

APREENSÃO OU ARRESTO PREVENTIVO DOS PROVENTOS DO CRIME?

João Conde Correia
Procurador da República
Doutor em Ciências Jurídico-Criminais
pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Introdução

As garantias processuais penais do confisco devem assumir um lugar de relevo em qualquer sistema eficaz de perda. Sem elas, o *verdictum* final arrisca-se a ser simbólico, sem qualquer possibilidade de execução prática. Para além das normas materiais relativas à ablação das vantagens da prática do crime, o legislador nacional criou, assim, um complexo sistema de mecanismos adjetivos necessários à total exequibilidade daquelas. Umas não têm qualquer utilidade prática sem as outras.

Correspondendo a diferentes exigências substantivas, o âmbito de aplicação destas normas processuais é, igualmente, diverso: à pluralidade penal (instrumentos/produtos, vantagens, património incongruente) contrapõe-se a pluralidade processual penal (apreensão, caução económica, arresto, arresto para perda alargada). O legislador procurou esgotar todas as situações abstratamente capazes de justificar o confisco e satisfazer as correspondentes

necessidades práticas. Cada problema penal deverá convocar uma solução processual (art. 2.º, n.º 2, do CPC) ⁽¹⁾.

Os pressupostos, os requisitos e as formalidades das garantias processuais penais do confisco não são sempre os mesmos, variando conforme os interesses penais que a norma visa tutelar e a gravidade da restrição aos direitos fundamentais em causa. Quanto menores são aqueles interesses e mais agressivas são estas medidas, maiores devem ser as exigências formais que lhes estão subjacentes.

Neste universo polimórfico, localizar, identificar e estudar a norma substantiva aplicável e a correspondente garantia processual é a tarefa inicial de qualquer intérprete consciencioso. Para encontrar o percurso certo, é preciso ler bem as diversas cartografias do confisco. Só depois de conhecer o destino, se poderá traçar o rumo e iniciar o caminho.

2. A apreensão enquanto garantia processual penal do confisco

No sistema jurídico processual penal português (ao invés de outros modelos legais hodiernos, onde é apenas um simples meio de obtenção da prova ⁽²⁾), a apreensão tem dupla natureza: é um inquestionável meio de lograr a

⁽¹⁾ O problema da distinção entre a apreensão e o arresto começa a ter, agora, importância prática. O ac. da RP de 1 de julho de 2015 (proferido no processo n.º 311/12.2T3AND-A.P1) é disso mesmo um bom exemplo, revelando o desconhecimento que (neste caso ao nível da primeira instância) ainda grassa sobre estas matérias.

⁽²⁾ A *StPO* alemã separa entre a «apreensão» (*Beschlagnahme*) de objetos que podem ser utilizados como provas (§§ 94 e ss.) e a «apreensão» (*Sicherstellung*) como garantia do cumprimento das obrigações patrimoniais do arguido ou de terceiro (§§ 111b e ss.; para todas estas normas, *cf.* por exemplo, REICHHART, Hans, *Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Peter Lang [2008], p. 18 e ss.). O *Codice di procedura penale* italiano também distingue claramente o sequestro de bens para efeitos probatórios (arts. 253.º a 265.º) e as *misure cautelari reali*, com carácter conservativo (arts. 316.º a 320.º) ou com carácter preventivo (arts. 321.º a 323.º; sobre estes regimes, por todos, *cf.* GREVI, Vittorio, *AA. VV. Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam [2006], p. 353 e ss. e 461 e ss. ou EPIDENDIO, Tomaso Emilio, *La Confisca nel Diritto Penale e nel Sistema delle Responsabilità degli Enti*, Padova, Cedam [2011], p. 331 e ss.).

prova (desenvolvendo uma função processual penal probatória); e, em paralelo, uma incontornável garantia processual penal da perda (desempenhando uma função processual penal conservatória)⁽³⁾. As duas funções foram, no sistema legal português, confiadas à apreensão. Como diz José Manuel Damião da Cunha, «no âmbito do CP (mas também do CPP) existe uma direta ligação entre a figura da apreensão (enquanto medida processual) e a declaração de perda; existe uma dupla função quanto aos bens “apreendidos”: eles são meios de prova do facto cometido e devem ser declarados perdidos em direta ligação ao facto ilícito praticado»⁽⁴⁾. Na mesma linha, segundo o testemunho privilegiado do Tribunal Constitucional, «a apreensão é também um meio de segurança dos bens que tenham servido ou estivessem destinados a servir a prática do crime, ou que constituam o seu produto, lucro, preço ou recompensa, como forma de garantir a execução da sentença penal, o que também justifica a conservação dos objetos apreendidos à ordem do processo até à decisão final»⁽⁵⁾. Isto mesmo decorre *expressis verbis* do próprio Código de Processo Penal, quando refere que «se os objetos apreendidos (não pertencerem ao visado e) forem suscetíveis de serem declarados perdidos a

⁽³⁾ CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM (2012), p. 154.

