

ACÓRDÃO N.º 498/2019

Processo n.º 457/18

3.ª Secção

Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, em que é recorrente A. e recorrido o Ministério Público, o primeiro veio interpor recurso de constitucionalidade ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (LTC), da decisão daquele Tribunal datada de 25 de janeiro de 2018, que manteve a decisão da 1.ª instância de o condenar na pena de 5 (cinco) anos de prisão efetiva pela prática, em coautoria material, de um crime de tráfico de estupefacientes agravado – p. e p. pelo disposto nos artigos 21.º, n.º 1, e 24.º, alínea c) (obtenção ou intenção de obter avultada compensação remuneratória), do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, por referência à Tabela I-C anexa ao mesmo diploma) –, bem como de declarar a perda alargada de bens seus no valor de € 138.139,16, ao abrigo do regime previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

2. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de janeiro de 2018 apresenta, para o que aqui releva, a seguinte fundamentação:

«(...)

Invoca o recorrente A., ainda, a inconstitucionalidade material dos art.ºs. 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, pois que invertem o ónus da prova, violam os P.ºs da presunção de inocência, do direito ao silêncio, do acusatório e da proporcionalidade.

Segundo o mesmo, não é concebível que, no âmbito do direito penal, a não prova de um facto tenha como consequência direta e necessária a prova do facto contrário, sendo que daí também advém para o arguido um ónus de prova excessivo, ao ter que provar a existência de um facto negativo.

Por outro lado, relativamente ao invocado “P.º da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso”, diz que não é justificável conceber-se o chamado “património incongruente” por um período de cinco anos anterior ao da constituição de arguido.

Ora, relativamente à arguida inconstitucionalidade, pese embora se compreendam as razões do recorrente, o certo é que o tribunal constitucional tem-se vindo a pronunciar, de modo uniforme, sobre a constitucionalidade dos dispositivos em causa, do que são exemplo os acórdãos citados pelo Ministério Público na sua “resposta” ao recurso, os quais aqui se dão por reproduzidos e cuja doutrina também se sufraga.

Relativamente à suposta violação do invocado P.º da proporcionalidade, por o “património incongruente” poder compreender os cinco anos anteriores à constituição como arguido, não se reconhece ao recorrente a pretendida razão.

Desde logo, haver-se-á de estar perante a condenação pela prática de um dos crimes previstos no art.º 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, situação que se verifica nos autos.

Por outro lado, o património do arguido referido no art.º 7.º, n.º 2, da referida Lei, compreendendo o conjunto de todos os bens que estão ou estiveram na posse do mesmo nos últimos cinco anos à data da sua constituição como arguido, tem na fixação deste prazo, também, uma forma de defesa do mesmo, ao

estabelecer um limite máximo para além do qual a proveniência do património já não poderá ser questionada.

Depois, declarado perdido a favor do Estado apenas será aquele património cuja proveniência não seja congruente com o rendimento lícito do arguido, o que resulta da diferença entre este e o valor global do seu património.

Finalmente, o Ministério Público, aquando da liquidação do pedido de perda alargada de bens, não deixa de levar em conta, para além de outras circunstâncias, a data da prática do crime e aquelas que são as prováveis vantagens económicas dele diretamente advindas para o arguido. Esse juízo de prognose impõe-se-lhe.

Por isso, se, como alega o recorrente, o arguido, v.g., apenas inicia a prática de crimes um mês antes de ser constituído como arguido, obviamente que o Ministério Público, enquanto arauto da verdade e da justiça, consciente desse facto, não vai fazer uma liquidação que possa comprometer todo o património anteriormente adquirido de uma forma lícita!

Finalmente, tem o arguido à sua disposição todos os meios de prova válidos em processo penal para ilidir a presunção prevista no art.º 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, pelo que a defesa dos seus direitos, designadamente de natureza patrimonial, está totalmente garantida, não se vendo em que medida possa estar mais onerada a prova da proveniência lícita de bens.

Como diz o nosso povo, “quem não deve não teme”!

Assim sendo, não se reconhece a existência da inconstitucionalidade arguida.»

3. O arguido interpôs então recurso para este Tribunal, invocando a inconstitucionalidade «*das normas constantes dos i) do art.º 7.º e 9.º da lei 5/2002; ii) e n.º 4 e 3 do art.º 412.º do CPP*», o que fez, no essencial, nos termos que seguem:

«(...)

Tais normas [os artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002] afiguram-se-nos como materialmente inconstitucionais, por estabelecer uma inversão do ónus de prova e, assim, traduzir uma violação do direito ao silêncio e da presunção de inocência.

6 Com efeito, tendo o arguido recorrente, que provar a proveniência lícita de tal património- "património incongruente" - e presumindo-se que aquela constitui vantagem obtida pela prática do crime pelo qual foi condenado, a exigência da prova da proveniência lícita do mesmo sob pena de lhe ser aplicado uma sanção- **o confisco do património incongruente** liquidado (que se afigura como consequência jurídica do crime, e não como mera consequência jurídico-civil), imponha que fosse o MP a provar tal proveniência ilícita e não o ora arguido, já que essa inversão do ónus da prova, baseada na existência de uma presunção *iruisis tantum*, é de per se violadora do princípio da presunção de inocência insito no art.º 2.º do art.º 30 da CRP e das garantias penais, designadamente do direito ao silêncio, já que, perante o estabelecimento de tal presunção, necessariamente incute-se no arguido, a necessidade, de adotar uma conduta processual, que necessariamente, irá desembocar, na necessidade do mesmo explicar a origem de tais rendimentos- o que sendo matéria que poderá estar intimamente conexcionada com o apuramento de eventuais factos que lhe são imputados pela acusação pública, acabe, por haver transmissibilidade dessa prova, podendo inclusivamente, redundar numa degradação do seu direito a não autoincriminação.

7. Não é aceitável, que no âmbito do direito sancionatório criminal, que a não prova de um determinado facto tenha como consequência imediata a prova do facto contrário.

8. A opção legislativa materializada em letra de lei, assente numa solução de confisco, que se funda numa presunção de proveniência do património incongruente, revela-se claramente, violadora dos direitos e garantias fundamentais do arguidos designadamente do direito ao silêncio e do princípio do *in dubio pro reo*, já que em processo penal, ou o MP é capaz de produz prova coerente sobre a realidade de um facto, ou a existência de dúvida sobre tal realidade nunca resultará em desfavor do arguido, o que não sucede nestes casos, com a aplicação de tais normas cuja inconstitucionalidade material ora se invoca.

9. Por outro lado, tais normas não se afiguram conformes 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 exclusivamente o titular da ação penal.

10. 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.

11. Pelo que se requer que seja julgada, e por conseguinte desaplicada, por inconstitucional, designadamente por violação das garantias de processo penal consagradas nos artigos 18.º e 32.º, n.º 1 e 2 e n.º 5, 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, e bem assim a violação do princípio do acusatório insito no n.º 5 do art.º 32.º da Lei Fundamental.

