



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Helena Sofia Martins Andrade

FRAGILIDADES DA REGULAÇÃO PENAL E
PROCESSUAL DA PERDA DE BENS
PERTENCENTES A TERCEIROS E DA PERDA SEM
CONDENAÇÃO

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora
Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Helena Sofia Martins Andrade

Fragilidades Da Regulação Penal E Processual
Da Perda De Bens Pertencentes A Terceiros E
Da Perda Sem Condenação

Vulnerabilities of criminal and proceeding regulation of third-party
confiscation and non-conviction-based confiscation

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora
Maria João da Silva Baila Madeira Antunes

Coimbra, 2023

Para o Rui Miguel.

Agradecimentos

Aos meus pais.

Ao meu irmão Pedro.

Ao meu irmão Rui Miguel, que, do céu, orienta o percurso pessoal e académico.

À avó Júlia.

À minha família.

Ao Matheus.

Às minhas amigas.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que me permite sonhar.

Em especial, à minha Orientadora, Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, pela inspiração, pela aprendizagem e pela partilha.

Resumo

A criminalidade lucrativa representa uma das maiores ameaças para os Estados, levando-os a questionar, constantemente, as suas políticas criminais. É nesse sentido que volta a ser tema, aquele que nunca deixou de o ser. É provando que o crime não compensa que se consegue desincentivar a sua prática e fazer a comunidade acreditar na vigência do direito.

Passando brevemente pela história legislativa, pela previsão substantiva e, com destaque para o desenvolvimento do estudo, pela natureza jurídica da perda de bens, vamos conhecer o mecanismo de perda de bens pertencentes a terceiros e de perda de bens sem condenação, mecanismos que poderiam ser a arma mais poderosa contra a criminalidade reditícia, e que não são, muito por força da escassa e insuficiente regulação processual.

Expomos questões, ensaiamos respostas e procuramos preencher conceitos. Procuramos saber quem é o terceiro e, por oposição, quem não o é, porque é beneficiário, propomos um estatuto processual para o terceiro, com respeito pelos princípios constitucionais do processo penal, superando o atual silêncio de regime, no qual o atual terceiro não é sujeito, nem mero participante processual.

Conhecendo o regime do ordenamento jurídico vizinho (Espanha) e a interessante transposição da Diretiva 2014/42/UE, procuraremos, apoiados nessa forma de procedimento, desenhar aquela que poderá ser a tramitação após a morte do agente ou a declaração de contumácia no nosso direito processual.

Por fim, não ignoramos a recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/05/2022, que, a ser aprovada, impulsionará uma alteração legislativa que poderá alterar o Processo Penal, tal como o conhecemos.

Palavras-Chave: Perda clássica, Perda de bens pertencentes a terceiro, Perda de bens sem condenação, Direito comparado, Natureza jurídica

Abstract

Lucrative criminal activity represents one of the biggest threats to states, leading them to constantly question their criminal policies. In this sense, the topic that has never ceased to be relevant, resurfaces. It is by proving that crime does not pay off that one can discourage its practice and make the community believe in the effectiveness of the law.

Briefly delving into legislative history, substantive provisions, and emphasizing the development of the study, by the legal nature of confiscation, we will examine the mechanisms of third-party confiscations and non-conviction-based confiscations, which could be the most powerful weapon against lucrative crime, but are not, due to the lack of adequate procedural regulation.

We present questions, offer insights, and aim to clarify concepts. We seek to understand who the third party is, and conversely, who is not, as they are the beneficiary, we propose a procedural statute for the third party that respects constitutional principles of criminal procedure, surpassing the current the legislator's silence, where the third party is neither a subject nor a mere procedural participant.

Drawing from the legal system of neighbouring jurisdictions (Spanish) and the interesting transposition of Directive 2014/42/UE, we will attempt to outline the procedures that may occur after the death of the perpetrator or a declaration of contumacy.

Lastly, we acknowledge the recent Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council, dated 25/05/2022, which, if approved, will drive a legislative change that could change Criminal Procedure as we know it.

Keywords: “Classic” confiscation, Third-party confiscations, Non-conviction-based confiscations, Comparative law, Legal nature

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – alínea

Art. – artigo

Cf. – Confrontar

Cord. – Coordenado por

CP – Código Penal Português

CPC – Código de Processo Civil

CPE – Código Penal Espanhol

CPP – Código de Processo Penal Português

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal en España

MP – Ministério Público

N.º - Número

ob. cit. – obra citada

p. – página

pp. – páginas

ss. – seguintes

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)

StPO – Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal Alemão)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS - *Sentencia del Tribunal Supremo*

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

Índice

Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract.....	6
Lista de Siglas e Abreviaturas	7
Introdução.....	11
Capítulo I – Questões Prévias Fundamentais	14
1. Breve referência à política criminal europeia.....	14
2. A perda de produtos e vantagens.....	17
3. Natureza jurídica.....	23
3.1. Posição adotada	28
3.2. Consequências da posição adotada.....	31
Capítulo II – A Perda de Bens do Código Penal	33
1. Perda de bens pertencentes a terceiros	33
1.1. Regime adjetivo e âmbito objetivo	34
1.2. Delimitação subjetiva	36
2. Perda de bens sem condenação.....	40
2.1. As alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio	41
2.1.1. Declaração de contumácia	43
2.1.2. Morte do agente	43
2.1.3. Outras hipóteses de perda sem condenação no CPP	45
3. Perda de bens de terceiro não baseado numa condenação?.....	48
Capítulo III – O Processo Penal para a Decisão de Perda.....	50
1. O terceiro no processo penal e o novo art. 347.º-A.....	50
2. Estatuto processual do terceiro	53
3. Regulação processual da perda de bens de terceiro.....	58

3.1.	O terceiro no processo penal espanhol	60
3.2.	Chamamento ao processo	62
3.3.	O âmbito da intervenção do terceiro	67
3.4.	Sentença e recurso	69
4.	Regulação processual da perda de bens sem condenação	71
4.1.	O processo na legislação espanhola - <i>El Procedimiento de Decomiso Autónomo</i> 71	
4.2.	Competência	79
4.3.	Impulso processual e princípio da acusação	81
4.4.	Notificação	84
4.5.	Direito de assistência por advogado	85
4.6.	A Prova	87
4.7.	Cessação da contumácia e prosseguimento do processo	89
5.	Que futuro para o instituto da perda? Breve referência � Proposta de Diretiva	91
	Conclusão	96
	Bibliografia.....	102
	Jurisprudência.....	110

Introdução

Há crimes facilmente explicáveis na sua intenção. A criminalidade económico-financeira é um desses casos, e há muito que se tornou evidente que a ação contra estas formas de criminalidade se ganha “investindo em instrumentos que arredem de todo a possibilidade de o crime compensar”¹, só atingindo o móbil do crime se consegue prevenir e desincentivar estas práticas.

Na União Europeia², segundo estimativas da Europol, “apenas cerca de 2 % do produto do crime são congelados e 1% declarado perdido. Tal permite aos grupos de criminalidade organizada investir na expansão das suas atividades criminosas e na infiltração na economia lícita. A Europol estima que entre 0,7 e 1,28 % do PIB anual da UE estão ligados a atividades financeiras suspeitas”³. Iniciaremos o nosso estudo traçando, de forma breve, o caminho que se tem feito a nível europeu, na tentativa de alcançar uma harmonização de medidas de confisco, de modo a combater as novas tendências além-fronteiras de dissipação de bens instrumento, produto ou vantagem do facto.

Caminho traçado, estaremos em condições de conhecer o instrumento de direito europeu mais importante no nosso estudo, a Diretiva 2014/42/UE. É acerca desta diretiva e, sobretudo, sobre a lei que a transpôs que procederemos a um exame crítico das opções do legislador, do (des)mérito da regulação, mas sobretudo, das lacunas, das fragilidades, de tudo aquilo que o Código de Processo Penal podia dizer, mas no lugar de normas, de estatutos, de um processo, temos silêncios.

Em Portugal, a perda de bens⁴ como instrumento para a luta contra a criminalidade lucrativa não é um mecanismo recente, no entanto, aquele que “durante anos

¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4005, Ano 146, Julho-Agosto, 2017, p. 363.

² Em Portugal, no ano de 2021 foram apreendidos 236 milhões de euros, o MP requereu a perda de vantagens e produtos no valor de 3 biliões e, foi declarado perdido 1 milhão de euros. Dados fornecidos por JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, Conferência sobre a Recuperação de Ativos, Tribunal da Relação de Guimarães, Intervenção Oral, 20/03/2023.

³ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa, disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0217>, p. 2.

⁴ Referir-nos-emos a perda e confisco de modo indiferenciado e com o mesmo significado. *Vide* no mesmo sentido, mas confrontando com opiniões diversas, 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”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 2, 2011, pp. 266 e 267, nota de rodapé 2.

desempenhou um papel secundário no terreno penal, converteu-se, atualmente, na arma primordial da política criminal do nosso tempo”⁵, em consequência da insuficiência preventiva e dissuasora das penas tradicionais⁶.

O instituto da perda de bens não logrará o seu objetivo se não passar também pelo desapossamento dos produtos, instrumentos e vantagens pertencentes a pessoa diversa do agente. Tendo isso em conta, o Código Penal prevê a perda destes bens sempre que aquele titular conhecesse ou tivesse condições de saber da proveniência ilícita daqueles bens.

Foi ainda, por a perda clássica, como consequência (para o agente) de uma condenação, não ser o suficiente para cumprir o mote “o crime não pode compensar”, que o legislador português, antecipando⁷ a atual política criminal de perda sem condenação, se referiu expressamente à perda ainda que nenhuma pessoa determinada pudesse ser perseguida ou punida pelo facto, logo em 1982.

No entanto, e ainda que tenha sido precursor nesta matéria e que a sua previsão tenha evoluído, muito por necessidade de cumprir compromissos europeus, o que se tem revelado é que o legislador tem ficado para trás na regulação de um regime próprio para a perda de bens pertencentes a terceiros e para o processo de perda sem condenação.

Esperava-se, com a transposição da diretiva de 2014 que o legislador definisse um estatuto próprio para os terceiros, atribuindo-lhe garantias processuais, prevendo a assistência por advogado, a intervenção no processo, o direito a ser ouvido e a defender-se da condenação. Obtivemos, com a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, um pouco pensado art. 347.º-A, do CPP, com poucas consequências ou respostas práticas.

⁵ EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La Regulación del Decomiso tras la Reforma de la Ley Orgánica 1/2015” in IGNÁCIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS E NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCIA (DIRECTORES), *Recuperación de Ativos Y Decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales ibero-americanos*, tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 430.

⁶ Muito embora a consideração de PEDRO CAEIRO de que esta conclusão tenha mais de intuitiva e seja de difícil demonstração empírica, cf. PEDRO CAEIRO, “O confisco numa perspectiva política criminal europeia”, em MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, 2018, 1º Edição, Imprensa Nacional, Ministério Público Portugal, Procuradoria-Geral Distrital do Porto, p. 19.

⁷ Em décadas, como mostrou JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» No Direito Penal Português Vigente: “Quem Tem Medo Do Lobo Mau?”, *Julgar Online*, n.º 32, 2017, Almedina, p. 86.

Quando estudamos o regime da perda não dependente de uma condenação, chegamos ao desencadeamento do processo e o estudo cessa. Não sabemos nada mais. Como se processa? De quem é o impulso? No âmbito de que processo: do principal ou de outro? O processo continua para efeitos de perda, mesmo contra terceiros? E os herdeiros, qual o seu papel? São terceiros? Que garantias tem o terceiro? Poderá recusar-se a opor? Está vinculado, como as testemunhas, ao dever de dizer a verdade? O pedido de perda – contra o agente ou contra terceiro – tem, sob pena de nulidade, de constar da acusação? E se a contumácia cessar? O que acontece à decisão de perda se a decisão do processo principal for de absolvição?

São muitas as questões, mas escassas as respostas. Numa altura em que, não raras vezes, vemos ser discutidas soluções ou mecanismos para combater as mais diversificadas formas de ocultação das vantagens e do produto do crime, é hora de estudarmos o que existe no ordenamento jurídico e que, munido de uma regulação condizente com as necessidades, será a arma mais poderosa de prevenir a prática de crimes.

Não nos limitaremos a apontar as questões e as fragilidades processuais, mas, com a esperança de uma ação legislativa iminente, propomos alterações inspiradas em ordenamentos jurídicos europeus, em especial, e tendo como referência, a vizinha Espanha que, sem prejuízo de críticas à atuação do legislador, concede não só um estatuto processual aos terceiros a quem pertencem instrumentos, produtos e vantagens do facto ilícito, como também regula o processo para a perda, a de terceiro e a sem condenação.

Por fim, analisaremos a mais recente Proposta de Diretiva, instrumento de regulação europeia que, a ser aprovado, poderá ser a *luz* que a doutrina e a jurisprudência têm procurado alcançar para incentivar a necessária mudança. A regulação processual do instituto da perda de bens pertencentes a terceiros e da perda de bens sem condenação não é um mero *capricho* dos aplicadores do direito, é uma necessidade em nome da segurança jurídica das decisões judiciais.

Capítulo I – Questões Prévias Fundamentais

1. Breve referência à política criminal europeia

A política criminal supraestadual constrói-se por referência à matriz do Estado⁸, mas é precisamente nela que os Estados se vão influenciar para a construção das suas políticas-criminais, sobretudo em temas que ultrapassam as fronteiras e cuja eficácia e sucesso dependem, em muito, da cooperação judiciária e do reconhecimento mútuo de decisões.

A Recuperação de Ativos é um desses casos, em que a eficácia das decisões e a preocupação em mostrar que *o crime não compensa* apenas se tornará eficaz existindo uma harmonização legislativa nesta matéria nos diversos ordenamentos jurídicos⁹.

Por essa relevância e por considerarmos que as alterações legislativas processuais que identificamos como necessárias serem também a realização de compromissos europeus, propomo-nos a, de forma breve, contextualizar em que ponto da política penal europeia nos encontramos nesta matéria e de que modo o nosso legislador tem acompanhado a evolução.

Quando nos referimos à história legislativa europeia no âmbito desta matéria, conseguimos identificar que o início da produção legislativa se inicia com a “luta contra a criminalidade organizada” e conseqüentemente, contra o branqueamento, apontado sempre como o maior problema nesse âmbito. O primeiro instrumento foi a Convenção concluída em Estrasburgo em 1990¹⁰, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, conhecida como a Convenção de 1990 ou Convenção de Estrasburgo. A convenção foi adotada por se considerar que “a luta contra a criminalidade grave, cada vez mais um problema internacional, exige o

⁸ PEDRO CAEIRO, O confisco numa perspetiva política criminal europeia, *ob. cit.*, p. 22.

⁹ Sobre isto, *vide* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais, *in* MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos, Coimbra, Almedina, 2021, p.11.

¹⁰ Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda de produtos do crime, aberta à assinatura em 1990, e iniciando a sua vigência internacional em julho de 1993.

emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional”¹¹ e que um desses métodos consiste em privar o delinquente dos produtos do crime.

Estamos, atualmente, na mais recente fase¹² de produção legislativa nesta matéria, com a adoção da Diretiva 2014/42/UE¹³ e do Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018¹⁴. Não podemos deixar de mencionar a recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Recuperação e Perda de Bens que visa juntar num só instrumento as diversas diretivas em vigor, procurando cumprir os objetivos da Comissão no combate à criminalidade lucrativa¹⁵.

Sabemos já da relevância das diretivas como instrumento de coordenação e harmonização do direito interno dos estados-membros, por conferirem alguma liberdade na escolha dos meios empreendidos para alcançar os objetivos impostos¹⁶. No caso deste instrumento, no entanto, conceder essa discricionariedade aos Estados não se mostrou benéfico, uma vez que a transposição não foi uniforme e levou “a um reconhecimento mútuo insuficiente e a uma cooperação aquém do que seria de desejar”¹⁷.

A aprovação do regulamento tem uma eficácia *per se* rápida, uma vez que estes instrumentos legislativos são equiparados às leis do direito interno¹⁸ e gozam de aplicabilidade direta, não necessitando de qualquer ação por parte dos estados para que possam constituir fonte de direito interno.

Pela diferença na eficácia dos instrumentos e pelas próprias matérias de que trata, é a Diretiva que revelará para o nosso estudo. A Diretiva 2014/42/UE impôs regras mínimas e era expectável que, aquando da transposição, o legislador aproveitasse o momento para as (*há muito*) necessárias alterações legislativas de modo a regular processualmente a

¹¹ Considerações da convenção referida.

¹² Cf. PEDRO CAEIRO, “O confisco numa perspetiva política criminal europeia”, *ob. cit.*, p. 26.

¹³ 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 na União Europeia, publicada em Jornal Oficial em 29/04/2014.

¹⁴ 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, publicado no Jornal Oficial da União Europeia a 28/11/2018.

¹⁵ Proposta de 25/05/2022, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0245>.

¹⁶ Cf. JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 215.

¹⁷ *Vide* considerando 6, Regulamento (EU) 2018/1805, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018.

¹⁸ Estando mesmo sujeitos a controlo constitucional. Cf. JÓNATAS E. M. MACHADO, *ob. cit.*, pp. 213-214.

perda de bens sem condenação penal¹⁹, a participação e o estatuto do terceiro afetado pela decisão de perda.

A verdade é que Portugal falhou, desde logo, com o prazo de transposição da Diretiva que se previa que fosse até 4 de outubro de 2015 (art. 12.º da Diretiva) e foi transposta apenas em 2017, com a aprovação da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Assim, estudaremos a versão atual do CP e do CPP, alterados por aquela Lei.

¹⁹ Embora tenha proposto mecanismos muito limitados, o que levou a crer que seria dada pouca importância na transposição. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, “Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia?”, *in* MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, 2018, 1º Edição, Imprensa Nacional, Ministério Público Portugal, Procuradoria-Geral Distrital do Porto, p. 341.

2. A perda de produtos e vantagens

A perda, enquanto mecanismo de reação criminal, não é recente na História Legislativa Portuguesa²⁰. A sua aceitação constitucional não foi linear, e proibiu-se, desde a Carta Constitucional de 1826, o confisco de bens do delinquente, embora se entendesse que a perda como pena fosse proibida, a perda como efeito da pena já não o era, o que levou a que sempre tenhamos tido normas sobre o confisco de bens²¹.

O confisco, ora proibido, ora reintroduzido na legislação penal, surge no Código Penal de 1886 como um “«efeito da pena» (ou da condenação)”²², integrando, sistematicamente, o Título III, intitulado “Das consequências jurídicas do facto”.

A atual configuração da perda presente no Código Penal (desde 1982) deve-se, sobretudo, ao projeto de Reforma do Código Penal, elaborado por EDUARDO CORREIA, que, graças a esse contributo, encontra-se hoje consagrado e delimitado de modo mais rigoroso, mas permitindo também garantir e reforçar a eficácia da medida com mecanismos cada vez mais amplos, como é o caso do confisco de terceiros e do confisco sem condenação²³.

Quando falamos na perda de bens a favor do Estado queremos, de um modo geral, referir-nos à perda de instrumentos, produtos e vantagens. Neste ponto dedicar-nos-emos a percorrer cada uma destas categorias e a delimitá-las.

O Código Penal começa por se referir à perda dos instrumentos, dedicando-lhe o art. 109.º. São instrumentos os objetos que serviram ou estavam destinados a servir para a

²⁰ Num estudo bem desenvolvido sobre a evolução legislativa, cf. JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português, História, Soluções e Desafios*, Edições Almedina, Coimbra, 2023, pp. 25-47.

²¹ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, S.A, Lisboa, 2012, p. 36, “o alegado caráter desumano e impessoal do confisco não o inviabilizou totalmente, permitindo a sua sobrevivência limitada e disfarçada”.

²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.º Edição, 4.º Reimpressão, Coimbra Editora, 2013, p. 615.

²³ Assim, JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português... ob. cit.*, p. 47.

prática do crime, como, a título de exemplo, arma que estava destinada a ser usada para cometer um homicídio²⁴.

O art. 109.º determina a perda quando os instrumentos, “pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos”. Concluimos que, o que o legislador pretende com esta consequência jurídica do facto ilícito é prevenir a prática de futuros crimes e garantir a segurança das pessoas, da moral e da ordem pública, o que está em causa é a “perigosidade da própria coisa e não a perigosidade da pessoa”²⁵, estabelecendo, como requisito a conexão entre o instrumento e o facto ilícito típico.

Por sua vez, o art. 110.º refere-se à perda de produtos e vantagens, curiosamente colocando-as na mesma categoria, como uma categoria una, o que respeitaremos, de modo a sermos fiéis à letra da lei.

É produto do facto ilícito típico aqueles objetos que tenham sido produzidos pela prática do facto²⁶. A declaração de perda dos produtos era antes justificada pela doutrina tendo em conta a natureza jurídica daquela, análoga à medida de segurança. Assim, a perda destinava-se a “inocular perigos futuros e não a punir qualquer conduta ilícita passada”²⁷, entendimento este que derivava do facto de a perda dos produtos e dos instrumentos constar da mesma norma legal, o que levava a que se exigisse, para a perda de produtos, um juízo sobre o perigo daquele objeto para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública e da representação de um sério risco em serem usados para cometer novos factos ilícitos típicos.

Este entendimento rompe-se com a Diretiva 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, uma vez que deixa de se associar os produtos aos instrumentos e passa a

²⁴ Assim, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.º Edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2021, p. 488.

²⁵ JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» ..., *ob. cit.*, p. 89.

²⁶ A título de exemplo, é produto da prática do facto típico ilícito o documento falsificado ou a moeda contrafeita, cf. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, *ob. cit.*, p. 495.

²⁷ JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» ..., *ob. cit.*, p. 89.

associar-se à perda de vantagens. Assim, “só quando houver confisco das vantagens poderá haver, igualmente, perda dos produtos”²⁸.

Quanto à perda de vantagens não está em causa uma ideia de perigosidade intrínseca dos bens, neste caso, o fundamento para o confisco “reside, pois, na ideia de que “o crime não compensa”, consistindo num mecanismo destinado a prevenir e remediar o enriquecimento ilícito”²⁹.

É vantagem do facto ilícito, numa formulação que se repete a si mesma³⁰, “todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem” (art. 110.º, n.º 1, al. b) CP), acrescentando o n.º 2 do mesmo art. que esta declaração de perda “abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem”.

De notar que, não é necessário, para que se decida pela perda de recompensa, que esta tenha, de facto chegado ao destinatário, a sua promessa bastará para a perda. Assim sendo, a doutrina chama a atenção para o facto de, desta forma, se permitir a perda de bens ou direitos prometidos, mas que não existem ainda³¹, e, nesse caso, poder-se-ia questionar a admissibilidade da perda. A resposta parece-nos simples e bastará mobilizar os mecanismos que o próprio regime da perda nos oferece, não podendo os bens serem apropriados em espécie³², então, socorrer-nos-emos do art. 111.º, n.º 3 e substitui-se a perda pelo pagamento ao Estado do respetivo valor³³.

²⁸ JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» ..., *ob. cit.*, p. 89. Sobre esta matéria, o autor considera que a consequência desta alteração será a de aumentar o número de decisões de perda de produtos, uma vez que já não se avaliará, nem será condição, a perigosidade do bem. Concordamos com esta posição, embora seja, a nosso ver, uma consequência positiva para a finalidade política-criminal que se almeja com este mecanismo.

²⁹ JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» *ob. cit.*, p. 90.

³⁰ Cf. JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português... *ob. cit.*, p. 115.

³¹ JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português... *ob. cit.*, pp. 121 e 122, dá como exemplo os móveis que o carpinteiro promete oferecer para a cozinha do agente, feitos sob medida.

³² Devemos chamar a atenção para as duas modalidades da perda: a perda em espécie, em que o agente ou o terceiro afetado ficam privados do bem causa da decisão de perda, sendo essa a preferencial. Subsidiariamente, se não se conseguir apropriar em espécie, permite o CP (art. 110.º, n.º 5, 111.º, n.º 3 e 112.º-A), que a perda seja substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor.

³³ *Vide* JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português... *ob. cit.*, pp. 122 e 123.

A Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, veio ainda acrescentar à norma, que a vantagem *perdida* é a de facto ilícito “já cometido ou a cometer”, o que revela que não será *conditio* para a perda a consumação do facto ilícito, bastando a tentativa.

É nosso entendimento que a tentativa dá lugar à perda apenas quando esta for punível e, nos restantes casos, quando a tentativa não é punível e perante atos preparatórios, a perda não tem lugar. Outra solução violaria o disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP, ao restringir direitos para salvaguardar um direito ou interesse que não se encontra, naquela medida e extensão, constitucionalmente protegido. A opção do legislador em acrescentar esta indicação parece ser uma mera redundância do que já resultava da norma anterior, e, ainda que ferida de pouco sentido útil, não nos parece que na relação com a Constituição, outra interpretação possa ser adotada³⁴.

Como vemos, o conceito de vantagem é amplo, no entanto, o critério para a suscetibilidade de perda será sempre o da utilidade económica/geração de riqueza ou, mais rigorosamente, um enriquecimento patrimonial daquele a quem se atribui a vantagem, sendo esse critério de delimitação que faz excluir do âmbito daquele art. 111.º CP a perda de louvores e honras atribuídos a alguém, por razão de significarem apenas uma valorização da pessoa, mas não um incremento patrimonial³⁵.

Parece-nos, quanto a este último exemplo, que apenas não se inclui no âmbito daquele artigo caso a vantagem obtida seja meramente esse incremento reputacional. Se, por outro lado, a valorização daquela pessoa significar um outro ganho e esse ganho indireto tiver referência ou ligação ao facto típico ilícito, como por exemplo, se o agente, terceiro ou beneficiário, com essa valorização através de um louvor tiver um aumento no seu salário, esse incremento é, na nossa consideração, uma vantagem. Nesse caso, a vantagem é o aumento salarial que foi conseguido através da valorização pessoal ou profissional (obtida por razão da prática do facto)³⁶.

É ainda de incluir, dada a formulação “direta ou indiretamente”, os juros e lucros obtidos através da vantagem *principal*³⁷.

³⁴ Em sentido diverso, *vide* JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português... *ob. cit.*, pp. 122-124.

³⁵ Nesse sentido, JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 81.

³⁶ Nesse sentido, *vide* também JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português... *ob. cit.*, p. 117.

³⁷ Assim, JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 82.

JOÃO CONDE CORREIA, num estudo anterior à Diretiva de 2014, entendia que o que estava em causa na perda de instrumentos e produtos era a remoção de um perigo e, por isso, o confisco destes bens tinha uma natureza preventiva³⁸. Entendia que essa finalidade de prevenção justificava que na perda destes bens (e já não das vantagens) fosse impossível substituir a perda daqueles bens por sucedâneo ou pelo respetivo valor³⁹.