⁽⁴⁾ *Perda de bens a favor do Estado*, AA.VV. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, Coimbra, Coimbra Editora (2004), p. 139; no mesmo sentido; cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Verbo (1994), II, p. 169; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Coimbra, Almedina (2004), p. 375. Em sentido contrário, indiferentes à letra da lei, parecem caminhar, Manuel Simas Santos, Manuel Leal-Henriques e João Simas Santos (*Noções de processo penal*, Lisboa, Rei dos Livros [2011], p. 230/1), que omitem completamente esta segunda vertente legal da apreensão, destacando apenas a primeira.

⁽⁵⁾ Ac. n.º 294/2008, de 29 de maio, onde também se pode ler que «a apreensão ... como logo se depreende da inserção sistemática dessa disposição no Título III do Livro III desse diploma, é um meio de obtenção prova, mas que poderá simultaneamente funcionar como meio de prova e como medida cautelar destinada a assegurar o cumprimento de certos efeitos de direito substantivo que estão associados à prática do ilícito penal, como seja a perda desses valores a favor do Estado» e que «a apreensão tem a dupla função de meio de obtenção de prova e de garantia patrimonial do eventual decretamento de perda de valores a favor do Estado».

favor do Estado» a autoridade judiciária deverá, *ex officio*, fazer comparecer e ouvir o visado, permitindo-lhe exercer o contraditório e defender a sua *plena in re potestas* (art. 178.º, n.º 4)⁽⁶⁾. O legislador fundiu estas duas finalidades processuais distintas numa única norma.

O mecanismo processual penal da apreensão de bens tem, portanto, uma função de segurança processual (impedir dificuldades ou, até, a completa perda da prova) e também uma função de garantia patrimonial (acautelar a sua perda posterior). Ela procura prevenir a demonstração futura do facto e, ao mesmo tempo, quando chegar o momento oportuno, a cabal execução da decisão final⁽⁷⁾. Mesmo assim, embora unificadas na mesma norma, estas duas finalidades processuais são independentes: uma pode existir sem a outra. A apreensão pode ser indispensável para a prova do facto e irrelevante para efeitos de confisco e *vice-versa* imprescindível para este e inútil para aquela.

Em síntese, o mecanismo da apreensão (consagrado no artigo 178.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) para além de inquestionáveis funções probatórias, pode, de facto, ser usado como garantia processual penal do futuro *enforcement* da decisão que vier a decretar o confisco. Na própria fórmula legal: «são apreendidos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova»⁽⁸⁾. Apenas o segmento final da norma escapa a esta lógica dualista.

2.1. A apreensão dos instrumentos e produtos do crime

A apreensão funciona, assim, entre nós, também como uma apodítica garantia processual penal da efetividade do confisco. É, em primeiro lugar,

⁽⁶⁾ Interpolado nosso.

⁽⁷⁾ CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco ...*, p. 155.

⁽⁸⁾ Estas duas finalidades, embora distintas, têm ambas uma indesmentível natureza processual. A apreensão não prossegue quaisquer intuitos substantivos, como a perda antecipada da coisa. Em causa, está apenas garantir essa possibilidade futura, bem como a demonstração do próprio facto. A apreensão não se confunde com a perda.

seguindo a enumeração legal, a hipótese paradigmática da apreensão dos instrumentos do crime⁽⁹⁾: «objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime» (art. 178.º, n.º 1, do CPP e art. 109.º, n.º 1, do CP). Os punhais utilizados para cometer um homicídio devem, adaptando um antigo exemplo, ser apreendidos, garantindo-se a demonstração daquele facto, mas igualmente o hipotético confisco daqueles, «quando, 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» (art. 109.º, n.º 1, do CP). Se tal ainda for viável, os perigos ou os riscos que eles desencadeiem devem ser logo afastados. Neste caso, a fórmula adjetiva sobrepõe-se, quase totalmente, à fórmula substantiva, existindo continuidade normativa entre estes dois ramos da ciência penal. A utilização do vocábulo «crime», em vez da expressão «facto ilícito típico» que consta do Código Penal é a única diferença importante, mas não tem, neste contexto, qualquer significado⁽¹⁰⁾. Estas duas normas são, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista substancial, praticamente iguais, não colocando nenhum problema interpretativo sério.