12. Por outro lado, as supra referidas **normas são materialmente inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso**, designadamente, no que respeita, ao período temporal compreendido e relevante para o apuramento do designado património incongruente do arguido, que após liquidado será confiscado, **que poderá compreender todo o património que aquele possuía no período de 5 anos anterior ao da sua constituição de arguido**.

13. Por conseguinte afigurasse-nos inconstitucional a referida norma do art.º 7.º do referido diploma, por poder abranger o património do arguido, num período anterior a 5 anos reportado à data de constituição de arguido, **sem que haja qualquer outra exigência legal, designadamente, a referência à imputação ao confiscado de factos criminosos nesse mesmo período, designadamente de conduta que integrem os crimes previstos no art.º 1.º do referido diploma legal**.

14. Por conseguinte, e porque afigurasse-nos violadora dos comandos constitucionais, que presidem à restrição de Direitos Liberdades e Garantias, do qual o Direito de propriedade é de natureza análoga, designadamente dos comandos ínsitos no art.º 18.º n.º 2, máxime do princípio da proibição do excesso, da necessidade, e da adequação, requer-se a V.ªs Ex.ª Venerandos Juízes Desembargadores que seja julgada, e por conseguinte desaplicada, por inconstitucional, e por violação do princípio da proporcionalidade insito no art.º 18.º n.º 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 o período do confisco a um período temporal de 5 anos anteriores à data de constituição de arguido num concreto processo penal, sem que seja imputado nesse período ao arguido confiscando a prática de factos que integram um dos crimes de catálogo previsto no art.º 1.º da referida Lei.

(...)

23. Assim afigura-se deste modo inconstitucional o entendimento normativo do Tribunal da Relação, vertido do duto Acórdão recorrido, quanto ao sentido e alcance que estriba dos n.º 3 e 4 do art.º 412.º do CPP, no sentido de, ante o facto da imediação e a oralidade, se afigurarem plenas ante o julgador de primeira instância, apenas legitimam, alteração da matéria de facto, quando a mesma se impõe por questões de notoriedade/ de modo ostensivo, ainda que o arguido recorrente, tenha indicado os concretos meios de prova que no seu entendimento, impunha decisão diversa, da impugnada, em sede de reapreciação da matéria de facto julgada pelo tribunal a quo, cerceando-se por essa via um segundo grau de jurisdição ao arguido, garantia constitucionalmente plasmada no n.º 1 do art.º 32.º da CRP,

24. Questão essa de inconstitucionalidade que se suscita, na sequência da prolação do Acórdão do TRLx, e designadamente no presente requerimento.»

4. O recorrente foi convidado a apresentar alegações de recurso, bem como a pronunciar-se sobre o eventual não conhecimento da questão relativa ao artigo 412.º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Penal, por não ter sido suscitada de modo prévio e adequado.

O recorrente apresentou as suas alegações, de que fez constar as seguintes conclusões:

«1. Salvo e o considerado e devido respeito por melhor opinião, afigura-se-nos que o Acórdão proferido pelo tribunal da Relação de Lisboa, está ferido do vício de nulidade, **por omissão de pronúncia**, quanto às concretas questões suscitadas pelo arguido, ora recorrente, quer no corpo das motivações do seu recurso, quer na conclusões que o integram.

2. Com efeito, o arguido e ora recorrente, interpôs recurso, o qual para além da apreciação de “questões de direito” por si suscitado, **teve como objeto a (re) apreciação da matéria de facto julgada pelo tribunal recorrido**.

3. Ora salvo o devido e considerado respeito, pela posição sufragada pelos Venerandos Juízes Desembargadores, o arguido não se conforma com a conclusão nele ínsita, de que o arguido não procedeu à indicação dos concretos meios de prova, por referência aos respetivos suportes magnéticos que documentaram a diligência processual da audiência de julgamento, e que por conseguinte, que tais questões não hajam sido suscitadas de modo prévio e adequado no tribunal a quo.

4. Com efeito na verificação do cumprimento dos ónus de alegação e impugnação **previstos no artigo 412.º n.º 3 e 4.º do CPP, não se pode descurar**, salvo o devido respeito por opinião diversa, que

os aspetos de ordem formal da lei processual, deverão ser, sempre modelados em função dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e da adequabilidade do modo como são suscitadas as questões que se pretendem que sejam reapreciadas pelo tribunal de recurso, sob pena, de uma interpretação verdadeiramente inflexível dos elementos literais da lei processual, poderem representar uma restrição não tolerada pela Lei fundamental do direito liberdade e garantia do arguido, designadamente do direito de “acesso ao direito”, consagrado na Constituição da República Portuguesa, aqui, na perspetiva, da defesa de um duplo grau de jurisdição em matéria de facto.

5. In casu, o arguido considera que que incluiu nas conclusões do seu recurso os concretos pontos de facto que considerava incorretamente julgados, que insere a decisão que pretende seja proferida sobre esses mesmos factos, que nelas remete para a alegação a indicação dos meios de prova, nomeadamente, dos depoimentos gravados que determinam, segundo o mesmo, uma decisão diversa da impugnada, e fazendo aí a transcrição dos trechos da gravação considerados relevantes para a impugnação, e fazendo a sua delimitação, e nesta medida, entende que cumpre, ainda que humildemente possamos reconhecer, com as suas imperfeições, todos os ónus estabelecidos no artigo na lei processual.

6. Na verdade, o arguido, não só o fez em termos de especificação temporal- por referência à sessão de julgamento e ao concreto momento em que foram produzidos, indicando em concreto as passagens, como ainda- e embora não estivesse obrigado a tanto- procedeu à transcrição desses segmentos.

7. Por conseguinte, e nesta medida, considera-se integralmente cumpridos o tríplice ónus de impugnação especificada que incidia sobre o arguido em matéria de impugnação alargada da matéria de facto.

8. Pelo que, o tribunal, da Relação de Lisboa, e com o devido respeito com que a nossa convicção se estriba, omitiu ostensivamente pronúncia sobre as questões que o arguido suscitou em sede de impugnação alargada da matéria de facto; circunstância essa, que é geradora de **nulidade por omissão de pronúncia**, conforme comina a al. c) do n.º 1 do art.º 379.º do CPP, e que ora se argui expressamente para todos e os devidos efeitos legais.

9. A par de tal circunstância, refira-se que o tribunal da Relação, ante a fundamentação trilhada, sustenta- *refira-se com o devido respeito*- ao arrepio das mais básicas e elementares garantias constitucionais do direito do arguido, designadamente em matéria de recuso, ínsita no n.º 1 do art.º 32.º da CRP, a sua “*quase impossibilidade/ limitação factual*” (!) em conhecer sobre a matéria de facto impugnada, por considerar que o princípio da imediação e da oralidade- cuja plenitude máxima se verifica em sede de 1.ª instância, ante o julgador- limita seriamente os seus poderes de cognição em sede de recurso.

10. Ora, a verdade é que, não pode o arguido, ora recorrente, conformar-se com a aparente- sim aparente limitação que derivaria de tais vetores- porquanto toda a audiência encontra-se documentada em termos áudios, bastando, o julgador, que em sede de reapreciação da matéria de facto impugnada ausculte os concretos meios de prova de que o arguido recorrente indica- como fundamento para alteração da apreciação da matéria de facto- por referência as concretas passagens constantes no suporte magnético.