A Lei n.º 30/2017 além de fazer depender a decisão de perda dos produtos da avaliação de perigosidade, prevê que quer a perda de instrumentos, de objetos e de vantagens, seja substituída pelo pagamento ao Estado do seu respetivo valor (art. 109.º, n.º 3 e 110.º, n.º 4, CP), quando não puderem ser apropriados em espécie. Com esta nova previsão da lei deixa de fazer sentido o entendimento deste autor de que “só o efetivo confisco da coisa, ou mesmo a sua destruição (...) pode prevenir a perigosidade que ela encerra, desencadeia ou potencia”⁴⁰.

Não deixamos, no entanto, de considerar que a declaração de perda tem finalidades preventivas. Consideremos que, no caso da perda de produtos e vantagens a finalidade preventiva se projeta em prevenir o risco da prática de futuros crimes, mas, projeta-se, essencialmente, no propósito a que FIGUEIREDO DIAS chamou “prevenção da criminalidade em globo”⁴¹. No fundo, trata-se do efeito que o Direito Penal tenta, há muito, almejar: demonstrar que *o crime não compensa*, isto dirigido quer aquele agente (prevenção especial), quer à sociedade no seu todo (prevenção geral).

Parece claro, da exposição que fizemos que as necessidades de prevenção inerentes a uma e outra categoria de perda são completamente distintas. A propósito da perda dos

³⁸ JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, pp. 68 e 69. Tal entendimento foi seguido pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 11/2016, de 20 de Julho, Processo n.º 89/14.5YFLSB, disponível online <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/11-2016-74985441>. MÁRIO FERREIRA MONTE continua a concordar com tal entendimento, mesmo após a alteração legislativa, cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º5/2002, O Crime continua a compensar?, Edições Almedina, Coimbra, 2023, p. 104.

³⁹ JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 69.

⁴⁰ JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 69. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 109, pronuncia-se sobre se continua a fazer sentido o entendimento de JOÃO CONDE CORREIA após a alteração legislativa. Para este autor o legislador veio afirmar que instrumentos, produtos e vantagens (embora continuando a ligar – e a fazer depender – a perda de instrumentos à sua perigosidade), “constituem um perigo de continuação de atividade criminosa”.

⁴¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português: Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, *ob. cit.*, p. 632.

instrumentos, reparem, referimo-nos à *perigosidade da coisa*, juízo que é completamente alheio quando pensamos na perda constante do art. 110.º, de produtos e vantagens. Por esse motivo, e porque a perda de instrumentos é, dado os seus pressupostos, muito mais aceite e alvo de menos discussões doutrinárias, dedicaremos, na presente investigação, o nosso estudo, à perda de bens de produtos e vantagens pertencentes a terceiros (art. 111.º) e à perda sem condenação de produtos e vantagens (110.º, n.º 5 CP).

3. Natureza jurídica

Não se revela possível dedicar-nos ao estudo de qualquer tema relacionado com a perda de bens sem antes, com master importância, nos deleitarmos sobre a questão da sua natureza jurídica. A relevância, no âmbito do nosso estudo, passa por perceber que processo teremos aqui e que regras consideramos que devam ser seguidas, se as processuais penais ou se as processuais civis, com todas as consequências práticas que se seguirão ao entendimento, nomeadamente e sobretudo a aplicação das garantias constitucionais que vigoram para o processo penal.

Desde a aprovação do atual Código Penal que a discussão sobre a natureza jurídica paira sobre este instrumento ablativo, no entanto, se numa fase inicial a doutrina discutia se estávamos perante uma pena acessória, efeito penal da condenação, uma medida provisória análoga à medida de segurança ou uma terceira reação penal, hoje, com as mais recentes alterações legislativas, em especial com a perda de bens de terceiros e a perda não dependente de condenação, a discussão vai mais longe e o que se coloca em causa é a própria natureza penal do instituto de confisco de bens.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS alertou, logo aquando da aprovação do CP, para as dificuldades de definição dogmática⁴² deste instituto. Identificava a finalidade da perda como uma finalidade preventiva e reconhecia, por isso, este instituto como uma “providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança”⁴³, no sentido que visava prevenir a prática de futuros crimes, sendo esta tese acolhida de forma generalizada pela doutrina até há pouco tempo⁴⁴.

⁴² Refere-se, o autor, a uma “*indefinição dogmática*”, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 614.

⁴³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 628.

⁴⁴ Por outro lado, DAMIÃO DA CUNHA entendia que estávamos diante de uma sanção criminal, uma vez que esta dependia da verificação de um facto ilícito típico suscetível de gerar a “aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança”. Excluía a possibilidade de a considerar efeito da condenação, uma vez que a perda não goza de automaticidade na sua aplicação, está dependente de ser declarada. Concluía aquele autor, numa época em que também a perda de produtos dependia de um juízo de perigosidade, que esta reação penal poderia configurar uma sanção de carácter especial, que poderia ser aplicada de forma autónoma; por outro lado, no caso da perda que não dependia de um juízo de perigosidade – naquela época referia-se apenas à perda de vantagens – estaríamos diante de uma pena acessória, o que, naturalmente, significava que apenas poderia ser aplicada em caso de condenação do agente. Cf. JOSÉ MANUEL DAMIÃO CUNHA, *Da Perda de Objectos relacionados com o crime*, apontamentos policopiados para a disciplina de

Esta tese foi posta em causa por PEDRO CAEIRO, uma vez que é pressuposto da medida de segurança a perigosidade do agente e “nada é mais alheio ao instituto da perda do que a sua avaliação concreta de perigo de que as vantagens sejam futuramente utilizadas na prática de novos crimes”⁴⁵. O mesmo autor considera que a perda está mais próxima de uma pena do que da medida de segurança “porque a mensagem de que o “crime não compensa” é primordialmente dirigida à comunidade (prevenção geral), e só em segundo plano ao visado (prevenção especial)”⁴⁶. Ainda assim, afasta-se da proposta de DAMIÃO CUNHA de que a perda clássica seria uma pena acessória⁴⁷. Este autor prefere enquadrar a perda como uma medida *tertium genus* da panóplia de reações penais⁴⁸.

A esse propósito, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, ressaltando o seu reconhecido atrevimento, defende que o confisco tem natureza autónoma relativamente a todas as outras consequências jurídicas do crime. Para este autor, a perda de vantagens não pode ser entendida como tendo natureza penal apenas pelo facto de que ocorre em consequência de um facto ilícito típico e é reconhecido e tramitado no processo penal⁴⁹.

Começa por se referir ao Acórdão Welch vs. United Kingdom, do TEDH⁵⁰ de modo a ilustrar o início do seu entendimento dogmático. O Tribunal respondeu à questão sobre a natureza jurídica do instituto da perda de bens na Lei de 1986 do Reino Unido e

Direito Penal II, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1993, pp. 5-11 e 19-20, *apud* JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português, *ob. cit.*, p. 78.

⁴⁵ PEDRO CAEIRO, Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime, *ob. cit.*, p. 308. Concordamos com este entendimento, no entanto, não podemos deixar de mencionar que o Tribunal Constitucional já tinha julgado a perda de vantagens a que se refere o CP, como uma providência de natureza análoga à das medidas de segurança, Acórdão n.º 336/2006, Processo n.º 901/05, relatado pelo Conselheiro Benjamim Rodrigues, disponível online em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁴⁶ PEDRO CAEIRO, Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime, *ob. cit.*, p. 307.

⁴⁷ No mesmo sentido, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, que considera que não pode ser uma pena acessória, desde logo, porque não tem qualquer relação com a culpa do agente. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal..., *ob. cit.*, p. 487.

⁴⁸ PEDRO CAEIRO, Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime, *ob. cit.*, p. 308. De notar a conclusão, a propósito deste entendimento de PEDRO CAEIRO, feita por MÁRIO FERREIRA MONTE, de que esta proposta não é mais do que o comprovar que este instrumento jurídico não se identifica com nenhuma das consequências jurídicas conhecidas do facto, “o que comprava o seu carácter híbrido”. Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 104 e 105.

⁴⁹ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, O Confisco das Vantagens do Crime: Entre os Direitos dos Homens e os Deveres dos Estados – A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de Confisco, in MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, pp. 47 e 50.

⁵⁰ Acórdão Welch vs. United Kingdom, de 09/12/1995, disponível online em <https://rm.coe.int/16806ebd5d>.

pronunciou-se, naquele caso, pela natureza penal. RIGOR RODRIGUES mostra as razões que estiveram na base daquela decisão, tais como, o facto de naquele caso o confisco não estar dependente dos ganhos efetivamente obtidos pelo agente da prática do facto e ainda, o montante a fixar pelo juiz poder ser ponderado com base em critérios, tais como a culpa do agente. Ainda, em caso de não cumprimento, previa-se a possibilidade de pena de prisão⁵¹.

O que resulta é que a natureza civil é apontada por faltar à norma do nosso ordenamento jurídico aquelas características. Se a culpa fosse pressuposto e limite da perda, ou se se permitisse ao julgador decidir uma perda de montante diferente do obtido com o ilícito, então, para aquele autor, a perda já possuiria natureza penal⁵².

Para este autor a perda de vantagens iguala-se à indemnização, o que se pretende é “repor o *status quo ante* à prática do facto ilícito”. Por se tratar, diz-nos, de uma mera “devolução ao Estado dos proveitos económicos resultantes da prática de uma infração”⁵³, a perda não tem natureza sancionatória.

JOÃO CONDE CORREIA segue um entendimento muito idêntico, considerando a perda de vantagens como um “mero mecanismo civil enxertado no processo penal”⁵⁴.

Num estudo recente, MÁRIO FERREIRA MONTE propôs-se a responder à questão “O confisco é uma pena?”⁵⁵, percorrendo as várias hipóteses clássicas das consequências jurídico-penais. Começa por negar o confisco como pena acessória⁵⁶, desde logo porque se assim considerássemos não poderíamos admitir os casos que são objeto do nosso estudo, porque o confisco apenas se dirigia ao arguido e após a condenação⁵⁷. Além disso,

⁵¹ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *O Confisco das Vantagens do Crime*, *ob. cit.*, p. 45.

⁵² Avança, aliás, uma regra, “Se o confisco incidir apenas sobre os bens que foram obtidos com a prática do crime, ou seja, se se restringir ao efetivo enriquecimento obtido pelo agente, o confisco não terá carácter penal e a sua natureza será comparável à reconstituição natural que existe no direito civil”, cf. HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *O Confisco das Vantagens do Crime*, *ob. cit.*, p. 53.

⁵³ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *O Confisco das Vantagens do Crime*, *ob. cit.*, p. 51.

⁵⁴ JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations», *ob. cit.*, p. 94.

⁵⁵ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, pp. 77-143. A este propósito, *vide* também JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 77.

⁵⁶ Embora o legislador o tenha configurado dessa forma em diplomas fora do Código Penal, *vide*, a título de exemplo, art. 8.º DL n.º 28/84, de 20 de janeiro. O mesmo autor deixa, no entanto, aberto uma certa nota, ainda que não desenvolvida de que estes casos em que o legislador configura a perda como pena acessória, “enquanto razões de inconstitucionalidade o não impedirem”. Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, pp. 89 e 91.

⁵⁷ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 89. Ainda assim, poder-se-ia admitir, na nossa visão, a perda de bens pertencentes a terceiros de má-fé, uma vez que, muitas das vezes é uma

conclui o autor, optar por este entendimento seria admitir a perda como uma sanção penal, “quando na verdade, em geral, nos casos de confisco de vantagens, punir não é seguramente o fundamento (mais relevante) do confisco”⁵⁸.

Sobre saber se estamos perante uma medida de segurança, não considera o autor que haja uma avaliação de perigosidade do agente aquando da decisão de confisco, não podendo por isso considerá-lo medida de segurança⁵⁹.

Coloca ainda três hipóteses, será efeito da pena? Efeito do crime? Ou efeito da “atividade criminosa”?⁶⁰ Adiantamos que o autor nega todas estas hipóteses. Quanto ao efeito da pena é fácil de entendermos, sobretudo em caso de perda sem condenação⁶¹ a razão de ser afastada, “não havendo condenação, não há pena”, sendo que “sem esta não há o seu efeito”⁶².

Quanto à segunda hipótese ela é negada pelo autor de imediato, uma vez que, “não existem efeitos automáticos do crime”. E, mesmo quando se coloca como efeito de certos crimes uma consequência (como acontece no art. 65.º, n.º 2 CP), estes não são verdadeiros efeitos do crime porque não gozam de automaticidade⁶³.

Para MÁRIO FERREIRA MONTE, “a linha de distinção entre um eventual confisco de natureza penal ou um confisco restitutivo passa pela exigência ou não de ligação entre a coisa confiscada e o crime pregresso”, assim, conclui que, “sendo preventivo e ligado a um facto ilícito típico, é natural que tenha natureza sancionatória, análoga às medidas de segurança”⁶⁴.

pertença aparente, para frustrar as finalidades do confisco. Concordamos que tal entendimento dogmático afastaria a perda sem condenação.

⁵⁸ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 89.

⁵⁹ E nem pena, ainda que acessória, porque não se baseia na culpa do agente. E, sendo a perda sem condenação, seria impossível pensarmos em tal hipótese. Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, pp. 90 e 91.

⁶⁰ Embora, a esta última questão tenha respondido sobretudo tendo por referência a perda alargada, fazendo referência ao património incongruente.

⁶¹ E não faria sentido considerarmos, no mesmo regime jurídico, em que se admite quer a perda sem condenação, quer a perda em consequência de uma condenação (perda clássica), que uma e outra tivessem natureza distinta. Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, pp. 92 e 93.

⁶² MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 91.

⁶³ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 99. DAMIÃO DA CUNHA já havia concluído no mesmo sentido, *vide* nota de rodapé 44.

⁶⁴ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 108.

Numa nota de direito comparado, devemos chamar a atenção para EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS que, também ele, aponta a natureza civil quanto ao confisco das vantagens e dos produtos, ao considerar que aquela está orientada para suprimir toda a classe de enriquecimento injusto que surgiu com o facto ilícito e pretende-se restaurar a legalidade patrimonial⁶⁵. A perda é, para este autor, uma *medida sui generis* e mesmo que haja uma referência à natureza criminal, está orientada a reparar um enriquecimento contrário ao Direito⁶⁶.

O legislador espanhol pronunciou-se quanto à natureza jurídica do instituto⁶⁷, apoiando-se na jurisprudência do TEDH para concluir que o confisco sem condenação não tem natureza propriamente penal. O TEDH entendeu que o confisco das vantagens “é mais comparável à restituição do enriquecimento sem causa do que a uma multa aplicada na forma de lei penal”, “uma vez que o confisco é limitado ao enriquecimento real (...) isso não mostra que se trata de um regime sancionatório”⁶⁸. O que o legislador se esqueceu de mencionar, segundo ANA CARRILO DEL TESO, é que o TEDH chega aquela conclusão “*dada la particular naturaleza del decomiso en la legislación de Liechtenstein*”⁶⁹⁷⁰.

ANA CARRILO DEL TESO não tem dúvidas da natureza penal, ainda que o legislador queira “*huir del derecho penal*”, “*el decomiso es una consecuencia jurídica penal, derivada del ius puniendi, por lo que todo proceso en que el se imponha será un proceso penal, como herramienta para ejercer la potestad sancionadora del Estado*”. Este procedimento é pensado da mesma forma que o penal, o que leva a concluir que estamos

⁶⁵ EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La Regulación del Decomiso tras la Reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *ob. cit.*, p. 430.

⁶⁶ EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La Regulación del Decomiso tras la Reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *ob. cit.*, p. 441.

⁶⁷ Erradamente, no entender de ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 196-197.

⁶⁸ Citado na Lei Orgânica 1/2015, de 31 de março, de 2015, Sec. I. Pág. 27067, Boletín Oficial Del Estado.

⁶⁹ Lê-se, no CP de Liechtenstein, Art. 19.º, “Confisco” 2. Deve-se abster de determinar o confisco se for desproporional à importância do delito ou à acusação contra o autor do crime”. Tradução Livre.

⁷⁰ Além disso, embora o legislador não se tenha pronunciado diretamente sobre a natureza civil, preferindo apenas negar a penal, ao longo da lei processual escolhe remeter diversas vezes para a lei civil e usa termos processuais civis, o que, para esta autora, parece intencional. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 197 e 227.

perante um procedimento penal, embora alguns autores se refiram a ele como “processo penal especial”⁷¹.

No Código Penal Brasileiro, por seu turno, é tomada uma opção acerca desta matéria, e, além de se prever a perda de produtos, instrumentos e vantagens como efeito da condenação (art. 91.º, inciso II, CP Brasileiro⁷²), enquadra-a entre as penas restritivas de direitos (art. 43.º, inciso II).

Já quanto à perda de instrumentos, que não será objeto do nosso estudo pela sua diferença dogmática face aos produtos e vantagens, não podemos deixar de fazer nota de que o entendimento da sua natureza jurídica é mais pacífico. Compreende-se de uma forma generalizada na doutrina que, nesse caso, estamos perante uma medida de natureza penal, nomeadamente uma *providência sancionatória de medida análoga à da medida de segurança*⁷³ dada a sua vocação para neutralizar a perigosidade objetiva dos bens⁷⁴.

3.1. Posição adotada

Expostas posições doutrinárias e soluções de direito comparado, devemos agora mostrar aquela que é a nossa posição. Não duvidamos que a consequência jurídica da perda de bens a favor do Estado comporta consequências civis, uma vez que entramos na esfera dos direitos reais, no entanto, consideramos que estamos não perante uma medida de natureza civil, mas de natureza sancionatória, sujeita aos princípios jurídico-penais.

Desde logo, pela própria distinção que se faz entre direito público e direito privado. O critério distintivo é designado por teoria dos sujeitos e o que distingue um e outro ramo do direito é a “posição em que intervêm os sujeitos”⁷⁵. O direito privado regula as relações

⁷¹ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 227-228.

⁷² Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

⁷³ O STJ, perante oposição de julgados, entendeu neste sentido no já referido Ac. n.º 11/2016, de 20 de julho.

⁷⁴ Cf. JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations»..., *ob. cit.*, pp. 88-89, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *O Confisco das Vantagens do Crime*, *ob. cit.*, p. 47, e ainda, doutrina espanhola sobre o tema, *vide* EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La Regulación del Decomiso tras la Reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *ob. cit.*, p. 430.

⁷⁵ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.º Edição, 2.º Reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 39.

entre particulares ou entre particulares e o Estado despido do seu poder de autoridade⁷⁶ (ou *ius imperium*). Consideramos que, no âmbito do decretamento da medida da perda, o Estado atua não baseado numa relação privada, mas impondo o seu poder⁷⁷.

HÉLIO RIGOR RODRIGUES apontava, para negar a natureza penal, que a perda de bens não cumpria o princípio da pessoalidade, tendo em conta que esta se poderia aplicar a pessoas diferentes do agente da prática do facto, nomeadamente a terceiros que não estejam de boa-fé⁷⁸.

Não acolhemos, no entanto, este entendimento, uma vez que, embora a perda de bens se fundamente no facto ilícito e típico, não tem como destinatário o agente ou as pessoas a quem o bem pertence, mas sim os bens de proveniência ilícita⁷⁹, visando cumprir finalidades político-criminais de prevenção, o que justifica que a perda ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto ou quando estes pertençam a terceiros.

Poder-se-ia questionar que, se a perda se dirige aos bens, qual a razão para se proteger o terceiro de boa-fé e apenas decretar a perda de terceiros quando a conduta destes for censurável. Entendemos que esta decisão resulta não de uma ponderação de culpa do terceiro, mas de um próprio juízo de razoabilidade. Se pensarmos nas finalidades político-criminais, em especial, na prevenção geral, facilmente compreendemos que a comunidade não vê no bem que pertence aquele terceiro (por exemplo, que adquire um bem, cuja proveniência é ilícita, não conhecendo nem devendo conhecer) uma ameaça para a paz jurídica comunitária.

Por outro lado, quando nos referimos a terceiro que tira benefício do facto, que adquire conhecendo a proveniência ou que aceita os bens no seu património, de modo a fraudar a decisão de perda contra o agente, quanto a esses, já existe uma necessidade de que o

⁷⁶ É assim quando o Estado atua “fora do exercício de quaisquer funções soberanas”. Cf. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, *ob. cit.*, p. 40.

⁷⁷ Em sentido diverso, a propósito de afastar a consideração desta sanção como administrativa, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, O Confisco das Vantagens do Crime, *ob. cit.*, pp. 47-48.

⁷⁸ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, O Confisco das Vantagens do Crime, *ob. cit.*, p. 52.

⁷⁹ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 88 e 106. O autor concorda com este argumento, embora considere que extrair daí uma conclusão de que a natureza é penal é uma questão distinta, exigindo “estudo e prudência”.

direito penal reforce a confiança e as “expectativas na manutenção da vigência da norma violada”, restabelecendo assim a “paz jurídica comunitária abalada pelo crime”⁸⁰.

Quanto ao argumento que, por não se confiscar mais nem menos do que o que o infrator alcançou, defende a natureza não penal e mesmo civil do instituto, devemos chamar a atenção para o art. 110, n.º 2, do CP, uma medida de natureza não penal não permitiria que se decretasse a perda de recompensas prometidas, mas não entregues⁸¹. É o caso do A que promete entregar o montante x a B para que este o valorize mais positivamente num concurso público, mas o valor não chega a ser entregue. O senhor A é acusado pelo crime de corrupção ativa, previsto e punido pelo art. 347.º CP.

Se a perda de vantagens fosse um mecanismo de direito civil (ou mesmo o administrativo), então não existia aqui uma decisão de perda, uma vez que não existia o que restituir, mas é precisamente pela sua natureza ser uma natureza penal que lemos no art. 110.º, n.º 2 CP que a perda de vantagens abrange a recompensa (dada ou) prometida.

Ainda, de considerar o argumento de que a perda consiste em uma mera restituição, uma devolução ao Estado daquilo que se adquiriu ilicitamente⁸². PEDRO CAEIRO contraria este entendimento demonstrando que na perda por sub-rogação, por valor equivalente, não se trata de fazer qualquer restituição da propriedade, mas retirar ao agente os seus ganhos⁸³.

Propomos que se pense em outra hipótese prática que demonstra as diferenças entre estarmos diante de um mecanismo civil ou de um mecanismo de direito penal. Pensemos, para isso, no A, relojoeiro, que furta B, subtraindo-lhe o seu relógio. Este A vende, posteriormente, o relógio (pelo valor de mercado) a C, que o procura por razão da sua profissão.

Resulta do próprio caso de escola que aquele C não conhecia e nem lhe era exigível que conhecesse a proveniência ilícita do bem, o que nos faz concluir que o terceiro a

⁸⁰ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, TOMO I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3.º Edição, Gestlegal, 2019, pp. 90-91.

⁸¹ PEDRO CAEIRO usa este argumento para defender a natureza penal da perda. PEDRO CAEIRO, “Offence-based confiscation: replacing criminal law with something better?” in S. Quattrococo/S. Oliveira e Silva/E. Sacchetto (eds.), *Assets Confiscation and Prevention of Crime in Europe. An Overview upon the EU and Domestic Legislations*, CEDAM, Itália, 2022, p. 17.

⁸² HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *O Confisco das Vantagens do Crime*, *ob. cit.*, p. 51, falava em “fazer regressar à sociedade os bens que lhe pertencem, por via do dano que o crime lhe infligiu”.

⁸³ PEDRO CAEIRO, “Offence-based confiscation: replacing criminal law with something better?” *ob. cit.*, p. 17.

quem pertence o produto do crime é um terceiro de boa-fé, não tendo, por isso, lugar a perda do relógio. A questão que se coloca é a de saber se o facto de *C*, terceiro, estar de boa-fé, frustra o direito de *B*, o verdadeiro proprietário. Vejamos, se num primeiro momento aplicamos o direito penal e rejeitamos a perda porque o terceiro está de boa-fé, depois, o proprietário vai ter a possibilidade de mobilizar o direito civil, de modo a reivindicar (art. 1311.º CC) do terceiro adquirente⁸⁴ o seu bem⁸⁵.

Além destas considerações, não poderá ser ignorado o contributo europeu nesta matéria, nomeadamente a Diretiva que deu razão à mais recente alteração legislativa no regime da perda de bens, a Diretiva 2014/42/EU e ainda o Regulamento (UE) 2018/1805, e, é de considerar que um e outro instrumento foram aprovados ao abrigo de uma norma de autorização de legislar em matéria penal (art. 82.º TFUE), o que nos parece indicador da sua natureza, também no plano europeu.

Expondo o Direito em unidade, parece-nos claro que estamos perante uma medida de natureza penal, uma consequência jurídica do crime, que, ao lado das penas e das medidas de segurança, mas também do registo da condenação no registo criminal, entre outras, asseguram a realização das finalidades preventivo-penais. E só é assim porque, concordando com MÁRIO FERREIRA MONTE, mesmo quando a perda é de bens pertencentes a terceiros e mesmo não sendo necessária a condenação, existe uma ligação entre o facto ilícito típico e a declaração de perda⁸⁶.

3.2. Consequências da posição adotada

Tomada posição sobre a natureza jurídica da perda clássica, regulada no Código Penal, devemos enunciar, ainda que brevemente, os princípios que, consequentemente, consideramos aplicáveis a este instituto e ao seu processo. Desde logo, entendido que a perda de bens é uma medida de natureza sancionatória, concluímos que esta está

⁸⁴ Ainda que este terceiro esteja de boa-fé não cabe no âmbito da proteção conferida pelos art. 243.º e 291.º do CC.

⁸⁵ Ao abrigo do direito de sequela, que se traduz na “faculdade de o titular perseguir o objeto onde quer que ele se encontre, nomeadamente reivindicando-o de um terceiro adquirente.” ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coordenado por: FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, 2.º Edição, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 225-226.

⁸⁶ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Confisco é uma Pena?”, *ob. cit.*, p. 108.

subordinada aos princípios estruturantes do direito processual penal, em tudo que não seja incompatível⁸⁷.

Desde logo, o instituto está subordinado aos limites impostos pelo art. 18.º, n.º 2 CRP, devendo a restrição que se faz, nomeadamente a propósito das medidas de congelamento, limitar-se ao necessário.

Estará, o instituto da perda, subordinado ao princípio da acusação, por consequência da estrutura acusatória do processo penal, o que implicará, também nesta consequência jurídica, uma separação entre a entendida que investiga e acusa e a que *julga* (ou decide). Ainda, ao princípio da legalidade, ao princípio da proibição da analogia, da não retroatividade da lei penal e da reserva de juiz.

Respeitará ainda o princípio da presunção da inocência (art. 32.º, n.º 2 CRP), que terá, naturalmente consequências a nível probatório, ao implicar a vigência do direito ao silêncio (do titular do bens) e a proibição de valorização desfavorável desse silêncio e ainda, impossibilitar qualquer tipo de inversão de ónus da prova ou de presunção legal, cabendo a quem proclama a sanção (no caso, a perda) fazer prova da proveniência ilícita dos bens (e da má-fé, no caso dos terceiros), tal como desenvolveremos em momento oportuno.