Em segundo lugar, não obstante a lamentável falta de coincidência das fórmulas legais empregues pelo legislador, a solução deverá ser igual para os *producta sceleris, id est*, tudo aquilo que não existindo previamente é produzido pelo facto ilícito típico cometido⁽¹¹⁾. Malgrado a diversidade dos vocá-

⁽⁹⁾ Sobre o conceito de instrumentos da prática do crime, CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 67.

⁽¹⁰⁾ No Código Penal, a substituição do vocábulo «crime» pela expressão «facto ilícito típico» ocorreu em 1995 (Dec.-Lei n.º 48/95, de 15 de março) e procurou alargar o âmbito de aplicação do confisco. Em termos processuais, essa alteração é irrelevante, atento o disposto no artigo 1.º, al.º a), do Código de Processo Penal: para efeitos do aí disposto «considera-se: “crime” o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais», aqui se devendo considerar incluído o confisco. E não se diga que o confisco não é uma pena, nem uma medida de segurança e que, por isso, não está consagrado no Código de Processo Penal. Com efeito, independentemente da sua qualificação dogmática, a letra da lei é inequívoca (art. 268.º, n.º 1, al.º e)] permitindo o confisco, mesmo na ausência de condenação.

⁽¹¹⁾ Sobre este conceito, por todos, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*

bulos utilizados nos dois artigos («produto» [art. 178.º, n.º 1, do CPP] e «que por este tiverem sido produzidos» [art. 109.º, n.º 1, do CP]) é inquestionável que ainda estamos perante o mesmo conceito jurídico. A diversidade linguística é insignificante, uma vez que o *factum* regulado é, em ambas as normas, igual. Tanto mais que a abreviada denominação processual corresponde, afinal, às epígrafes do capítulo IX e do artigo 109.º do Código Penal. «Produtos» são, portanto, na singular construção nacional, os «objetos que tiverem sido produzidos pelo crime»⁽¹²⁾. Tal como os instrumentos utilizados para o seu cometimento, a fim de evitar aqueles perigos ou riscos, também eles devem

Português As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias (1993), p. 618; CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditicia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*, RPCC (2011), p. 271; CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco ...*, p. 80 e ss.

⁽¹²⁾ Em termos comparatísticos e internacionais, o conceito de *proceeds of crime* inclui, normalmente, tudo o que resulta do crime e que, em termos nacionais, integra os *producta sceleris* (art. 109.º do CP), as recompensas (art. 111.º, n.º 1, do CP) e as vantagens do crime (art. 111.º, n.º 2, do CP); de fora ficam apenas os instrumentos do crime. É o caso paradigmático (que irá ter influência no direito Português) do artigo 2.º, n.º 1, 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) que qualifica como «“produto”, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis» (sobre este conceito e as alterações que ele implicará no direito nacional, cfr. CORREIA, João Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia] no direito português vigente*, RCEJ [2014], II, p. 90 e ss.). Não admira, por isso, que, de forma ambivalente, o conceito de produtos consagrado na Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (Lei da cooperação judiciária em matéria penal) já deva, ao contrário da tradição jurídica nacional, ser interpretado naquele sentido amplo (art. 160.º, n.º 1), proveniente das convenções internacionais. Em termos comparatísticos e internacionais, o conceito de *proceeds of crime* inclui, normalmente, tudo o que resulta do crime e que, em termos nacionais, integra os *producta sceleris* (art. 109.º do CP), as recompensas (art. 111.º, n.º 1, do CP) e as vantagens do crime (art. 111.º, n.º 2, do CP).

ser logo apreendidos e, depois, eventualmente, declarados perdidos. A exegese das normas é mais difícil, mas, ainda assim, o resultado prático deverá ser igual. Os documentos falsificados (para convocar outro conhecido exemplo) também devem ser, caso estejam preenchidos os respetivos requisitos legais (art. 109.º, n.º 1, do CP), apreendidos e depois confiscados.

