

# O ARRESTO PREVENTIVO COM VISTA À PERDA ALARGADA DE BENS A FAVOR DO ESTADO: DESCONTINUIDADES E APLICAÇÃO PRÁTICA

Por Ana Raquel Conceição<sup>(1/2)</sup>

## SUMÁRIO:

**Introdução.** 1. A lei 5/2002, de 11 de janeiro: breve análise do seu regime. 2. A natureza jurídica do arresto preventivo. 3. A presunção de proveniência ilícita. 4. Os pressupostos do art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro. 5. O Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA). **Conclusão.** **Bibliografia.**

## Resumo

Com o presente artigo analisaremos a lei 5/2002, de 11 janeiro, com especial enfoque no arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado. Analisaremos a natureza da referida figura, tendo em consideração a presunção de incongruência patrimonial que incumbe ao arguido ilidir. Tal presunção, por importar um ónus da prova ao arguido, demonstra-se ser contrária aos princípios estruturantes do processo penal português, em especial a presunção da inocência. Apresentaremos a posição do Tribunal Constitucional, bem como as principais vozes doutrinárias no sentido da sua (des) conformidade com a nossa Lei Fundamental.

## Palavras-Chave

Arresto Preventivo — Perda de bens — Criminalidade organizada — Presunção de inocência — Política criminal.

---

(1) Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho; Advogada; Formadora da Ordem dos Advogados do Conselho Regional do Porto.

(2) O presente texto corresponde, em parte, à nossa tese de doutoramento que defendemos a 6 de setembro de 2018 na Universidade Lusíada — Norte (Porto), intitulada *O Branqueamento de Capitais e o Estatuto do Arrendido colaborador: uma nova exigência no (ainda) admirável mundo novo.*

## Introdução

Do ponto de vista criminológico, hoje, não temos dúvidas, o principal foco de atenção das instâncias formais de controlo dirige-se no combate à criminalidade organizada. Contudo, na determinação do seu conceito não há harmonia na sua definição em todas as vertentes da ciência global do direito penal: criminologia, dogmática e política criminal. Na verdade, deveria existir uma definição deste conceito, em prol das características da lei penal que, por força do princípio da legalidade, impõe que esta seja clara, expressa e precisa. Mas de facto não existe, o que pode permitir que se catalogue certo tipo de crime como criminalidade organizada não o sendo atendendo à sua *ratio*.

Por tendência, a referida expressão é utilizada para denominar um fenómeno criminal recente e especialmente preocupante pelo seu carácter transnacional e dificuldades investigatórias. A transnacionalidade que a caracteriza impõe que os Estados se unam no seu combate.

Apesar de concordarmos com a argumentação de que não é possível definir o conceito, pois em qualquer das ciências que compõem a ciência global do direito penal o seu uso é polissémico, quanto a nós não restam dúvidas que este conceito tem um móbil processual penal. O seu propósito é ver aplicadas certas figuras processuais penais a um conjunto de crimes que hoje em dia têm uma linha condutora comum: são crimes que beneficiaram da evolução tecnológica da nova sociedade e, conseqüentemente têm pontos de conexão por todo o mundo, caracterizando-se também por serem, por regra, crimes de colarinho branco, uma vez que a utilização deste conceito surge predominantemente em instrumentos de natureza internacional no combate e prevenção a este tipo de criminalidade.

A sociedade sem limites e sem fronteiras levou a que grande parte da criminalidade também viesse a beneficiar destas características que determinam de forma indubitável uma grande e grave dificuldade na sua prevenção, investigação e repressão. A internacionalização e a criminalidade organizada são fenómenos indissociáveis. Importa então realçar que esta nova forma de criminalidade surgiu exponencialmente após o fenómeno da globalização, ou seja, a nova sociedade aberta, onde tudo é acessível e próximo em qualquer parte do mundo, trouxe muitas vantagens a todos nós todavia, tal como já referimos, trouxe também a possibilidade da criminalidade evoluir de se organizar de forma exemplar e de se expandir a todo o mundo global.

Podemos então afirmar que o cenário sociológico subjacente é comum. A criminalidade organizada, do ponto de vista empírico, está rela-

cionada com a própria organização societária, o seu fundamento é sociológico e estrutural. Ou seja, é por força das estruturas culturais, sociais, políticas, jurídicas e económicas que a potencialização da criminalidade organizada se constata.

É a partir desta nova sociedade sem fronteiras, com comunicação em tempo real em qualquer parte do mundo, onde a evolução tecnológica é uma constante e onde as estruturas fundamentais de uma sociedade são permeáveis, que a criminalidade organizada surge com maior exponencial por força da própria evolução da sociedade. Uma sociedade que cada vez mais se concentra nos mercados financeiros, onde a obtenção do lucro é um pensamento constante, que trespassa todos os seus sectores, e que, associada à evolução científica e tecnológica vai despoletar os crimes associados à criminalidade organizada.

Dos vários instrumentos utilizados para o seu combate e prevenção, surge com um lugar de destaque a da lei 5/2002, de 11 de janeiro, cuja própria definição expressamente refere, medidas de combate à criminalidade organizada e concretiza essas mesmas medidas.

É a referida lei que iremos analisar, com especial atenção ao arresto preventivo com vista á perda alargada de bens a favor do Estado. Instituto que tem como *ratio*, garantir a efetiva concretização da conhecida máxima que o *crime não compensa*, onde os crimes do catálogo, têm necessariamente esse propósito.

## **1. A lei 5/2002, de 11 de janeiro: breve análise do seu regime**

A Lei 5/2002, de 11 de janeiro é também denominada *medidas de combate à criminalidade organizada*. Consiste numa lei eclética determinando regras especiais em relação a alguns meios de prova; estatui um novo meio de obtenção da prova e determina um regime muito especial de arresto com vista a perda alargada de bens a favor do Estado.

Iremos analisar, resumidamente, cada um dos novos instrumentos, dando especial enfoque no arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado.

Apesar de ser uma lei cuja eficácia se verifica, em grande monta, aquando da existência de uma investigação criminal, alguns dos seus institutos podem operar para fins de prevenção criminal.

A lei orgânica da polícia judiciária o Dec. Lei 137/2019, de 13 de setembro<sup>(3)</sup> prevê, no art. 4.º, n.º 3, a possibilidade de realização do registo de voz e imagem no âmbito de operações de vigilância, para fins de prevenção criminal. Contudo, o registo de voz e imagem, é predominantemente um meio de obtenção da prova e quando os meios de obtenção da prova, principalmente os mais invasivos dos direitos fundamentais dos investigados, como é o caso do registo de voz e imagem, passam também a ser medidas cautelares ou de polícia, ter-se-á de ter muita atenção na sua legitimação, pois a sua admissibilidade como meio de obtenção da prova, pressupõe pelo menos um suspeito no decorrer de um inquérito, ou seja, o crime já terá sido praticado e assim os direitos fundamentais poderão ser mais ou menos restringidos, em função da necessidade investigatória e da gravidade do crime sob investigação. Quando são usados com o fim de prevenção criminal, não existe ainda sequer investigação, servindo como forma de transmitir à comunidade segurança, libertando-a da criminalidade, contudo o crime ainda não existe. A restrição dos direitos fundamentais assenta apenas e tão só na potencialidade da prática de um crime que de facto ainda não aconteceu, podendo perigar a sua legitimidade por força do já enunciado princípio da intervenção mínima. A sua realização e positivação são efetuadas tendo em vista a sua integração no âmbito de um processo penal, por isso se exige o seu controlo processual e a remessa, obrigatória para a autoridade judiciária. Assim, e na esteira de Paulo Dá Mesquita, a legitimação deste tipo de atos surge com base em necessidades de investigação e não apenas de pacificação social e ainda assim sempre limitadas por diretrizes muito concretas: têm sempre de obedecer aos pressupostos da urgência e do perigo na demora; a apreciação judicial dessa intervenção terá de ser efetuada com base nos juízos de legalidade repressiva e preventiva, ou seja, terá de ser efetuada analisando o processo penal na sua globalidade; nessa apreciação, a autoridade judiciária deverá ter presente que certos atos são praticados pelos OPC, dentro dos seus poderes outorgados por legislação extravagante (as leis reguladoras das forças policiais) e que, neste âmbito, tem competência própria e não competência delegada ou em sua substituição; o controlo posterior terá de ser efetuado com base nos conhecimentos concretos do agente policial no momento da realização do ato, e não apenas com base na informação que chegou à autoridade judiciária (juízo de prognose póstuma); o ato policial tem tam-