11. Por conseguinte, não se poderá admitir, por se demonstrar contrária aos desígnios ínsitos na “Constituição penal” a alusão da existência de uma dificuldade adicional por parte da 2.ª instância, relativo ao escrutínio da matéria de facto julgada pelo tribunal de 1.ª instância, para se escudar e legitimar um *non linquet*, por ser, de forma ostensiva, violador, do reconhecimento do direito de recurso ao arguido- que em matéria de facto quer em matéria de direito previsto no n.º 1 do art.º 32.º da CRP. Pelo que, o entendimento sufragado pelo tribunal a quo é normativamente contrário ao disposto no n.º 1 do art.º 32.º da CRP, cuja inconstitucionalidade desde já se invoca para os devidos efeitos legais.

12. Assim afigura-se deste modo inconstitucional o entendimento normativo do Tribunal da Relação, vertido do douto Acórdão recorrido, quanto ao sentido e alcance que estriba dos n.º 3 e 4 do art.º 412.º do CPP, no sentido de, ante o facto da imediação e a oralidade, se afigurarem plenas ante o julgador de primeira instância, apenas legitimam, alteração da matéria de facto, quando a mesma se impõe por questões de notariade/ de modo ostensivo, ainda que o arguido recorrente, tenha indicado os concretos meios de prova que no seu entendimento, impunha decisão diversa, da impugnada, em sede de reapreciação da matéria de facto julgada pelo tribunal a quo, cerceando-se por essa via um segundo grau de jurisdição ao arguido, garantia constitucionalmente plasmada no n.º 1 do art.º 32.º da CRP.

13. A par destas circunstâncias refira-se que o tribunal da Relação, não se pronuncia, sobre **a questão da perda das quantias pecuniárias apreendidas ao arguido**, e declaradas pelo tribunal de 1.ª instância, com a exceção das que foram declaradas perdidas ao abrigo do designado mecanismo “da perda alargada”.

14. Situação essa que, é cominada de igual modo com a nulidade do Acórdão recorrido, e que ora se argui expressamente para todos e os devidos efeitos legais.

15. o recorrente em sede de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, sustentado a apreciação de concretas questões, atinentes à juízos de inconstitucionalidade, por si arguidos quer em sede de motivação de recurso, e bem assim nas respetivas conclusões que o integraram.

16. Contudo, As referidas quaestios atinentes aos juízos de inconstitucionalidade, não mereceu o acolhimento junto do Tribunal da Relação de Lisboa, razão pela qual o arguido interpõe recurso para esse Colendo Tribunal.

17. O recorrente e de acordo com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 75.º-A da Lei do Tribunal Constitucional, desde já esclarece que, com o presente recurso, pretende que o Tribunal Constitucional aprecie a inconstitucionalidade, por desconformidade com as normas e princípios constitucionais que infra se especificará, designadamente da “Magna Carta Penal”, designadamente das garantias de processo criminal previstas no art.º 32.º da CRP, com que foram aplicadas/ interpretadas as normas infra constitucionais quer pelo Tribunal de primeira instância e confirmadas a sua conformidade com o Texto da Lei Fundamental, pelo tribunal da Relação, designadamente quanto ao sentido normativo- hermenêutico adotado e com que foram aplicadas, normas essas que serviram de fundamento jurídico à decisão proferida, e cuja inconstitucionalidade fora já suscitada em sede de recurso interposto para o tribunal da Relação de Lisboa.

18. Atento o disposto nas alíneas b), do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do T. Constitucional, ao abrigo da qual o presente recurso é interposto, tem o presente recurso como objeto o julgamento da conformidade com o texto constitucional designadamente a inconstitucionalidade das normas constantes dos *i) do art.º 7.º e 9.º da lei 5/2002; ii) e n.º 4 e 3 do art.º 412.º do CPP*

19. Tais normas afiguram-se-nos como materialmente inconstitucionais, por estabelecer uma inversão do ónus de prova e, assim, traduzir uma violação do direito ao silêncio e da presunção de inocência.

20. Com efeito, tendo o arguido recorrente, que provar a proveniência lícita de tal património- “património incongruente” - e presumindo-se que aquela constitui vantagem obtida pela prática do crime pelo qual foi condenado, a exigência da prova da proveniência lícita do mesmo sob pena de lhe ser aplicado uma sanção- o **confisco do património incongruente** liquidado (que se afigura como consequência jurídica do crime, e não como mera consequência jurídico-civil), imponha que fosse o M P a provar tal proveniência ilícita e não o ora arguido, já que essa inversão do ónus da prova, baseada na existência de uma presunção *iruisis tantum*, é de per se violadora do princípio da presunção de inocência insito no art.º 2.º do art.º 30 da CRP e das garantias penais, designadamente do direito ao silêncio, já que, perante o estabelecimento de tal presunção, necessariamente incute-se no arguido, a necessidade, de adotar uma conduta processual, que necessariamente, irá desembocar, na necessidade do mesmo explicar a origem de tais rendimentos- o que sendo matéria que poderá estar intimamente conexas com o apuramento de eventuais factos que lhe são imputados pela acusação pública, acabe, por haver transmissibilidade dessa prova, podendo inclusivamente, redundar numa degradação do seu direito a não autoincriminação.

21. Não é aceitável, que no âmbito do direito sancionatório criminal, que a não prova de um determinado facto tenha como consequência imediata a prova do facto contrário.

22. A opção legislativa materializada em letra de lei, assente numa solução de confisco, que se funda numa presunção de proveniência do património incongruente, revela-se claramente, violadora dos direitos e garantias fundamentais do arguidos designadamente do direito ao silêncio e do princípio do *in dubio pro reo*, já que em processo penal, ou o M P é capaz de produzir prova coerente sobre a realidade de um facto, ou a existência de dúvida sobre tal realidade nunca resultará em desfavor do arguido, o que não sucede nestes casos, com a aplicação de tais normas cuja inconstitucionalidade material ora se invoca.

23. Por outro lado, tais normas não se afiguram conformes 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 exclusivamente o titular da ação penal.

24. 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.

25. Pelo que se requer que seja julgada, e por conseguinte desaplicada, por inconstitucional, designadamente por violação das garantias de processo penal consagradas nos artigos 18.º e 32.º, n.º 1 e 2 e n.º 5, 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, e bem assim a violação da princípio do acusatório insito no n.º 5 do art.º 32.º da Lei Fundamental.

26. Por outro lado, as supra referidas **normas são materialmente inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso**, designadamente, no que respeita, ao período temporal compreendido e relevante para o apuramento do designado património incongruente do arguido, que após liquidado será confiscado, **que poderá compreender todo o património que aquele possuía no período de 5 anos anterior ao da sua constituição de arguido.**

27. Por conseguinte afigurasse-nos inconstitucional a referida norma do art.º 7.º do referido diploma, por poder abranger o património do arguido, num período anterior a 5 anos reportado à data de

constituição de arguido, sem que haja qualquer outra exigência legal, designadamente, a referência à imputação ao confiscado de factos criminosos nesse mesmo período, designadamente de conduta que integrem os crimes previstos no art.º 1.º do referido diploma legal.