2.2. A apreensão das vantagens do crime

A solução deverá ainda ser igual, já noutra reduto dogmático, sempre que estiverem em causa objetos que sejam o «lucro, o preço ou a recompensa da prática de um crime» (art. 178.º, n.º 1, 3.ª parte, do CPP)⁽¹³⁾. As vantagens decorrentes da sua prática, embora tributárias de outra política criminal, também podem desencadear a apreensão cautelar. Apesar do confisco dos *instrumenta*

⁽¹³⁾ Apesar da clareza da fórmula legal (art. 109.º, n.º 1, do CP), sobretudo por influência perversa do conceito comparado e internacional de *proceeds* e da desconsideração da noção nacional de vantagens do crime (art. 111.º do mesmo diploma legal) continua a existir, entre nós, grande dificuldade na separação entre instrumentos, produtos, recompensas e vantagens da prática do crime. Ainda recentemente M. Míguez Garcia e J. M. Castela Rio (*Código Penal Parte Geral e Especial com Notas e Comentários*, Coimbra, Almedina [2014], p. 442) escreveram que «os produtos são os objetos alcançados ou produzidos pela atividade criminosa, a moeda contrafeita, as jóias e o dinheiro que resultam do saque de uma casa, os alimentos retirados de um supermercado», revelando uma confusão inadmissível entre estes dois mecanismos complementares, mas distintos. Na terminologia nacional, produtos do crime são (repetimos) apenas aquilo que, não existindo previamente, é «produzido» pela prática do crime, podendo ser confiscados, nos termos do artigo 109.º do Código Penal. Já as coisas adquiridas com a prática do crime (no exemplo daqueles autores «as jóias e o dinheiro que resultam do saque de uma casa, os alimentos retirados de um supermercado») são vantagens decorrentes da prática do crime e estão sujeitas ao regime do artigo 111.º do Código Penal, sem prejuízo, é claro, dos direitos do próprio ofendido (para os objetos furtados, no mesmo sentido, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 618). Se não for assim — se também qualificarmos estas vantagens como produtos do crime — chegaremos ao absurdo jurídico de subordinar a sua perda à comprovação de um perigo para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas ou à demonstração de um risco sério de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos (art. 109.º, n.º 1, do CP), eventualmente privando o ofendido do inalienável direito à sua restituição.

e *producta sceleris* (que, como vimos, procura apenas colmatar um perigo para a «segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas» ou um risco sério «de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos» e, por isso mesmo, justifica uma resposta imediata) não se confundir com a perda dos proventos do crime, o legislador admite, igualmente, a sua apreensão⁽¹⁴⁾. Para restituir o condenado à situação patrimonial anterior à prática do facto ilícito típico, ele emprega, embora com algumas variantes técnicas, o mesmo mecanismo processual penal preventivo. As diferenças dogmáticas existentes entre aqueles dois institutos não geram técnicas processuais diversas. Tudo aquilo que está manchado com o crime deve ser logo apreendido.

As noções processuais de lucro e de preço (prossequindo no exame do elenco legal: art. 178.º, n.º 1, do CPP) não têm equivalente direto no nosso Código Penal, carecendo de algumas explicações, capazes de repor o intérprete no caminho correto. A assimetria entre os dois códigos provoca alguma insegurança jurídica e exige uma decantação profunda das noções legais, por forma a identificar o seu correlato normativo. Só com essa tarefa hermenéutica prévia será possível superar a descontinuidade e descobrir o rumo ideal. Os mapas não são simétricos, utilizando diferentes denominações para a mesma realidade jurídica.

Numa perspetiva evolutiva, constata-se que estas duas noções processuais só apareceram em 1987, quando o novo Código de Processo Penal transformou a apreensão numa espécie de antecâmara do confisco. O velho Código de Processo Penal de 1929 e o Código Penal de 1982 não falavam de lucro ou de preço ou, mesmo, da hipótese extrema de utilizar o mecanismo da apreensão como uma garantia processual penal da efetividade do confisco das vantagens (art. 202.º do CPP de 1929)⁽¹⁵⁾. Ela era, então, quase exclusi-

⁽¹⁴⁾ Sobre a natureza jurídica desta medida, que apenas procura demonstrar que «o crime não compensa» cfr. CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda...*, p. 306 e ss. ou RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, AA.VV. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot (2015), p. 294 e ss.