---

<sup>(3)</sup> Dec. Lei que revogou Lei n.º 37/2008, de 06 de Agosto, de 6 de agosto. Dec. Lei disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3215A0004&nid=3215&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3215A0004&nid=3215&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo)>.

bém de ser apreciado no quadro do contraditório, pois é um meio de obtenção de prova que se pode traduzir como relevante ou até mesmo essencial para a acusação e por esse motivo leve a causa a julgamento. É que uma medida cautelar ou de polícia pode ter uma “(...) dupla função, isto é, através dela a polícia persegue, simultaneamente, uma função de prevenção do perigo e uma função de perseguição criminal”<sup>(4)</sup>. Desta feita, nestes atos de dupla função a autoridade judiciária, tendente à sua ratificação ou homologação deverá centrar esse exercício no âmbito processual, ou seja, deve-se limitar a aferir da possibilidade do seu aproveitamento processual penal e não aferir da sua validade em termos de prevenção ou de segurança. Tal validade cabe aos OPC, embora sujeitos aos mesmos crivos da proporcionalidade, necessidade e adequação *qua tale* se tratasse de um meio de obtenção de prova.

Quando funciona como meio de obtenção da prova, numa primeira análise cumpre-se aferir operam diferenças de regime entre o registo de voz e imagem e as reproduções mecânicas do art. 167.º do CPP. Desde logo, podendo parecer uma diferença meramente conceptual, mas que não é, primeiro é um meio de obtenção da prova e o segundo um meio de prova, logo ao contrário do registo de voz e imagem em que a sua admissibilidade é aferida antes da sua realização, nas reproduções mecânicas o que se procederá é à avaliação da sua admissibilidade depois de realizadas. Só não será de admitir a sua utilização, se a sua obtenção corresponder à prática de um crime. Conforme é referido pelo Supremo Tribunal de Justiça: “Na verdade, ao estabelecer-se que as reproduções fotográficas, ou cinematográficas, só valem como prova dos factos, ou coisas, reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal, não se equaciona tão somente uma condição de validade da prova, assente na constatação da tipicidade de uma conduta como crime, mas exige-se, também, que o acto não seja afectado pela sua ilicitude e esta não se esgota no preenchimento de um tipo legal de crime. Para que um comportamento seja punido como crime, exige-se que, além se encontrar tipificado na lei penal, configure, também, um acto ilícito, e culposo, o que implica a ponderação da existência, ou não existência, de uma causa de justificação da gravação ou da fotografia que se pretende utilizar como meio de prova”<sup>(5)</sup>. Sobre o espe-

---

(4) DÁ MESQUITA, PAULO, *Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal*. In M. M. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2005, p. 80.

(5) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>>.

cial aspeto da gravação feita por particulares e a sua relevância probatória, já nos pronunciamos antes em outros trabalhos, onde escrevemos: “A conduta de um particular que procede a filmagens e gravações da imagem do investigado, mesmo enquanto este se encontra na via pública, contra a sua vontade consiste na prática do crime previsto e punido nas alíneas *a* e *b*) do n.º 2 do art. 199.º CP. Quer do ponto de vista objetivo (pois o agente está preencher os elementos objetivos do tipo ao fotografar ou filmar outra pessoa e/ou a utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes obtidos nos termos descritos), quer do ponto de vista subjetivo (pois o particular conhece e quer a conduta descrita, até pelo carácter dissimulado que utilizou na sua obtenção). Tipicidade que indicia a ilicitude do facto que quanto a nós não é afastada. Pois, sendo a conduta a prática de um crime a sua utilização para efeitos probatórios só é lícita se corresponder a algum dos meios de obtenção de prova ou meios de prova previstos no CPP. Aqui, neste catálogo, já o legislador ordinário, respeitando os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, admite certos métodos de obtenção de prova com a restrição de direitos fundamentais. Ou seja, os meios de obtenção da prova descritos no CPP são, em bom rigor dogmático, causa de exclusão da ilicitude de natureza processual penal. Logo, para determinada conduta que corresponda à prática do crime poder ter valor probatório, terá de estar catalogada na lei do processo como meio de obtenção da prova, sob pena de ser abusiva a intromissão nos direitos fundamentais dos investigados. Não se bastando a enunciação de exigências de justiça”<sup>(6)</sup>.

O que pretendemos salientar é que, se no registo de voz e imagem tal ponderação acontece antes da sua autorização, nas reproduções mecânicas, necessariamente, a ponderação terá ainda de ter um peso maior porque a restrição já operou e não se está a ponderar que possa verificar-se a lesão, mesmo que justificável, a lesão já aconteceu. Pois não se descure que em causa estão bens jurídicos autónomos da reserva da vida privada, ou seja, o direito à palavra falada e o direito à imagem e, como bem refere Mário Ferreira Monte: “(...) a verdade é que um dos aspectos positivos que o art. 6.º trouxe foi o de realçar a natureza constitucional, autónoma e juridicopenalmente relevante de tais interesses”<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, A relevância probatória das gravações realizadas por particulares. In *Em Lusitana Direito*, 2015, p. 150.

<sup>(7)</sup> MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira — Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra editora, 2004, p. 102.

Importa ainda salientar a sua diferença em relação ao regime de extensão das escutas telefónicas. O registo de voz e imagem remete para os requisitos de forma das escutas telefónicas, com as necessárias adaptações. Não obstante o regime de extensão deste meio de obtenção da prova permitir a interceção das comunicações entre presentes, o registo de voz e imagem, como a sua própria conceptualização induz, pressupõe a captação da voz e da imagem do visado, logo, não cabe no referido regime de extensão. Mas está sujeito às suas formalidades, salientando-se o controlo relativamente apertado a sua duração e fiscalização nos termos do disposto nos n.ºs 3 e 4 do referido 188.º do CPP<sup>(8)</sup>. Neste âmbito fazendo um paralelismo entre o regime das escutas telefónicas e o registo de voz e imagem, constamos que o juízo de proporcionalidade é mais exigente neste do que nas escutas, contudo a necessidade carece de ser demonstrada com maior rigor nas escutas do que no registo de voz e imagem, ou seja, podem-se escutar mais crimes do que aqueles que podem ser investigados através do registo de voz e imagem. Neste sentido, também Carlos Rodrigues de Almeida escreve: “Se comparamos esses requisitos com os estabelecidos em matéria de escutas telefónica e afins verificaremos que as diferenças se situam na delimitação dos crimes de catálogo que permitem a utilização de cada um destes meios de obtenção da prova e no grau de relevância da sua utilização para a consecução dos fins da investigação”<sup>(9)</sup>.