⁸⁷ Neste ponto iremos expor alguns dos princípios a que consideramos que o instituto da perda se encontra subordinado, por consequência do enquadramento dogmático que apontamos, no entanto, não queremos dizer que apenas se subordina a estes, mas enunciaremos aqueles que serão relevantes para o estudo que desenvolveremos.

Capítulo II – A Perda de Bens do Código Penal

1. Perda de bens pertencentes a terceiros

O art. 111.º do Código Penal⁸⁸, define, no n.º 1, a regra geral quanto aos produtos ou vantagens que à data do facto ou de quando a perda for decretada não pertencerem a nenhum dos agentes ou beneficiários. Nesses casos, a perda não tem lugar. Começa, no entanto, aquele dispositivo com a expressão “sem prejuízo do disposto nos números seguintes”, enunciando já que a regra, como qualquer outra, tem exceções.

Seguem-se as exceções. O n.º 2, do artigo a que nos referimos, consagra os casos em que, ainda que os bens pertençam a terceiros, é decretada a perda. O n.º seguinte esclarece que caso não possam ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor.

Num breve contexto histórico, devemos referir que na versão inicial do Código Penal de 1982 qualquer terceiro poderia ver parte do seu património perdido a favor do Estado por razão da sua origem ilícita. A perda de produtos a favor do Estado observava-se independentemente de o terceiro ser ou não alheio à prática do crime⁸⁹, e a circunstância de estar de boa-fé apenas revelava para efeitos de atribuição de indemnização civil pela perda, de valor igual aos objetos perdidos. Nesta altura, quanto às vantagens do crime, o antigo art. 109.º parecia imunizar os terceiros da perda de vantagens, e fazia recair sobre os agentes da prática do facto a perda de sucedâneo.

Naquela altura, FIGUEIREDO DIAS criticou fortemente a opção legislativa, escrevendo que “no conflito entre o direito de propriedade de terceiro (mesmo que de boa-fé) e as finalidades preventivas, a lei decidiu a favor das finalidades e contra o terceiro”⁹⁰.

A reforma do CP de 1995⁹¹ veio dar razão a estas críticas e o art. 110.º passou a proteger os direitos de propriedade dos terceiros de boa-fé, apenas determinando a perda

⁸⁸ Com a redação conferida pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

⁸⁹ Assim refere numa análise histórica do preceito, JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *in* MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, p. 139.

⁹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português: Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, *ob. cit.*, pp. 623 e 624.

⁹¹ DL n.º 48/95, de 15 de março.

dos instrumentos e produtos do crime⁹² pertencentes a terceiro quando os seus titulares tivessem concorrido de forma censurável para a sua utilização ou produção ou do facto tivessem retirado vantagens, e ainda, quando tivessem adquirido aqueles bens após o facto conhecendo a sua proveniência.

1.1. Regime adjetivo e âmbito objetivo

Na versão atual do CP⁹³ a perda do terceiro encontra-se regulada no art. 111.º e a epígrafe do artigo deixa claro que a perda acontece relativamente a instrumentos, produtos e vantagens.

Será assim, começa a alínea a), quando o titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios. Nesta primeira hipótese, o legislador quis referir-se apenas aos produtos e instrumentos do crime.

É a colaboração censurável que legitima o levantamento da proteção que é devida a quem é alheio à ação criminosa⁹⁴. PAULO PINTO ALBUQUERQUE e JOÃO CURA MARIANO⁹⁵ entendem que, podendo a colaboração ser dolosa ou negligente, quando ela é dolosa já não cabe no âmbito de terceiro, porque nesse caso, estamentos perante um verdadeiro cúmplice que participa na ação criminosa, logo, a sua perda é decretada no âmbito do art. 110.º, como agente.

É decretada, ainda, a perda, quando o terceiro adquiriu, por qualquer título, instrumentos, produtos e vantagens, conhecendo ou devendo conhecer a sua proveniência ilícita (art. 111.º, n.º 2, al. b)).

O que daqui resulta é que o legislador não tolera o cidadão pouco diligente, ou seja, aquele terceiro que não conhece a proveniência ilícita daquele bem que adquire, mas, pelas circunstâncias, deveria conhecer. Não se mostra, no entanto, necessário, para o

⁹²A inserção sistemática da norma (antes da norma específica relativa às vantagens) naquela versão, levava a doutrina a considerar que a perda de terceiros apenas abrangeria a perda de produtos e instrumentos, mas não de vantagens. Sobre isto, *vide* JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 139.

⁹³ Com a regulação expressa da perda de bens pertencentes a terceiros, efetuada pela Lei n.º 30/2017.

⁹⁴ Assim, JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 148.

⁹⁵ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal..., *ob. cit.*, p. 503 e JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 148.

preenchimento do *tipo*, que o terceiro tenha retirado proveito⁹⁶, bastando o conhecimento da proveniência ilícita.

JOÃO CURA MARIANO considera que o conhecimento, ou o dever de conhecimento, dessa relação com a prática do crime deve aferir-se no momento da sua aquisição, não relevando quando esse se dá em momento posterior⁹⁷.

Por último, o legislador prevê, na alínea c) daquele artigo, que, quando os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondentes, tiver sido transferido para evitar a perda do agente ou de beneficiário, é decretada a perda de terceiro. Também nesta alínea o legislador refere “sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida”⁹⁸. À má-fé do terceiro acresce, nas palavras de CURA MARIANO, a “má-fé do alienante que procura com a alienação para o terceiro evitar que seja decretada a sua perda”⁹⁹.

De notar ainda que o artigo se refere a instrumentos, produtos e vantagens *pertencentes a terceiros*. É esta última expressão que a doutrina tem procurado densificar, de modo a clarificar que tipo de direitos de terceiros revelam para efeitos de proteção¹⁰⁰. É apenas o direito de propriedade? Ou outros direitos reais ou até o direito pessoal de gozo (arrendamento) conferem ao seu titular a possibilidade de defesa desses direitos perante uma decisão de perda?

Para JOÃO CONDE CORREIA, “apenas o direito de propriedade de terceiros merece ser tutelado”¹⁰¹, embora CRUZ BUCHO e apelando ao disposto na Diretiva, nomeadamente no considerando 33 e nos arts. 6.º e 8.º, n.º 9, considera que “aquela conceção restrita deve hoje considerar-se ultrapassada”¹⁰². A Diretiva, no referido considerando 33, refere-se “a

⁹⁶ No mesmo sentido escreve PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal..., *ob. cit.*, p. 503.

⁹⁷ JOÃO CURA MARIANO, “A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime”, *ob. cit.*, p. 151.

⁹⁸ PAULO PINTO ALBUQUERQUE entende que este terceiro de má-fé pode ser julgado pelo crime de favorecimento pessoal. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal..., *ob. cit.*, p. 504.

⁹⁹ JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰ Não podemos ignorar que a regra é a do n.º 1 do art. 111.º, de que não se declaram perdidos os bens pertencentes a terceiros.

¹⁰¹ JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 75. Conclui naquele sentido, depois de ultrapassado um outro questionamento, o do âmbito do vocábulo *pertencer*, que o autor esclarece: “apesar da linguagem descuidada do legislador” o sentido da palavra não é o sentido quotidiano atribuído, mas quis sim referir-se a uma “situação jurídica tutelada pelo direito civil”, JOÃO CONDE CORREIA, Da proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 74.

¹⁰² JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/EU. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais)” in MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA,

terceiros que alegam ser proprietários dos bens em causa ou titulares de outros direitos de propriedade («direitos reais» ou «ius in re»), como o direito de usufruto”, o que nos leva a crer que a tutela tem um âmbito mais amplo do que aquele que intuitivamente poderíamos concluir do preceito que prevê a perda de bens pertencentes a terceiro.

Por sua vez, JOÃO CURA MARIANO entende que, não sendo a aquisição pelo Estado, destes bens perdidos a favor dele, originária¹⁰³, “não há razão para que outros direitos que confirmam ao seu titular um poder sobre as coisas (...) não permaneçam na titularidade do terceiro, apesar da transferência do direito de propriedade para o Estado não deixar de se efetivar”¹⁰⁴.

Concluimos que os titulares de quaisquer direitos¹⁰⁵ sobre os bens gozam de proteção ao abrigo deste artigo, sendo que nos posicionamos com CURA MARIANO no entendimento de que apenas o direito de propriedade é suscetível de perda a favor do Estado, e, no caso de existirem outros direitos (quer reais menores, como por exemplo, uma servidão, quer o direito pessoal de gozo, como por exemplo, arrendamento) esses mantêm-se e seguem o bem¹⁰⁶, como é, de resto, característica daqueles.

1.2. Delimitação subjetiva

E quem é este terceiro a que nos temos referido? Podemos procurar definir pela negativa: “o terceiro não é agente nem beneficiário do crime”¹⁰⁷, sendo que, agente é aquele que participa, de qualquer forma, censuravelmente, do ponto de vista penal, na prática do crime (que gerou a vantagem ou o produto), seja como autor, diretamente ou como instigador ou cúmplice.

Já quanto ao conceito de beneficiário, a doutrina tem mais dificuldades na sua definição, uma vez que, à primeira vista deparamo-nos com uma incoerência sistemática na previsão deste sujeito no âmbito da perda. O art. 110.º, n.º 1, alínea b) refere-se pela

ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, p. 229.

¹⁰³ A aquisição pelo Estado parece ser derivada, dependente do direito real pré-existente.

¹⁰⁴ JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 143.

¹⁰⁵ A saber: direito de propriedade, direitos reais limitados e direitos pessoais de gozo.

¹⁰⁶ No direito alemão parece que não é desta forma, uma vez que, § 438.º StPO (1) 2, refere-se à perda da propriedade e à extinção de outros bens.

¹⁰⁷ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal..., *ob. cit.*, p. 502.

primeira vez, no capítulo da Perda, a essa figura, quando se refere à vantagem “direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou *para outrem*”¹⁰⁸, voltando a referir-se a esse no n.º 2 do mesmo artigo. Logo após, no art. 111.º, distingue-se agente e beneficiário de terceiro. No entanto, é de notar que, também em relação ao terceiro se faz menção, na alínea a) do n.º 2, *a retirar benefícios*.

Bem, a figura é confusa e o legislador não o delimitou. O beneficiário não é agente, mas também não é terceiro. CURA MARIANO, por “exigência de uma necessária coerência sistemática”, procede a uma interpretação restritiva do termo beneficiário, concluindo que só se podem considerar beneficiários “aqueles em que uma qualquer vantagem económica resultante da prática do crime, por via deste, ingressa diretamente no património de pessoa diversa”¹⁰⁹.

Identificamos aqui o primeiro problema que este instituto enfrenta, os conceitos aos quais o legislador se refere, mas que a doutrina não consegue preencher.

Para HÉLIO RIGOR RODRIGUES temos ainda outro conceito a preencher, o da boa-fé¹¹⁰. Para preencher o conceito convoca dois critérios, o critério da ignorância desculpável e o critério da influência de controlo. De forma breve, o primeiro critério corresponde à ideia de saber ou dever saber, sendo que no caso, “não basta que o terceiro não saiba, é necessário que não lhe seja exigível que soubesse”.

O segundo corresponde aos casos em que a titularidade do terceiro é uma titularidade simulada dos bens, aqueles casos em que a doutrina espanhola se refere ao mero *testaferro* ou à *sociedade pantalla*. Os termos espanhóis são usados para se referir a pessoas físicas ou jurídicas, respetivamente, que mantêm uma titularidade fictícia dos bens, tendo como único objetivo escapar à decisão de confisco dos bens do acusado. Nesse caso, a perda

¹⁰⁸ Itálico nosso.

¹⁰⁹ Para este autor, serão beneficiários, porque não são terceiros nem agente, os herdeiros do arguido, os adquirentes de negócio simulado, os adquirentes fiduciários que estiverem de má-fé, e as pessoas coletivas quando não sejam terceiros de boa-fé. Ainda, considera o cônjuge beneficiário, na medida em que “não se verifica nenhum ato de transmissão do bem, mas apenas um fenómeno de comunicabilidade. Cf. JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, pp. 141-147. No entanto, na prática jurisprudencial são os cônjuges quem mais apresenta embargos de terceiro. Assim, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, Conferência sobre a Recuperação de Ativos, Tribunal da Relação de Guimarães, Intervenção Oral, 20/03/2023.

¹¹⁰ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Tipologias Substantivas de Confisco das Vantagens: Os Diferentes Caminhos para Garantir que o Crime não Compensa”, Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?, Edições Almedina, Coimbra, 2023, pp. 190-192.

faz-se diretamente ao sujeito condenado, levantando-se o véu¹¹¹ e recaindo sobre a verdadeira titularidade.

Também no âmbito da delimitação subjetiva, coloca-se o problema de saber se a transmissão relevante para a consideração do seu titular como terceiro é apenas a que se faz *inter vivos* ou se as aquisições por sucessão, *mortis causa*, também aqui se incluem¹¹².

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO entende que os terceiros para efeito de perda de bens (ou direitos) pertencentes a terceiros são “los adquirentes por actos *inter vivos*, aunque la disposición no lo establezca expressamente”¹¹³. Assim, considera, os “sucesores *mortis causa*” não serão considerados terceiros¹¹⁴ para aplicação do art. 127.º quater do Código Penal Espanhol (e, no nosso caso, art. 109.º CP) e intervirão no processo no âmbito do *proceso de decomiso autónomo* (processo que visa a perda sem condenação no direito espanhol), por força da alínea que autoriza o procedimento por morte do agente¹¹⁵.

Já na doutrina portuguesa, embora o entendimento seja idêntico, JOÃO CURA MARIANO chama a atenção para uma distinção entre herdeiros e legatários¹¹⁶. Enquanto os herdeiros são meros sucessores do património da pessoa falecida, e aquela, presumivelmente, havia cometido um facto ilícito, “não merecem proteção diferenciada daquele a quem sucedem”¹¹⁷, os legatários, por outro lado, sucedem em bens ou valores determinados,

¹¹¹ Na expressão de MYRIAM SEGURA RODRIGO, *La Intervención En El Proceso Penal De Terceros Que Puedan Resultar Afectados Por El Decomiso*, *El decomiso. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2019, disponível online em <https://www.cej-mjusticia.es/>, p. 10, referindo-se a isso, também HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Tipologias Substantivas de Confisco das Vantagens...”, *ob. cit.*, p. 192. A propósito da doutrina espanhola, *vide* ainda TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 177 e ss e ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 202 e 203.

¹¹² Sobre sito, *vide* TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, in IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos*, *Crime Doesn't Pay, tirant lo blanch*, Valencia, 2020, p. 171.

¹¹³ NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Aspetos procesales del decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, in Marchena Gómez, Manuel, González-Cuellar Serrano, Nicolás, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 439-520 *apud* Tomás Farto Piay, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 189.

¹¹⁴ M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, por seu turno, refere-se à transmissão dos bens, quer por sucessão *mortis causa*, quer por acto *intervivos* como pressuposto da pretensão de confisco a terceiro, não estabelecendo esta distinção. Cf. M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial en la Unión Europea y su incorporación al Proceso Penal Español*, tirant lo blanch, Valencia, 2016, p. 128.

¹¹⁵ No mesmo sentido, JOÃO CURA MARIANO, *A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime*, *ob. cit.*, p. 143.

¹¹⁶ Segundo o art. 2030.º, n.º 2 do Código Civil, “Diz-se herdeiro o que sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido e legatário o que sucede em bens ou valores determinados.”

¹¹⁷ JOÃO CURA MARIANO, *A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime*, *ob. cit.*, p. 143.

devem ser tratados como terceiros. Aos legatários deve ser-lhes aplicada a norma do art. 111.º CP, resultando isto, como aponta, de uma mera observância de distinções conceptuais.

Não há razão para não se equiparar legatários a donatários, afinal, para ambos existe uma transferência a título gratuito. Sendo assim, o autor critica a solução adotada pelo art. 111.º do CP, em comparação com o regime especial da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, uma vez que esta última na alínea b) do n.º 2 do art. 7.º define entender-se como “património do arguido”, o conjunto de bens transferidos para terceiro a título gratuito, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. Assim, parece que “o desvalor económico das liberalidades justificava uma generalização da solução apenas adotada naquele regime especial, o que colocaria em posições similares herdeiros, legatários e donatários”¹¹⁸.

¹¹⁸ JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 144, posição com a qual concordamos.

2. Perda de bens sem condenação¹¹⁹

Liamos, na versão inicial do Código Penal de 1982, que “A perda dos objectos tem lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada”, deixando para trás a natureza jurídica de efeito da condenação e abrindo novas possibilidades para o confisco.

Embora a figura normativa da perda não dependente de uma condenação penal não seja nova no direito penal português, não deixa de ser um mecanismo *estranho* à dinâmica e à categoria das consequências jurídicas do crime, o que leva, num plano supranacional a algumas dificuldades na previsão desta figura¹²⁰.

O art. 4.º da Diretiva 2014/42/UE prevê que os Estados Membros tomem as medidas necessárias para assegurar a perda, “sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de um processo à revelia”.

No entanto, o n.º 2 vem estabelecer que, se não for possível a perda naquelas condições, e “pelo menos se tal impossibilidade *resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido*”, os Estados-Membros adotam medidas para permitir a perda, “nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo”.

Embora já constasse da nossa regulação penal, a Diretiva trouxe algumas mudanças ao nosso ordenamento jurídico.

¹¹⁹ Embora a perda a que se refere o art. 7.º da Lei n.º 5/2022, de 11 de janeiro, seja também uma hipótese de perda sem condenação, não nos queremos referir a essa em momento nenhum do nosso texto, uma vez que a perda *clássica* (ou a perda do Código Penal) sem condenação pressupõe a falta de qualquer condenação por aquele facto ilícito típico que impulsiona a decisão de perda, enquanto que, na hipótese de *perda alargada*, embora não tenha relação com o facto ilícito típico e a não esteja ligada à condenação (daí também ela ser perda sem condenação), a perda do património (incongruente) pressupõe uma prévia condenação. Vide MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, Prof. Doutor Augusto Silva Dias – *In Memoriam*, Volume II, AAFDL – 2022, p. 451.

¹²⁰ Vide, JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 241.

2.1. As alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

No artigo 110.º, n.º 5 do Código Penal, que se refere à perda de produtos e vantagens do crime, passa a ler-se, com as alterações efetuadas pela Lei 30/2017, de 30 de maio, que a perda “tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”.

O legislador refere-se a duas situações específicas em que pode ocorrer a perda sem prévia condenação, são elas: a morte do agente e a declaração de contumácia. No entanto, é de ressaltar que estas não são taxativamente as únicas situações, uma vez que o legislador utiliza o vocábulo “incluindo”, não fechando, por isso, as hipóteses¹²¹ em que o confisco pode ocorrer sem necessidade de condenação.

A confirmar o que menciona naquele artigo, a Lei 30/2017 aditou ao art. 127.º do CP o n.º 3, onde podemos ler que “A extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.

É nítido que o legislador português ousou mais do que o europeu, não se bastando com a impossibilidade resultante de doença ou de fuga do suspeito ou arguido, a que a Diretiva fazia referência¹²².

Na verdade, os casos de fuga ou doença já eram parcialmente regulados pela nossa legislação processual penal, uma vez que esta prevê o julgamento na ausência, nos casos em que o arguido tenha sido regularmente citado. Ou, de um modo mais simples, desde que tenha sido possível o arguido prestar termo de identidade e residência, porque caso

¹²¹ ANTERO TAVEIRA considera que os casos a que o legislador abriu portas ao usar a expressão “incluir” é à amnistia e à prescrição, sendo que a sua inclusão vem a ser confirmada ou pelo menos exigida pela mais recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio, de 2022, disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245&from=EN>. Cf. ANTERO TAVEIRA, “Algumas Notas sobre o Regime Penal e Processual Penal da Perda sem Condenação” Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º5/2002, O Crime continua a compensar?, Edições Almedina, Coimbra, 2023, pp. 284-287.

¹²² Nesse sentido, também JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 245. O autor conclui com “Pena foi que o legislador não regulamentasse o prosseguimento do processo”.

isso não ocorra, será declarado contumaz perante a ausência ao julgamento (arts. 333.º e 334.º CPP).

Apesar daquelas previsões, o Conselho Superior do Ministério Público, no Parecer sobre a Proposta de Lei 51/XIII/2 teceu duras críticas, acusando o legislador de continuar a associar o confisco à condenação, uma vez que a possibilidade de julgamento na ausência é limitada e claramente insuficiente para cumprir as exigências da Diretiva 2014/42/UE¹²³. Felizmente as críticas surtiram efeito e o legislador, com mérito, acrescentou ao art. 335.º do CPP, um novo n.º 5, em que prevê expressamente o prosseguimento do processo para efeitos de perda mesmo quando o agente tenha sido declarado contumaz.

Não ignorando esta meritória opção legislativa, é unânime na doutrina que as alterações efetuadas pela Lei n.º 30/2017 ficaram aquém, não só das expectativas, mas do que era necessário para a própria segurança jurídica. JOÃO CONDE CORREIA dizia que “confiar tanto na bondade da doutrina e no acerto da jurisprudência é demasiado arriscado, sobretudo quando está em causa uma matéria tão polémica”¹²⁴, no entanto e, tomando de empréstimo as palavras de CRUZ BUCHO, “O legislador português optou, porém, por correr esse risco”¹²⁵.

¹²³Conselho Superior do Ministério Público, Parecer relativo à Proposta de Lei 201/2016, referente à transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia, 2017, disponível online em <https://www.parlamento.pt/>, pp. 8-10.

¹²⁴ 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”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 2, 2014, p. 106.

¹²⁵ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 241.

2.1.1. Declaração de contumácia

Lemos, com MARIA JOÃO ANTUNES, que “a declaração de contumácia é um mecanismo de desmotivação da falta do arguido à audiência de julgamento”¹²⁶. Referimo-nos à contumácia a propósito da presença ou, mais corretamente, a ausência, por ter sido impossível notificá-lo regularmente ou impossível a sua prisão preventiva para garantir a presença, do arguido em audiência de julgamento.

Encontrando-se prevista no art. 335.º do CPP, o seu n.º 3 do mesmo artigo deixa claro que esta “implica a suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação ou à detenção do arguido”, embora, como vimos, permite agora a sua continuação para efeitos do instituto estudado.

2.1.2. Morte do agente

Quanto à morte do agente, sabíamos já que a morte extingue o processo penal (art. 127.º e 128.º CP), o que está intimamente ligado com o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal. É, aliás, o art. 30.º, n.º 3 da CRP que estabelece que “A responsabilidade penal é insuscetível de transmissão”, o que justifica que após a morte não se prossiga com o procedimento criminal.

No entanto, o que subjaz à consequência da perda parece ser mais do que a responsabilidade penal do agente, uma vez que a finalidade penal do confisco não se confunde com a finalidade da punição, mostrar que o “crime não compensa” é atacar os bens, uma censura dirigida à origem ilícita dos bens e não ao agente. O que se pretende é continuar a eliminar os vestígios de que o crime compense, já não para aquele que perdeu a vida, mas para quem o sucede.

É de realçar, no entanto, que prever a continuação do processo em caso de morte do agente para efeitos de perda de bens provenientes do crime não resulta de uma exigência

¹²⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 4.º Edição, 2022, p. 228.

da Diretiva 2014/42/EU, cumpre antes o disposto no art. 54.º, n.º 1, al. c) ¹²⁷ da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹²⁸.

Quanto à hipótese morte do agente levanta-se uma outra questão cuja solução terá consequências práticas significativas. Sabemos já que a condenação não é requisito para a perda, mas e a existência anterior de um processo?

ANNA MARIA MAUGERI revelou considerar a norma da Diretiva bastante protetora exatamente por considerar que aquela exigia um prévio processo por uma infração penal, considerando o disposto no art. 4.º, n.º 2: “tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal”. Segundo a autora, a Diretiva acaba por apenas incluir os casos em que não foi possível realizar o julgamento devido à ausência física, mas não é feita qualquer menção, nem existe abertura legislativa, para aqueles casos em que o facto ilícito ocorreu e, embora não seja possível a sentença condenatória, e, acrescentamos, nem a identificação de um suspeito, a existência do facto é fonte de produtos ilícitos que devem ser subtraídos porque o crime não pode ser fonte de enriquecimento¹²⁹.

No entanto, como bem lembra a autora, a Diretiva impunha apenas regras mínimas, e nada impedia os Estados de consagrar possibilidades mais amplas do que as que se exigiam. Em Espanha legislou-se de uma forma muito próxima à norma europeia e, no art. 127.º *ter* 2 CPE¹³⁰, faz-se referência a uma impossibilidade de prosseguir a ação penal,

¹²⁷ O art. tem a seguinte redação:

“Artigo 54.º

Mecanismos de recuperação de bens através da cooperação internacional para efeitos de perda

1 — A fim de prestar auxílio judiciário nos termos do artigo 55.º da presente Convenção em relação aos bens adquiridos através da prática de uma infracção estabelecida em conformidade com a presente Convenção ou utilizados na prática dessa infracção, cada Estado Parte deverá, em conformidade com o seu direito interno:

(...)

c) Considerar a adopção de medidas que se revelem necessárias para permitir a declaração de perda desses bens na ausência de sentença criminal quando contra o autor da infracção não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados.”

¹²⁸ Quem chama a atenção para isto é JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» ..., *ob. cit.*, p. 91.

¹²⁹ ANNA MARIA MAUGER, “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla Confisca Degli Strumenti e Dei Proventi da Reato Nell'unione Europea Tra Garanzie dd Efficienza: un "Work In Progress"”, *Direito Penale Contemporaneo*, Revista Trimestrale 1/2015, pp. 325-326.

¹³⁰ Onde se pode ler: “El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.”

pressupondo, por isso, a sua pré-existência. Para TOMÁS FARTO PIAY¹³¹ resulta da interpretação literal daquelas normas que a perda sem condenação apenas ocorre quando o processo penal já se tenha iniciado e mesmo nessa hipótese, só quando o suspeito haja sido constituído como arguido. No entanto, o mesmo autor considera que a solução literal frustra o objetivo do confisco, que, não esqueçamos, é também, fazer crer a comunidade que o crime não compensa, e, por isso, parece-lhe que o falecimento do agente não pode ser um obstáculo para a tramitação deste processo.

No nosso ordenamento jurídico, houve quem já se tenha pronunciado sobre o tema¹³². Entende-se que não faz qualquer sentido que não seja possível instaurar-se o processo “só porque o óbito ocorreu antes do início formal do processo”. Para exemplificar, apresenta a hipótese do agente corruptor passivo que morre enquanto transportava consigo uma quantia significativa. Questiona o autor que sentido faria, descobrindo-se o facto, que não se pudesse instaurar um processo penal para se decidir pela perda daquele montante pecuniário que significaria a vantagem (a obter).