⁽¹⁵⁾ Segundo Maia Gonçalves, a apreensão era «uma medida cautelar, destinada a facilitar a instrução do processo, garantir a efetivação da perda, ou a ambas as finali-

vamente, um simples meio de lograr a prova. Um sistema legal que, fruto de circunstâncias históricas, ainda negligenciava a perda dos *proceeds* do crime e favorecia o sequestro da prova, de modo a prevenir o exercício do poder punitivo estadual, tinha de ignorar esta vertente patrimonial da apreensão⁽¹⁶⁾.

As novas tendências da política criminal (*maxime* os estímulos internacionais ao confisco), que instigavam à transformação da perda em dimensão inalienável da decisão final, induziram importantes modificações processuais. A criação do clima substantivo imprescindível para provar que, afinal, «o crime não compensa» (Código Penal de 1982) foi complementada com o estabelecimento das condições adjetivas (Código de Processo Penal de 1987) necessárias para fazer cumprir esta nova filosofia. A apreensão passou a garantir também o confisco das vantagens da prática do crime. Em vez de criar uma categoria processual nova, porventura devido à possível sobreposição natural das duas finalidades, à consequente mistura de conceitos⁽¹⁷⁾ e à boa reputação

dades». No entanto, estavam em casa apenas os instrumentos e produtos do crime (na letra do próprio artigo «instrumentos que serviram à infração ou estavam destinados para ela»). Tanto mais que — continuando a citar o mesmo autor — «a apreensão não *podia* ser utilizada para garantir a efetivação de efeitos patrimoniais ... De outro modo, cair-se-ia em confusão com providências cautelares de natureza civil» (*Código de Processo Penal*, Coimbra, Amedina [1982], p. 302, o tempo verbal em itálico foi por nós alterado). As vantagens ainda não tinham o relevo que vieram a alcançar depois, centrando-se a lei apenas na punição do facto.

⁽¹⁶⁾ Segundo John. A.E. Vervaele (*Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit [procédural] pénal néerlandais*, Rev.sc.crim. [1998], p. 39/40) durante um longo período de tempo, na sequência do ideal iluminista da proibição intransigente do confisco, a atenção dedicada à questão patrimonial foi mínima. A punição do autor, enquanto indivíduo, ocupava o papel central na lei, na jurisprudência e na doutrina. Os seus bens apenas relevavam para a prova do facto e por inquestionáveis questões de ordem pública (objetos intrinsecamente perigosos). O confisco ajudava, mas não era uma sanção independente. Hoje, o problema é, contudo, muito diferente: em vez do «confisco», enquanto instrumento essencialmente de conservação da prova, temos o confisco enquanto medida penal de redução do património do arguido à situação patrimonial anterior à prática do crime ou, mesmo, enquanto sanção.

⁽¹⁷⁾ O próprio projeto inicial do Código Penal denominava o confisco «da apreensão» (título VI, Capítulo único), tendo sido corrigido já durante a comissão

da apreensão no direito penal económico (arts. 40.º do Dec.-Lei n.º 41024, de 14 de julho de 1957 e 46.º do Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro⁽¹⁸⁾), o legislador optou por lhe adicionar mais uma finalidade processual.

O preço é, em termos meramente económicos, aquilo que alguém paga/cobra para a prática de um crime. Voltando aos nossos exemplos doutrinários, é o soldo solicitado pelo corrupto ou o montante reclamado pelo correio de droga para a execução do facto. No fundo, é a contraprestação dum «negócio» que tem por objeto um crime. O autor mediato adquire um serviço (o crime que não pode, não quer ou não consegue perpetrar pessoalmente) e o autor imediato executa um serviço e, em consequência, recebe um preço⁽¹⁹⁾. Num dos polos da relação intersubjetiva temos um sacrifício, no outro um benefício.

Neste verdadeiro sinalagma, a noção processual de preço (art. 178.º, n.º

revisora, justamente por se entender que a «“apreensão” é um acto processual que nada tem a ver com o acto substantivo da transferência para o Estado dos *producta e instrumenta sceleris*». Mesmo assim, a nova terminologia não foi unânime, oscilando as opiniões entre «perda dos objetos e instrumentos do crime» e «dos objetos e instrumentos do crime» (cfr. *AA.VV. Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, Lisboa, AAFDL, II volume, p. 199). A mesma confusão (porventura devido à influência do Dec.-Lei n.º 41204, de 14 de julho de 1957, onde a indefinição era muito maior) ainda hoje é visível na legislação avulsa: o art. 76.º do Dec.-Lei n.º 28/84 continua a utilizar o vocábulo apreensão como sinónimo de perda e o art. 21.º, n.º 1, al.ª a), do Dec.-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (que instituiu o ilícito de mera ordenação social e o respetivo processo) refere a «apreensão de objetos» como uma sanção acessória (o mesmo acontece, por exemplo, no artigo 40.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto).