Assim, e em jeito de conclusão, o registo de voz e imagem é diferente do regime de extensão das escutas pois permite a captação da imagem e voz, concomitantemente, independentemente de existir ou não qualquer comunicação ou conversação. “É aqui que o texto da Lei n.º 5/2002, ao referir apenas «o registo de voz e imagem», independentemente das circunstâncias em que ocorra e do meio utilizado, pode permitir algo mais

---

<sup>(8)</sup> Cujá redação é a seguinte:

3 — O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira interceção efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios.

4 — O Ministério Público leva ao conhecimento do Juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.

Daqui se depreende com a concretização de lapsos temporais bastante apertados o rigor no procedimento das operações. Apesar de existirem outras vozes nos nosso entender, como já tivemos oportunidade de referir em outros trabalhos, tais incumprimentos geram a nulidade de prova constante do n.º 3 do art. 126.º do CPP, até por remissão expressa do art. 190.º do CPP. *Vide* o nosso trabalho CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal*. Porto, Quid Iuris, 2009.

<sup>(9)</sup> ALMEIDA, CARLOS RODRIGUES, O registo de voz e de imagem — notas ao art. 6.º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 110.

que o CPP não permite (...)”<sup>(10)</sup> preponderando a proporcionalidade e cedendo às exigências de necessidade em prol dos crimes em investigação que comportam, por regra, maiores dificuldades investigatórias.

No que concerne ao segredo profissional, em especial o financeiro, logo no art. 2.º da referida lei, se determina de forma automática a quebra do segredo a certas entidades, grosso modo as financeiras e fiscais, na investigação dos seus crimes de catálogo, bastando que existam *razões para crer que as respetivas informações têm interesse para a descoberta da verdade*. Contudo, tal quebra de segredo carece de ordem da autoridade judiciária competente que, como é evidente, tem sempre de ser fundamentada<sup>(11)</sup>, desde logo por razões de legitimação da restrição do direito ao segredo e, conseqüentemente, de forma permitir o efetivo exercício do contraditório.

O segredo profissional em sentido lato existe, por um lado, de forma a salvaguardar o direito à reserva da vida privada do cidadão que contacta com certos tipos de atividades e profissões, podendo ter a segurança que aquilo que lhes transmite (que cabe na sua esfera da vida privada) fica a coberto por este dever de guardar segredo; por outro lado, é também uma garantia de funcionalidade das referidas atividades profissionais, pois só conhecendo todas as premissas se poderá conseguir chegar a uma conclusão. A possibilidade de apresentação de produtos financeiros ou aplicações financeiras carece sempre de um pressuposto prévio que é saber o montante do capital que o cliente detém, disposto a sujeitar a produtos bancários. Contudo, na eterna conflitualidade entre os direitos e o interesse investigatório, neste tipo de criminalidade e nesta lei, de forma crassa, prevalece este último. Atendendo às entidades que estão sujeitas a esta medida de combate resulta, no nosso entender, que esta é criada, ou pelo menos será mais profícua, no combate ao branqueamento de capitais. Pois é através delas ou por elas que as condutas branqueadoras normalmente trespassam.

Temática mais controversa, por contundente com princípios informadores da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal, é o arresto preventivo dos bens com vista à sua perda alargada a favor do Estado. Eis o que analisaremos de seguida.

---

<sup>(10)</sup> MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira - Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra editora, 2004, p. 100.

<sup>(11)</sup> Tal como impõe o seu n.º 2:

Artigo 2.º

Quebra de segredo

2 — Para efeitos da presente lei, o disposto no número anterior depende unicamente de ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado.



## 2. A natureza jurídica do arresto preventivo

Importa desde já determinar que tal medida foi criada com o propósito de se conseguir “confiscar”<sup>(12)</sup> o património dos arguidos cujos crimes praticados visavam isso mesmo, a obtenção de lucro e de mais património resultante de práticas criminosas difíceis de investigar e controlar os seus ganhos, sendo o branqueamento de capital o principal instrumento para o efeito. Como refere João Conde Correia e Hélio Rodrigues, referindo-se à independência entre o pedido civil e o confisco de forma geral e não à perda alargada de bens a favor do Estado, mas que necessariamente a esta se aplica, a *ratio* deste e outros institutos é demonstrar ao agente e à comunidade que o crime não compensa. Como referem: “Intervém sempre por forma a restituir o condenado ao *status* patrimonial anterior à prática do crime e, desta forma, mesmo que a vítima nada faça, demonstrar que ele não compensa”<sup>(13)</sup>.

Realçamos desde já que este instituto é transversal a toda União Europeia existindo, inclusive, legislação interna no sentido de determinar a execução de decisões das autoridades judiciais europeias relativas a decisões de apreensão de bens ou elementos de prova. Referimo-nos à Lei 25/2009, de 5 de junho, onde, como é evidente, o branqueamento de capitais também se encontra previsto no seu âmbito de aplicação<sup>(14)</sup>. Podendo o Estado a quem se dirige o pedido de execução escolher qual o melhor mecanismo interno para o seu efeito<sup>(15)</sup>.

---

(12) Como refere Ana Duarte o confisco foi abolido há vários séculos atrás com vista a humanizar o direito penal impedindo sanções tão graves que colocassem o arguido e toda a sua família despojados de qualquer capacidade de sustento: “Se recuarmos à época das ordenações, o confisco geral era essencialmente uma medida política e económica, estava especialmente delineado para crimes económicos cuja motivação fosse o enriquecimento e também para crimes políticos. Era muito frequente o funcionamento deste mecanismo, até que contagiado pelos “ventos de mudança”, o confisco geral de bens foi abolido em 1822. A sua proibição foi um legado iluminista, foi uma tentativa de humanizar a justiça, e de não permitir que o criminoso e a sua família fossem “atirados para a miséria”. DUARTE, ANA PAULA, *O Combate aos Lucros do Crime — O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do art. 7.º e suas implicações*. Porto, 2013, p. 10.

(13) RODRIGUES, HÉLIO RIGOR, & CORREIA, JOÃO CONDE, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GAcbc. g1*. de Julgar Online, 2015, p. 9. <file:///C:/Users/ana.raquel/Downloads/Artigo-JULGAR-Anota%C3%A7%C3%A3o-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TRG-Pedido-de-Indeminiza%C3%A7%C3%A3o-Civil-e-Confisco.pdf>.

(14) Resultado da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho que é também uma manifestação da união de esforços entre os Estados no combate ao branqueamento de capitais de forma tácita, funcionando de forma imediata como forma à recolha de meios de prova e subsequente perda de bens, no âmbito do princípio do reconhecimento mútuo das decisões das autoridades judiciais na União Europeia.

(15) Assim determina o n.º 4 do art. 12.º da referida lei o qual, não obstante remeter para as

O confisco, desde logo pela sua própria expressão, que o legislador quis substituir por perda, não é bem aceite pela comunidade jurídica pois, a sua história lembra-nos dos maiores abusos e atropelos que o poder punitivo do estado infligia ao seu cidadão. “Séculos e séculos de abuso e de prepotência geraram a forte reação iluminista da proibição do confisco e contribuíram para criar um clima geral que ainda lhe é muito hostil. Temos medo de que esses excessos passados se repitam e, por isso, esquecemos que o confisco num Estado de direito é muito diferente do confisco num Estado absoluto”<sup>(16)</sup>. De facto, não se pode confundir o confisco da época medieval com o confisco atual, contudo, de forma a evitar os efeitos perniciosos que comporta, independentemente da época, impera sempre determinar o seu regime jurídico com muita exatidão e sempre com respeito pela pessoa, enquanto tal, impedindo que o arguido seja usado como um mero objeto que sirva como forma de intimidação comunitária.