Quanto a nós, parece-nos que tal solução resulta da norma europeia, tal como apontou ANNA MARIA MAUGERI, no entanto, tal não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico, e, nesse caso, não gozando a Diretiva de eficácia direta, nada obsta, no direito processual português, que se inicie o processo penal após a morte do agente e, declarado extinto por morte, se siga para efeitos de declaração de perda.

2.1.3. Outras hipóteses de perda sem condenação no CPP

Vimos já que a formulação usada pelo legislador, “incluindo”, nos leva a crer que não é apenas a morte do agente e a declaração de contumácia que dão lugar ao prosseguimento do processo para perda, embora sem decisão de condenação, no entanto, ainda que consideremos que a intenção do legislador foi a de não fechar a possibilidade para os casos que enumera na lei, tempos dúvidas da possibilidade prática de prosseguimento do

¹³¹ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, pp. 289-290.

¹³² CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n. º5/2002, O Crime continua a compensar?*, Edições Almedina, Coimbra, 2023, p. 378, nota de rodapé 37.

processo por outras razões que não as literalmente incluídas¹³³, à exceção da hipótese de doença grave e/ou prolongada.

Já antes da Diretiva, o art. 268.º, al. e), CPP permitia ao juiz de instrução, com competência exclusiva, “Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º”¹³⁴.

É certo que nem todos os fundamentos que constam do n.º 1 do art. 277.º coincidem com a possibilidade de declaração de perda¹³⁵ (nomeadamente quando o MP tenha recolhido prova da não verificação de crime). Já quanto ao n.º 2 do mesmo artigo, entende-se inteiramente que prossiga para efeitos de perda.

Pode o juiz de instrução declarar a perda dos bens apreendidos em caso de arquivamento na sequência do cumprimento de todas as injunções e regras de conduta no âmbito da suspensão provisória do processo (art. 282.º, n.º 3).

Ainda, em caso de arquivamento por razão de dispensa de pena (art. 280.º), embora esta hipótese possa estar prestes a ver o seu fim. Referimo-nos¹³⁶ à nova proposta de Diretiva, de 2022, em que se lê no considerando 26, “Por razões de proporcionalidade, a perda de bens sem condenação prévia deve limitar-se aos casos de crimes graves”, e, embora o âmbito subjetivo daquela Proposta não inclua crimes passíveis de dispensa de pena, poderá ser um incentivo para a previsão fora do âmbito de aplicação daquele instrumento. Se assim for, deixará de constar naquela norma de autorização de decisão de perda (art. 268.º, n.º 1, al. e) CPP) a referência ao art. 280.º, uma vez que, ajuizando-se a dispensa de pena significará que o crime objeto de investigação não é suficientemente grave, e se não o é para a punibilidade, deixamos de o considerar também para efeitos de perda sem condenação.

¹³³ Referindo-se a uma “impossibilidade prática” de “prosseguir o processo de perda nos casos não literalmente incluídos” *vide* CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 370. No sentido que a morte e a contumácia são indicações, “meramente exemplificativas”, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Tipologias Substantivas de Confisco das Vantagens...”, *ob. cit.*, p. 168. Voltaremos a este ponto a propósito da Proposta de Diretiva e desenvolveremos a nossa posição.

¹³⁴ Versão anterior à alteração realizada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em que se acrescentou, “*com expressa menção das disposições legais aplicadas*”.

¹³⁵ Assim também ANTERO TAVEIRA, “Algumas Notas sobre o Regime Penal e Processual Penal da Perda sem Condenação”, *ob. cit.*, p. 290.

¹³⁶ Com ANTERO TAVEIRA, “Algumas Notas sobre o Regime Penal e Processual Penal da Perda sem Condenação”, *ob. cit.*, p. 291, nota de rodapé 24.

Entendemos, até agora, que se admite a perda sem condenação em caso de arquivamento do processo e, sobretudo, quando nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de declaração de contumácia e de morte. O que fica por responder é: como? De que forma prossegue a perda nestes dois últimos casos?

Nos casos de arquivamento, plasmados naqueles artigos que mencionamos, o legislador já nos tinha fornecido a solução: o juiz de instrução, após o MP proceder ao arquivamento, declara a perda com expressa menção das disposições legais aplicáveis (art. 268.º, n.º 1, al. e) CPP). Deparamo-nos, no entanto, com uma “total omissão da regulamentação do procedimento com vista ao confisco em caso de morte do agente e, sobretudo, em caso de contumácia”¹³⁷.

¹³⁷JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 264. Com as mesmas críticas, *vide* MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 453.

3. Perda de bens de terceiro não baseado numa condenação?

Já enunciamos a perda de bens de terceiro e algumas das suas fragilidades, mas importa questionar se, quando legislador diz que a extinção do processo penal pela morte do agente ou a suspensão do processo por razão de declaração de contumácia não impedem o prosseguimento para efeitos de declaração de perda, ele se quer referir aos instrumentos, produtos e vantagens pertencentes (apenas) ao arguido ou se, por outro lado, a perda de bens de terceiro também é possível quando não há condenação.

O legislador não distinguiu. E, embora se possa argumentar que o art. 111.º CP é um regime excecional da perda e que a previsão de perda sem condenação consta, apenas, nos art. 109.º e 110.º, certo é que, como bem argumenta CRUZ BUCHO, “seria paradoxal que a fuga ou a morte do arguido não impedisse o terceiro de continuar a desfrutar de um património ilícito, em clara contradição com as finalidades do instituto do confisco sem condenação”¹³⁸.

O tema é comum à ordem jurídica do país vizinho. O legislador espanhol no art. 127.º *ter* 2 CPE deixa o entendimento de que a perda constante naquele artigo só pode ser dirigida contra o arguido formalmente constituído ou contra o arguido em relação ao qual existam indícios racionais de criminalidade. Além disso o n.º 1 do mesmo artigo começa com “*El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena*”, não constando desses artigos a perda de terceiros. Por outro lado, o artigo sobre a perda de bens pertencentes a terceiro prevê a perda das modalidades dos artigos anteriores, sendo que nesses “anteriores”, se inclui a perda sem condenação.

A lei processual, no entanto, é mais clara na intenção que revela, ao referir-se expressamente ao terceiro afetado pela perda, no art. 803.º *ter* j, n.º 3, artigo sobre a legitimidade passiva deste instituto.

¹³⁸ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 249. *Vide* também, sobre este tema, JOÃO CONDE CORREIA, «Non-Conviction Based Confiscations» ..., *ob. cit.*, p. 84.

Por isto, conclui a doutrina que outra coisa não se pode deduzir da letra da lei e da vontade do legislador, e que, se outra coisa se entendesse conflituaria com a finalidade da perda¹³⁹.

Além disso, esta conclusão faz-nos deduzir um outro aspeto muito interessante do regime, acabando o legislador espanhol por dar uma resposta na qual nos podemos e devemos inspirar. Referimo-nos ao n.º 1 do art. 803.º *ter j* que dispõe que os sujeitos passivos deste processo são citados como arguidos, significando isto que “*han de gozar com plenitud de los derechos y las garantías inherentes a dicha condición de sujeto pasivo de un proceso penal*”¹⁴⁰.

De ressaltar, no entanto, que, vimos já que os herdeiros não são, doutrinalmente, pelo menos, considerados terceiros, no entanto, fica por responder qual a sua posição processual no âmbito do processo. Consideramos que os herdeiros são também terceiros ou pessoas afetadas com a perda, mas não terceiros para efeito de aplicação da disposição do art. 111.º CP.

¹³⁹ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 38, 2016, p. 18 e TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, pp. 311-313.

¹⁴⁰ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 345.

Capítulo III – O Processo Penal para a Decisão de Perda

1. O terceiro no processo penal e o novo art. 347.º-A

A Diretiva 2014/42/UE admite que as aquelas previsões afetam “consideravelmente” os direitos das pessoas, não só de sujeitos processuais, mas também o de terceiros, importando, por isso, “estabelecer garantias específicas e vias de recurso judicial para assegurar que, ao executar a presente diretiva, se respeitem os direitos fundamentais das pessoas”, incluindo o “direito a ser ouvido que assiste a terceiros que alegam ser proprietários dos bens em causa ou titulares de outros direitos de propriedade («direitos reais» ou «ius in re»), como o direito de usufruto”¹⁴¹.

O art. 8.º, n.º 9 repete o preceito afirmando que aqueles que não sendo sujeitos processuais virem os seus bens afetados pela decisão (ou futura decisão) têm o direito de invocar o seu título de propriedade, ou outros direitos reais.

A Lei n.º 30/2017, de 30 de maio que veio transpor as regras de uniformização mínimas da Diretiva e, procurando dar resposta à exigência feita no art. 8.º. quanto aos direitos de defesa e salvaguarda dos interesses do terceiro, aditou ao CPP, o art. 347.º-A¹⁴².

Para PAULO DÁ MESQUITA esta transposição, à semelhança do que tem acontecido em matéria de transposição de normas de Direito da União para o Direito Processual Penal, “revela ausência de pensamento crítico em termos de enquadramento dos institutos atingidos e mesmo equívocos sobre o regime intervencionado e outras normas afetadas”¹⁴³.

¹⁴¹ Considerando 33.

¹⁴² “Artigo 347.º-A

Declarações do terceiro titular dos instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado

1 - Ao terceiro ao qual pertençam instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado, é garantido o exercício do direito de contraditório e a prestação de declarações, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente, a solicitação do próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 e 4 do artigo 145.º e no n.º 3 do artigo 345.º”

¹⁴³ Para PAULO DÁ MESQUITA, in ANTÓNIO GAMA, ANTÓNIO LATAS, JOÃO CONDE CORREIA, JOSÉ MOURAZ LOPES, LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, PAULO DÁ MESQUITA, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, TIAGO CAIADO MILHEIRO, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo IV, Artigos 311.º a 398.º, Almedina, Coimbra, 2022, p. 497.

Com a devida consideração, não podemos ignorar que o artigo não traz novidades para o estatuto do terceiro no processo penal, aquilo que esta norma prevê, resultava já da aplicação de outras normas e princípios constitucionais, nomeadamente o princípio do contraditório e a tutela jurisdicional efetiva, consagrada no art. 20.º CRP¹⁴⁴. Como tem sido entendimento na doutrina, consideramos que o legislador não aproveitou devidamente a oportunidade para finalmente regular o estatuto de terceiro e o seu procedimento no âmbito do processo penal¹⁴⁵.

Além desta nova norma, constavam já no Código de Processo Penal normas referentes aos meios de reação do terceiro perante a apreensão de bens¹⁴⁶, nomeadamente os n.ºs 7, 8 e 9 do art. 178.º. O n.º 1 prevê que são apreendidos os instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos relacionados com a prática do facto ilícito e típico suscetíveis de servir a prova, sendo que se esses “não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária ordena a presença do interessado e ouve-o” (assim dispõe o n.º 9)¹⁴⁷.

Referimo-nos já ao considerando 33 da Diretiva, mas importa agora ler com mais atenção o preceito: “A presente diretiva afeta consideravelmente os direitos das pessoas, não só os direitos dos suspeitos ou arguidos, mas também os de terceiros que não sejam sujeitos processuais”. A chamada de atenção é para o facto de o legislador europeu se ter referido aos “terceiros que não sejam sujeitos processuais”, parecendo querer afastar os terceiros desse estatuto.

O que nos parece é que o legislador quis referir, conforme sustenta PAULO DÁ MESQUITA¹⁴⁸, a propósito da norma processual transposta, que esta *proteção* se dá quando aquele titular dos produtos, instrumentos ou vantagens não é já participante processual.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, PAULO DÁ MESQUITA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, *ob. cit.*, p. 498 e JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, pp. 174-175. Por sua vez, CRUZ BUCHO vê utilidade naquela norma, considerando que serviu para o “aperfeiçoamento do sistema”, embora depois teça críticas ao que ficou por responder. JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE.”, *ob. cit.*, p. 231.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, e JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, pp. 175 e JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 227.

¹⁴⁶ Sobre as apreensões que incidam sobre instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de servir de prova, *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, Direito Processual Penal, *ob. cit.*, pp. 143 e ss. E ainda, sobre o tema mais desenvolvido, MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *ob. cit.*, pp. 360-370.

¹⁴⁷ Além desta referência, temos ainda em legislação extravagante, uma norma que se refere à defesa de direitos de terceiros de boa-fé. Referimo-nos ao art. 36.º-A, do DL n.º 15/93, de 22 de junho (Legislação de Combate à Droga).

¹⁴⁸ PAULO DÁ MESQUITA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, *ob. cit.*, pp. 498-499.

O que queremos com isto dizer é que, caso aquele (que é) terceiro em relação aquele crime for coarguido no mesmo processo ou assistente ou mesmo se for demandado ou interveniente provocado em pedido de indemnização civil deduzido no âmbito do processo penal (adquirindo assim, o estatuto de parte civil), então este sujeito a quem *pertencem os produtos e vantagens* objeto de perda não ficará abrangido pelo âmbito subjetivo desta norma. Para esses, ser-lhes-á aplicado as normas referentes ao estatuto que já detêm e que, deve dizer-se, são mais protetoras, uma vez que para essas existe uma regulação processual específica e mais cuidadosa por parte do legislador.

Perante isto é importante perceber então que estatuto tem este terceiro que intervém nessa qualidade e se estamos, na verdade, perante um sujeito processual ou um mero participante no processo penal e de que proteção goza este no âmbito da sua intervenção.

2. Estatuto processual do terceiro

Podíamos aqui falar de um “quase-arguido”, tal como faz MÁRIO FERREIRA MONTE¹⁴⁹, tendo em conta que “a fronteira entre a atuação por parte do terceiro e a sua responsabilidade criminal pode ser muito ténue”¹⁵⁰ e, reforça FERREIRA MONTE, a intervenção do terceiro é a de “quase provar que não é arguido”¹⁵¹.

JOÃO CURA MARIANO¹⁵² faz um reparo quanto à inserção sistemática daquele art.º 347.º-A do CPP, uma vez que o art. 347.º, imediatamente anterior, se refere às declarações das partes civis, o que, para este, é indicativo de que o estatuto do terceiro é “equiparado ao do demandado civil”¹⁵³, propondo, reconhecendo a necessidade de intervenção do legislador, que se utilizem para a sua intervenção em processo penal as regras previstas para a do demandado civil no processo penal¹⁵⁴.

De mencionar que ao remeter para o art. 145.º, n.º 2 e 4, entendemos que os terceiros ficam sujeitos ao dever de verdade e à responsabilidade penal pela sua violação¹⁵⁵, além de que (à semelhança do assistente e das partes civis) a prestação de declarações não é precedida de juramento. É também nessa remissão que se pode tender a acreditar que o legislador procurou equiparar o seu estatuto ao do demandado civil, uma vez que o n.º 2 do art. 347.º-A é uma reprodução *ipsis verbis* do n.º 2 do artigo anterior¹⁵⁶. Aliás, não é menos verdade que o legislador não foi muito criativo neste novo artigo, uma vez que o

¹⁴⁹ MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 447.

¹⁵⁰ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 235. Também, Cf. JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 237.

¹⁵¹ MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal, *ob. cit.*, p. 447.

¹⁵² No mesmo sentido JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 235. Também, Cf. JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 130, embora este último admita uma alternativa entre um estatuto análogo ao do arguido ou ao do demandado civil.

¹⁵³ JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 177.

¹⁵⁴ Vide JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, pp. 175-177.

¹⁵⁵ Sobre a falta de previsão da responsabilidade penal de terceiros no Código Penal e a questionabilidade da sua punição, *vide* JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 238 e 239 e MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 447, ambos questionam a punibilidade, uma vez que o art. 359.º, n.º 2 do CP deveria prever essa possível responsabilização penal, no entanto, o artigo refere-se às partes civis e às testemunhas, mas não ao terceiro.

¹⁵⁶ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 235, no mesmo sentido, e afastando a primeira hipótese de quase-arguido, veja-se MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 448.

próprio n.º 1 apenas acrescenta, ao art. 347.º, n.º 1, a garantia do exercício do contraditório.

PAULO DÁ MESQUITA, por sua vez, não tem dúvidas que estes terceiros são verdadeiras testemunhas, “apesar da errónea técnica legislativa adotada”¹⁵⁷. Sustenta-se nos arts. 131.º e 132.º do CPP e, não existindo na sua qualidade nenhum impedimento para depor como testemunha, então, é esse o seu estatuto e é o regime legal de produção de prova enquanto testemunha que lhe é aplicado. Aponta apenas este artigo como estabelecendo regras especiais para as “testemunhas *titulares de instrumentos, produtos ou vantagens suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do estado*”¹⁵⁸, sendo essas condições especiais o facto desta testemunha não prestar juramento e o modelo de inquirição¹⁵⁹.

Embora não nos pareça que deva ser esse o estatuto do terceiro não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para realçar, uma vez mais, que esta dúvida e este preenchimento interpretativo se deve à falta de uma regulação específica e de definição concreta do estatuto do terceiro, com regras próprias. É necessário permitir ao terceiro atuar no processo enquanto tal, este tem interesse no próprio resultado uma vez que se verá afetado com a decisão, algo que, em princípio, não é característica do participante processual *testemunha*.

Não podemos nem devemos ignorar que a qualificação do terceiro é relevante e tem consequências a diversos níveis no contexto prático-processual. Enquanto o juiz, o Ministério Público, o arguido, o defensor e o assistente detêm, no processo, uma participação constitutiva¹⁶⁰ e por isso são sujeitos processuais, as testemunhas configuram no processo como (meros) participantes processuais.

Consideramos estar perante um verdadeiro sujeito processual que deve poder intervir verdadeiramente no processo apresentando provas que revelam para a sua defesa e podendo e devendo participar e ser notificado como parte¹⁶¹, uma vez que o terceiro não

¹⁵⁷ O autor refere-se ainda a uma confusão dos redatores deste artigo dada a sua inserção sistemática. Cf. PAULO DÁ MESQUITA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, *ob. cit.*, p. 500.

¹⁵⁸ O autor substitui o vocábulo *terceiro* por testemunha, cf. PAULO DÁ MESQUITA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, *ob. cit.*, p. 501.

¹⁵⁹ PAULO DÁ MESQUITA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, *ob. cit.*, p. 501.

¹⁶⁰Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, Direito Processual Penal, *ob. cit.*, p. 35.

¹⁶¹ Sustentamos a nossa posição essencialmente no entendimento da doutrina espanhola, *vide* a este propósito M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial..., *ob. cit.*, p. 127.

pratica um ato singular, “cujo conteúdo processual se esgota na própria atividade”, ele é antes titular de um direito autónomo “de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista da decisão final”¹⁶².

A responsabilidade penal pelo facto típico ilícito não é do terceiro e, por isso, o terceiro não é arguido. Além disso, também não nos parece que este seja uma testemunha, ainda que com regras especiais¹⁶³, principalmente se se entender, à semelhança do que acontece na legislação processual espanhola, que este terceiro não tem capacidade para se pronunciar diretamente sobre a responsabilidade penal do arguido.

Assim, e ainda que nos afastemos destas três figuras a que a doutrina portuguesa tem tentado aproximar, temos, neste momento de procurar integrar lacunas, aproximar o terceiro do estatuto de algum destes sujeitos com o seu estatuto tipificado, enquanto aguardamos pela intervenção legislativa que procuramos incentivar.

Concordamos com MÁRIO FERREIRA MONTE quando este apelida o terceiro de *quase-arguido*. Afinal o que faz o terceiro ao intervir no processo? O terceiro quer, por um lado, mostrar que é o legítimo proprietário dos bens em discussão e que tendo adquirido do arguido, agiu de boa-fé ignorando e não devendo conhecer a sua origem ilícita. Afinal, o que este pretende é afastar-se de uma responsabilidade penal que pode vir a recair sobre ele¹⁶⁴.

JOÃO CURA MARIANO propõe que sejam aplicadas, até à intervenção legislativa em falta, como modelo, “as regras previstas para a intervenção do demandado civil no processo penal”¹⁶⁵.

¹⁶² JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, O Novo Código do Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal, Centro de Estudos Judiciários, Livraria ALMEDINA, Coimbra, 1991, p. 9.

¹⁶³ Como defende, relembramos, PAULO DÁ MESQUITA, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, *ob. cit.*, p. 500.

¹⁶⁴ Já o havíamos concluído *supra*, com o entendimento de que quando a colaboração é dolosa esta já não cabe no âmbito de terceiro de má-fé, mas já estamos perante um verdadeiro cúmplice que participa na ação criminosa. Assim, JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 148 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, “Comentário do Código Penal...”, *ob. cit.*, p. 503. No mesmo sentido, sobre a linha ténue entre a figura do terceiro no processo penal e a responsabilidade penal, *vide* MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 447 e JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 237.

¹⁶⁵ JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, pp. 176 e 177.

Acreditamos, no entanto, tal como MARIA JOÃO ANTUNES¹⁶⁶, que a lacuna deve ser preenchida por analogia com o estatuto de arguido, o que é permitido pelo art. 4.º CPP. E, tal como acontece na legislação alemã¹⁶⁷, deve ao terceiro no processo penal português, ser conferido estatuto, em tudo que não seja incompatível, igual ao do arguido.

A consagração de um estatuto próprio e a opção no momento da integração da lacuna é mais relevante do que à partida se possa considerar. O que pretendemos ainda questionar é se ao terceiro é garantido, no âmbito da sua intervenção, o direito ao silêncio e o direito a não declarar contra si próprio.

Referimo-nos ao direito à não autoincriminação como uma garantia de defesa conferida ao arguido, a propósito das suas declarações enquanto meio de prova. Este direito subdivide-se em outros dois: o direito ao silêncio¹⁶⁸ e o direito a não facultar meios de prova¹⁶⁹.

Não podemos, a este propósito, ignorar que o arguido perante as questões em sede de declarações pode adotar três comportamentos: nada dizer (direito ao silêncio), declarar e negar todos ou parte dos factos (não tendo o dever de responder com a verdade) e confessar¹⁷⁰. Por outro lado, a testemunha tem o dever de responder¹⁷¹ e de responder com verdade, sob pena de incorrer em responsabilidade penal¹⁷².

¹⁶⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, Garantias Processuais da Perda de Bens no Direito Português, in FABIO ROBERTO D'AVILA, MARIA EDUARDA AZAMBUJA AMARAL, MAURICIO ZANOIDE DE MORAES, RAFAEL DE SOUZA LIRA, Os primeiros 90 anos de Alberto Silva Franco, Instituto Eduardo Correia, Editora D'Plácido, 2022, pp. 509 e 510, "O que o CPP dispõe (ou não dispõe) sobre garantias processuais para os casos em que a pessoa visada não tem estatuto de arguido é manifestamente insuficiente, devendo concluir-se pela existência de uma lacuna que tem de ser preenchida por recurso à analogia com a posição processual do arguido".

¹⁶⁷ § 427.º, (1), StPO, onde vemos que a partir da abertura do processo principal, a pessoa envolvida no confisco passa a ter os poderes a que o arguido tem direito, salvo disposição em contrário naquela Lei. Assim, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, "O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação", *ob. cit.*, p. 397, nota de rodapé 92. E mesmo na legislação espanhola, ao entender-se que os sujeitos passivos do processo não dependente de condenação, são citados como arguidos (com todas as consequências que isso implica), art. 803.º *ter j*, n.º 1, LECrim, cf. TOMÁS FARTO PIAY, El Proceso de Decomiso Autónomo, *ob. cit.*, p. 345.

¹⁶⁸ O direito ao silêncio significa que o sujeito não tem o dever de responder às perguntas quanto aos factos que lhe são imputados, *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, Direito Processual Penal, *ob. cit.*, p. 155.

¹⁶⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, Direito Processual Penal, *ob. cit.*, p. 56.

¹⁷⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, Direito Processual Penal, *ob. cit.*, pp. 152 e ss.

¹⁷¹ Não podemos, no entanto, ignorar que a testemunha também goza, de certa forma, deste direito à não autoincriminação, quando o art. 132.º, n.º 2 do CPP, estabelece que "A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal."

¹⁷² Só não será assim perante a possibilidade de recusa de depoimento como testemunha, nos casos previstos no art. 134.º CPP. MARIA JOÃO ANTUNES, Direito Processual Penal, *ob. cit.*, pp. 150-152.

No entanto, devemos concluir referindo que o legislador parece ter tomado posição quanto a esta questão ao remeter para o art 145.º, n.º 2 CPP, optando assim por sujeitar o terceiro ao dever de responder com verdade, sob pena de responsabilidade penal¹⁷³.

A questão não é alheia à doutrina espanhola. Neste caso, a questão levanta-se a propósito da opção que o legislador faz ao remeter (art. 803.º ter a, n.º 5 LECrim) para o art. 416.º LECrim, artigo que se refere a quem está dispensado de declarar, no âmbito do capítulo dedicado às declarações das testemunhas.

M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO considera aquela remissão perturbadora¹⁷⁴. Desde logo porque: tendo o estatuto de terceiro, este tem o dever de declarar a não ser que se aplique o art. 416.º LECrim? E mais, não tem o terceiro o direito ao silêncio e a não declarar contra si próprio? GONZÁLEZ CANO responde a estas suas questões partindo da consideração de que o terceiro é parte passiva no processo, uma vez que enfrenta uma consequência acessória do crime e, por isso, uma sanção com carácter penal¹⁷⁵, sendo, por isso, de supor que se lhe apliquem as garantias e direitos que permitam a sua defesa¹⁷⁶.

ANA CARRILO DEL TESO considera que, ainda que o terceiro não seja parte passiva em sentido estrito (entendemos que se refere ao sujeito processual), a partir da sua citação para intervir devem ser-lhe reconhecidos os mesmos direitos que às partes passivas, sejam de defesa, de alegação ou probatórias¹⁷⁷.

¹⁷³ Sobre a falta de previsão da responsabilidade penal de terceiros no Código Penal e a questionabilidade da sua punição, *vide* JOSÉ MANUEL SAVORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 238 e 239.

¹⁷⁴ Sobre o mesmo tema, *vide* ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 216 e 217.

¹⁷⁵ No mesmo sentido, TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 180.

¹⁷⁶ M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial...*, *ob. cit.*, p. 127. Para TOMÁS FARTO PIAY o terceiro deve ser considerado parte passiva e devem garantir-lhe os mesmos direitos que ao acusado, em tudo o que seja compatível (fala do direito ao silêncio e do direito a não declarar contra si próprio, mas exclui, por exemplo, o princípio da presunção da inocência), cf. TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 180 e FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁷⁷ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 216.

3. Regulação processual da perda de bens de terceiro

A perda de bens de terceiro é decidida no âmbito do processo penal. Quando? A intervenção de terceiro é permitida. De que modo?