28. Por conseguinte, e porque afigurasse-nos violadora dos comandos constitucionais, que presidem à restrição de Direitos Liberdades e Garantias, do qual o Direito de propriedade é de natureza análoga, designadamente dos comandos ínsitos no art.º 18.º n.º2, máxime do princípio da proibição do excesso, da necessidade, e da adequação, requer-se a V.ªs Ex.ª Venerandos Juízes Desembargadores que seja julgada, e por conseguinte desaplicada, por inconstitucional, e por violação do princípio da proporcionalidade ínsito no art.º 18.º n.º 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 o período do confisco a um período temporal de 5 anos anteriores à data de constituição de arguido num concreto processo penal, sem que seja imputado nesse período ao arguido confiscando a prática de factos que integram um dos crimes de catálogo previsto no art.º 1.º da referida Lei.

29. A mencionada inconstitucionalidade, foi suscitada em sede de recurso interposto do Acórdão do Tribunal de 1.ª Instância para o Tribunal da Relação de Lisboa, quer nas suas motivações e respetivas conclusões,

30. Todas estas questões de inconstitucionalidade material das normas supra especificadas, e que constituírem fundamento jurídico da decisão recorrida, constituem a base fundamental do inconformismo do recorrente com o Acórdão proferido pelo Tribunal de 1.ª Instância, bem como pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

31. E, por isso mesmo, foram desde logo suscitadas nas suas alegações do recurso interposto para esse Venerando Tribunal (eg. art.ºs. 231.º e seguintes das conclusões do recurso interposto para o TR Lisboa que integram as respetivas motivações, para além do estarem se encontrarem especificadas no *corpus* das motivações

32. Assim afigura-se deste modo inconstitucional o entendimento normativo do Tribunal da Relação, vertido do duto Acórdão recorrido, quanto ao sentido e alcance que estriba dos n.º 3 e 4 do art.º 412.º do CPP, no sentido de, ante o facto da imediação e a oralidade, se afigurarem plenas ante o julgador de primeira instância, apenas legitimam, alteração da matéria de facto, quando a mesma se impõe por questões de notoriedade/ de modo ostensivo, ainda que o arguido recorrente, tenha indicado os concretos meios de prova que no seu entendimento, impunha decisão diversa, da impugnada, em sede de reapreciação da matéria de facto julgada pelo tribunal a quo, cerceando-se por essa via um segundo grau de jurisdição ao arguido, garantia constitucionalmente plasmada no n.º 1 do art.º 32.º da CRP,

33. Questão essa de inconstitucionalidade que se suscita, na sequência da prolação do Acórdão do TRLx, e designadamente no presente requerimento.»

5. O Ministério Público contra-alegou, apresentando as seguintes conclusões:

«1.ª) É fictícia a interpretação normativa figurada pelo recorrente neste contexto, no sentido em que não foi *arguida* pelo mesmo perante o tribunal recorrido, e muito menos foi por este *aplicada*, como razão de decidir, *durante* o processo penal causa.

2.ª) Por conseguinte, o recorrente não está investido de legitimidade para a presente impugnação e, por outra parte, carece a mesma de objeto idóneo, ou seja, de uma prévia decisão passível de ser reapreciada pelo Tribunal Constitucional, pelo que quanto às questões em torno do artigo 412.º, n.ºs 3 e 4, do CPP, deverá ser proferida decisão de não conhecimento do recurso de constitucionalidade, nessa parte (LOFPTC, arts. 70.º, n.º 1, al. b), 72.º, n.º 1, al. b), e n.º 2).

3.ª) A presunção legal estabelecida nos termos e para os efeitos dos artigos 7.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, 2 e 3, todos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não viola o princípio da presunção de inocência, o direito ao silêncio do arguido ou a estrutura acusatória do processo penal (Constituição, art. 32.º, n.ºs 1, 2 e 5).

4.ª) A fixação de um prazo com a duração de cinco anos, para efeitos do disposto na Lei n.º 5/2002, nomeadamente do seu artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, als. a), b) e c), não viola o “princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso” (Constituição, art. 18.º, n.º 2).

5.ª) As “vantagens de atividade criminosa”, consubstanciadas num incremento pecuniário marginal de natureza patrimonial (direitos patrimoniais privados), no sentido do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, als. a), b) e c), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, precisamente em razão de terem origem em atividade criminosa, não estão abrangidas no âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade privada, que assim não se mostra infringido no caso em apreço (art. 62.º, n.º 1, da Constituição).

Nestes termos, na parte da questão do artigo 412.º, n.ºs 3 e 4, do CPP, o presente recurso de constitucionalidade não deve ser conhecido e, na parte do mérito, por não concorrer erro de julgamento da matéria de constitucionalidade no acórdão recorrido, é de negar provimento ao mesmo, confirmando assim o julgamento da matéria de constitucionalidade (LOFPTC, arts. 70.º, n.º 1, al. b), 72.º, n.º 1, al. b), e n.º 2).»

Cumprе apreciar e decidir.

II – Fundamentação

Delimitação do objeto do recurso

6. Uma das questões de constitucionalidade que o recorrente pretende ver apreciada por este Tribunal diz respeito aos «n.ºs 3 e 4 do art.º 412.º do CPP, no sentido de, ante o facto da imediação e a oralidade, se afigurarem plenas ante o julgador de primeira instância, apenas legitimam, alteração da matéria de facto, quando a mesma se impõe por questões de notoriedade/de modo ostensivo, ainda que o arguido recorrente, tenha indicado os concretos meios de prova que no seu entendimento, impunha decisão diversa, da impugnada, em sede de reapreciação da matéria de facto julgada pelo tribunal a quo, cerceando-se por essa via um segundo grau de jurisdição ao arguido, garantia constitucionalmente plasmada no n.º 1 do art.º 32.º da CRP».

O recorrente foi convidado a pronunciar-se sobre o eventual não conhecimento desta questão, por não ter a mesma sido suscitada de modo prévio e adequado. Esta circunstância, de resto, é admitida pelo próprio recorrente no seu recurso de constitucionalidade, quando aí refere: «*Questão essa de inconstitucionalidade que se suscita, na sequência da prolação do Acórdão do TRLx, e designadamente no presente requerimento*». Analisados os autos, dúvidas não restam de que o recorrente não suscitou esta questão perante o tribunal recorrido em termos de este ficar obrigado a apreciá-la, pelo que não lhe assiste legitimidade para vir agora colocá-la ao Tribunal Constitucional (vd. os artigos 70.º, n.º 1, alínea b), e 72.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da LTC).