Assim, importa fazer uma mera referência aos institutos internos portugueses cuja consequência, grosso modo, é a perda de bens a favor do Estado.

No que concerne à perda de bens a favor do Estado e aos mecanismos a ela subjacentes importa distinguir a apreensão (artigos 178.º e seguintes do CPP); a perda de vantagem (art. 111.º do CP); o arresto preventivo (art. 228.º do CPP); e o arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado (artigos 7.º e 10.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro).

Fazendo uma distinção sumária, cumpre esclarecer que a apreensão é um meio de obtenção da prova e, assim, a sua finalidade é a recolha de matéria probatório que não tem, *ab initio*, a função de permitir a perda de bens por parte do agente do crime, contudo, após a decisão final, podem os bens apreendidos serem declarados perdidos a favor do Estado (nos termos do n.º 7 do art. 178.º, do CPP, constando o regime jurídico dessa perda no art. 109.º do CP). A perda de vantagens é também uma consequência da prática do crime a nível substantivo (art. 111.º do CP). Não é vista pelo legislador como uma sanção penal, mas antes uma consequência, próximo do direito administrativo sancionatório, pela prática do crime e assim, todos os bens ou vantagens obtidas através da prática de um facto ilícito

---

regras do processo penal como estas fazem apelo a regras substantiva, também estas se aplicam por força desta ligação sistemática e de conteúdo.

(16) RODRIGUES, HÉLIO RIGOR, & CORREIA, JOÃO CONDE, O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários. (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online* 2017, p. 13 file: <<http://julgar.pt/o-confisco-das-vantagens-e-a-pretensao-patrimonial-da-autoridade-tributaria-e-aduaneira-nos-crimes-tributarios/>>.

podem ser declarados perdidos a favor do Estado. O arresto preventivo (art. 228.º CPP), a par da caução económica, é uma medida de garantia patrimonial que tem como fim permitir o arresto de certos bens com vista a assegurar o cumprimento de obrigações pecuniárias oriundas do processo penal. O arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado constante dos arts. 7.º e 10.º da Lei 5/200, de 11 janeiro é uma medida criada no combate à criminalidade organizada onde o branqueamento de capitais, como temos vindo a reiterar, tem também o seu assento, o qual tem por fim a: “restituição do arguido ao *status* patrimonial anterior à prática do crime”<sup>(17)</sup>.

São, como constatamos, medidas diferentes e podem ter como objeto coisas distintas, desde produtos, objetos, vantagens, lucro, preço ou recompensa. Contudo qualquer uma dessas “coisas” pode ser apreendida, declarada perdida, arrestada, a título de medida cautelar, ou com vista à perda alargada<sup>(18)</sup>.

Instrumentos e consequências que não importam controvérsia e são aceites pela doutrina e jurisprudência, desde que, claro está se cumpram os seus requisitos e condições de admissibilidade em ordem à *concordância prática dos interesses conflitantes*. Diferente atenção e posição assume o arresto preventivo constante da referida lei de combate à criminalidade organizada, por força de uma presunção que ao arguido incumbe ilidir. Concentremo-nos sobre tal aspeto no ponto seguinte do presente trabalho.

---

(17) CORREIA, JOÃO CONDE, (Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? In Dias, F. (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. 25, pp. 505-543), Coimbra, IDPEE, 2015, p. 523. Obtido de <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=147&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis)>.

(18) Sobre a distinção entre as referidas figuras *vide* o texto de João Conde Correia citado supra. Numa outra obra, o mesmo autor distingue, com profundidade os referidos conceitos determinando os efeitos diferentes do confisco em razão da diferença dos bens que são o seu objeto, em que num se protegem os interesses de terceiro e noutro não há essa preocupação legislativa, até porque se dirigem ou tem como fim beneficiar o agente. Assim segundo Conde Correia os objetos que tiverem servido ou que estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico são os instrumentos do crime; os que forem por estes produzidos são os produtos do crime; as vantagens são as recompensas dadas ou prometidas ao autor ou a terceiro, as coisas, os direitos ou vantagens adquiridos através do facto ilícito típico por aquele ou por outrem podendo consistir num aumento do activo ou diminuição do passivo, no uso ou consumo de coisas ou de direitos alheios ou na mera poupança ou supressão de despesas. Abrangendo-se assim as vantagens direta ou indiretamente adquiridas, podendo caber aqui também os bens em que se transforma as vantagens ou a recompensa. Diferente é o cálculo da vantagem confiscável onde caberá às autoridades judiciárias demonstrar a sua realização mas que segundo o autor poderão assentar em estimativas do julgador que não podem ser totalmente abstratas: “(...) A operação não pode consistir numa mera suposição, alheia à realidade.” CORREIA, JOÃO CONDE, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 43.

### 3. A presunção de proveniência ilícita

Conforme referimos supra, o arresto preventivo, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado, é a mais controversa por importar presunções, cabendo ao arguido o ónus de a ilidir. Carecendo de uma melhor clarificação do seu regime legal, na sua determinação atendendo à consequência que da mesma advém.

Resulta do art. 10.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, a possibilidade de se proceder ao arresto dos bens do arguido, com vista à sua perda alargada a favor do Estado, por se presumir que a sua titularidade é oriunda da prática de um dos crimes do catálogo. Terá de ser o arguido a demonstrar a sua proveniência lícita. Na esteira de Damião da Cunha consideramos que tal presunção abrange o património total do arguido: “O que acontece é que quem beneficia da presunção fica desonerado de provar o facto presumido. Assim, na realidade, é todo o património do arguido que é tido como proveniente de fonte ilícita e adquirido dentro dos cinco anos anteriores à constituição de arguido, pois só desta forma fará sentido que o arguido tenha de ilidir a presunção”<sup>(19)</sup>.

O legislador determina um critério geral que permite ilidir a referida presunção, ou seja, se os bens, ou património, se encontrarem na esfera jurídica do arguido há mais de cinco anos antes da sua constituição como tal, a presunção é ilidida. Várias são as vozes que referem que se verifica um verdadeiro ónus da prova por parte do arguido. Damião da Cunha defende que tal perda é uma verdadeira sanção que visa anular as vantagens presumidas de uma atividade criminosa que implica uma regra de inversão do ónus da prova<sup>(20)</sup>. Impendendo ao arguido a prova da sua proveniência lícita ou que está na sua titularidade há mais de 5 anos e como esta medida pressupõe um processo penal, parece resultar a violação da estrutura acusatória do modelo de processo penal português pois, um dos aspetos que a caracteriza é a inexistência de ónus de prova por parte do arguido. Neste mesmo sentido também escreve Jorge Godinho: “(...) afigura-se que o confisco «alargado» com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção da inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio;

---

<sup>(19)</sup> CUNHA, DAMIÃO, Perda de bens a favor do Estado — Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro. Em C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financieira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 134.

<sup>(20)</sup> *Idem*, p. 126.

e resolve o *non liquet* contra o arguido”(21). Contudo importa aferir se de facto é assim mesmo, e nessa medida, é premente distinguir duas figuras que resultam deste regime: o arresto preventivo e a efetiva perda alargada de bens a favor do Estado.

No que diz respeito à perda alargada de bens a favor do Estado não é unívoca a doutrina na sua classificação. Autores, como Damião da Cunha, entendem que a perda alargada é uma sanção administrativa, outros, como Jorge Godinho, entendem que é de natureza substantiva semelhante a uma medida de segurança(22), outros, como Augusto Silva Dias, entendem que é um efeito da pena(23) e ainda outros, como Pedro Caeiro, que a sua existência é inequivocamente resultado da política criminal(24).