Da leitura dos art. 178.º e 347.º-A, ambos do CPP, e respetivas remissões, compreendemos alguns aspetos deste regime. Desde logo, que em caso de apreensão dos bens de pessoa diversa do arguido, a autoridade judiciária ordena a sua presença e ouve-o¹⁷⁸.

Além disso, compreendemos o modo da sua inquirição, “mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente”¹⁷⁹, o que não compreendemos, é o âmbito dessas perguntas e das respostas, sobre o que é que o terceiro se pode pronunciar? Sabemos, isso sim, que está sujeito ao dever de verdade e incorre em responsabilidade penal em caso da sua violação (art. 145.º, n.º 2, por remissão feita pelo art. 347.º-A), além de que a prestação de declarações deste não é precedida de juramento (art. 145.º, n.º 4, por remissão feita pelo art. 347.º-A).

Ainda, de realçar que a solicitação da intervenção fica a cargo do “próprio terceiro, do Ministério Público, do defensor ou dos advogados do assistente ou das partes civis”¹⁸⁰. De notar ainda que, embora não conste de regulação específica parte da doutrina e da jurisprudência têm entendido que, e porque estamos no âmbito de um processo penal de estrutura acusatória, para ser decretada uma decisão de perda ou confisco deve isso ser requerido e fundamentado, de facto e de direito, na acusação¹⁸¹, tema que voltaremos a discutir a propósito da perda sem condenação.

Revela o art. 347.º-A que ao terceiro é garantido o direito do exercício do contraditório. Além da formulação clássica deste princípio, que consiste no dever de ouvir todas as razões da acusação e da defesa, o contraditório traduz-se ainda no dever de ouvir qualquer

¹⁷⁸ Art. 178.º, n.º 9, CPP.

¹⁷⁹ Art. 347.º-A CPP. E ainda a aplicação do art. 345.º, n.º 3, por remissão feita pelo art. 347.º-A CPP.

¹⁸⁰ Art. 347.º-A CPP.

¹⁸¹ Nesse sentido JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 131; JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 231 e 232. Em sentido diverso, HÉLIO RIGOR RODRIGUES “A perda de bens no crime de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *Revista do Ministério Público*, n.º 134, abril – junho, 2013, pp. 216 e 217.

participante processual, seja sujeito ou mero participante, “quando deva tomar-se qualquer decisão que pessoalmente o afete”¹⁸².

É por resultar do próprio princípio que o terceiro, porque a decisão o afeta pessoalmente, tem direito ao contraditório, que referimos que a norma não acrescenta muito ao que já sabíamos do direito constituído e dos princípios jurídico-constitucionais que conhecemos.

Embora resulte, do que dissemos, que o contraditório é um direito do terceiro titular dos instrumentos e vantagens do facto ilícito, não deixa de ser verdade que muito fica a faltar do que a CRP exige como garantias mínimas daqueles que intervêm em processo penal e, especialmente, para estes que podem ver a sua situação jurídica afetada pela decisão de perda. Assim, falta prever a extensão da intervenção do terceiro, a constituição de advogado (garantido, segundo o art. 20.º, n.º 2 CRP), a possibilidade de apresentação de prova, os prazos. Da intervenção deste sabemos apenas as consequências.

A verdade é que a falta de regulamentação específica sobre o estatuto e a intervenção de terceiro é notável e leva a uma desproteção destes intervenientes processuais e a uma insegurança jurídica por se deixar muitas das regras à interpretação, ou mesmo à imaginação do aplicador.

A intervenção do terceiro é um direito para o terceiro¹⁸³, como vimos, mas também um dever para o juiz¹⁸⁴ e, assim sendo, diz-nos o art. 347.º-A que a audição do terceiro pode ser espontânea, requerida oficiosamente pelo tribunal ou a pedido do Ministério Público, do assistente ou das partes civis.

Segundo CRUZ BUCHO ficou “por delinear um regime processual próprio para terceiros cujos bens sejam afetados pela decisão de perda” e ficaram por responder “questões tão simples, mas tão relevantes”, tais como “saber quando e como deve o terceiro ter

¹⁸² Sobre isto, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 94.

¹⁸³ Embora, na doutrina espanhola isso seja posto em causa por JAVIER GARRIDO CARRILO, que considera que o legislador (espanhol, a quem se referia) não concedeu a intervenção de terceiro como um direito, no entanto, fá-lo por referência à (im)possibilidade de intervenção espontânea do terceiro no âmbito do processo. No nosso ordenamento parece-nos unânime que estejamos perante um direito, uma vez que o próprio legislador na parca norma do art. 347.º-A prevê a intervenção espontânea. Cf. FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILO, “La intervención en el proceso de los terceros afectados por el decomiso” *in* Aranguena Fanego, C. & M. De Hoyos Sancho, *Garantías Procesales de Investigados y Acusados: Situación Actual en el Ámbito de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 178.

¹⁸⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 94.

conhecimento da pretensão confiscatória, qual o prazo de que dispõe para contestar, quantas testemunhas pode arrolar, se é obrigatória a sua comparência em julgamento caso não tenha que prestar declarações, qual o âmbito da sua intervenção em julgamento”¹⁸⁵, ou mesmo, e desta vez as questões são propostas por MÁRIO FERREIRA MONTE, saber se “o terceiro deve esperar que o convoquem para prestar declarações ou pode e /ou deve tomar a iniciativa de requerer essa prestação? E em qualquer das hipóteses, quando? Deve a proposta de confisco ser feita na acusação, para o arguido e/ou o terceiro poderem contestar?”, entre outras mais ou menos relevantes, como saber se as declarações do terceiro devem ser feitas na audiência de julgamento, “no processo penal que se apura o facto típico e ilícito, ou num processo separado?”¹⁸⁶.

3.1. O terceiro no processo penal espanhol

Tendo em conta a proximidade geográfica e regulatória, vamos, em primeiro lugar conhecer brevemente o ordenamento jurídico espanhol quanto a esta matéria, o que nos permitirá apontar caminhos e dar respostas nos pontos que se seguem.

A legislação processual da vizinha Espanha também se deparou, em tempos, com a ausência de regulação expressa sobre a intervenção e posição processual destes terceiros. TOMÁS FARTO PIAY revela que essa lacuna processual levava a que fosse necessário recorrer-se à jurisprudência estabelecida desde a sentença STS 56/1997, de 20 de janeiro e com aplicação analógica das normas relativas à responsabilidade civil de terceiros (arts. 615.º e ss. LECrim)¹⁸⁷.

A perda de produtos e vantagens pertencentes a terceiros já se encontrava prevista no Código Penal Espanhol, no entanto, à semelhança do que motivou o presente estudo, a falta de regulação própria e específica, a falta de “*un cauce propio en el proceso penal*”¹⁸⁸ levava a diversos recursos perante os tribunais, por falta de participação destes terceiros no processo.

¹⁸⁵ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 231.

¹⁸⁶ MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 448.

¹⁸⁷ TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 173.

¹⁸⁸ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 209.

Assim, as alterações efetuadas pela Ley Orgánica 1/2015, de 30 de março¹⁸⁹ e pela Ley 41/2015, de 5 de octubre¹⁹⁰, procuraram introduzir novas e melhores técnicas de modo a incrementar a eficácia e segurança jurídica da sua aplicação e regulação¹⁹¹, cumprindo, também, exigências internacionais, nomeadamente através da transposição da Diretiva 2014/42/UE.

Historicamente nem sempre os bens pertencentes a terceiros puderam ser objeto de perda. Devemos lembrar que a doutrina, em dado momento, entendeu a sua natureza (jurídica) como uma pena acessória, o que, naturalmente, impedia que, aqueles que não fossem condenados, viessem a ser afetados com a decisão de perda¹⁹². É com o Código Penal de 1995 que se admite que terceiros – que não estejam de boa-fé – vejam contra si ser decretada uma decisão de perda¹⁹³.

Hoje, o ordenamento jurídico espanhol conta com normas específicas que preveem e regulam a intervenção de terceiros afetados pela decisão de confisco. O art. 127.º *quarter* do CP Espanhol prevê o confisco de instrumentos, produtos e vantagens, ou do valor equivalente, que tenham sido transmitidos a terceiros, descrevendo as situações em que tal perda é ordenada. Na LECrim são os art. 803.º *ter* a *a* 803.º *ter* d que se ocupam de ditar as regras processuais de intervenção deste sujeito.

De ressaltar que o legislador espanhol parte de um pressuposto diferente do legislador português, opções que devemos analisar e contrapor. Devemos ter em conta, por um lado, o art. 111.º do CP Português e, por outro, o art. 127.º *quarter* do CP Espanhol. No art. 111.º partimos da ideia de que a perda de bens pertencentes a terceiro não opera (n.º 1), “sem prejuízo do disposto nos números seguintes”, neste caso, o legislador presume a boa-fé e é necessário demonstrar a má-fé (que preenche uma das alíneas do n.º 2) para ver recair sobre terceiro uma decisão de perda.

¹⁸⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.

¹⁹⁰ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10726>.

¹⁹¹ Preâmbulo.

¹⁹² ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 202.

¹⁹³ Para mais desenvolvimentos *vide* ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 202-204.

Por outro lado, no Código Penal Espanhol não é isso que observamos. Nesse caso, lemos no n.º 2 que se presume, salvo prova em contrário, que o terceiro tinha conhecimento ou podia suspeitar da proveniência ilícita¹⁹⁴.

A doutrina espanhola não ignorou este regime de presunções e não se conteve em tecer duras críticas, considerando, nomeadamente, que estas são incompatíveis com o princípio (e direito fundamental) da presunção da inocência¹⁹⁵. O jogo de presunções parece ter-se estabelecido para facilitar o preenchimento (ou, mesmo substituir essa necessidade) dos conceitos de *conhecimento* ou dever de conhecer¹⁹⁶. Assim, sempre que os bens forem transferidos a título gratuito ou por um preço inferior ao preço do mercado, presumir-se-á que “ambas son adquisiciones a título lucrativo”¹⁹⁷.

A propósito não podemos deixar de mencionar que a opção legislativa portuguesa nos parece mais conforme aos princípios jurídico-constitucionais, nomeadamente o já mencionado princípio da presunção da inocência.

Apresentado o regime espanhol, vamos analisar dois pontos do regime especificamente da perda de terceiro, comparando as nossas soluções (ou ausências delas) com as daquela lei processual.

3.2. Chamamento ao processo

Vimos já que ao terceiro é garantido o direito a intervir, de modo a poder fazer valer o seu direito de exercer o contraditório. Importante será agora definir ou procurar densificar de que modo e em que momento se chama o terceiro a participar no processo penal.

¹⁹⁴ ANA E. CARRILO DEL TESO nota este afastamento do legislador da norma europeia ao prescindir do conceito de boa-fé, referindo este ato como uma reviravolta desta matéria. Além disso, sustenta que o terceiro, diante desta nova norma, tem de se manter em “constante alerta antela eventualidade de una transferencia que pueda terminar en decomiso”. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 204 e 207, respetivamente.

¹⁹⁵ JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-10, 2016, p. 59, disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>.

¹⁹⁶ Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.* p. 195.

¹⁹⁷ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 197.

Chamamos a atenção para uma decisão do TRE, em que se entendeu inexistir “qualquer imposição legal de notificação do despacho que designa dia para julgamento a terceiros proprietários de bens que foram apreendidos no âmbito do processo penal e susceptíveis de virem a ser declarados perdidos a favor do Estado”¹⁹⁸. A este propósito, não podemos deixar de concordar com os juízes da Secção Criminal, é facto que inexistente imposição legal e, como tal, não há fundamento para a nulidade do julgamento que era arguida pelo Recorrente pela não notificação do terceiro afetado pela discussão (e eventual decisão) de perda¹⁹⁹.

Questão diferente, sobre a qual o Tribunal de Recurso não deu resposta, é a do não exercício do contraditório por parte do titular do bem apreendido. Não nos choca que o contraditório tenha lugar em momento anterior ou posterior, mas distinto da audiência de julgamento, no entanto, a audiência do terceiro não é apenas um direito deste, mas é também e sobretudo, um dever para a entidade julgadora, que está vinculado a ouvir todas as partes antes de tomar a decisão. O que queremos com isto dizer é que a nulidade da decisão recorrida não residia na falta de notificação para a audiência de julgamento, mas na inobservância do contraditório, o que, consideramos, cabe na previsão do art. 120.º, n.º 2, d), *in fine*²⁰⁰.

Em Espanha, no art. 803.º *ter* a LECrim o legislador trata da chamada do terceiro ao processo, respondendo à pergunta como e quando o terceiro intervém. Assim, dispõe a norma que o juiz acordará, de ofício ou a requerimento das partes²⁰¹, a intervenção no processo penal das pessoas²⁰² que possam ser afetadas pela perda.

Notamos logo aqui que, no direito processual espanhol, o terceiro não pode intervir voluntariamente no processo, ou seja, não pode ele próprio requerer a sua intervenção, o que leva M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO a concluir que “*la intervención en sí misma no es*

¹⁹⁸ Ac. TRE, de 10 de outubro de 2017, relatado por Ana Barata Brito, Processo n.º 6/15.5GAODM-B.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁹⁹ Na Lei alemã, por oposição, está expressamente previsto que a data da audiência de julgamento é notificada ao terceiro, § 429.º (1) StPO.

²⁰⁰ Sustentamos a nossa posição no entendimento de JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 233.

²⁰¹ “*Sea acusación sea defensa*”, TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 175.

²⁰² É entendimento da doutrina que o legislador se quis referir tanto a pessoas físicas como jurídicas. *Vide* ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 212 e 213 e FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 14.

entendida como un derecho por el Legislador”²⁰³. No caso português, embora não existam normas que regulem a chamada ao processo, o terceiro pode intervir por sua própria solicitação (art. 347.º-A, n.º 1, CPP).

O artigo da LECrim nada diz acerca do momento em que o terceiro é chamado a intervir, no entanto, parece que podemos deduzir tratar-se do momento em que haja o conhecimento dos factos a que se refere o n.º 1 daquele art. 803.º *ter a*, “quando existam factos dos quais razoavelmente se possa deduzir: a) que os bens cujo confisco é pedido pertençam a terceiro que não o investigado ou processado, ou b) que existam terceiros titulares de direitos sobre o bem cujo confisco é pedido que possam ser por ele afectados”²⁰⁴. Podendo, esse momento, ser numa fase inicial, na fase de investigação, de instrução ou numa fase posterior²⁰⁵.

A citação do interessado faz-se nos termos daquela lei, segundo o n.º 3 do art. 803.º *ter b*, remetendo assim para as regras constantes nos art. 166.º e seguintes da LECrim. Ainda, como já tivemos oportunidade de ver, os terceiros (porque são também sujeitos passivos do processo sem condenação) são citados como arguidos (art. 803.º *ter j*, n.º 1 LECrim), o que significa que gozam dos direitos e garantias associadas a esse estatuto²⁰⁶.

À partida, não existirá confisco sem ser dada oportunidade ao terceiro de se opor à decisão, sob pena de nulidade²⁰⁷, no entanto, em alguns casos, pode a audição não ser necessária.

Na LECrim, art. 803.º *ter a*, n.º 2, identifica-se dois casos em que esta é dispensada pela norma, quando não tenha sido possível identificar ou localizar o eventual titular dos direitos sobre os bens cujo confisco é pedido e quando existam factos dos quais se possa deduzir que não são verdadeiras as informações que fundamentam o pedido de intervenção no processo, ou que os alegados proprietários dos bens cujo confisco é pedido

²⁰³ “pero sí la contradición y ca defensa respecto al decomiso que se solicite”, M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial...*, *ob. cit.*, p. 122.

²⁰⁴ Tradução livre.

²⁰⁵ Assim também TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 177.

²⁰⁶ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 345.

²⁰⁷ Também assim ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 214 e JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 233.

são pessoas interpostas relacionadas com o investigado ou processado ou agindo em conluio com ele.

Não se entende, num primeiro momento, intenção do legislador na previsão da al. b), a não ser a de evitar paralisações que possam ser desnecessárias ao processo, ou mesmo fraudulentas²⁰⁸, uma vez que é precisamente nessa convicção do tribunal, da existência conluio, que reside o interesse do terceiro em intervir, este vai querer negar e provar a inexistência de tal conluio²⁰⁹. TOMÁS PIAY FARTO fala mesmo em dificuldade de aplicação desta norma, uma vez que o que esta prevê é exatamente aquilo que leva à declaração de perda²¹⁰ (a inexistência de boa-fé na titularidade dos bens). No entanto, a norma está de acordo com a jurisprudência do Tribunal Supremo, uma vez que é entendimento deste que “se a titularidade é fictícia, não existe interesses a defender”²¹¹.

Ainda, de fazer notar a consideração de M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, que considera a intervenção, neste caso inviável. E considera-o porque se estamos perante o caso de conluio, então, estamos perante indícios da prática de outro ilícito típico, e aí, considera GONZÁLEZ CANO, aquele terceiro deve ser acusado em uma ação distinta, já não estaríamos mais perante um terceiro, mas a perda seria direta²¹².

Além disto, pode o próprio terceiro pronunciar-se no sentido da não oposição ao confisco. Nesse caso, o legislador espanhol prescinde da sua intervenção (art. 803.º *ter a*, n.º 4 LECrim), solução partilhada, também, pelo legislador alemão (§ 424.º (2) StPO).

De notar, no entanto, que a não oposição do terceiro não significa que o juiz irá decidir pelo confisco²¹³, este tem de apreciar as provas e os indícios de que se encontram as

²⁰⁸ Assim, TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 178.

²⁰⁹ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 12

²¹⁰ TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal” *ob. cit.*, p. 178.

²¹¹ Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 215, tradução livre. Além disso, *vide* M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial...*, *ob. cit.*, p. 124; sobre o tema refere que esta alínea se refere não aos casos em que as circunstâncias revelam a proveniência ilícita, mas à falta de credibilidade de tais circunstâncias.

²¹² A nova ação suspenderia a primeira, quanto ao terceiro, assim, caso a sentença da nova ação declara-se o terceiro absolvido, sempre poder-se-ia declarar o confisco pela ação inicial. M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial em la Unión Europea y su incorporación al Proceso Penal Espanol*, tirant lo blanch, Valencia, 2016, pp. 123-124.

²¹³ A não oposição tem sido interpretada pela doutrina espanhola de duas formas distintas, por um lado parece significar uma aceitação implícita da decisão de perda, cf. M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial...*, *ob. cit.*, p. 126. Por outro, rejeita-se aquele entendimento

condições para a determinação daquele, não se vinculando à decisão pela simples não oposição do interessado²¹⁴, embora se admita que a não oposição possa ser valorada pelo juiz para a decisão²¹⁵.

Por outro lado, o terceiro pode não comparecer e, nesse caso, citado em conformidade, é considerado em rebeldia. Conforme resultará da citação, a sua ausência não impede que o prosseguimento do julgamento nem a tomada de decisão sobre o confisco (art. 803.º ter b 3 e 4 LECrim), decisão que depois lhe será notificada (art. 803.º ter c)²¹⁶.

O que será objeto do nosso estudo no ponto seguinte é quando se justifica a sua intervenção – quando, notificado, o terceiro comparece e pretende opor-se ao confisco.

Deve notar-se, ainda assim, que o legislador espanhol prevê a possibilidade de recurso de apelação do despacho em que o juiz declare inadmissível a intervenção de terceiro. O direito de se opor e de recorrer da sentença, prevista no n.º 1 do art. 803.º ter d, é igualmente concedido (por força do n.º 2 do mesmo artigo) ao terceiro lesado que não teve essa oportunidade por desconhecer o processo. Por outro lado, não se prevê recurso de apelação quando o despacho determine a intervenção, a contestação dessa decisão é feita, pela interpretação sistemática dos artigos, através da própria intervenção²¹⁷.

A solução do regime espanhol, acerca do modo de chamar o terceiro ao processo e as atitudes que pode tomar parecem-nos certas e devem ser tidas em conta pelo legislador português. Diferente será a forma como se regula o âmbito de intervenção do terceiro, em que, consideramos, o nosso legislador pode ousar mais, como veremos.

e defende-se estarmos perante uma renúncia expressa de defender a sua posição jurídica e uma aceitação de que o juiz se convença e se pronuncia sem ouvir as suas razões, cf. GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 12 e ANA E. CARRILO DEL TESO, Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español, *ob. cit.*, p. 216.

²¹⁴ Vide M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial..., *ob. cit.*, p. 126 e FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 12.

²¹⁵ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 12.

²¹⁶ O art. 803.º ter d LECrim regula esta terceira hipótese, em que o terceiro não comparece. Determina este artigo que a revelia, neste caso, será regida pelas normas do Código de Processo Civil.

²¹⁷ Assim, *vide* M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial..., *ob. cit.*, p. 126.

3.3. O âmbito da intervenção do terceiro

Vimos já que o terceiro pode, no direito processual espanhol, sendo notificado para intervir, comparecer à audiência e opor-se ao confisco. É importante que se esclareça *a priori* qual o âmbito ou a extensão da participação deste terceiro. Este participante processual não arrisca uma condenação numa das clássicas consequências jurídicas, no entanto, é também do seu interesse a prova da (não) verificação do facto ilícito ou a não intervenção do agente do crime.

Em Espanha, o art. 803.º *ter b*, n.º 1²¹⁸, LECrim, embora admita a sua participação no processo penal, limita-a aos aspetos que afetem diretamente os bens, direitos e a sua situação jurídica, não podendo entrar em matéria relacionada com a responsabilidade penal do arguido.

Grande parte da doutrina espanhola considerou a limitação criticável, uma vez que a partir do momento em que se chama o terceiro ao processo, este deixa de lhe ser alheio e passa a ser parte passiva do mesmo. De modo a garantir a plena defesa, considera-se que este deveria ter a oportunidade de se pronunciar sobre a existência de um facto ilícito, “*porque pueda que ahí resida la clave para evitar este decomiso*”²¹⁹, uma vez que não existindo delito, não se dará o confisco²²⁰.

GASCÓN INCHAUSTI²²¹ contrapõe esta limitação espanhola à decisão, mais razoável, que o legislador alemão encontrou, em que a intervenção é, em regra, ilimitada (§ 431.º (1) StPO).

Agora, importa saber: a solução do nosso ordenamento jurídico segue a limitada solução espanhola ou a, mais razoável, do sistema alemão?

²¹⁸ A mesma limitação é aplicável à possibilidade de recuso, art. 803.º *ter c*, LECrim. De notar ainda que, em juízo, é obrigatória a assistência jurídica, logo, deve ser acompanhada por um advogado na sua intervenção perante o Tribunal (art. 803.º *ter b*, n.º 2, LECrim). Pelo disposto no n.º 3 do art. 803.º *ter b*, não é necessária a presença física do terceiro, podendo atuar no processo por meio de representante legal.

²¹⁹ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 217.

²²⁰ *Vide* TOMÁS FARTO PIAY, “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 182. Em sentido diverso, MYRIAM SEGURA RODRIGO, *La Intervención En El Proceso Penal De Terceros Que Puedan Resultar Afectados Por El Decomiso*, *ob. cit.*, p. 14, que considera que seja qual for a fase do processo em que intervenha o terceiro, a sua intervenção fica sempre limitada aos aspetos que digam respeito aos seus bens, direitos ou situação jurídica.

²²¹ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 13.

O legislador português não se pronunciou expressamente acerca desta matéria. Socorrer-nos-emos dos artigos do CPP, que preveem a intervenção do terceiro. Na fase de inquérito, o art. 178.º, n.º 7, e, na fase de julgamento, do disposto no art. art. 347.º-A. Este último revela que ao terceiro é garantido o direito de contraditório e a prestar declarações, embora, “mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes ou dos jurados ou pelo presidente”.

O que importará ao terceiro é, em primeiro lugar, afastar a verificação de algum dos requisitos a que alude o art. 111.º, n.º 2 CP. Assim, o terceiro, intervindo, mostrará, em primeiro lugar que, não concorreu para a produção ou utilização e nem retirou vantagens do facto, além disso, que, caso tenha adquirido o bem após o facto ilícito ter ocorrido, desconhecia, sem culpa, a sua origem ilícita e, por fim, que não foram os bens transferidos para a sua titularidade para frustrar a perda direta ao arguido²²². No entanto, frustrada esta primeira tentativa de procurar afastar a sua má-fé, importar-lhe-á contribuir para o afastamento do motivo que dá causa ao confisco.

Assim, consideramos que, se por um lado se entende que nem sempre faz sentido que o terceiro possa discutir a responsabilidade penal do arguido, a verdade é que, por outro lado, se se almeja conferir àquele terceiro o direito de defesa plena dos seus interesses (e mais, uma tutela jurisdicional efetiva e um juízo justo), só se conseguirá se o terceiro estiver em condições de, nas palavras de GASCÓN INCHAUSTI, desvirtuar os elementos de que depende, ou em que se funda, aquele pedido, incluindo a responsabilidade penal do arguido, cuja condenação, aliás, poderá ditar a perda de parte do seu património²²³.

Vejamos: se o terceiro exerce este seu direito no âmbito da perda sem condenação²²⁴, quem mais pode contestar a verificação do facto que não o terceiro?

Claro está que não pretendemos desvirtuar o incidente e que este se torne num julgamento na ausência ou mesmo em um julgamento após a extinção da responsabilidade criminal, mas defendemos que o terceiro deve poder pronunciar-se sobre a verificação do

²²² Na intervenção aquando da apreensão, parece limitado a essa discussão, *vide* SOFIA DOS REIS RODRIGUES, Dos Meios de Impugnação das Garantias Processuais Penais do Confisco, *in* MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpõe, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, p. 267.

²²³ FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales...”, *ob. cit.*, p. 13.

²²⁴ E aqui podemos considerar, para efeitos de estudo, também os herdeiros, embora, como já demonstramos, não são terceiros para aplicação do art. 111.º CP.

facto ilícito, a relação entre o facto e o arguido (porque pode ter interesse em mostrar que o facto ocorreu, mas não esteve o arguido envolvido, o que poderá relevar para efeito do preenchimento de alguma das alíneas do n.º 2 do art. 111.º do CP) e a relação entre o facto ilícito típico e os bens²²⁵.

Sobre outras questões processuais relevantes e que levantam dúvidas, nomeadamente de prosseguimento do processo, dedicaremos os próximos pontos que, como vimos, abrangem também a perda de bens de terceiros, embora tenham uma abrangência mais ampla.

3.4. Sentença e recurso

Exercido o contraditório, é tomada a decisão sobre a pretensão de perda. Em Espanha, a sentença que decida sobre a perda é notificada ao afetado em qualquer das hipóteses, mesmo que este não tenha comparecido no julgamento ou nos casos em que se tenha dispensado a sua intervenção (art. 803.º *ter c* LECrim). O terceiro afetado por uma decisão de perda tem a possibilidade de recorrer da decisão de confisco, sendo que só pode recorrer dos aspetos que afetem diretamente os seus bens ou a situação jurídica e não da decisão sobre a responsabilidade penal do arguido.