Acresce que essa questão não apresenta carácter normativo. O recorrente não procura por esta via questionar a conformidade de qualquer *norma* com a Constituição, mas antes contestar a aplicação do direito ordinário feita pelo tribunal recorrido. Também por isto nunca esta questão poderia ser aqui conhecida (cf. *e.g.* o Acórdão n.º 466/2016). De facto, diversamente de outros pressupostos indispensáveis para que uma questão de constitucionalidade seja conhecida, aquele segundo o qual essa questão tem de apresentar carácter normativo não constitui uma exigência de natureza apenas formal, destinando-se verdadeiramente a delimitar a competência do Tribunal Constitucional no confronto com as outras ordens jurisdicionais (cf. *e.g.* o Acórdão n.º 361/98). Este Tribunal não tem competência para sindicar uma decisão de um tribunal judicial *enquanto tal* – ou seja, os concretos termos em que aí hajam sido aplicadas normas de direito *infraconstitucional*. A sua competência num recurso como o que aqui está em causa cinge-se à apreciação da possível desconformidade normas de direito *infraconstitucional* com um parâmetro constitucional.

As considerações aduzidas pelo recorrente a este respeito não permitem infirmar estas conclusões e, na verdade, só contribuem para sedimentá-las. Relativamente ao pressuposto da suscitação prévia e adequada, o recorrente afirma que «*incluiu nas conclusões do seu recurso os concretos pontos de facto que considerava incorretamente julgados, que insere a decisão que pretende seja proferida sobre esses mesmos factos, que nelas remete para a alegação a indicação dos meios de prova, nomeadamente, dos depoimentos gravados que determinam, segundo o mesmo, uma decisão diversa da impugnada, e fazendo aí a transcrição dos trechos da gravação considerados relevantes para a impugnação, e fazendo a sua delimitação, e nesta medida, entende que cumpre, ainda que humildemente possamos reconhecer, com as suas imperfeições, todos os ónus estabelecidos no artigo na lei processuals*», o que é bem diferente de ter suscitado adequadamente uma questão de *constitucionalidade*. Relativamente à falta de carácter normativo da questão apresentada, bastará atentar em afirmações como a de que «*o Acórdão proferido pelo tribunal da Relação de Lisboa, está ferido do vício de nulidade, por omissão de pronúncia*», que continuam a situar-se exclusivamente no plano do direito *infraconstitucional*.

7. Passíveis de serem aqui conhecidas são apenas as questões relativas ao regime da perda alargada, regulado na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, mais especificamente as normas constantes dos seus artigos 7.º a 9.º, que apresentam o seguinte teor:

«Artigo 7.º

(Perda de bens)

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.

Artigo 8.º

(Promoção da perda de bens)

1. O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

2. Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

3. Efetuada a liquidação, pode esta ser alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexatidão do valor antes determinado.

4. Recebida a liquidação, ou a respetiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

Artigo 9.º

(Prova)

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 ilídida 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.

4. Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação.

5. A prova referida nos n.os 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa.»

8. O recorrente solicita, em primeiro lugar, a fiscalização concreta da constitucionalidade dos artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 5/2002, na medida em que estabelecem uma «*uma inversão do ónus de prova*», violando assim o princípio da presunção de inocência e o direito do arguido ao silêncio. Em causa está, mais especificamente, uma norma decorrente dos artigos 7.º e 9.º, n.os 1, 2 e 3 da Lei n.º 5/2002, que estabelece – nas palavras do Acórdão n.º 392/2015 – o «*regime probatório da factualidade subjacente à perda alargada de bens a favor do Estado*». Excluídos de consideração ficam os seus artigos 8.º e 9.º, n.os 4 e 5, os quais regulam «*apenas a forma de liquidação do montante que deve ser perdido*» (*idem*).

Quanto aos parâmetros constitucionais potencialmente violados, entende o recorrente que: «*tendo o arguido recorrente, que provar a proveniência lícita de tal património - “património incongruente” - e presumindo-se que aquela constitui vantagem obtida pela prática do crime pelo qual foi condenado, a exigência da prova da proveniência lícita do mesmo sob pena de lhe ser aplicada uma sanção - o confisco do património incongruente liquidado (que se afigura como consequência jurídica do crime, e não como mera consequência jurídico-civil), impunha*

que fosse o MP a provar tal proveniência ilícita e não o ora arguido, já que essa inversão do ónus da prova, baseada na existência de uma presunção *iuris tantum*, é de per se violadora do princípio da presunção de inocência insito no art.º 2.º do art.º 30 da CRP e das garantias penais, designadamente do direito ao silêncio, já que, perante o estabelecimento de tal presunção, necessariamente incute-se no arguido, a necessidade, de adotar uma conduta processual, que necessariamente, irá desembocar, na necessidade do mesmo explicar a origem de tais rendimentos - o que sendo matéria que poderá estar intimamente conexcionada com o apuramento de eventuais factos que lhe são imputados pela acusação pública, acabe, por haver transmissibilidade dessa prova, podendo inclusivamente, redundar numa degradação do seu direito à não autoincriminação.» E acrescenta: «Não é aceitável, que no âmbito do direito sancionatório criminal, que a não prova de um determinado facto tenha como consequência imediata a prova do facto contrário.» Noutro momento das suas alegações de recurso, o recorrente faz ainda menção ao princípio *in dubio pro reo*, que não se identifica perfeitamente com o princípio da presunção de inocência, mas antes constitui uma de suas várias manifestações – à semelhança, de resto, do direito ao silêncio. Em suma, o recorrente entende – pese embora a equívoca indicação do n.º 2 do artigo 30.º da Constituição – que a norma acima indicada viola o princípio da presunção da inocência consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, em especial o princípio *in dubio pro reo* e o direito do arguido ao silêncio.

Por outro lado, o recorrente entende que essa norma conflitua «com a estrutura acusatória do nosso processo penal», em violação dos artigos 18.º e 32.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição.

9. Em segundo lugar, o recorrente procura colocar em crise a norma decorrente dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002 segundo a qual o «período temporal compreendido e relevante para o apuramento do designado património incongruente do arguido, que após liquidado será confiscado», pode compreender «todo o património que aquele possuía no período de 5 anos anterior ao da sua constituição de arguido». Estão aqui mais especificamente em causa: (i) a alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, nos termos da qual: «Para efeitos desta lei, entende-se por “património do arguido” o conjunto dos bens: (...) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino»; e (ii) a alínea b) do n.º 3 do artigo 9.º da mesma lei, nos termos da qual: «A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens: (...) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido».

Quanto aos parâmetros constitucionais potencialmente violados, entende o recorrente que aquela norma é inconstitucional «por poder abranger o património do arguido, num período anterior a 5 anos reportado à data de constituição de arguido, sem que haja qualquer outra exigência legal, designadamente, a referência à imputação ao confiscado de factos criminosos nesse mesmo período, designadamente de conduta que integrem os crimes previstos no art.º 1.º do referido diploma legal», em violação «dos comandos constitucionais, que presidem à restrição de Direitos Liberdades e Garantias, do qual o Direito de propriedade é de natureza análoga, designadamente dos comandos insitos no art.º 18.º n.º2, máxime do princípio da proibição do excesso.»