Em nossa perspetiva, como só é determinada após a condenação, acaba por ter uma ligação à questão penal, contudo, as regras que a determinam não se prendem com a determinação de um juízo de culpa. Melhor, para operar tem de se verificar um juízo de culpa e de prova já cabalmente determinado, contudo a sua concretização não está dele dependente. Parece-nos que, apesar de ter finalidades semelhante à pena, em especial de prevenção geral positiva, no sentido de transmitir à comunidade que o crime não compensa e que o agente que enriquece com o crime fica sem esse enriquecimento, os termos da sua determinação são mais próximo de uma consequência de natureza administrativa sancionatória do que propriamente de uma pena, pois o cômputo dessa perda é realizado com base em apuramentos patrimoniais e não com base no grau de culpa do agente. “No fundo, uma medida de correção e de confirmação da validade e de vigência do ordenamento jurídico que, apenas pode retirar o património incongruente do condenado, devendo deixar o restante incólume”(25). Até porque, para o poder ser, por força do princípio da legalidade, deveria resultar como tal no catálogo das sanções penais quer sejam, principais, acessórias ou de substituição.

---

(21) GODINHO, JORGE, (Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, arts. 1.º e 7.º a 12.º). In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredos Dias* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1359.

(22) *Idem.*

(23) DIAS, AUGUSTO SILVA, Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 24-47.

(24) CAEIRO, PEDRO, Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos do confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In Dias, F. (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2011 pp. 267-231.

(25) CORREIA, JOÃO CONDE, *Da proibição ...* p. 116.

Mas tal natureza não deve facilitar a sua utilização por não estar dependente dos obstáculos que a lei penal impõe. A sua natureza administrativa deve impor ao aplicador da lei e ao legislador sérias e imperiosas regras de atuação do Estado, sob pena de se repriminar o confisco da idade média, onde o propósito era despojar o agente de bens impossibilitando a sua subsistência. Neste sentido também se encontra João Conde Correia, quando refere: “Quem, pelo contrário, afastar a natureza penal do instituto terá o caminho facilitado, mas, mesmo assim, não poderá esquecer determinadas condicionantes imprescindíveis à sua legitimidade num verdadeiro Estado de direito. O confisco não fica confiado ao arbítrio do legislador e, muito menos, do seu executor”<sup>(26)</sup>.

E, mesmo de natureza administrativa sancionatória, deverá ser executada após o trânsito em julgado do referido juízo decisório, pois é a prática do crime que legitima a sua aplicação, de contrário, e mais uma vez, regressariam as considerações sobre um direito penal e processual penal do inimigo. Salientando tal perigo encontramos Augusto Silva Dias, que, como já vimos, entende que a natureza do confisco é penal constituindo um efeito da pena. Conforme refere: “A sua natureza é, pois, eminentemente penal, constituindo em nosso entender um efeito da pena”<sup>(27)</sup>. Defende o referido autor que apesar de tal consequência comportar uma limitação à presunção da inocência, é suportável e legítima por respeito pela proporcionalidade. Contudo, apenas poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória do crime que legitima o referido confisco. “Se não é ilegítimo que o confisco seja aplicado na sentença condenatória, como efeito da pena, já é inadmissível que seja executado antes do trânsito em julgado daquela sentença”<sup>(28)</sup>. Apesar de legítima, só é exequível após a força da decisão judicial se verificar dentro e fora do processo e nunca antes, pois se assim não for, estamos a aplicar, uma medida que depende da prática de um crime, sem este se ter, de facto, judicialmente verificado.

No que concerne ao arresto, nem sequer há juízo de culpa formado, pois aqui, normalmente, encontramos-nos na fase de investigação por natureza, logo no início do processo penal, onde a presunção da inocência deve ter uma maior incidência e é aqui, neste momento tão precoce do processo penal, que o ónus da prova carece de ser cumprido pelo arguido se quiser evitar o arresto do seu património. Ou seja, com base nesta lei e regime em

---

<sup>(26)</sup> *Idem*, 115.

<sup>(27)</sup> DIAS, AUGUSTO SILVA, *Criminalidade Organizada...*, p.39.

<sup>(28)</sup> *Idem*, p. 43.

análise, logo no inquérito poderá o MP requerer ao JIC a realização do arresto de todo o património do arguido, cabendo a este impugnar tal decisão com o ónus de demonstrar o que é de proveniência lícita ou demonstrar que já passaram os já referidos cinco anos à data da sua constituição como arguido, tentando afastar a presunção. Parece-nos que, tal imposição sobre o arguido, vista por este prisma, é de facto violadora da sua garantia constitucional de presunção de inocência, do princípio da culpa, da proibição da sua autoincriminação e necessariamente do modelo acusatório.

A sua associação umbilical ao processo penal, não obstante em causa estar a criminalidade organizada, não permite que se aniquilem princípios tão basilares como os enunciados. Também seguindo esta linha de raciocínio está Germano Marques da Silva, que defende que, em vez de se criarem presunções, o melhor seria existir uma obrigação fiscal para todos os cidadãos de fazerem uma espécie de inventários dos seus bens. Conforme refere: “Tenho sérias reservas quanto a esta medida, porque muitas vezes e de prova impossível a origem lícita dos bens, nomeadamente que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido. (...) Não seria muito mais razoável, mais justo e mais eficaz que, primeiro, em lei tributaria se impusesse a obrigação a todos os cidadãos de terem um inventário dos seus bens com o que se preveniria não só aquele tipo de crimes, mas muitos outros, nomeadamente a fraude fiscal, que consta ser um mal muito generalizado e certamente não muito menos grave do que alguns dos crimes indicados no art. 1.º da Lei n.º 5/2002 (contrabando, por exemplo?)”<sup>(29)</sup>. Não estamos certos de que a solução apresentada pelo ilustre penalista possa ser exequível ou fiscalizável pela autoridade tributária, contudo não deixa de ser uma solução menos lesiva dos princípios informadores do nosso processo penal, do que a criação de presunções judiciais com ónus de impugnação pelo arguido.

Apesar de, como vimos antes, serem vários os instrumentos comunitários e internacionais que determinam a necessidade de os Estados criarem medidas internas eficazes no combate ao branqueamento de capitais, parece-nos que o legislador português com a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, fê-lo apenas com vista ao cumprimento da sua eficácia. O facto de poder funcionar o arresto, nos moldes que está consignado, é permitir, logo no momento da investigação, que o arguido fique despojados dos seus bens. Decretado o arresto, fica impedido de movimentar saldos bancários, alienar património, ou qualquer outra operação para fazer face às despesas

---

(29) SILVA, GERMANO MARQUES, Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusitana. Direito*, Vol. n.º 3, Fundação Minerva, 2005, p. 75.

que tem com o seu processo, ou de ter meios para subsistir. Cabe-lhe, ainda, ter de provar a origem do seu património, sob pena de o arresto se manter até à decisão final que até pode vir a ser absolutória. Conforme refere Ana Duarte: “Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei n.º 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação”<sup>(30)</sup>. Segundo a autora, o regime seria igual, mas após a emissão de um juízo de culpa, funcionando a data da constituição como arguido como a linha temporal de fundamento probatório bastante da licitude da sua proveniência, aliás como resulta da própria lei geral civil e processual civil. Contudo, parecidos que, se o arresto preventivo tem por fim garantir que, efetivamente exista património do arguido que possa vir a ser declarado perdido, sendo decretado só após a condenação definitiva, pode nada existir nesse momento. O arresto preventivo é uma garantia à exequibilidade da perda alargada, se forem concomitantes de nada serve o arresto. Assim, defendendo-se que o arresto só pode funcionar após a condenação transitada em julgado, é retirar-lhe o seu efeito útil.