A este propósito temos de nos referir ao terceiro que, quanto à intervenção, se encontrava em revelia e ainda aquele que não interveio por desconhecer a sua existência (art. 803.º *ter d*, n.º 5). O art. 803.º *ter d* remete a regulação dessa condição para as normas do processo civil em toda a sua dimensão, nomeadamente em questão de recurso de apelação e rescisão de sentença.

No caso de rescisão de sentença transitada em julgado, enviar-se-á certidão ao tribunal que proferiu a sentença em primeira instância, se for diferente do que decisão sobre a rescisão. Posto isto, o terceiro terá um prazo de dez dias para responder ao pedido de apreensão, apresentando provas relativamente aos factos que o afetam (só em relação aos bens, sem se pronunciar sobre a responsabilidade penal do acusado, mais uma vez), sobre

²²⁵ Em sentido muito semelhante, *vide* CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 403.

o qual o tribunal decidirá sobre a admissibilidade da prova por despacho e marcará data para audiência que versará, apenas, sobre a ação civil contra terceiro ou sobre a decisão de perda dos seus bens, na ação penal. Da sentença cabe ainda recurso²²⁶ (art. 803.º ter d, n.º 1, c)).

Na nossa legislação processual, a questão ainda que não expressamente resolvida, não se encontra desprotegida. O art. 401.º, n.º 1, al. d) do CPP estabelece que “Têm legitimidade para recorrer: d) Aqueles que tiverem (...) a defender um direito afetado pela decisão”, gozando estes de legitimidade e interesse em agir²²⁷.

²²⁶“La amplitud de las previsiones de rescisión de sentencia a instancia del tercero puede contribuir a minimizar las restricciones relativas a su llamamiento y estatuto en el proceso”, TOMÁS FARTO PIAY, “*Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal*”, *ob. cit.*, p. 186. FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “*Las nuevas herramientas procesales...*”, *ob. cit.*, p. 15, considera estas previsiones “generosas”.

²²⁷ No mesmo sentido, CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 406. De forma menos correta, entende ainda que os herdeiros do agente falecido encontram essa capacidade também na lei processual penal, através do disposto no art. 450.º, n.º 2, CPP, no entanto, ignora o autor, o artigo 449.º faz depender o recurso de revisão de sentenças condenatórias.

4. Regulação processual da perda de bens sem condenação

Não é apenas a regulação da perda de terceiros que encontra lacunas na sua regulação. A lei penal prevê que em caso de morte ou contumácia, o processo segue para efeitos de perda, mas não em que termos, não a sua tramitação, regras ou garantias para os afetados.

Entendemos que a tomada de decisão far-se-á, por falta de outra indicação, no âmbito do processo penal *principal*²²⁸, sendo certo, no entanto, que há outras formas de tramitar a perda, nomeadamente através do modelo adotado pelo ordenamento jurídico espanhol aquando da transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE.

Assim, propomo-nos, uma vez mais a, num primeiro momento, expor o regime espanhol, para depois, com o auxílio daquele ordenamento jurídico, levantarmos questões e ensaiarmos respostas. A nossa proposta é a de que aprendamos com o exemplo e que, não só (finalmente) se legisle, como também se supere, *ab initio*, aquelas que são as falhas dos que já legislaram.

4.1. O processo na legislação espanhola - *El Procedimiento de Decomiso Autónomo*

A perda sem condenação no ordenamento jurídico espanhol remonta a 2003, uma vez que foi introduzido no Código Penal pela Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre²²⁹, no n.º 3 do art. 127.º do CP Espanhol. A introdução desta forma de confisco rompeu com aquele entendimento de que, por força da inserção sistemática da previsão da perda, esta teria natureza de consequência acessória, o que tornava impossível o confisco nos casos de falecimento do arguido, de rebeldia ou de incapacidade física ou psíquica, uma vez que “*la medida no seria “accesoria” de nada*”²³⁰.

²²⁸ MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 448, nas considerações sobre o que ficou por responder refere-se a saber se as declarações do terceiro devem ser feitas na audiência de julgamento, “no processo penal que se apura o facto típico e ilícito, ou num processo separado?”, abrindo assim a hipótese de o processo para a perda possa ser separado do processo principal.

²²⁹ Disponível online em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>.

²³⁰ EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La Regulación del Decomiso tras la Reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, *ob. cit.*, p. 440.

É precisamente no âmbito da perda sem condenação que a Lei n.º 41/2015, de 5 de outubro, que já conhecemos, mais inova, com a previsão de um procedimento judicial autónomo para a determinação da decisão de confisco, a que o legislador chamou *procedimento de decomiso autónomo*²³¹. O *Proceso (ou prodecimiento) de Decomiso Autónomo* é entendido na própria lei como a ação pela qual se requer a perda de instrumentos, produtos, vantagens ou valor a eles equivalentes (art. 803.º *ter* e LECrim).

No atual art. 127.º *ter* CPE encontramos a previsão da perda sem condenação e os fundamentos para lançar mão deste procedimento. Será assim, nomeadamente, quando o agente tenha falecido ou sofra de doença crónica que impeça o julgamento, se encontre em revelia, em caso de isenção de responsabilidade criminal ou quando esta se tenha extinguido.

Para TOMÁS FARTO PIAY os casos em que o legislador possibilita a decisão de confisco sem condenação revela as finalidades desta modalidade de perda, procurando assim que a isenção ou extinção da responsabilidade criminal do agente, bem como as situações que impossibilitam de obter, pelo menos em prazo razoável, uma decisão condenatória, não afetem ou impossibilitem a perda de produtos e vantagens²³².

ANA CARRILO DEL TESO²³³ considera, embora o avanço legislativo, que a configuração da lei parece destinada a aligeirar o processo penal ao remeter para outro a decisão sobre o confisco. Além disso, o legislador referiu-se a esta perda como “*decomiso sem sentencia*”, o que parece não corresponder totalmente à verdade formal, uma vez que verdadeiramente existirá uma sentença a determinar e fundamentar o confisco²³⁴.

Segundo a norma legitimadora para o confisco (art. 127.º *ter* CPE), o juiz ou o tribunal podem determinar a perda mesmo que não haja uma sentença condenatória “*cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio*” e preencha um dos requisitos que enumera nas três alíneas que se seguem. Ou seja, desde que a) o

²³¹ Embora a doutrina prefira usar *proceso* ao invés de *procedimento* por se tratar de um instrumento utilizado para o exercício da função jurisdicional do Estado, cf. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, pp. 251 e 252.

²³² Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 233.

²³³ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 229.

²³⁴ Sobretudo após a introdução do processo contraditório de *decomiso autónomo*. Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 196 e ainda TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 218.

agente tenha falecido ou padeça de uma doença crónica que impossibilita o processo (e que haja risco de prescrição), b) esteja ausente e a sua ausência impedir o julgamento em prazo razoável e c) em caso de isenção ou extinção da responsabilidade criminal²³⁵.

Além disso, como resulta da própria definição, só existe perda, no conceito clássico, se estivermos perante uma situação patrimonial ilícita, e tal ilicitude tem de ser demonstrada em processo contraditório. Ainda, acrescenta o n.º 2, o processo autónomo de confisco é *apenas* dirigido contra arguido (formalmente constituído), contra suspeito em relação ao qual existam indícios racionais de criminalidade²³⁶, mas cujo processo não tenha continuado por uma das razões que fundamentam a perda sem condenação.

Ora, o artigo da LECrim parece não acompanhar o que a lei substantiva impõe e os requisitos não são coincidentes. Se, por um lado, o art. 127.º *ter* CPE exige que o arguido tenha sido formalmente constituído ou, não o podendo ser (por exemplo, em caso de isenção de responsabilidade criminal) existam indícios suficientes da prática do crime, o art. 803.º *ter* e ignora essas exigências²³⁷. A doutrina tem discutido se o disposto na LECrim significa uma derrogação tácita da lei anterior (CPE) e se, por consequência, se ignoram certas formalidades. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO entende que, pelo menos em relação aos casos de morte do agente, a LECrim não exige que já tenha sido formalmente constituído como arguido, porque essa exigência impossibilitaria o confisco naqueles casos em que o agente falece antes da abertura do inquérito²³⁸.

Quanto aos fundamentos para desencadear o processo que em seguida estudaremos, voltemo-nos para o art. 127.º *ter* 1, CPE, que, como vimos, ao contrário da nossa norma, é taxativa. Estudemos, então, as hipóteses da lei processual espanhola. Em primeiro lugar, segundo a alínea a) daquela norma, constitui fundamento para esta modalidade de

²³⁵ Se, por um lado, consideramos que a previsão portuguesa não é taxativa, na norma do direito espanhol é o oposto, o legislador limita o âmbito de aplicação. Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 233.

²³⁶ Mesmo com esta previsão que vai além do que a Diretiva diz quanto aos sujeitos, porque esta apenas se refere a suspeito e arguido, TOMÁS FARTO PIAY considera que a Diretiva é ainda mais exigente do que o CPE, ao prever como requisito que do “processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo”. Cf. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, pp. 231 e 232.

²³⁷ “*Lo que evidencia la falta de rigor y de coherencia del legislador, y genera dificultades de interpretación y aplicación*”. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 233.

²³⁸ NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “*Aspetos procesales del decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*”, *ob. cit.*, p. 439 *apud* TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 232.

confisco, o falecimento do agente ou a doença crónica que impeça o julgamento e em que se verifique o risco de prescrição de direitos.

Este requisito corresponde também ao previsto na lei processual, art. 803.º *ter e 2 b*), quando esta se refere a falecimento e impossibilidade de comparecer. A não coincidência entre a norma substantiva e o disposto na LECrim, que ignora a exigência de “*efermidad crónica*” gera dúvidas interpretativas²³⁹. A Diretiva referia-se apenas a impossibilidade que resulte de doença, embora no considerando 16 se lesse que aquela doença impossibilitasse o arguido de comparecer durante um prolongado período.

No entanto, a opção do legislador em referir-se não só a doença, mas doença crónica, não parece um mero pormenor, embora, considere a doutrina “*quizá hubiese sido más acertado no incluir la cronocidad de la efermedad*”²⁴⁰ e se limitassem ao que resultava do art. 4.º, n.º 2 da Diretiva, impossibilidade resultante de doença, de forma a que as doenças não crónicas que impossibilitem o prosseguimento, em tempo útil do julgamento, não fiquem de fora²⁴¹, uma vez que tal solução parece frustrar a intenção da própria norma.

Além disso, encontramos nesta alínea uma outra novidade que não conhecemos no nosso ordenamento jurídico, a condição de que estejamos perante um risco de prescrição dos direitos. Esta exigência, resulta de que prescrito o procedimento criminal²⁴² torna-se impossível, também, tomar uma decisão de perda²⁴³. Fazemos esta ressalva quanto à

²³⁹ Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 235.

²⁴⁰ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 236.

²⁴¹ Cf. ISIDORO BLANCO CORDERO, “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea” in JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO, ISIDORO BLANCO CORDERO, *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, 2017, p. 497, *apud* TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 236. *Vide* ainda os elucidativos exemplos de ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 235, *in fine*.

²⁴² O facto de o legislador ter usado a expressão *prescribir los hechos*, ao invés de *prescribir los delitos*, é alvo de reparo e interpreta-se como se o legislador quisesse dizer crimes e não direitos. Cf. NÚRIA P. MATELLANES RODRIGUÉZ, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal” in IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn’t Pay, tirant lo blanch*, Valencia, 2020, p. 153. Ainda, parece a TOMÁS FARTO PIAY que o legislador poderia ter sido mais concreto quando ao momento em que estamos em “risco”. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, pp. 237 e 238.

²⁴³ Nesse sentido, cf. M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial...*, *ob. cit.*, p. 69 e TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 237.

novidade face à Diretiva, uma vez que o legislador espanhol foi mais longe naquele primeiro momento, no entanto, o legislador europeu acompanhou essa necessidade e, na mais recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio de 2022, em especial n art. 15.º, alínea f)²⁴⁴, passa a prever a prescrição como fundamento para este instituto de perda.

É ainda fundamento da perda sem condenação a rebeldia do agente, no caso em que isso impeça que os factos sejam julgados em prazo razoável, art. 127.º ter, 1, b), CPE.

Num relevante estudo e de uma forma muito interessante, TOMÁS FARTO PIAY mostra que aquilo que se inscreve na lei penal espanhola (e vimos já, na portuguesa também) difere do disposto na Diretiva. O legislador europeu referiu-se a “fuga” enquanto os legisladores português e espanhol previram a perda sem condenação para os casos em que o agente se encontra em rebeldia. Aquele autor distingue os conceitos. Enquanto fuga se refere à situação em que o agente não se põe ao dispor da justiça, evitando o processo e a condenação, a rebeldia, por sua vez, é uma declaração judicial²⁴⁵. A fuga pode levar, e leva normalmente, à declaração formal de rebeldia, mas são conceitos distintos.

Por último, o Código Penal Espanhol abre o procedimento para os casos em que não seja aplicada sanção penal por estar isento de responsabilidade criminal ou esta se ter extinguido, art. 127.º ter, 1, c), e, embora tal fundamento não resulte diretamente do instrumento europeu, não é uma novidade no ordenamento jurídico espanhol, uma vez que a norma corresponde, *ipsis verbis*, ao antigo art. 127.º, 4 CPE²⁴⁶.

²⁴⁴ Artigo 15.º

Perda não baseada numa condenação

1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir, nas condições estabelecidas no n.º 2, a perda dos instrumentos e produtos ou dos bens a que se refere o artigo 12.º, ou que tenham sido transferidos para terceiros como referido no artigo 13.º, nos casos em que tenha sido iniciado um processo penal, mas o mesmo não tenha podido prosseguir devido às seguintes circunstâncias:

(...)

f) Expiração dos prazos previstos no direito nacional, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir a investigação e a repressão efetivas das infrações penais em causa.”

²⁴⁵ TOMÁS FARTO PIAY, El Proceso de Decomiso Autónomo, *ob. cit.*, p. 238.

²⁴⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre esta alínea e o significado na legislação espanhola, vide TOMÁS FARTO PIAY, El Proceso de Decomiso Autónomo, *ob. cit.*, pp. 242-246. Devemos, no entanto, ressaltar que, também em Espanha a morte é um dos casos de extinção da responsabilidade criminal, assim, entende este autor que como quanto ao agente isso já vem de modo isolado previsto na alínea a), então nesta norma querem referir-se ao investigado ou acusado e não ao arguido.

Embora o ponto se dedique à introdução ao processo na legislação processual espanhola, não podemos ignorar que a nova legislação processual alemã abre também a possibilidade à separação de processos, em nome da celeridade processual, essencialmente quando em causa esteja um arguido privado da sua liberdade, permitindo falar-se de um princípio de oportunidade em matéria de confisco (§ 422, StPO)²⁴⁷.

Analisadas questões que nos parecem se não fundamentais, muito relevantes para a compreensão e posterior regulação do procedimento para a decisão de confisco, importará agora discorrer sobre o processo em sentido estrito. Apontaremos o caminho que a legislação processual espanhola desenhou para este processo.

Importará começar por referir que, embora o processo autónomo de confisco no processo penal espanhol tenha natureza penal, rege-se pelas normas do direito civil (por remissão feita pelo art. 803.º *ter* g LECrim) quanto às regras da prova verbal, com as especialidades que a LECrim impõe nos arts. 803.º *ter* e e 803.º *ter* u.

O procedimento inicia-se, resolve a doutrina, quando se toma conhecimento de qualquer um dos pressupostos que a justificam²⁴⁸.

Tomado conhecimento o pedido de confisco autónomo segue por escrito e deve, obrigatoriamente, especificar as pessoas contra as quais o pedido é dirigido e os seus endereços, o bem ou bens cujo confisco se pretenda, o facto punível e a sua relação com o bem ou o direito, a tipificação penal do facto punível, a situação da pessoa contra a qual o pedido é dirigido relativamente aos bens, a base legal do confisco, a proposição de provas e o pedido de medidas cautelares, justificando a conveniência da sua adoção para garantir a eficácia do confisco, se for o caso (art. 803.º *ter* l LECRIM). Resultando do exigido que o MP tenha desempenhado uma função de investigação prévia²⁴⁹, semelhante à que lhe é imposta para o impulso de um outro processo penal em que se procura descobrir se houve crime e quais os seus autores.

²⁴⁷ Assim, ANA E. CARRILO DEL TESO, “El Nuevo Régimen de Recuperación de Activos en Alemania o la Sublimación del Principio Crime Doesn’t Pay”, in IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn’t Pay, tirant lo blanch*, Valencia, 2020, p. 548, que fala de uma decisão de confisco *a posteriori*.

²⁴⁸ Vide ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 234.

²⁴⁹ Para cumprir tais exigências é necessário que o MP “*haya desarrollado una actividad investigadora previa*”, ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 247.

Admitido o pedido, o órgão competente deve, cumprindo o disposto no n.º 2 do art. 803.º *ter* I LECrim, determinar se concorda ou não com as medidas cautelares solicitadas e notificar as partes, concedendo um prazo de vinte dias para comparecerem ao processo e apresentarem uma resposta ao pedido de perda. A acrescentar às funções do órgão, a norma do art. 803.º *ter* n dispõe que aquele decide sobre as provas propostas em despacho, decisão da qual não cabe recurso, embora, o pedido possa ser reiterado em juízo.

Caso o sujeito passivo deste processo nada diga no prazo definido para o efeito ou desista da resposta, o confisco é acordado pelo órgão competente (art. 803.º *ter* m). A doutrina refere-se, a este propósito, de um automatismo da decisão não compatível com a necessidade de comprovação da origem ilícita dos bens²⁵⁰.

Opondo-se, segue para julgamento, que decorrerá nos termos da lei processual civil, art. 433.º, por remissão feita pelo n.º 1 do art. 803.º *ter* o LECrim. Após, continua o art. da LECrim, o juiz decidirá sobre a sentença num prazo de 20 dias a contar da conclusão do julgamento.

A decisão do tribunal é também alvo de regulação processual, tal como o que se segue, após a decisão. Assim, o Tribunal pode 1) concordar com o pedido e determinar o confisco final dos bens; 2) deferir parcialmente o pedido de confisco e determinar a perda do montante correspondente (neste caso as medidas cautelares que possam ter sido acordadas em relação ao resto dos bens considerar-se-ão nulas e sem efeito); 3) indeferir o pedido de confisco e declarar que o mesmo não prossegue devido à existência de qualquer um dos fundamentos de oposição (também aqui, as medidas cautelares que possam ter sido acordadas devem ser tornadas nulas e sem efeito).

Quanto à previsão de que perante um indeferimento total ou parcial, as medidas cautelares que haviam sido acordadas caem, a doutrina refere-se a esta como “*un error del legislador*”²⁵¹, uma vez que havendo ainda a possibilidade de recurso e que esta venha a modificar a decisão e decidir pelo confisco, perde-se a segurança e mesmo a localização daqueles bens, podendo vir a frustrar-se a posterior decisão de perda.

²⁵⁰ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 248.

²⁵¹ ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 250.

Caso se decida pelo confisco, o art. 803.º *ter q* prevê que a investigação para a localização dos bens ou direitos pode ser realizada pelo próprio MP, o que, para ANA CARRILO DEL TESO, é mais surpreendente do que a legitimidade exclusiva que se confere aquele sujeito processual. E faz este juízo uma vez que, esta investigação é feita após a decisão de confisco, o que, na opinião da mesma autora, “rompe el *iter* lógico de la recuperación de activos: investigación patrimonial, localización, embargo, decomiso y ejecución”, além de que, o processo para o confisco não deveria ter o objetivo de declarar alguém como destinatário do confisco, deveria reter o bem da posse do seu titular e depois, decidido o confisco, entregá-lo ao Estado²⁵².

A última norma da LECrim dedicada a este instituto (art. 803.º *ter u*) refere-se ainda à possibilidade de se propor um novo pedido de confisco baseado nos mesmos direitos, sendo isso possível quando não tenha sido tomada qualquer decisão prévia sobre o mérito do confisco e ainda, quando o MP toma conhecimento em momento posterior da propriedade de novos produtos e vantagens.

Quanto a esta matéria, chamamos a atenção para o comentário de DÍAZ CABIALE²⁵³ que alerta para que, do ponto de vista criminal, estarmos perante uma inconstitucionalidade por violação do princípio *non bis in idem*. No entanto, considera ainda que pode o legislador, como entende que o faz, socorrer-se da alegada natureza civil para justificar a não inconstitucionalidade.

²⁵² ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 253 e 254.

²⁵³ Cf. JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *ob. cit.*, pp. 29 e 30.

4.2. Competência

Em Espanha, mais uma vez, isso está com maior ou menor coerência disposto na lei processual. O art. 803.º *ter* f LECrim considera serem competentes o juiz ou tribunal que conhece da ação penal suspensa (b) ou o juiz ou tribunal competente para o processar quando este não tenha sido iniciado, nas circunstâncias previstas no artigo 803.º *ter* e (c)²⁵⁴.

No nosso ordenamento jurídico, não há razões para se considerar que a competência é de outro sujeito que não, também, do órgão jurisdicional. À semelhança das demais questões processuais relevantes e que são de reserva de juiz, é o juiz competente por cada fase do processo penal que terá a competência para decidir sobre a perda e mesmo. Assim, até à acusação, é da competência do juiz de instrução (art. 17.º CPP) a decisão sobre o congelamento ou apreensão, bem como, em caso de arquivamento, a declaração expressa da perda (art. 268.º, n.º 1, e) CPP). Deduzida acusação, a competência para a decisão caberá ao Tribunal competente para a matéria principal.

Apesar destas considerações, devemos chamar a atenção para a discussão que a doutrina tem levantado a propósito do art. 178.º, n.º 3, sobre se a apreensão (para garantia de efetividade da decisão de confisco) está, ou não, sujeita à reserva de juiz, ou se, por outro lado, o “despacho de autoridade judiciária” confere, também, essa competência ao MP.

MARIA JOÃO ANTUNES²⁵⁵ convoca o art. 32.º, n.º 4 *in fine* CRP, uma vez que, segundo este artigo, “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entendidas a prática dos actos instrutórios” que, e chamamos atenção para esta última parte, não se “prendam diretamente com direitos fundamentais”. A apreensão restringe o direito de propriedade, e, sendo o direito de propriedade um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, fica sujeito ao art. 18.º CRP e, naturalmente a esta parte final do n.º 4 do art. 32.º. Ainda, acrescenta a autora, não vencerá o argumento de que apenas se protege a *propriedade lícita* porque, estando ainda numa fase de instrução

²⁵⁴ Para maiores desenvolvimentos doutrinários sobre cada uma destas hipóteses, *vide* ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, pp. 237 e 238 e TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, pp. 319-326.

²⁵⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de Activos. Garantías Procesales del Decomiso de Bienes en el Derecho Portugués”, *in* IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay*, tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 594.

vigorará o princípio da presunção da inocência em que não podemos presumir (ou concluir pela) a ilicitude daquela propriedade.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre esta matéria em 2019²⁵⁶, tendo entendido naquela data julgar não inconstitucional²⁵⁷ a norma que autoriza o MP a autorizar, ordenar ou validar a apreensão de bens, produtos e vantagens de facto ilícito, constante no art. 178.º, n.º 1 e 3 CPP. Para o TC a reserva de juiz não tem necessariamente de se cumprir no primeiro momento, aquela garantia satisfaz-se com a possibilidade de os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens apreendidas requererem a modificação ou revogação da medida ao juiz (possibilidade conferida pelo art. 178.º, n.º 7 CPP).

Contou, ainda assim, com declaração de voto (de vencido) de MANUEL DA COSTA ANDRADE²⁵⁸. O Juiz Conselheiro mostrou as suas dúvidas face à constitucionalidade deste artigo e compara aquela medida de congelamento com a medida de garantia patrimonial plasmada no art. 228.º CPP, arresto preventivo²⁵⁹, sendo a primeira mais gravosa que a segunda, na medida em que não se faz depender a apreensão “de um juízo de fundado receio de perda de garantia patrimonial ou de forte indiciação dos ilícitos criminais e sem limitação temporal expressa”, além disso, a possibilidade de intervenção judicial além de ser *a posteriori*, é uma “mera possibilidade residual ou eventual”.

²⁵⁶Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2019, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190387.html>.

²⁵⁷ Decisão criticada por MARIA JOÃO ANTUNES, “Recuperación de Activos. Garantías Procesales del Decomiso de Bienes en el Derecho Portugués”, *ob. cit.*, pp. 595 e 596.

²⁵⁸ Que, em texto anterior, escrito com MARIA JOÃO ANTUNES, já se tinha posicionado no sentido de que esta matéria é matéria de competência reservada de juiz e tinha mostrado, recorrendo ao direito comparado (em especial, aos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro) aquela que é, na opinião dos autores, a melhor solução. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto Garantia Processual da Perda das Vantagens do Crime”, *ob. cit.*, pp. 368 e 369.

²⁵⁹ Da (des)necessidade de distinção entre estas figuras: apreensão e arresto preventivo, *vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto Garantia Processual da Perda das Vantagens do Crime”, *ob. cit.*, pp. 360-370 e MARIA JOÃO ANTUNES, Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência, *Católica Law Review*, Vol. 4, n.º 3, pp. 131-144, disponível online em <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2020.9551>.

4.3. Impulso processual e princípio da acusação

Referindo-nos à legitimidade ativa no âmbito do processo, a quem cabe o impulso processual de prosseguir para efeitos de perda, o art. 803.º *ter* h LECrim atribui a legitimidade exclusivamente ao Ministério Público. Esta solução não se isentou de questões colocadas pela doutrina, nomeadamente a propósito da possibilidade de acusação particular ou popular²⁶⁰, ainda assim, o legislador foi claro na sua opção. O MP (ou *Ministerio Fiscal*, na língua espanhola) atua com imparcialidade, objetividade e independência, na defesa dos interesses e direitos dos cidadãos²⁶¹.

O que nos parece mais coerente na lógica processual do nosso ordenamento jurídico²⁶², seria seguir aquela que é a regra da legislação processual a que aludimos, cabendo ao Ministério Público a legitimidade de promover o pedido de perda, também aqui, obedecendo a critérios de objetividade (art. 53.º, n.º 1 CPP). Consideramos, no entanto, que, no caso de acusação particular, em que o MP não tenha deduzido acusação, mas o assistente o tenha feito, cabe a este último o impulso processual²⁶³.

No entanto, CRUZ BUCHO, quanto ao prosseguimento do processo em caso de declaração de contumácia do arguido, não considera que tenha sido essa a opção do legislador, embora entenda que seria a melhor solução. Assim, nesse caso, o prosseguimento é ordenado pelo juiz, *ex officio*, depois de exercido o contraditório, ouvindo todos os sujeitos processuais, em especial o MP e o defensor do arguido contumaz²⁶⁴.

