origem lícita de determinados rendimentos possa resultar uma autoincriminação relativamente ao ilícito penal que lhe é imputado nesse processo, e muito menos um desvio à estrutura acusatória do processo penal. Não se descortina, pois, que exista um perigo real daquela presunção, que opera num incidente de perda de bens tramitado no processo penal respeitante ao crime cuja condenação é pressuposto da aplicação desta medida, contaminar a produção de prova relativa à prática desse crime.

Por estas razões se conclui que a presunção legal estabelecida nos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal.

Mas, embora o legislador disponha de uma ampla margem de liberdade na concreta modelação de um determinado procedimento, não está autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

Admitindo-se que o legislador não podia ser indiferente à evidência de que o nexo causal que é objeto da presunção legal questionada oferece grandes dificuldade de prova, o que é generalizadamente reconhecido, a criação de uma presunção legal de conexão não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado. As presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte, dentro dos limites do justo e do adequado, enquanto a tutela da parte “prejudicada” pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada.

As normas *sub iudicio* correspondem a estas exigências, revelando-se que o legislador teve o cuidado de prevenir que, sendo mais difícil ao arguido provar a licitude de rendimentos obtidos num período muito anterior ao do processo, a prova da licitude dos rendimentos pode ser substituída pela prova de que os bens em causa estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos no referido período (cfr. artigo 9.º, n.º 3, als. a), b) e c) da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro). Esta limitação temporal faz com que a prova necessária para que possa ser ilidida a presunção se torne menos onerosa.

Acresce ainda que, no plano processual, o regime de perda de bens previsto na Lei n.º 5/2002, embora assente numa condenação pela prática de determinado ilícito criminal (integrante do catálogo previsto no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002), está sujeito a um procedimento próprio, enxertado no procedimento criminal pela prática de algum dos aludidos crimes, no qual o legislador não deixou de ter em atenção diversas garantias processuais. Desde logo, como vimos, o montante apurado como devendo ser declarado perdido em favor do Estado deve constar de um ato de liquidação, integrante da acusação ou de ato posterior, onde se indicará em que se traduz a desconformidade entre o património do arguido e o que seria congruente com o seu rendimento lícito. Este ato de liquidação é notificado ao arguido e ao seu defensor, podendo o arguido apresentar a sua defesa, nos termos já referidos, assegurando-se, assim, um adequado exercício do contraditório, sendo que, conforme se referiu, para ilidir a presunção, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo, além de que o próprio tribunal deverá ter em atenção toda a prova existente no processo, donde possa resultar ilidida a presunção estabelecida no artigo 7.º, n.º 1, da Lei 5/2002 de 11 de janeiro (artigo 9.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Face ao exposto, é de concluir que as normas sindicadas não violam os princípios constitucionais do processo penal invocados pelo Recorrente, nem se vislumbra que viole qualquer outro parâmetro constitucional, pelo que, também nesta parte, deverá ser negado provimento ao recurso.

## **Decisão**

Nestes termos, decide-se:

a) Não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro;

e, conseqüentemente,

b) julgar improcedente o recurso interposto para o Tribunal Constitucional por A., do acórdão do Tribunal da Relação Guimarães proferido nestes autos em 8 de junho de 2015.

\*

Custas pelo Recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 25 unidades de conta, ponderados os critérios referidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 12 de agosto de 2015 - *João Cura Mariano - Ana Guerra Martins - Pedro Machete - Fernando Vaz Ventura - Joaquim de Sousa Ribeiro*