Cumpre-se ainda salientar que o TC foi chamado a pronunciar-se sobre o regime da perda alargada prevista no art. 7.º e 9.º, da referida lei, tendo determinado não ser inconstitucional tal regime com base na existência de um processo autónomo oriundo do processo penal, onde o contraditório é exercido de forma plena. Conforme é referido: “(...) o montante apurado como devendo ser declarado perdido em favor do Estado deve constar de um ato de liquidação, integrante da acusação ou de ato posterior, onde se indicará em que se traduz a desconformidade entre o património do arguido e o que seria congruente com o seu rendimento lícito. Este ato de liquidação é notificado ao arguido e ao seu defensor, podendo o arguido apresentar a sua defesa, nos termos já referidos, assegurando-se, assim, um adequado exercício do contraditório, sendo que, conforme se referiu, para ilidir a presunção, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo, além de que o próprio tribunal deverá ter em atenção toda a prova existente no processo, donde possa resultar ilidida a presunção. (...) Acresce ainda que, no plano processual, o regime de perda de bens previsto na Lei n.º 5/2002, embora assente numa condenação pela prática de deter-

---

<sup>(30)</sup> DUARTE, ANA PAULA, *O Combate ...*, p. 46.



minado ilícito criminal (integrante do catálogo previsto no art. 1.º da Lei n.º 5/2002), está sujeito a um procedimento próprio, enxertado no procedimento criminal pela prática de algum dos aludidos crimes, no qual o legislador não deixou de ter em atenção diversas garantias processuais”<sup>(31)</sup>.

Face ao exposto, na nossa perspetiva, o TC determina não ser inconstitucional a perda alargada com base em vários pressupostos: existência de um ato de liquidação; o exercício do contraditório e o facto de ser um procedimento autónomo do processo penal. Ora, tais requisitos apenas se verificam quanto à concretização da efetiva perda alargada com base na existência de um juízo de culpa formado aquando da decisão condenatória, ou atrevemo-nos nós, após o seu trânsito em julgado. No arresto preventivo tais garantias são muito menores principalmente por se encontrar ainda, por regra, na fase investigatória e poder afetar o património de terceiros. Conforme refere João Conde Correia: “A criação de providências cautelares capazes de acautelar a perda do valor das vantagens pressupõe, todavia, outros equilíbrios. (...) A concordância prática entre os interesses contraditórios, dita, portanto, outras regras”<sup>(32)</sup>. Bem se sabe que o arresto com vista a perda alargada terá por fundamento o justo receio da perda patrimonial, contudo, atendendo à origem do mesmo num processo penal, a criação de um ónus probatório para o sujeito processual que não pode ser obrigado a contribuir na investigação do crime que se suspeita ter praticado, consistirá numa diabólica *probatio*. Aliás, como é referido pelo citado autor, como se tratam de providências cautelares terá de se verificar cumulativamente: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que, traduzido para o processo penal, se traduz em prova indiciária suficiente da incongruência do património do arguido e o justo receio da sua dissipação<sup>(33)</sup>. E este carece de ser demonstrado pelo MP. O facto de a lei consagrar presunções não desonera o MP da prova dos referidos pressupostos e carece de ser comprovada pelo Juiz. E se tal tarefa for cumprida pelas referidas autoridades judiciais fica pelo menos mais desvanecida a obrigação do arguido na produção de prova em processo penal. Como bem realça o mesmo autor quanto: “mais agressivo for o mecanismo, maiores deverão ser — insistimos — aquelas premissas”<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>.

<sup>(32)</sup> CORREIA, JOÃO CONDE, *Da proibição* ... p. 524.

<sup>(33)</sup> Como veremos de seguida, em certas circunstâncias, o *periculum in mora* deixa de ser um requisito para a aplicação do arresto.

<sup>(34)</sup> *Idem*, p. 539.

Assim, no nosso entender, se as autoridades judiciárias aquando do arresto preventivo, demonstrarem de forma clara a existência de indícios de que o arguido praticou o crime sob investigação, demonstrarem também a existência de incongruência patrimonial e que existe perigo da sua dissipação, não há um violação da presunção da inocência do princípio da culpa ou da proibição da sua autoincriminação pois, a prova que o arguido carece de fazer é, em bom rigor, o exercício do contraditório. Na esteira de Pedro Caieiro, entendemos que a força probatória não deverá ser tão exigente como nos juízos de condenação, mas, sim, a prova indiciária suficiente, assente no maior grau de probabilidade da existência do facto. Realça ainda o referido autor que as autoridades judiciárias, para além de demonstrar a incongruência patrimonial, não podem dela, exclusivamente, se determinar a existência de prova indiciária da prática do crime pelo agente: “ (...) o tribunal não pode inferir a actividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, (...)”<sup>(35)</sup>. Também neste sentido, João Conde Correia afirma: “Concluir que o arguido cometeu este ou mais crimes (e aplicar-lhes as respetivas consequências jurídicas) seria uma violação da presunção da inocência, incompatível com a nossa Constituição”<sup>(36)</sup>. Tratam-se de medidas diferentes com efeitos diferentes, apesar de relacionadas e interdependentes.

Importa ainda salientar que a determinação do património incongruente é algo fundamental, pois é a partir dessa manifestação que se lança mão destes instrumentos, carecendo o arguido de perceber como esse cálculo foi obtido e com que suporte probatório. Se tais elementos não resultarem do processo, trata-se de uma medida de confisco aliada ao direito penal do inimigo. Neste sentido João Conde Correia escreve: “O valor deste património confiscável deverá ser avaliado (recorrendo a perícias, documentos, índices de preços) ou, quando isso não for possível estimado. O cálculo deverá ser, em ambos os casos, o mais rigoroso possível. Não podemos correr o risco de subavaliações, que impedem ou diminuem o justo alcance da presunção, beneficiando o condenado, nem, ao invés, de sobre avaliações, capazes de fazer funcionar injustamente a presunção e, logo, de prejudicar o visado. A justa avaliação do seu património é imprescindível ao bom funcionamento dessa medida”<sup>(37)</sup>. E, acrescentamos nós, cálculos que têm de ser exibidos ao arguido para que este sujeito processual possa exercer, de forma cabal, o seu legítimo direito ao contraditório.

---

<sup>(35)</sup> CAEIRO, PEDRO, Sentido e função..., p. 315.

<sup>(36)</sup> CORREIA, JOÃO CONDE, Da proibição do confisco..., p. 111.

<sup>(37)</sup> *Idem*, p. 106.

No que concerne ao apuramento do património incongruente e da respetiva liquidação, a recente alteração legislativa — a lei 30/2017, de 30 de maio — veio esclarecer duas questões controversas na doutrina, em especial se o arresto pode ser decretado sem a competente liquidação e se pode ou não haver dispensa do *periculum in mora* no seu decretamento, temáticas interrelacionadas e que de imediato as analisaremos.