²⁶⁰ Além disso, ANA E. CARRILO DEL TESO, tem um contributo interessante nesta matéria ao afirmar que o princípio do contraditório impõe que uma das partes, na acusação, inclua, na acusação o pedido desta consequência, e não tem de ser o MP a fazê-lo. Assim, considera a autora, não parece razoável que quem possa pedir o confisco não possa iniciar o procedimento que o venha a tornar efetivo. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Espanol*, *ob. cit.*, p. 239. *Vide* também a este propósito M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial...*, *ob. cit.*, p. 78.

²⁶¹ Assim relembra TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 328.

²⁶² Embora essa seja uma das questões que, para MÁRIO FERREIRA MONTE, a legislação processual penal não dá resposta. Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 453.

²⁶³ Cf. CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 392, nota de rodapé 79, que, admite, mas com dúvidas esta possibilidade.

²⁶⁴ JOSÉ MANUEL SAVORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 250 e 251.

Nesse caso, aliás, coloca-se a questão de saber se o prosseguimento do processo é obrigatório. CRUZ BUCHO entende que não²⁶⁵, entende que, por força do considerando 15 da Diretiva, o processo continuará “em determinadas circunstâncias”, sendo que essas deveriam ter sido esclarecidas pelos estados, nomeadamente pelo legislador português que, uma vez mais, não o fez.

Consideramos que, não estando definidos critérios, por razão de necessidades de prevenção, deve ser entendido que o prosseguimento para a perda é obrigatório. Além disso, embora o legislador possa definir critérios, e seguir até a sugestão de CRUZ BUCHO, de atribuir competência ao juiz singular pela desnecessidade da decisão ser tomada pelo coletivo²⁶⁶, não consideramos que o prosseguimento para a perda deva ser submetido a critérios de oportunidade ou utilidade²⁶⁷.

Quanto à legitimidade passiva não há dúvidas, mas socorrendo-nos do art. 803.º *ter j* LECrim, cabe àqueles contra os quais o Ministério Público dirige a ação de perda, pela sua relação com os bens a confiscar.

O legislador espanhol resolve ainda duas questões de extrema relevância naquele art. 803.º *ter j*: por um lado, no n.º 1 deixa claro que os sujeitos no âmbito da perda sem condenação são notificados como arguidos – e isto de uma forma genérica, ou seja, mesmo que a relação com os bens não seja a do arguido no processo principal, uma vez que, sabemos já, em caso de falecimento o sujeito passa a ser a herança jacente ou os herdeiros. Por outro lado, resolve a questão sobre a perda sem condenação dos bens pertencentes a terceiros, sobre o qual já tivemos a oportunidade de nos pronunciarmos.

A doutrina²⁶⁸ tem ainda levantado a questão sobre saber se o pedido de perda deve (ou não) constar obrigatoriamente da acusação para dar cumprimento a exigências constitucionais e à garantia de defesa do afetado pela decisão de perda.

²⁶⁵ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 253.

²⁶⁶ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 253.

²⁶⁷ Embora não sobre a perda sem condenação, mas a propósito da perda de vantagens de terceiro não ser subtraída a critérios de oportunidade, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 29/06/2022, Proc. n.º 638/17.7IDPRT.P2, relatado por Liliana de Páris Dias e ainda, da mesma relação, o Acórdão de 15/03/2023, Proc. n.º 786/20.6T9VLG.P1, relatado por Cláudia Rodrigues, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

²⁶⁸ Como já apontamos, MÁRIO FERREIRA MONTE levantou a questão “Deve a proposta de confisco ser feita na acusação, para o arguido e/ou o terceiro poderem contestar?”, MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 448.

A Constituição da República Portuguesa, no seu art. 32.º, n.º 5, consagra a estrutura acusatória²⁶⁹ do processo criminal. Resulta, assim, do princípio da acusação, a existência de uma cisão entre a entidade que investiga e acusa (MP) e a entidade que julga (juiz)²⁷⁰. Dessa forma, é imperativo que a acusação “defina e fixe, perante o tribunal, o objeto do processo”²⁷¹.

Por força desta estrutura acusatória importa responder às questões: está o Tribunal limitado à acusação e só haverá perda se tal pedido e a sua fundamentação constar da acusação? Ou a decisão de perda pode ser tomada oficiosamente pelo Tribunal?

O art. 283.º CPP elenca, ao longo de várias alíneas, o que é que a acusação contém, obrigatoriamente, sob pena de nulidade, e, de entre essas, não encontramos, expressamente, uma referência ao pedido de perda. Ainda assim, o legislador em alguns casos exige o pedido ou o impulso processual, como no arresto preventivo (art. 194.º, n.º 1 e 228.º, n.º 1 e 194.º, 2 e 3 CPP). Já quanto à necessidade desse pedido expresso para o juiz de instrução decidir a perda em caso de arquivamento, temos algumas dúvidas, uma vez que não nos parece que a lei seja clara nessa exigência. Concordamos, no entanto, que a perda não opera *ope legis*²⁷².

Entendemos que a obrigatoriedade, para dar cumprimento ao princípio da acusação, de constar o pedido de perda da acusação encontra consagração no art. 283.º, n.º 3, al. d) CPP, ao exigir que aquela contenha as disposições legais aplicáveis, assim, sustentamos, a menção aos artigos da perda deve, obrigatoriamente, constar da acusação²⁷³.

²⁶⁹ Que se opõe ao modelo inquisitório. Num sistema de estrutura processual penal inquisitória o juiz é o *dominus* absoluto do processo e junta em si todas as funções do processo, ele investiga, acusa e julga. Referimo-nos a um modelo em que as finalidades processuais são exclusivamente a realização da justiça e a descoberta da verdade, a confissão era a “rainha das provas”, admitindo-se, inclusivamente, a tortura de forma a chegar a essa confissão. O arguido era objeto do processo, e não sujeito. A este propósito *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 24-27, GERMANO MARQUES DA SILVA; HENRIQUE SALINAS, em JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010, p. 729-731.

²⁷⁰ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 92 e ss.

²⁷¹ MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 93.

²⁷² *Vide* Ac. TRC., de 16/12/2020, Processo n.º 899/16.9T9CLD-A.C1, “Da interpretação integrada dos arts. 186.º, n.º 3, e 268.º, n.º 1, al. e), do CPP, decorre que, em caso de arquivamento do inquérito nos termos dos arts. 277.º, 280.º e 282.º, do mesmo diploma, a perda a favor do Estado de animais, coisas e objectos apreendidos não opera *ope legis*; antes exige prévia declaração do juiz de instrução.”

²⁷³ Não estando e existindo essa promoção posterior, consideramos, e não apenas por cautela, que se deve seguir o disposto no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2008. Neste sentido, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 392, nota de rodapé 78, recomenda aplicar, por cautela.

Embora o processo de confisco seja autónomo em Espanha e se inicie, por escrito onde especifica contra quem, quais bens, a disposição legal, bem como a fundamentação de facto (*vide* art. 803.º *ter* I LECrim), TOMÁS FARTO PIAY também dedicou o seu estudo a perceber da necessidade dessa menção na acusação, por força do respeito pelo princípio acusatório. O autor defende a necessidade de o confisco ser pedido pela parte acusatória, “*para así ser introducido en el debate de juicio oral*”²⁷⁴, assim, respeitando aqueles que são os princípios fundamentais da estrutura acusatório do processo penal, o princípio do acusatório e o princípio do contraditório²⁷⁵.

4.4. Notificação

A propósito da perda de terceiro referimo-nos ao chamamento daquele sujeito ao processo, sobretudo tendo em conta as soluções das normas espanholas. Devemos agora dar atenção à notificação em caso de prosseguimento do processo e para aquelas que nos parecem ser as normas a aplicar.

Com o falecimento do arguido, são chamados ao processo os seus herdeiros (ou legatários) e estes, entendemos, devem ser notificados nos termos dos arts. 111.º a 117.º, do CPP, e só no caso de não ser possível a sua identificação é que, por analogia, socorremo-nos do disposto no art. 186.º, n.º 4, também do CPP²⁷⁶. Assim, devemos ler este último artigo, para efeitos de aplicação ao nosso estudo, como: sendo impossível determinar a identidade ou paradeiro dos herdeiros ou sucessores do arguido entretanto falecido, procede-se, mediante despacho fundamentado do juiz, à notificação edital.

No caso de declaração de contumácia, apesar de nos parecer que o considerando 15 da Diretiva faz dispensar a notificação ao arguido contumaz, consideramos que este, pese embora as dificuldades de citação que conhecemos e que levaram aquela declaração, deve ser notificado por edital (porque a possibilidade de decisão de perda mesmo durante a sua

²⁷⁴ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 135.

²⁷⁵ Era já este o entendimento do STS, de 6 de março de 2001, onde se lia que “Para acordar el comiso, es preciso que lo solicite alguna de las acusaciones, a fin de que el reo pueda defenderse y se debata en juicio oral”, *in* ELENA LORENE PABLO, “La investigación Patrimonial: Aspectos Prácticos del Decomiso y de la Recuperación de Activos”, IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos*, *Crime Doesn’t Pay, tirant lo blanch*, Valencia, 2020, p. 861.

²⁷⁶ Neste sentido, CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 400.

contumácia pode revelar-se até como um encorajador para o arguido se apresentar), pela mesma razão e aplicação do art. 186.º, n.º 4, do CPP²⁷⁷.

A solução espanhola também garante os direitos de defesa do arguido contumaz, dispondo no art. 803.º *ter j* LECrim que a notificação é dirigida ao defensor daquele sujeito (no processo principal suspenso) e mediante edital afixado no quadro de avisos do Tribunal. Ainda, na norma espanhola, fica esclarecido que, para a perda sem condenação, o terceiro é citado nos termos daquela lei, devendo a notificação indicar que o julgamento se pode realizar à sua revelia (art. 803.º *ter b 3* LECrim).

Devemos ainda fazer notar a solução adotada na lei processual alemã, que, segundo o §429.º StPO, a parte envolvida (entendemos que se refere ao arguido contumaz, ao herdeiro, ao sucessor e ao terceiro) é notificada da data da audiência principal, nos termos do § 40.º do mesmo código, o que nos leva a considerar que não sendo possível a citação pessoal, será feita por edital (ou notificação pública, numa tradução mais literal), numa solução idêntica à espanhola, na medida em que também se prevê que a notificação contenha a indicação que o julgamento se realizará mesmo sem a presença daquele.

4.5. Direito de assistência por advogado

Ainda a propósito da parte passiva deste processo, devemos olhar a Diretiva 2014/42/UE²⁷⁸, onde lemos que “as pessoas cujos bens sejam afetados pela decisão de perda têm direito de ter acesso a um advogado durante todo o processo de decisão de perda em relação à determinação dos produtos e instrumentos, a fim de poder defender os seus direitos” e que, termina o n.º 7 do art. 8.º, “as pessoas em causa são informadas deste direito”. Apesar disto, no nosso sistema processual não se prevê diretamente esta assistência por advogado, consideramos, no entanto, que tal direito resulta, desde logo,

²⁷⁷ Neste sentido, uma vez mais, CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 400.

²⁷⁸ Embora isso já fosse entendimento da doutrina, uma vez que, estando isso previsto para os arguidos e demandantes civis no processo penal, não fazia sentido não se garantir a este interveniente. Cf. JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 131.

do texto constitucional, art. 20.º, n.º 2 e 32.º, n.º 3, garantindo, assim, o direito de assistência²⁷⁹.

Já a LECrim prevê expressamente que a estes sujeitos, partes passivas do processo, são aplicáveis as normas que regulam o direito a assistência judiciária do arguido (art. 803.º *ter i*). E isto tem uma outra realização muito importante que é a da previsão feita pelo art. 803.º *ter k*, que dispõe que no caso do arguido rebelde do processo principal, agora suspenso, não aparecer, ser-lhe-á nomeado procurador do Ministério Público e advogado que assumirá a sua representação e defesa.

TOMÁS FARTO PIAY²⁸⁰ considera que devemos considerar que estas normas se referem também aos terceiros afetados por uma decisão de perda e concordamos com tal entendimento, uma vez que, projetando este entendimento para o nosso sistema processual, tal garantia é conferida ao demandado civil no art. 76.º, n.º 2 CPP e, a Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, no art. 44.º, n.º 2, faz uma remissão para as regras do estatuto de arguido, para os pedido de proteção jurídica por quem pretenda constituir-se assistente ou formular ou contestar pedido de indemnização cível em processo penal²⁸¹. Não tendo o terceiro uma posição ou estatuto processual definido no processo penal, permite-nos o art. 4.º CPP que se integre lacunas por analogia.

Por fim, cremos que o legislador português se poderá inspirar na clara previsão do §428 StPO, que não só prevê expressamente que qualquer pessoa envolvida no processo de confisco pode ser acompanhada por advogado, como que tem direito a *apoio judiciário* se a sua situação económico-financeira o justificar.

²⁷⁹ Assim, JOÃO CONDE CORREIA, Da Proibição do Confisco à Perda Alargada, *ob. cit.*, p. 131 e JOSÉ MANUEL SAVORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 235.

²⁸⁰ TOMÁS FARTO PIAY, El Proceso de Decomiso Autónomo, *ob. cit.*, pp. 348 e 349.

²⁸¹ Chamar a atenção para a

4.6. A Prova

Embora a regulação processual da matéria probatória não conste do CPP, a propósito da perda alargada de bens, o legislador considerou admitir, para provar a proveniência lícita dos bens em discussão, qualquer meio de prova válido em processo penal (art. 9.º, n.º 2, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

No caso da legislação do ordenamento jurídico vizinho, entende-se que é admitida toda a prova prevista, em geral, no Código de Processo Civil Espanhol²⁸², por força da remissão que é feita no art. 803.º *ter g* LECrim²⁸³.

A discussão sobre a natureza jurídica encontra aqui relevância e consequências práticas a nível processual. Vimos já que defendemos a natureza penal deste mecanismo, o que o sujeita aos princípios constitucionais próprios do processo penal, nomeadamente o princípio da presunção da inocência (art. 32.º, n.º 2 CRP). Significa isto que a decisão da perda não pode ser tomada sem que seja apresentada prova da titularidade ilícita dos bens (quer de terceiro, quer do agente contumaz ou falecido). Além disso, impossibilita as regras civis de inversão do ónus da prova²⁸⁴, recaindo sobre o Ministério Público o ónus de comprovar os factos e a verificação dos requisitos que motivam e fundamentam a decisão de perda²⁸⁵.

Assim, entendemos que o MP, o tribunal e também o afetado a quem pertencem os bens, têm ao seu dispor todos os meios de prova admitidos em sede do processo penal (arts. 124.º a 167.º CPP), nomeadamente o recurso a presunções judiciais²⁸⁶, mas já não a presunções legais²⁸⁷.

²⁸²Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, disponível *online* em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

²⁸³ Assim, TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 365.

²⁸⁴ Neste sentido, *vide* JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português*, *ob. cit.*, pp. 99 e 100.

²⁸⁵ Tal como acontece no processo espanhol, cf. TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 366.

²⁸⁶ Neste sentido, também CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 404.

²⁸⁷ Neste sentido, também JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, *A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português*, *ob. cit.*, p. 100, que, em nota de rodapé demonstra que se o admitíssemos, estaríamos a aproximar-nos da perda alargada e deixava de ter sentido útil a distinção dos institutos (perda clássica e perda alargada).

Quanto a estas últimas, o legislador espanhol optou por admiti-las a propósito não só da perda alargada (como também o fazemos), mas também a propósito da perda de bens de terceiros (alvo também de perda sem condenação), art. 127.º *quater* 2 CPE. Assim, provada a transferência a título gratuito ou a preço inferior ao do mercado de real, presume-se a má-fé do terceiro, presunção essa que motiva e fundamenta a perda, solução que, como já demonstramos em momento anterior foi criticada pela doutrina espanhola por ser incompatível com o já enunciado princípio da presunção da inocência²⁸⁸.

Ficam ainda questões por responder, nomeadamente, aquela apontada como simples, mas relevante, por CRUZ BUCHO: quantas testemunhas pode o terceiro arrolar²⁸⁹? Dependerá do modo de integração da lacuna. Quanto ao terceiro, podemos considerar entre a sua equiparação ao demandado civil ou ao arguido. No nosso entendimento, como vimos, concordamos com a solução alemã que equipara o estatuto do terceiro ao do arguido, logo, consideramos ser possível ao terceiro arrolar até 20 testemunhas, tal como é admitido ao arguido no âmbito do processo principal.

A solução distinta, de integrar a lacuna com a regra do art. 79.º CPP ao equiparar o terceiro ao demandado civil, não nos choca, no entanto, por coerência com o que temos defendido, enquanto não há regulação específica, a melhor solução parece ser a da equiparação às regras processuais do arguido. É assim, desde logo, pela forma como entendemos a intervenção do terceiro (em sentido próprio ou herdeiros), em que defendemos que este se pode pronunciar acerca da questão principal, verificação do facto ilícito.

Quanto ao arguido contumaz, somos de crer que não se diferenciara da solução adotada para a questão principal, valendo o disposto no art. 283.º, n.º 3, al. e), por remissão feita pelo art. 311.º-B, ambos do CPP. Quanto a isto e apesar de o legislador se limitar a determinar o prosseguimento do processo para efeitos de perda e não o modo em que acontece, não há razões para se defender que o arguido, apesar de contumaz, não possa, através do seu defensor, contestar a pretensão de perda e apresentar meios de prova.

²⁸⁸JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *ob. cit.*, p. 59.

²⁸⁹JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 231.

4.7. Cessação da contumácia e prosseguimento do processo

“A declaração de contumácia caduca logo que o arguido se apresentar ou for detido”, dispõe o n.º 1 do art.º 336.º CPP. E, diz-nos CRUZ BUCHO, é impossível que o proceso incidental (para a perda sem condenação) e o processo principal (com vista à condenação) corram em simultâneo, uma vez que o primeiro depende da suspensão do segundo²⁹⁰.

Assim, extinto o processo incidental, a questão que a seguir se coloca é se a prova produzida pode ser aproveitada para o processo principal onde, agora, se vai decidir a questão da perda. Tendo a prova sido produzida em audiênciã e com respeito pelo princípio do contraditório, parece que não há razões para que esta não seja aproveitada, embora apenas possa relevar para a mesma discussão, a da decisão de confisco dos produtos e vantagens do facto ilícito²⁹¹.

Situação diferente é se a contumácia cessa depois de decidido o incidente processual. É de relembrar que, quando o Tribunal decide a perda, decide a perda (de produtos e vantagens) de facto ilícito típico (art. 110.º, n.º 1, al. a) e b) CP), ou seja, se se decide pela perda a favor do Estado já se está a fazer um juízo da verificação de um ilícito típico.

Assim, questiona CRUZ BUCHO, numa relevante reflexão, o que acontece perante julgados divergentes ou contraditórios?²⁹² Se tivermos uma decisão de confisco (do agente contumaz ou de terceiro) e uma posterior absolvição do arguido?

O legislador espanhol esclareceu, de forma clara que “*el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce*” (art. 803.º *ter p*, n.º 2, LECrim). Em 2015, acrescentou-se ao art. 954.º LECrim, um n.º 2 que vem prever como uma das possibilidades de revisão de sentençã já transitada em julgado de processo de confisco autónomo, qualquer contradicão entre os factos aí declarados provados e aqueles declarados provados na

²⁹⁰ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 255, que nos diz que a cessação da contumácia extingue o incidente para o confisco, “por impossibilidade superveniente”.

²⁹¹ Cf. JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, p. 256. Em sentido contrário, CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, *ob. cit.*, p. 406, que considera que poderíamos estar a transformar o incidente da perda “num verdadeiro julgamento de arguido ausente”.

²⁹² Vide, JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 257-260.

sentença penal final, se esta vier a existir. Além disso, é entendimento da doutrina que a sentença que se mantém firme e que prevalece é a do processo penal principal, uma vez que este é o motivo de revisão da sentença do processo autónomo de confisco²⁹³.

Por seu turno, o legislador português, mais uma vez, não previu esta hipótese. O art. 449.º, n.º 1, al. c) CPP, pressupõe que as decisões contraditórias sejam condenatórias²⁹⁴. Concordamos com a doutrina espanhola, na medida em que não podemos fazer prevalecer a segurança jurídica (do trânsito em julgado) sobre a justiça e fazer prevalecer uma decisão, ainda que não condenatória, injusta²⁹⁵.

²⁹³Cf. ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso Y Recuperación de Activos En el Sistema Penal Español*, *ob. cit.*, p. 252 e Tomás Farto Piay, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 467.

²⁹⁴ A inércia do legislador é fortemente criticada por JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/UE...”, *ob. cit.*, pp. 259 e 260.

²⁹⁵ TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, *ob. cit.*, p. 466.

5. Que futuro para o instituto da perda? Breve referência à Proposta de Diretiva

O futuro abre portas para a alteração legislativa. Queremos referir-nos à proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à recuperação e perda de bens, de 25 de maio de 2022, sobre o qual já fomos dando algumas pistas.

A Diretiva pretende aplicar-se às infrações penais a que se refere no seu art. 2.º, n.º 1, como a participação numa organização criminosa, branqueamento de capitais, corrupção, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, contrafação de moeda. Esta não se apresenta com um intuito de luta contra a criminalidade lucrativa de um modo geral, mas sim, contra a criminalidade organizada (que tem, naturalmente, escopo lucrativo), ficando isso claro quer na exposição de motivos que identifica logo aquela como “uma das maiores ameaças à segurança da União Europeia”, quer no art. 2.º, n.º 2, ao prever a aplicação daquela Diretiva a outros crimes, além dos dispostos no n.º1, na medida em que tenham sido cometidos no âmbito de uma organização criminosa.

Devemos destacar o disposto no art. 15.º, alínea d), e) e f), que prevê que a prescrição, a imunidade penal do suspeito ou arguido e a amnistia concedida ao suspeito ou arguido, constituam fundamentos para o desencadeamento da perda sem condenação.

Quanto à prescrição, o legislador europeu refere-se à “expiração dos prazos previstos no direito nacional, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir a investigação e a repressão efetivas das infrações penais em causa”. Questionamos: o que se entende por prazos não suficientemente longos? O prazo de prescrição do crime de tráfico de órgãos humanos (art. 144.º-A, n.º 1 CP) – de 10 anos (art. 118.º, n.º 1, al. b) CP) – é suficientemente longo?

Já tínhamos enunciado esta possibilidade, mas não nos tínhamos ainda pronunciado sobre o seu mérito. Além disso, durante o presente estudo fomos revelando que consideramos que as hipóteses da morte e da contumácia não são taxativas e que o legislador teve apenas a intenção de dar exemplos e não de fechar as hipóteses. Não obstante, entendemos que esta novidade no instrumento europeu necessitará, para que seja admitido a continuação do processo para a perda, de previsão específica na lei

substantiva. Não consideramos que o legislador pretendeu²⁹⁶, com a cláusula pouco fechada “incluindo”, incluir a possibilidade de prosseguimento do processo em caso de prescrição ou extinção por amnistia.

O instituto da perda, já vimos, é um mecanismo de natureza penal e é por lhe atribuímos essa natureza que não podemos deixar de questionar a admissibilidade de, extinto o processo penal, ser admitido o processo para a perda. A exceção está definida no art. 127.º do CP, no qual, desde 2017, se diz que a extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos de declaração de perda.

Não temos dúvidas, no entanto, que, por exemplo, a amnistia não deve privar a perda de produtos e vantagens do crime, o que duvidamos é que tal encontre previsão legal para operar no âmbito do nosso ordenamento jurídico, dada a previsão expressa do art. 127.º, n.º 3, do CP, e até, quanto à amnistia propriamente, a previsão do art. 75.º, n.º 4, em que se prevê que, entre outros, a amnistia não obsta à verificação da reincidência. Se o legislador especificou estes casos, considerar outros não coloca em causa o princípio da legalidade? Além disso, que utilidade teria prever a exceção para o caso de morte, se nas outras hipóteses também prosseguiria para declaração de perda? Consideramos que, a ser aprovada a proposta, implicará, para a transposição, uma nova alteração aos arts. 127.º e 128.º do CP.

Apesar das nossas inquietações, não podemos deixar de chamar a atenção para a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que, em 1995, acordou “em estabelecer, com carácter obrigatório para os tribunais judiciais, a seguinte jurisprudência: Declarado extinto o procedimento criminal por efeito de amnistia, à perda dos instrumentos e produtos do crime aplica-se, salvo disposição em contrário da lei de amnistia, o disposto no artigo 107.º do Código Penal, na versão de 1982, ressaltando-se o especificamente estabelecido em legislação penal extravagante, relativa a esse tipo de crime, quanto àquele instituto”²⁹⁷.

²⁹⁶ Como faz ANTERO TAVEIRA, “Algumas Notas sobre o Regime Penal e Processual Penal da Perda sem Condenação” *ob. cit.*, pp. 284 e 285.

²⁹⁷ Acórdão n.º 6/95, Processo n.º 43 490, relatado por Lopes Pinto, disponível online em <https://www.stj.pt/?p=6289>.

Outra novidade, é a que lemos no considerando 26, dispondo que a perda “deverá também ser possível se um tribunal considerar que os instrumentos, produtos ou bens em questão provêm de atividades criminosas (...) O mesmo deverá ser possível nos casos em que os prazos previstos no direito nacional tenham expirado, caso esses prazos não sejam suficientemente longos para permitir uma investigação e repressão efetivas das infrações penais em causa (...) Por razões de proporcionalidade, a perda de bens sem condenação prévia deve limitar-se aos casos de crimes graves”. Quanto a esta última parte, ANTERO TAVEIRA²⁹⁸ chamou a atenção para a necessidade de o legislador intervir para clarificar o que se entende por prazos não suficientemente longos e crimes graves para efeito de declaração de perda em caso de o processo penal já se encontrar prescrito.

De qualquer das formas, repetimos: o que é a criminalidade grave? O art. 15.º, n.º 4 da Proposta de Diretiva parece ter dado a resposta, deixando fora do âmbito de aplicação daquela norma os tipos legais de crimes cuja pena máxima, na moldura penal, seja inferior a quatro anos.

Embora consideramos a relevância dessa distinção e compreendamos que a intenção de mostrar que o crime não compensa é dirigido sobretudo aos autores da grande criminalidade económica, não podemos deixar de demonstrar pensar criticamente a propósito da diferenciação entre criminalidade grave e menos grave.

Sendo certo que a Proposta de Diretiva limita o seu âmbito de atuação, a verdade é que limita à criminalidade mais grave, a uma criminalidade que tem movido milhões e que se tem revelado o grande flagelo a nível europeu. Assim, por maioria de razão, raciocínio idêntico deve ser feito para o instituto da perda nos demais crimes. As nossas dúvidas prendem-se com as necessidades de prevenção e se estas se continuarão a cumprir.