Apreciação do objeto do recurso

10. O instituto da perda alargada e, mais especificamente, a norma que integra a primeira questão de constitucionalidade acima indicada – relativa à presunção ilidível de que, em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que é congruente com o seu rendimento lícito constitui vantagem de atividade criminosa – foi já apreciada por parte do Tribunal Constitucional, em especial no Acórdão n.º 392/2015.

Este Acórdão contém uma minuciosa descrição da história legislativa e jurisprudencial do instituto da perda alargada – nos planos nacional, regional e internacional –, bem como de várias das mais relevantes experiências de direito comparado no domínio da recuperação de ativos pelo Estado. Justifica-se transcrever aqui essa detida análise, que se acompanha:

«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».

(...)

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, Detecção, 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, Detecção, 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), ressaltando, 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 Diretiva 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 Wallonie, proc. C-129/96, Col. 1997, p. I-7411; ac. de 23/4/2009, Kiriaki Angekidaki, 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 Caeiro, 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).»

De entre os desenvolvimentos normativos subsequentes, merece destaque a aprovação do Regulamento (UE) 2018/1805, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, que veio reiterar o empenho da União em «assegurar uma maior eficácia na identificação, perda e reutilização de bens de origem criminosa» (considerando 3), dando novo passo no sentido de intensificar a cooperação judiciária entre os Estados-Membros naqueles domínios.

11. Avançando para as questões de constitucionalidade, o primeiro aspeto a abordar diz respeito à natureza jurídica do instituto da perda alargada. Embora não exista a este respeito absoluto consenso, afigura-se preponderante a posição segundo a qual o instituto *não tem natureza penal* ou, sequer, *sancionatória*. Esta posição foi implicitamente acolhida no Acórdão n.º 101/2015 e abertamente secundada – e desenvolvida – no Acórdão n.º 392/2015, nos seguintes termos:

«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 (...). 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 Caiero (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 culposo) *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 (...).

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.»

12. A óbvia e inevitável consequência de o instituto português do confisco alargado não constituir uma reação contra a prática de um crime, nem uma reação sancionatória *tout court*, é a de não se lhe aplicarem as garantias constitucionais de estrita incidência em âmbitos normativos sancionatórios, como o princípio da presunção de inocência e as suas várias manifestações. Essa posição foi acolhida nos Acórdãos n.º 101/2015 e n.º 392/2015. Neste último afirmou-se liminarmente que «*nesse procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do arguido*». Mais desenvolvidamente:

«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.»

Esta posição reúne também significativo suporte doutrinário: *e.g.*, 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»”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 21 (2011), p. 311 s.; JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 113 s.; e FRANCISCO BORGES, “Perda Alargada de Bens: Alguns Problemas de Constitucionalidade”, in José de Faria Costa *et al.* (org.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, vol. I*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 222 s., acrescentando: «É certo que a questão de constitucionalidade poderia estar precisamente aí, na circunstância de o legislador não ter configurado o confisco alargado como uma reação penal e de, tendo em conta a finalidade desta medida e os seus efeitos gravosos sobre a esfera do arguido, dever tê-lo feito. Não é, porém, o caso. Ainda que a sua finalidade – preventiva – seja comum à que, em geral, subjaz ao direito penal, os seus efeitos não o são. [C]om o confisco alargado não se pretende de forma alguma penalizar o arguido, mas apenas retirar-lhe os benefícios que se considera serem resultado de atividade criminosa. Além do mais, as finalidades preventivas não são, certamente, exclusivas do direito penal, atendendo, desde logo, ao princípio da subsidiariedade e da última ratio.»

De um só passo decai, assim, a hipótese de a presunção contida nos artigos 7.º e 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, violar o princípio da presunção de inocência, algum dos seus corolários, o princípio da estrutura acusatória do processo penal, ou qualquer outra garantia constitucional específica para âmbitos normativos penais ou sancionatórios. Ou seja, decai a primeira questão de constitucionalidade formulada pelo recorrente (pelo menos no confronto com os parâmetros constitucionais por si indicados – mas vd. ainda *infra*, os pontos 15 ss.).

13. Esta conclusão está em linha com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) – vd., para além das referências já transcritas, o Acórdão prolatado no caso *Gogitidze e outros c. Geórgia*, n.º 36862/05, 12 de maio de 2015, embora relativo a um procedimento de confisco *in rem* –, devendo em particular sublinhar-se que não conflitua com o entendimento acolhido na linha jurisprudencial em que se inscrevem, *e.g.*, os Acórdãos *Paraponiari c. Grécia*, n.º 42132/06, de 25 de setembro de 2008, *Geerings c. Países Baixos*, n.º 30810/03, de 1 de março de 2007, e *G.I.E.M. e outros c. Itália*, n.ºs 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2018. Em *Paraponiari*, o Estado em questão aplicara uma medida pecuniária ao sujeito apesar de o mesmo ter sido absolvido em razão de prescrição do procedimento criminal. O tribunal local julgou violado o princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção, mas em virtude de a medida ter sido aplicada sobre *factos* pelos quais o indivíduo fora absolvido. Já em *Geerings* o TEDH encontrara uma violação do mesmo princípio, em termos semelhantes: neste caso, o Estado em questão lançou mão do instituto do confisco alargado na sequência de uma condenação, mas a medida abrangeu *bens* resultantes de factos pelos quais o sujeito fora previamente absolvido. Por fim, em *G.I.E.M.*, estava em causa o instituto italiano da “*confisca urbanistica*”. O acórdão incidiu sobre três processos judiciais contra várias pessoas jurídicas e um indivíduo. As primeiras apresentavam-se como terceiras relativamente ao crime e todos os seus representantes legais foram absolvidos, em razão de diferentes motivos, incluindo a prescrição; o indivíduo fora também absolvido com base na prescrição do procedimento penal. Também aqui o TEDH considerou violado (*inter alia*) o artigo 6.º, n.º 2, da Convenção, mas por razões idênticas às que acima se indicaram para o caso *Paraponiari*.

No caso em apreço, não está em causa uma interpretação normativa dos preceitos da Lei n.º 5/2002 que se aproxime de qualquer das hipóteses acabadas de referir. Nos presentes autos, foi aplicado um regime de confisco alargado na sequência de uma condenação por um dos crimes pelos quais a lei admite a aplicação desse regime, sem que estejam em causa bens cuja origem seja reconduzível a factos pelos quais o indivíduo tenha sido *absolvido*. Em definitivo, em hipóteses como a que está em causa nestes autos, não existe sequer um *risco* de a aplicação daquele regime representar uma condenação velada do indivíduo, em lesão do seu direito a ser presumido inocente relativamente a todos e quaisquer factos exceto aqueles por que tenha sido condenado por sentença transitada em julgado, proferida no âmbito de um processo justo e equitativo.