#### 4. Os pressupostos do art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro

O art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro é composto por quatro números, tendo o n.º 2 sofrido uma alteração com a referida lei do presente ano. Ou seja, a redação primitiva do referido número consistia no seguinte: “*A todo o tempo, o Ministério Público requer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa*”; e hoje tem a seguinte redação: “*A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime, o Ministério Público pode requerer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa*”. O demais manteve-se igual incluindo o n.º 3 do qual se prescinde do *periculum in mora* desde que tenham sido recolhidos fortes indícios da prática do crime. Numa análise meramente literal parece resultar que o comando do n.º 2 desdiz o que resulta no número 3, contudo, atendendo à exposição de motivos da diretiva comunitária que está na base da lei 30/2017, não nos parece que assim seja. Apesar da exigência dos fortes indícios ser comum nos dois artigos, entendemos que não são contraditórios. Ou seja, o *periculum in mora* constante do n.º 2 associado aos fortes indícios refere-se as situações em que o arresto é decretado ainda sem a liquidação, mas com o apuro da existência de incongruência patrimonial, ou seja, durante a fase do inquérito. A diretiva comunitária estabelece a necessidade dos estados membros criarem medidas que garantam a eficácia<sup>(38)</sup> da perda alargada de bens. A construção que

---

(38) Basta atentarmos ao disposto ao ponto 21 da exposição de motivos e ao art. 7.º da referida diretiva para que se possa concluir pelo que acabamos de expor. De onde consta: “Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento

Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues faziam da expressão do legislador “... a todo o tempo...” da antiga redação, acabou por ter acolhimento legal não por força dessa expressão, mas com a referência “... se necessário ainda antes da própria liquidação...”. Para os referidos autores, a possibilidade do arresto puder ser requerida a todo o tempo pelo MP, significava que o arresto podia ser decretado sem a competente liquidação demonstradora da referida incongruência<sup>(39)</sup>. A nova lei veio a dar-lhes razão, apesar de não sustentada na execução lata desta providência cautelar.

Assim, e em conclusão, a nova redação do art. 2.º do art. 10.º da lei 5/2002, permite que o arresto preventivo possa ser decretado sem a efetiva liquidação, mas sustentada, cumulativamente, na existência de fortes indícios de um dos crimes do catálogo, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao contrário do arresto requerido após a liquidação —, necessariamente após a acusação conforme determina o n.º 1 do art. 8.º —, pois, os fortes indícios afastam a necessidade do fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais pois, com a fixação do objeto do processo os factos deles constantes encontram-se suficientemente indicia- dos, sendo, portanto, mais provável a condenação do que a absolvição. Realce-se ainda que, na primeira hipótese pode não haver liquidação mas, tem de estar apurado o montante da incongruência, sob pena de o arresto preventivo ser mais uma medida vestida de combate à criminalidade

---

criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso.” E o art. 7.º:

“1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir o congelamento de bens, tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tais medidas, que devem ser impostas pela autoridade competente, incluem uma atuação urgente quando necessário para preservar os bens.

2. Os bens na posse de terceiros, conforme referido no art. 6.º, podem ser sujeitos a medidas de congelamento para efeitos de uma eventual decisão de perda subsequente”.

Contudo, e paralelamente, a diretiva promove que se garanta um efetivo direito ao contraditório dos visados pelas referidas medidas quer sejam o próprio arguido ou terceiros. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>>.

<sup>(39)</sup> RODRIGUES, HÉLIO & RODRIGUES, CARLOS, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira — Viagens pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 100.

organizada mas que em rigor é uma medida de direito penal e processual penal do *inimigo*.

Por fim importa ainda dar nota da posição de Hélio Rodrigues, quando defende que o decretamento do arresto preventivo pode ser realizado sem a prévia constituição de arguido. Segundo este autor, a autonomia entre esta medida e o processo penal implica uma derrogação das normas adjetivas que determinam a obrigatoriedade de constituição prévia de arguido, a aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial. Ou seja, atendendo à diferente natureza deste arresto preventivo com a medida cautelar tipificada no CPP, e ainda as apreensões, por se aplicar no âmbito da criminalidade organizada, defende que não é obrigatório o cumprimento do princípio do subjetivo. Conforme refere: “(...) ao contrário do que ocorre com todas as medidas de coacção e de garantia patrimonial, o arresto preventivo não exige qualquer intervenção pessoal do titular dos bens afectados, uma vez que esta se dirige exclusivamente contra determinada parcela do património, que como vimos pode pertencer ou não a alguém comprometido com a prática de um facto ilícito típico. O arresto preventivo persegue precisamente o mesmo objectivo almejado com confisco, embora actue num momento prévio e com finalidade preventiva de garantia. Com o arresto e com o confisco que lhe seguirá não se castiga qualquer pessoa por via de um comportamento antijurídico, mas garante-se, unicamente, que é corrigida a situação patrimonial ilícita criada pela prática do crime”<sup>(40)</sup>.

Concluindo, por força da referida argumentação não carece de existir arguido aquando do decretamento do arresto preventivo. Apesar de tal entendimento comportar algumas dúvidas quanto á sua legitimidade, certo é que a já referida lei de 2017, acabou por dar cobertura legal ao referido entendimento. Todavia, importa dar nota das dúvidas que tal alteração legislativa determinou. O art. 58.º *b)* e *a)* do CPP determina a constituição obrigatória de arguido. A própria alínea *a)*, como uma forma de constituição obrigatória ou *ope legis* de arguido, deve ser interpretada num sentido mais lato do que resulta do texto legal, pois, em bom rigor, não importa se o suspeito preste ou não declarações, a sua constituição como arguido é obrigatória porque tem o primeiro contacto efetivo com o processo.

---

<sup>(40)</sup> RODRIGUES, HÉLIO, A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser- Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-10-2015, proferido no processo 324/, Julgar Online, 2015, p. 29. <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-constituic%CC%A7a%CC%83o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>>.

Melhor, o legislador demonstra com esta disposição legal que pretende proteger o suspeito quando se apliquem medidas processuais que possam afetar os seus direitos fundamentais (incluindo o seu direito de propriedade sobre o seu património) e protege-o com a sua constituição como arguido. Ora se para ser decretado o arresto, têm de existir fundadas suspeitas de que aquele agente praticou um dos crimes do catálogo, ele terá de ser previamente constituído como arguido, essa é uma imposição legal com assento constitucional pois o arguido é um sujeito e não um objeto do processo. Mas como demos nota não é esse, hoje, o regime legal, por força do disposto no n.º 3 do art. 192.º do CPP, que se aplica ao arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do estado, nos termos do n.º 4 do art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro, com a redação que lhe foi conferida pela lei 30/2017, de 31 de maio.

Só uma última adenda. Repare-se que esta *providência cautelar* não é a única do processo penal, existem ainda outras muito mais graves para os direitos fundamentais do arguido, em especial a sua liberdade física. Referimo-nos às medidas de coação, em concreto, à prisão preventiva que se aplica, por regra, na fase de investigação, a um arguido que se presume inocente e não é, por isso, inconstitucional. Na árdua tarefa de compatibilização dos interesses conflitantes do processo penal, a descoberta da verdade material e a paz e tranquilidade públicas prevalecem perante os direitos, liberdade e garantias do arguido. No arresto preventivo, funcionando nos moldes de uma verdadeira providência cautelar, prevalece a necessidade de se transmitir ao arguido e à comunidade que o crime não compensa, colocando-o na mesma situação patrimonial que se encontrava antes da prática do crime, ou garantindo tal facto com o arresto, perante a proibição da existência de ónus da prova por parte do arguido que, tal como já referimos, nem será um verdadeiro ónus probatório, mas o exercício do contraditório (se as autoridades judiciais não se deixarem suportar apenas na presunção estabelecida na lei, mas demonstrando a existência de uma incongruência patrimonial), apesar de, como refere Pedro Caeiro: “o crime, por definição, *compensa* mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística”<sup>(41)</sup>.

---

(41) CAEIRO, PEDRO, Sentido e função..., p. 274.