Recuperando o exemplo de quando se dispensa a pena possa ser razoável a dispensa da perda, a verdade é que esta última, tal como a inscrição da condenação em registo criminal, são consequências jurídicas do crime, e, por isso, ainda que compreendamos a solução nesses casos, há margem para se questionar a sua admissibilidade, uma vez que,

²⁹⁸ANTERO TAVEIRA, “Algumas Notas sobre o Regime Penal e Processual Penal da Perda sem Condenação”, *ob. cit.*, p. 288.

como sabemos a dispensa de pena não deixa de ser uma condenação²⁹⁹, que gera consequências jurídicas do facto.

A nossa dúvida quanto a esta solução prende-se com um regime comparado. Se o art. 268.º, al. e), do CPP prevê o a declaração de perda pelo juiz de instrução em caso de dispensa de pena, como é que podemos admitir uma ponderação entre criminalidade grave e menos grave perante crimes que, na sua maioria têm, no mínimo uma pena máxima de 5 anos?

De um ponto de vista mais processual, notar ainda, no âmbito das medidas de congelamento para não se dissipar o património ilícito, a necessidade de, segundo o considerando 21, os Tribunais serem obrigados a reapreciar as necessidades dessa privação, de modo que não se exceda a limitação que se faz do direito de propriedade. Esta medida não é uma novidade, é, aliás, uma cópia do considerando 31 da Diretiva 2014/42/UE, no entanto, e uma vez que tal não foi transposto para o nosso ordenamento jurídico, pelo menos não expressamente, podemos e devemos olhar para esta necessidade de revisões periódicas das medidas de congelamento.

Não encontramos no art. 227.º CPP nenhuma menção a esta necessidade de revisão da medida de garantia patrimonial, no entanto, o legislador poderá querer ousar mais desta vez, e não só finalmente prever a revisão como não se limitar aos crimes previstos para aplicação desta Diretiva, mas estender para todo o instituto, por referência ao limite do art. 18.º, n.º 2 CRP³⁰⁰.

Não obstante o que ficou dito, JOÃO CONDE CORREIA³⁰¹ considerava já que tal necessidade resultava do princípio da precaridade³⁰², e, logo que as circunstâncias que

²⁹⁹ Que, aliás, nem necessitava de o ser, uma vez que admitidos a perda não dependente de condenação.

³⁰⁰ Embora não consideremos que na perda de bens (mesmo de terceiros) estejamos perante uma violação do direito de propriedade, a realidade é que enquanto a medida de congelamento vigora, vigora também o princípio da presunção da inocência, o que levará a que ainda se considera a propriedade como lícita e a sua restrição como uma restrição de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias.

³⁰¹ JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, *ob. cit.*, p. 180.

³⁰² Que, segundo MARIA JOÃO ANTUNES, “não é mais do que uma consequência dos princípios da necessidade e da adequação” e, embora aplicando-o à medida de coação, diz que esta “é imediatamente revogada sempre que tiverem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação, porque deixou de ser necessária”, *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação”, *in* MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, MARIA JOÃO ANTUNES, *Liber Discipulorum para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS*, Coimbra Editora, 2003, p. 1257.

justificaram a medida cessem ou atenuem, a medida deve ser revogada, “daí que (...) se preconizem revisões periódicas das medidas provisórias”³⁰³.

A esperança que fica quanto à proposta de Diretiva é que esta leve o legislador nacional a voltar a olhar para matéria. Mas será que o legislador vai aproveitar a oportunidade? Ou será “mais uma oportunidade perdida”³⁰⁴?

³⁰³ Referia-se à Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, que veio a dar lugar à Diretiva 2014/42/UE.

³⁰⁴ Expressão de JOÃO CONDE CORREIA, *Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia?*, *ob. cit.*, p. 353.

Conclusão

Exposta a insuficiência normativa com que nos deparamos no âmbito desta matéria, não há dúvidas na doutrina de que a ação legislativa urge e a (longa) espera pela regulação pode significar para os afetados uma enorme insegurança jurídica³⁰⁵ e descrédito na justiça penal.

O art. 4.º do CPP, perante lacunas na lei processual, esclarece que “quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal”.

Não podemos deixar de mencionar que esta matéria de regulação do processo penal é da competência exclusiva da Assembleia da República, embora esta seja um dos casos de reserva relativa da competência legislativa (art. 165.º, n.º 1, al. c) CRP), podendo, por isso o Governo legislar sobre esta matéria, quando devidamente autorizado. Assim, não podemos ignorar que embora a opção no imediato seja a de integração de lacunas, não pode nem é esta a solução, o aplicador do direito não pode aqui substituir-se e adotar o papel de legislador³⁰⁶.

Iniciamos o estudo conscientes de que não chegaríamos a todas as respostas, convictos, no entanto, de que compreenderíamos as falhas e procuraríamos apontar caminhos. Seria fácil rapidamente desvirtuar o instituto, conceder-lhe uma natureza que não é a sua, equiparar o seu regime a outro que já esteja implementado e defender que essa seria a solução a adotar pelo aplicador. Terminado o estudo, não podemos deixar de tecer algumas considerações e sobretudo, reflexões sobre a superação da lacuna.

Procuramos esclarecer, desde logo, os requisitos para se lançar mão da aplicação do n.º 2 do art. 111.º, do CP, e preencher conceitos. Identificamos a que direito se refere o

³⁰⁵ A não regulamentação poderá levar ao risco de as soluções encontradas pela jurisprudência “serem postas em crise em sede de recurso ou, o que seria pior, nem sequer poderem ser questionadas em recurso, apesar de manifestamente injustas e contraditórias”, cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, *ob. cit.*, p. 455.

³⁰⁶ Embora esta falta de regulação processual, como bem aponta JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, *ob. cit.*, p. 175, exija “uma intervenção urgente do legislador nesse sentido e, até lá, um exercício hábil de integração e adaptação das regras processuais existentes por parte do julgador”.

vocábulo “pertencer” e que só o direito de propriedade goza de direito de proteção, os demais, seguem o bem, uma vez que a aquisição pelo Estado não é originária. Por outro lado, esclarecemos a boa-fé e procuramos delimitar a figura do terceiro, esclarecendo, nomeadamente a figura do beneficiário, que só poderá ser “aquele que adquire diretamente e sem intermediários – as vantagens da prática do crime sem que as vantagens lhe sejam transmitidas pelo agente do crime”³⁰⁷.

Embora o objeto da perda seja o bem e não a pessoa a quem pertencem os bens, a verdade é que “o que o CPP dispõe (ou não dispõe) sobre garantias processuais para os casos em que a pessoa visada não tem estatuto de arguido é manifestamente insuficiente”³⁰⁸.

Se se defende que estamos perante um instituto de direito civil, então parece compreensível que o estatuto daquele se equipare, pelo menos neste momento, ao demandado civil e não nos choca tal solução no âmbito daquele primeiro entendimento. Por outro lado, sendo esta a nossa posição, quem advoga a natureza penal do instituto da perda, tende a equiparar o terceiro ao arguido, ou, como faz MÁRIO FERREIRA MONTE, a referir-se a ele como um quase-arguido. Concordamos, como fomos revelando, com MARIA JOÃO ANTUNES, na medida em que a autora entende que deve ser equiparado, com recurso à analogia, o estatuto do terceiro ao do arguido.

Ainda assim, considerada integrada a lacuna, somos de crer que o legislador tem aqui um campo novo, uma mudança a fazer, que se revelará em diversas alterações doutrinárias e novas edições de manuais universitários de direito processual penal, mas que se traduzirá na inserção e admissão de um novo sujeito processual do processo penal. Não acreditamos que o seu estatuto se distancie em larga medida da do arguido, no entanto, a relevância deste sujeito no âmbito das finalidades deste ramo do direito exige o seu próprio estatuto processual, em nome da previsibilidade e segurança jurídica.

No mínimo, o legislador deve inspirar-se no legislador alemão e prever expressamente a remissão do estatuto do terceiro para a do arguido. E, embora não nos pareça a solução, será preferível ao silêncio do legislador.

³⁰⁷ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Tipologias Substantivas de Confisco das Vantagens...”, *ob. cit.*, p. 190.

³⁰⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, *Garantias Processuais da Perda de Bens no Direito Português*, *ob. cit.*, p. 509.

Expusemos a legislação espanhola (e algumas soluções alemãs) para servir de inspiração para o legislador português, no entanto, como dissemos, não podemos nem devemos limitar-nos a transpor o que foi pensado para outro ordenamento jurídico, devemos estudar o regime, tal como fizemos, entender que também aquele tem as suas fragilidades e procurar inspirar no que foi conseguido e superar as falhas da experiência.

Exemplo daquilo que consideramos pouco conseguido é o âmbito de intervenção do terceiro. O legislador português deve encontrar o ponto ótimo entre a solução espanhola e a solução alemã. Se por um lado um limita, o outro permite demais. A nossa proposta é que o legislador encontre o ponto ótimo, o ponto em que o terceiro possa discutir os factos, a verificação do facto ilícito, a participação do agente. Afinal, nos casos de perda sem condenação, pode ser este o único momento em que se questionará a responsabilidade criminal.

Se o terceiro ou o herdeiro não puderem discutir a responsabilidade do agente entretanto falecido, quem o fará? Não se pode defender outra solução que não a da possibilidade do terceiro ter a oportunidade de discutir a responsabilidade criminal daquele agente, a verificação do facto e a participação do arguido. Afinal, perder o bem é uma consequência jurídica do facto ilícito que não foi punido, sobre o qual ainda vigora o disposto no art. 32, n.º 2, da CRP, não tendo havido (e na mais das vezes, não há a oportunidade de ainda se verificar) condenação nem trânsito em julgado da mesma.

Entendemos ainda que, e seguindo os termos de tramitação processual da LECrim para a sua adequação ao processo português, o MP deve ser o responsável pelo impulso processual que, salvo exceções (nomeadamente, quando toma conhecimento só após a acusação e não podia ter tomado antes), acontece aquando da acusação, onde esta deve conter, sob pena de nulidade, o pedido de confisco dos bens de proveniência ilícita.

Com isto, e ainda que se possa defender que tal necessidade resulta do art. 283.º, n.º 3, al. d) do CPP, propomos a alteração do artigo para a previsão dessa causa de nulidade. Não querendo substituir o legislador, mas procurando auxiliar, ousamos em propor o aditamento de uma alínea com o seguinte teor: “alínea x) a identificação do bem ou dos bens que se pretenda declaração de perda a favor do estado, bem como as pessoas contra

as quais o pedido é dirigido e seus endereços, descrição da relação do facto ilícito com o bem, a situação da pessoa contra a qual o pedido é dirigido relativamente aos bens³⁰⁹.

Deduzida acusação onde conste o pedido de confisco, o Tribunal competente notificará (à semelhança do que acontece no art. 803.º *ter* 1, n.º 2 LECrim) o afetado pela perda da pretensão de confisco que, naturalmente acompanhado por defensor, pode adotar um de três comportamentos: comunicar que não se vai pronunciar, opor-se ou não se opor à pretensão. Nesse caso, o julgador não poderá valorar negativamente o silêncio, mas gozará, no nosso entender, de liberdade de apreciação da prova, tal como previsto no CPP.

Por fim, urge regulamentar a tramitação processual em caso de morte ou contumácia do agente, uma vez que, embora as alterações efetuadas em 2017, apenas sabemos que tal tramitação é possível, não já os termos em que tal ocorre.

Embora não entendamos que haja a necessidade de uma tramitação autónoma, à semelhança do que ocorre em Espanha, o legislador pode e deve inspirar-se naquela tramitação. Assim, afastamo-nos desde logo do art. 803.º *ter* g da LECrim que remete a para as normas processuais civis, uma vez que esta resulta de um entendimento do legislador espanhol que consideramos falacioso³¹⁰ e que tende para a natureza civil do instituto da perda.

Entendemos que tomado conhecimento do falecimento ou da contumácia do agente, o MP deve requerer, obrigatoriamente, o prosseguimento da perda. Requerido, o prosseguimento dependerá, concluímos, do momento ou fase processual em que nos encontraremos.

Se ainda não existiu acusação, porque estamos no ainda na fase de investigação ou porque o falecimento do agente se deu antes da tomada de conhecimento do facto ilícito, que como vimos, não impede a ação com vista à perda, o MP toma as diligências necessárias para a localização e investigação dos bens e da relação com facto. Depois, deve apresentar ao órgão competente (o juiz de instrução) o pedido de perda de bens, nos

³⁰⁹ Inspirado no art. 803.º *ter* 1, LECrim.

³¹⁰ Remetemos para as considerações que tecemos, com ANA E. CARRILO DEL TESO, aquando da exposição sobre a natureza jurídica.

moldes do art. 803.º *ter* 1 da LECrim, onde deve conter: indicação da pessoa contra quem dirige o pedido e a sua morada, do bem a confiscar, do facto punível e a sua relação com o bem, o tipo legal do facto, a situação da pessoa contra a qual o pedido é dirigido relativamente aos bens, a base legal do confisco, a indicação de provas e produzir ou a requerer e o pedido de medidas cautelares, e a narração dos factos que justificam a necessidade da medida.

O mesmo pedido é feito em caso de prosseguimento por declaração de contumácia, mas com as indicações que ainda não foram elencadas na acusação ou as que, por força da declaração, mudem.

Posto isto, a tramitação posterior, aquela em que encontramos um silêncio absoluto do legislador, deverá ser desenhada nos mesmos moldes do processo de *decomiso* autónomo.

Assim, o órgão competente decide sobre as medidas de garantia patrimonial e notifica o titular dos bens (à exceção do arguido contumaz), concedendo-lhe um prazo para apresentarem oposição (art. 803.º *ter* 2, LECrim³¹¹). Após a oposição e pedido de provas por parte do afetado, o Tribunal deverá marcar data para audiência, com fim à produção de prova (art. 803.º *ter* n, LECrim).

Produzida a prova, com os limites a que já nos referimos, o Tribunal tomará a decisão, que, para ser válida, deve conter os fundamentos que levaram à decisão, bem como, em caso de improceder o pedido, ordena a imediata devolução dos bens ao seu titular (integrando a lacuna, inspirando nas soluções dos art. 375.º e 376.º, CPP). Não ignoramos que a parte final pode vir a frustrar o que for decidido em eventual sede de recurso, no entanto, não podemos deixar de considerar que essa é a solução que mais coaduna com a garantia dos direitos fundamentais.

Tendo estes pontos em conta, concluímos que o legislador terá dois caminhos a seguir: ou procede a remissões sem fim e aditamentos nos diversos artigos, das diversas fases da tramitação processual ou assume a necessidade de uma reforma ao Código de Processo Penal e finalmente dedica um título ou capítulo a estas temáticas, regulando-as de forma mais exhaustiva.

³¹¹ Os artigos que fomos indicados referem-se à norma em que inspiramos a solução.

JOÃO CONDE CORREIA, num estudo posterior à Lei 20/2017, de 30 de maio, termina com a seguinte consideração “mais do que as leis que deveríamos ter devemos preocupar-nos com as leis que temos e, sobretudo, fazê-las funcionar!”³¹². Sendo certo que se referia à adoção do Regulamento Europeu, é de considerar a afirmação. A lei que temos está a funcionar? Não nos parece. É preciso fazê-la funcionar! E fazê-la funcionar significa dar-lhe meios para isso, desenhar um processo ou remeter para outro.

Em suma, parece-nos que o legislador deixou muito por dizer, é urgente que o legislador volte a olhar para esta matéria. Até lá, a perda será sinónimo de incerteza e insegurança jurídica para os seus afetados. Não é apenas a prevenção especial que ficará afetada, é, sobretudo, a prevenção geral. A comunidade não só acredita que o crime compensa, como não tem condições de saber como é que o crime pode não compensar.

³¹² JOÃO CONDE CORREIA, *Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia?*, *ob. cit.*, p. 353.

Bibliografia

ANA E. CARRILO DEL TESO, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, tirant lo blanch, Valencia, 2018.

– “El Nuevo Régimen de Recuperación de Activos en Alemania o la Sublimación del Principio Crime Doesn’t Pay”, in IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn’t Pay*, tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 548.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais, in MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 9-48.

ANNA MARIA MAUGER, “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla Confisca Degli Strumenti e Dei Proventi da Reato Nell’unione Europea Tra Garanzie dd Efficienza: un "Work In Progress"”, *Direito Penale Contemporaneo*, Revista Trimestrale 1/2015, pp. 300-336.

ANTERO TAVEIRA, “Algumas Notas sobre o Regime Penal e Processual Penal da Perda sem Condenação” Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?*, Edições Almedina, Coimbra, 2023, pp. 277-295.

ANTÓNIO GAMA, ANTÓNIO LATAS, JOÃO CONDE CORREIA, JOSÉ MOURAZ LOPES, LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, PAULO DÁ MESQUITA, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo IV, Artigos 311.º a 398.º, Almedina, Coimbra.

CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.º Edição, 2.º Reimpressão, Coimbra Editora, 2012.

CELSO ALEXANDRE ROCHA, “O Processo de Perda Não Baseada numa Condenação”, Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º 5/2002, O Crime continua a compensar?, Edições Almedina, Coimbra, 2023, p. 367-410.

Conselho Superior do Ministério Público, Parecer relativo à Proposta de Lei 201/2016, referente à transposição da Diretiva n.º 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia, 2017, disponível online em <https://www.parlamento.pt/>.

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓNS, “La Regulación del Decomiso tras la Reforma de la Ley Orgánica 1/2015” in IGNÁCIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS E NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCIA (DIRECTORES), Recuperación de Activos Y Decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales ibero-americanos, tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448.

ELENA LORENE PABLO, “La investigacion Patrimonial: Aspectos Prácticos del Decomiso y de ça Recuperación de Activos”, IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn’t Pay, tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 839-869.

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 38, 2016, disponível online em <https://www.iustel.com/v2/revistas/busador.asp?id=9&autor=%22Fernando%20Gasc%C3%B3n%20Inchausti%22>.

FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILO, “La intervención en el proceso de los terceros afectados por el decomiso” in Aranguena Fanego, C. & M. De Hoyos Sancho, Garantías Procesales de Investigados y Acusados: Situación Actual en el Ámbito de la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 165-178.

GERMANO MARQUES DA SILVA E HENRIQUE SALINAS, em JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2º Edição, 2010.

HÉLIO RIGOR RODRIGUES “A perda de bens no crime de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *Revista do Ministério Público*, n.º 134, abril – junho, 2013, pp. 189-244.

– Conferência sobre a Recuperação de Ativos, Tribunal da Relação de Guimarães, Intervenção Oral, 20/03/2023.

– “O Confisco das Vantagens do Crime: Entre os Direitos dos Homens e os Deveres dos Estados – A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de Confisco”, in MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, pp. 39-84.

– “Tipologias Substantivas de Confisco das Vantagens: Os Diferentes Caminhos para Garantir que o Crime não Compensa”, Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º5/2002, O Crime continua a compensar?*, Edições Almedina, Coimbra, 2023, pp. 145-192.

ISIDORO BLANCO CORDERO, “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea” in JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO, ISIDORO BLANCO CORDERO, *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, 2017, p. 497, *apud* TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 236.

JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, S.A., Lisboa, 2012.

– «Non-Conviction Based Confiscations» No Direito Penal Português Vigente: “Quem Tem Medo Do Lobo Mau?”, *Julgar Online*, n.º 32, Almedina, 2017.

– “Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia?”, in MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, 2018, 1.º Edição, Imprensa Nacional, Ministério Público Portugal, Procuradoria-Geral Distrital do Porto, pp. 333-357.

– “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”, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 2, 2014, pp. 83-112.

JOÃO CURA MARIANO, A Perda de Bens de Terceiro relacionados com o crime, in MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018.

JÓNATAS E. M. MACHADO, Direito da União Europeia, 2.º Edição, Coimbra Editora, 2014.

JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, TOMO I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 3.º Edição, Gestlegal, 2019.

– Direito Penal Português: Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, 1.º Edição, 4.º Reimpressão, Coimbra Editora, 2013.

– “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, O Novo Código do Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal, Centro de Estudos Judiciários, Livraria ALMEDINA, Coimbra, 1991.

JOSÉ ANTÓNIO DIAZ CABIALE, “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-10, 2016, pp. 1-70, disponível online em <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>.

JOSÉ MANUEL DAMIÃO CUNHA, Da Perda de Objectos relacionados com o crime, apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II, Porto, Universidade

Católica Portuguesa, 1993, p. 19, *apud* JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português, História, Soluções e Desafios, Edições Almedina, Coimbra, 2023.

JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, “A Transposição da Diretiva 2014/42/EU. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais)” *in* MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, pp. 185-264.

– Conferência sobre a Recuperação de Ativos, Tribunal da Relação de Guimarães, Intervenção Oral, 20/03/2023.

JOSÉ NUNO RAMOS DUARTE, A Perda de Instrumentos, Produtos e Vantagens no Código Penal Português, História, Soluções e Desafios, Edições Almedina, Coimbra, 2023.

M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, El Decomiso como instrumento de la Cooperación Judicial em la Unión Europea y su incorporación al Proceso Penal Español, tirant lo blanch, Valencia, 2016.

MANUEL DA COSTA ANDRADE E MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4005, Ano 146, julho-agosto, 2017, pp. 360-370.

MARIA JOÃO ANTUNES, Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência, *Católica Law Review*, Vol. 4, n.º 3, pp. 131-144, disponível online em <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2020.9551>.

– Direito Processual Penal, Almedina, Coimbra, 4.º Edição, 2022.

– Garantias Processuais da Perda de Bens no Direito Português, *in* FABIO ROBERTO D’AVILA, MARIA EDUARDA AZAMBUJA AMARAL, MAURICIO ZANOIDE DE MORAES, RAFAEL DE SOUZA LIRA, Os primeiros 90 anos de Alberto Silva Franco, Instituto Eduardo Correia, Editora D’Plácido, 2022, pp. 501-519.

– “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação”, in MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, MARIA JOÃO ANTUNES, *Liber Discipulorum* para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, 2003, pp. 1238-1268.

– “Recuperación de Activos. Garantías Procesales del Decomiso de Bienes en el Derecho Portugués”, IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay, tirant lo blanch*, Valencia, 2020, p. 587-602.

MÁRIO FERREIRA MONTE, ““Buracos Negros” no processo Penal?”, Prof. Doutor Augusto Silva Dias – *In Memoriam*, Volume II, AAFDL – 2022, pp. 437- 455.

– “O Confisco é uma Pena?”, Cord. NORBERTO MARTINS, JOÃO CONDE CORREIA, *O Confisco não baseado numa Condenação. 40 Anos Depois do Código Penal e 20 anos depois da Lei n.º5/2002, O Crime continua a compensar?*, Edições Almedina, Coimbra, 2023, pp. 77-143.

MYRIAM SEGURA RODRIGO, *La Intervención En El Proceso Penal De Terceros Que Puedan Resultar Afectados Por El Decomiso*, *El decomiso. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2019, disponível online em <https://www.cej-mjusticia.es/>.

NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Aspetos procesales del decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, in MANUEL MARCHENA GOMÉZ, NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 439 apud TOMÁS FARTO PIAY, *El Proceso de Decomiso Autónomo, Tirant lo blanch*, Valencia, 2021, p. 232.

NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO, “Las Distintas Modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, n.º 124, 2017.

NÚRIA P. MATELLANES RODRIGUÉZ, “Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial, la descoordinación entre la regulación penal y la procesal” in IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, *Decomiso Y*

Recuperación de Activos, Crime Doesn't Pay, tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 145-163.

ORLANDO DE CARVALHO, Direito das Coisas, Coordenado por: FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, 2.º Edição, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 225-226.

PAULO DÁ MESQUITA *in* ANTÓNIO GAMA, ANTÓNIO LATAS, JOÃO CONDE CORREIA, JOSÉ MOURAZ LOPES, LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, PAULO DÁ MESQUITA, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, TIAGO CAIADO MILHEIRO, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo IV, Artigos 311.º a 398.º, Almedina, Coimbra, 2022.

PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.º Edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2021, p. 502.

PEDRO CAEIRO, “O confisco numa perspetiva política criminal europeia”, MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, 2018, 1º Edição, Imprensa Nacional, Ministério Público Portugal, Procuradoria-Geral Distrital do Porto, pp. 21-38.

– “Offence-based confiscation: replacing criminal law with something better?” in S. QUATTROCOLO AND S. OLIVEIRA E SILVA/E. SACCHETTO (eds.), Assets Confiscation and Prevention of Crime in Europe. An Overview upon the EU and Domestic Legislations, CEDAM, Itália, 2022, pp. 1-22.

– “Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no confronto com outros meios de prevenção da Criminalidade Reditícia”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 2, 2011, pp. 267-321.

Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa, disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0217>.

SOFIA DOS REIS RODRIGUES, “Dos Meios de Impugnação das Garantias Processuais Penais do Confisco”, *in* MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA, ELINA LOPES CARDOSO, JOÃO CONDE CORREIA, O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs, Imprensa Nacional, 1.º edição, 2018, pp. 265-292.

TOMÁS FARTO PIAY, El Proceso de Decomiso Autónomo, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

– “Los terceros afectados por el decomiso ante el proceso penal” *in* IGNACIO BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE E NICOLÁS RODRIGUÉZ-GARCÍA, Decomiso Y Recuperación de Activos, Crime Doesn’t Pay, tirant lo blanch, Valencia, 2020.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional (disponível online em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>)

Acórdão n.º 336/2006, Processo n.º 901/05, relatado pelo Conselheiro Benjamim Rodrigues.

Acórdão n.º 387/2019, Processo n.º 383/18, relatado pela Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros.

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão n.º 6/95, Processo n.º 43 490, relatado por Lopes Pinto, disponível online em <https://www.stj.pt/?p=6289>.

Acórdão n.º 7/2008, Processo n.º 4449/07, disponível online em <https://www.stj.pt/?p=6315>.

Acórdão n.º 11/2016, de 20 de julho, Processo n.º 89/14.5YFLSB, disponível online em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/11-2016-74985441>.

Tribunal da Relação (todos disponíveis *online* em <http://www.dgsi.pt/>)

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 16/12/2020, Processo n.º 899/16.9T9CLD-A.C1, relatado por Isabel Valongo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10/10/2017, Processo n.º 6/15.5GAODM-B.E1, relatado por Ana Barata Brito.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 29/06/2022, Processo n.º 638/17.7IDPRT.P2, relatado por Liliana de Páris Dias.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 15/03/2023, Processo n.º 786/20.6T9VLG.P1, relatado por Cláudia Rodrigues.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (disponível *online* em <https://rm.coe.int/16806ebd5d>)

Acórdão Welch vs. United Kingdom, de 09/02/1995

Supremo Tribunal Espanhol

STS 56/1997, de 20 de janeiro.

STS, de 6 de março de 2001.