14. A segunda questão suscitada pelo recorrente revela-se também improcedente. Com esta questão o recorrente pretendia que fosse julgada inconstitucional a norma decorrente dos artigos 7.º, n.º 2, alínea c), e 9.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 5/2002, segundo a qual o «*período temporal compreendido e relevante para o apuramento do designado património incongruente do arguido*» pode abranger «*todo o património*

que aquele possuía no período de 5 anos anterior ao da sua constituição de arguido». No entender do recorrente, essa norma é inconstitucional «por poder abranger o património do arguido num período anterior a 5 anos reportado à data de constituição de arguido, sem que haja qualquer outra exigência legal, designadamente, a referência à imputação ao confiscado de factos criminosos nesse mesmo período, designadamente de conduta que integrem os crimes previstos no art.º 1.º do referido diploma legal», em violação «dos comandos constitucionais, que presidem à restrição de Direitos Liberdades e Garantias, do qual o Direito de propriedade é de natureza análoga, designadamente dos comandos ínsitos no art.º 18.º n.º 2, máxime do princípio da proibição do excesso».

Sucede que a função dos artigos 7.º, n.º 2, alínea c), e 9.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 5/2002 – mais especificamente, o período de cinco anos anteriores à constituição como arguido – não é senão mitigar o alcance da presunção de que o seu património advém de atividade criminosa. A partir do momento em que se admita que a presunção enunciada no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 é legítima, o seu confinamento a um determinado período temporal apresenta-se como uma *limitação* a um regime desfavorável ao indivíduo. Apresenta-se, isto é, na sua estrutura, como uma norma *favorável* ao indivíduo. As únicas questões de constitucionalidade que poderão colocar-se são as de saber se esse regime necessariamente teria de conhecer uma limitação dessa natureza e, em caso afirmativo, se o concreto período de tempo previsto na lei – os cinco anos – se mostra desproporcionalmente longo perante o direito de propriedade garantido pelo artigo 62.º, n.º 1, da Constituição.

A primeira questão fica dispensada de resposta, uma vez que o legislador português limitou temporalmente o regime da perda alargada. Depois, olhando para o período de tempo previsto na lei, dificilmente poderia sequer cogitar-se ser o mesmo constitucionalmente censurável. Recorde-se que o entendimento reiteradamente acolhido pelo Tribunal Constitucional sobre o *princípio da proporcionalidade* consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição é o de que, embora ele imponha alguns limites à intervenção do Estado, é primacialmente ao legislador que compete avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito dessa intervenção. O legislador dispõe – mesmo em domínios *sancionatórios* (que, como vimos, não é sequer rigorosamente o caso do instituto aqui em análise) – de uma *ampla margem de conformação* que apenas cessa quando a desproporcionalidade da norma aprovada for notória, manifesta, flagrante: neste sentido, podem ver-se, entre vários, os Acórdãos n.º 304/94, n.º 574/95, n.º 329/97, n.º 201/98, n.º 108/99, n.º 547/2000, n.º 67/2011, n.º 360/2011, n.º 105/2013, n.º 313/2013, n.º 97/2014, n.º 21/2019 e n.º 104/2019.

Olhando dessa forma para o período de cinco anos previsto na lei, pode concluir-se com grande segurança que o mesmo não apresenta as características que seriam necessárias para tornar inconstitucional a norma que o prevê. Cinco anos afigura-se um período de tempo absolutamente razoável de várias perspetivas – tanto intrassistemáticas (considerando por exemplo a facilidade relativa de se fazer, dentro desse período, a prova da licitude a que se refere a alínea a) do mesmo artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002), como intersistemáticas (considerando por exemplo os prazos da usucapião previstos nos artigos 1287.º e ss. do Código Civil).

15. O que pode ainda ponderar-se é se, mais globalmente considerada, a presunção prevista no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, comprime desproporcionalmente o direito de propriedade privada. Ou seja, se viola os artigos 18.º, n.º 2, e 62.º, n.º 1, da Constituição, conjugados. Trata-se aqui, no fundo, de apurar se a norma que integra a primeira questão formulada pelo recorrente é conforme com o parâmetro constitucional indicado na sua segunda questão, apreciação esta que é admitida pelo artigo 79.º-C, *in fine*, da LTC.

Uma forma de perspetivar esta questão de constitucionalidade passa por considerar que o património confiscado não pode em rigor considerar-se como sendo *propriedade* do sujeito visado, uma vez que resulta de atividade ilícita. É sensivelmente esta a posição sustentada pelo Ministério Público nas suas contra-alegações de recurso, quando nota que «*não é absoluto o âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade privada*»; que é necessário «*preliminarmente apurar quais os [seus] “limites imanes”*». O Ministério Público conclui, a este respeito, que «*as “vantagens de atividade criminosa”, consubstanciadas num incremento pecuniário marginal de natureza patrimonial (direitos patrimoniais privados), no sentido do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, als. a), b) e c), da Lei n.º 5/20012, de 11 de janeiro, precisamente em razão de terem*

origem em atividade criminosa, não estão abrangidas no âmbito de proteção do direito fundamental de propriedade privada, que assim não se mostra infringido no caso em apreço (art. 62.º, n.º 1, da Constituição)».

Em abono desta posição o Ministério Público indica o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, relativo à apreensão regulada no artigo 178.º do Código de Processo Penal (CPP). O n.º 1 desse artigo determinava a apreensão dos «*objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova*», sendo que, nos termos do n.º 3, «*as apreensões são autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária, salvo quando efetuadas no decurso de revistas ou de buscas, caso em que lhe são aplicáveis as disposições previstas neste Código para tais diligências*». Colocava-se aí a questão de saber se, ao prever que as apreensões possam ser autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária e até por órgãos de polícia criminal, o dito n.º 3 violaria, *inter alia*, o direito de propriedade previsto no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição. A este respeito, entendeu o Tribunal Constitucional muito simplesmente que «*o direito de propriedade está longe de ser ilimitado e a apreensão de objetos em processo penal nos casos referidos não pode deixar de considerar-se como um limite imanente desse direito*» (vd. o ponto 2.8 do Acórdão).

Ao Acórdão n.º 7/87 deverá acrescentar-se o Acórdão n.º 340/87, onde este Tribunal também não julgou inconstitucional a norma (resultante da leitura conjugada dos artigos 107.º e 108.º) do Código Penal de 1982 que disciplinava a perda a favor do Estado de objetos que tivessem servido para a prática de um crime. Notou aí o Tribunal que «*os valores da segurança das pessoas, da moral e da ordem pública que constituem o alicerce de um Estado de direito democrático*» se sobrepõem ao direito de propriedade. Embora de modo porventura menos inequívoco do que no Acórdão n.º 7/87 – na medida em que se refere, ora a um «*sacrifício*» do direito de propriedade, ora à ideia de que o mesmo conhece «*limites imanentes*» –, pode considerar-se que também neste caso o Tribunal se baseou fundamentalmente na segunda noção, na medida em que não realizou qualquer exercício de ponderação de valores conflitantes. A «*teoria dos limites imanentes*» do direito de propriedade – recorde-se – traduz a ideia de que este direito «*nasce já com limites*», pelo que, em certas situações, não chega sequer a ter aplicabilidade (cf. ANA LUÍSA PINTO, “As restrições ao direito de propriedade não expressamente previstas na Constituição”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos. Vol. I*, Almedina, 2016, p. 35).