## 5. O Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA)

Uma pequena e última referência ao Gabinete de Recuperação de Ativos (doravante GRA) que foi instituído com a Lei 45/2011, de 24 de junho, criado na dependência da Polícia Judiciária e com funções semelhantes a este OPC, em especial a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados<sup>(42)</sup>. É, portanto, um órgão de investigação criminal a quem incumbe a concretização dos instrumentos adjetivos e substantivos que pressupõem a perda de bens ou vantagens pela prática de um crime em investigação, independentemente da sua terminologia ou sede normativa. É o GRA, composto por elemento da polícia judiciária, da autoridade tributária, dos registos e notariado, e da direção das alfândegas e impostos especiais para consumo, quem concretizará no campo o arresto preventivo com vista à perda alargada dos bens a favor do Estado, e demais mecanismos com natureza cautelar à identificação e apreensão de todos os resultados criminosos. Pode o GRA aceder à base de dados dessas entidades bem como do Banco de Portugal e demais instituições de onde se conseguirá determinar a titularidade do património das pessoas. A gestão de tais bens apreendidos ou considerados perdidos a favor do Estado, de forma geral, incumbe ao Gabinete de Administração de Bens (doravante GAB), o qual determinará o destino a atribuir aos referidos bens<sup>(43)</sup>. Restará saber quem controla ou domina estes tão vastos e importantes poderes. É a liquidação realizada pelo GRA e executada pelo MP, tal como referimos, que vai determinar a amplitude do arresto e da correspondente perda alargada, consistindo em o seu objeto e limite.

---

<sup>(42)</sup> Assim, determinando o seu art. 3.º com a epígrafe Missão.

<sup>(43)</sup> Conforme dispõe o art. 10.º da lei 45/2011.

### Administração de bens

- 1 — A administração dos bens apreendidos ou recuperados, no âmbito de processos nacionais ou de actos de cooperação judiciária internacional, é assegurada por um gabinete do Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça, I. P. (IGFIJ, I. P.), designado Gabinete de Administração de Bens (GAB).
- 2 — Compete ao conselho directivo do IGFIJ, I. P., a prática de todos os actos de administração e gestão do GAB.
- 3 — No exercício dos seus poderes de administração compete ao GAB:
  - a) Proteger, conservar e gerir os bens recuperados ou à guarda do Estado;
  - b) Determinar a venda, a afectação ao serviço público ou a destruição dos bens mencionados na alínea anterior, desde que salvaguardado o cumprimento da regulamentação comunitária aplicável;
  - c) Exercer as demais competências que lhe sejam legalmente atribuídas.

## Conclusão

A nova sociedade sem fronteiras, onde o conhecimento e a informação estão à distância de um *click*, associados a uma evolução tecnológica e informacional rápida e incontrolável, oferece as melhores condições para o cometimento de crimes catalogados como criminalidade organizada. E, conseqüentemente, acrescidas dificuldades no que respeita à sua prevenção e repressão.

De modo a colmatar as referidas dificuldades são criados vários instrumentos, onde a lei de combate à criminalidade organizada tem uma posição de destaque.

Lei eclética que consagra um novo meio de obtenção de prova, regras especiais no que concerne ao levantamento de segredo profissional e um regime muito *sui generis* de perda de bens a favor do estado.

De modo a garantir a velha máxima de que o *crime não compensa* e como os seus crimes de catálogo visam exatamente uma larga compensação material com a sua prática, a lei 5/2002, de 11 de janeiro consagra um regime cuja natureza é discutido na doutrina e jurisprudência nacionais.

Desde lhe atribuírem natureza de uma pena, a natureza semelhante a uma medida de segurança, até à natureza de medida próxima de direito sancionatório administrativo. Tal dificuldade de enquadramento legal, advém do facto do regime da perda alargada a favor do estado, determinar uma presunção legal de proveniência ilícita, no que concerne à determinação do montante da incongruência patrimonial, que incumbe ao arguido ilidir.

O Tribunal Constitucional já veio pronunciar-se sobre a referida violação dos princípios constitucionais, em especial a presunção de inocência, estabelecendo que tal regime probatório não é desconforme à Constituição. Desde que se preencham certos pressupostos: existência de um ato de liquidação; o exercício do contraditório e o facto de ser um procedimento autónomo do processo penal.

Entendemos, contudo que tais pressupostos essenciais e determinantes na conformidade constitucional, apenas se verificam quanto à concretização da efetiva perda alargada com base na existência de um juízo de culpa formado aquando da decisão condenatória. No arresto preventivo tais garantias são muito menores principalmente por se encontrar ainda, por regra, na fase investigatória e poder afetar o património de terceiro.

No nosso entendimento o arresto preventivo, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado é uma medida premente face à nova criminalidade, que de forma exponencial visa a obtenção do lucro, contudo carece de ser determinada a sua concretização com muita cautela.



Não pode a sua aplicabilidade ser sustentada apenas com base em presunções que o arguido careça de ilidir. Tem de existir suporte probatório suficiente da proveniência ilícita dessas vantagens e proveitos, bem como a sua determinação, cabendo ao arguido, no âmbito do exercício do contraditório, impugnar tais fontes probatórias ou convicções. As autoridades judiciais não podem limitar a decretação do arresto, em especial, e da perda alargada, em geral, à presunção que resulta da lei. Se tal se verificar, este instituto, que tem um fundamento comunitário legitimador, acaba por ser apenas e tão só persecutório ou de expiação e, por tal, ilegítimo e ilegal.

## Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOS RODRIGUES, O registo de voz e de imagem — notas ao art. 6.º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 107-117). Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CAEIRO, PEDRO, Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos do confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In Dias, F. (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2011 pp. 267-231.
- CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal*. Porto, Quid Iuris, 2009.
- \_\_\_\_\_, A relevância probatória das gravações realizadas por particulares. In Em *Lusitana Direito* (pp. 137-152), 2015, Lisboa.
- CORREIA, JOÃO CONDE, (Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? In Dias, F. (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. 25, pp. 505-543), Coimbra, IDPEE, 2015.
- \_\_\_\_\_, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012.
- CUNHA, DAMIÃO, Perda de bens a favor do Estado — Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro. Em C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 118-140.
- DÁ MESQUITA, PAULO, Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal. In M. M. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal* (pp. 60-80). Lisboa: Almedina.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 24-47.
- DUARTE, ANA PAULA, *O Combate aos Lucros do Crime — O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do art. 7.º e suas implicações*, Porto, 2013, pp 8-21.
- GODINHO, JORGE, (Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, arts. 1.º e 7.º a 12.º). In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredos Dias* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1315-1364. <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-consituic%C3%A7%C3%A3o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>>.
- MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira — Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 79-106), Coimbra editora, 2004, Coimbra.
- RODRIGUES, HÉLIO & RODRIGUES, CARLOS, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira — Viagens pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

- RODRIGUES, HÉLIO RIGOR, & CORREIA, JOÃO CONDE, O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários. (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online* 2017, p. 13.
- , *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GAcbc. gl.* de *Julgar Online*, 2015 <file:///C:/Users/ana.raquel/Downloads/Artigo-JULGAR-Anota%C3%A7%C3%A3o-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TRG-Pedido-de-Indeminiza%C3%A7%C3%A3o-Civil-e-Confisco.pdf>.
- RODRIGUES, HÉLIO, A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser- Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-10-2015, proferido no processo 324/, *Julgar Online*, 2015, pp. 29- 43.
- SILVA, GERMANO MARQUES, Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusíada. Direito*, Vol. n.º 3, Fundação Minerva, 2005, pp. 69-81.