Haverá alguma diferença estrutural entre as normas apreciadas naqueles arestos e aquelas que estão em causa nos presentes autos? No caso das primeiras, a conclusão de que os bens apreendidos ou declarados perdidos apresentavam características que os excluía logo à partida do âmbito do direito de propriedade – *sc.*, a sua perigosidade, a sua utilização na prática do crime – era objeto de avaliação direta por parte do aplicador. Em contraste, no caso da perda alargada, a conclusão de que os bens advêm de atividade ilícita resulta de uma presunção. Isto poderia convidar à ilação de que não é admissível ver-se aí um limite imanente do direito de propriedade, excluindo logo à partida do seu âmbito de proteção esses bens. Não parece, contudo, que seja rigorosamente assim. Entre outras afinidades evidentes, a perda de vantagens clássica e a perda alargada procuram, ambas, retirar ao indivíduo vantagens indevidas. A diferença está apenas na forma como se conclui que as vantagens são indevidas: no primeiro caso, através de prova direta; no segundo, através de uma presunção. Esta diferença não nega que os bens têm origem em atividades ilícitas, sendo que a circunstância de os bens terem origem em atividades ilícitas é compatível com um raciocínio como o que preside à teoria dos limites imanentes, no sentido de que a tutela conferida pelo direito de propriedade não contempla bens com essa proveniência.

Em recente análise à constitucionalidade da apreensão de bens prevista no artigo 178.º do Código de Processo Penal, MANUEL DA COSTA ANDRADE e MARIA JOÃO ANTUNES, “Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146.º, n.º 4005 (2017), p. 366 ss., sustentam que a mesma deve ser perspetivada como uma *restrição* ao direito de propriedade privada, e nunca como um seu limite imanente, uma vez que, entre outras considerações, essa apreensão visa meramente «*garantir a execução de uma decisão penal que eventualmente venha a decretar a perda de vantagens do crime*». Este argumento não se aplica à perda de vantagens propriamente dita – seja a clássica seja a alargada –, já que esta não apresenta aquela nota de eventualidade. De todo o modo, mesmo que por princípio se rejeite a ideia de que o

direito de propriedade tem limites imanentes, dúvidas não haverá de que é possível *restringi-lo* para confiscar vantagens indevidas.

De uma perspetiva ou de outra, a única nuance da perda alargada relativamente à clássica é que, como na primeira a ilicitude é presumida, a conclusão de que o direito de propriedade não é aí violado pressupõe que a presunção seja suficientemente firme e as possibilidades de ilidi-la razoáveis – o que requer a realização de uma específica avaliação.

16. Sucede que essa específica avaliação foi já feita no Acórdão n.º 392/2015, onde se concluiu pela suficiente firmeza da presunção:

«[E]mbora 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.

(...)

[E]mbora 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.»

17. Naturalmente, quanto mais estreito for o âmbito da presunção – ou, dizendo de outro modo, quanto mais exigentes forem os seus pressupostos de aplicação –, mais firme ela será. Este aspeto tem suscitado justificada reflexão doutrinária. Simplesmente, do ângulo constitucional em que aqui estamos colocados, pode concluir-se, na linha dos Acórdãos n.ºs 101/2015 e 392/2015, que, no seu atual desenho legal, a presunção estabelecida no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 se mostra já suficientemente firme, em resultado da articulação que faz de dois elementos essenciais: uma condenação penal e uma incongruência patrimonial.

Relativamente ao primeiro elemento, deve sublinhar-se que a aplicação da perda alargada não pode ser desencadeada por uma condenação pela prática de qualquer tipo legal de crime, mas apenas por determinados tipos legais de crime previstos em legislação aprovada para fazer face a modalidades específicas de criminalidade. Poderá sempre discutir-se se o catálogo de crimes a que o instituto se aplica deveria ser estreitado. No entanto, a limitação do instituto a um determinado e relativamente coerente conjunto de crimes denota logo um cuidado por parte do legislador em assegurar a consistência da presunção – e, para quem rejeite a teoria dos limites imanentes, a proporcionalidade da restrição do direito de propriedade causada pelo instituto da perda alargada –, já que, em teoria, muitos outros crimes (ou mesmo a *generalidade* dos crimes) são aptos a gerar vantagens económicas ou financeiras. O legislador, todavia, cingiu a perda alargada a tipos de crime que se perfilam como mais suscetíveis de gerar vantagens daquela natureza e/ou cujos agentes são

mais tipicamente movidos por esse objetivo – numa expressão, à criminalidade reditícia. Daí que alguns dos crimes do catálogo previsto no artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 – mais especificamente, o lenocínio, o contrabando e o tráfico e viciação de veículos furtados –, crimes a que aquelas características são porventura menos intrínsecas ou intensas, apenas possam dar lugar à aplicação da perda alargada se se verificar *concretamente* que foram praticados de forma organizada (vd. o n.º 2 do referido artigo 1.º). É que, como se lê na Proposta de Lei n.º 94/VIII, que esteve na base da Lei n.º 5/2002, «*só assim eles são abrangidos pela ratio desta proposta, que não visa a pequena criminalidade*».

Por outro lado, se a *finalidade* da perda alargada é prevenir a prática de crimes – conforme decorre também exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII –, não pode deixar de salientar-se que a sua *consequência* é apenas a de colocar o sujeito na situação em que o mesmo se encontraria não fosse a obtenção das vantagens indevidas. É restabelecer o *status quo ante*; repor a situação patrimonial anterior, sem ultrapassá-la – *i.e.*, sem colocar o sujeito numa situação pior do que aquela em que anteriormente se encontrava. Ora, na medida em que não piora a situação patrimonial anteriormente existente, a perda alargada não se expõe, também por aqui, ao conflito com o direito de propriedade: apenas são confiscadas *vantagens*. Neste sentido, vejam-se os já citados Acórdãos *Phillips* (parágrafos 48 ss.) e *Gogitidze* (sobretudo os parágrafos 101 ss.), onde o TEDH concluiu pela *não* violação do direito de propriedade consagrado no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Já em *G.I.E.M.*, o TEDH identificou uma violação do direito de propriedade, porque o instituto aí em causa – a também já referida *confisca urbanística* – não se limitava a repor a situação patrimonial prévia, mas antes a degradava (vd. sobretudo o parágrafo 301). De resto, a circunstância de a situação patrimonial prévia constituir o *limite da consequência* da perda alargada regulada na Lei n.º 5/2002 robustece a ideia de que este instituto não apresenta natureza sancionatória, pelo menos para efeitos de aplicação de garantias que a Constituição da República Portuguesa reserva a âmbitos normativos dessa natureza.

III – Decisão

Pelo exposto, decide-se:

- a) Não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.ºs 1, 2 e 3 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro; e, em consequência,
- b) Negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, sem prejuízo do apoio judiciário de que beneficie, fixando-se a taxa de justiça em 25 (vinte e cinco) unidades de conta.

Lisboa, 26 de setembro de 2019 - *Lino Rodrigues Ribeiro* - *Gonçalo Almeida Ribeiro* - *Maria José Rangel de Mesquita* - *Joana Fernandes Costa* - *João Pedro Campos*