⁽¹⁸⁾ Embora, no direito processual penal geral, a apreensão fosse (como vimos) sobretudo um meio de obtenção da prova, a verdade é que no direito penal económico já era claro que ela podia servir outros propósitos, nomeadamente «garantir eventuais indemnizações ao Estado ou aos consumidores lesados, quando tais direitos não tenham ou não possam ser conseguidos por outros meios, como a caução económica» (BORGES, J. Marques, *Direito Penal Económico e Defesa do Consumidor*, Lisboa, Rei dos Livros [1982], p. 50).

⁽¹⁹⁾ O elemento histórico aponta inequivocamente neste sentido. No projeto inicial do Código Penal, o legislador falava em preço («o preço que serviu ou devia servir para recompensar o autor de um crime, transfere-se para a propriedade do Estado» [art. 103.º]). Esta expressão foi, no entanto, criticada, por se entender que era demasiado restritiva (não expressava todas as situações possíveis), acabando por ser substituída (*AA.VV. Atas das Sessões ...*, p. 207).

1, do CPP) é sinónimo da noção penal de recompensa (art. 111.º n.º 1, do CP). Pagar um preço é uma simples forma de recompensar o crime. A noção exprime uma pequena parcela daquele conceito mais amplo, que já iremos abordar. Em ambos os casos, está em causa a mesma realidade criminal. O estímulo económico para a prática de um facto ilícito típico passado, presente ou futuro. Seja qual for a sua natureza (preço, gratificação, etc.) tem que ser eliminado.

A noção de lucro, introduzida no Código de Processo Penal em 1987, não era uma construção desconhecida no direito penal português então vigente: o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84 (infrações antieconómicas e contra a saúde pública) já prescrevia que «a perda de bens, a declarar nos termos do presente diploma e do Código Penal, abrange o lucro ilícito obtido pelo infrator»⁽²⁰⁾. A vantagem decorrente da prática destes crimes especiais devia ser confiscada. No pensamento pioneiro do legislador extravagante, o arguido não devia obter nenhum benefício económico com o seu cometimento. Os crimes contra a economia, que visam o lucro a todo o custo, só podem ser combatidos com adequadas medidas de índole económica.

⁽²⁰⁾ Não faltam autores a associar este conceito de lucro apenas à «diferença entre o preço efetivamente praticado — ou tentado e o preço permitido pelo regime legal» (PINTO, António Augusto Tolda/BRAVO, Jorge Manuel Almeida dos Reis, *Legislação Penal Extravagante Direito Penal Económico e Afim*, Coimbra, Coimbra Editora [1998], p. 62; no mesmo sentido, CODEÇO, Carlos Emílio, *Delitos Económicos*, Coimbra, Almedina [1986], p. 66), circunscrevendo-o, assim, ao crime de especulação (art. 35.º daquele Dec.-Lei). No entanto, esta perspetiva parece-nos incorreta. Desde logo porque o artigo 9.º é uma norma geral (aplicável a todos os casos de perda de bens), tendo portanto um alcance mais amplo, válido para todo o diploma (se estivesse em causa apenas o lucro obtido com o preço especulativo, a norma ocuparia outro lugar na geografia do diploma, como acontece, por exemplo, com a obrigação de restituir as quantias ilicitamente obtidas ou desviadas, consagrada no artigo 39.º, que apenas se aplica aos ilícitos aí referidos). Depois porque, economicamente, o lucro tanto poder ser uma diferença entre dois preços, como uma diferença entre custos e resultados, correspondendo, assim, às vantagens líquidas decorrentes da prática («negócio») do crime. O elemento gramatical comporta as duas interpretações, sendo a segunda imposta pelos elementos sistemático e teleológico. No sentido desta segunda interpretação, cfr. DIAS, Elite/FERNANDES, Josefina/RAMOS, Santos, *AA.VV. Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Lisboa, Universidade Católica Editora (2011), p. 68.

Seguindo esta conceção, lucro é o enriquecimento conseguido com uma qualquer atividade ilícita, patrimonialmente quantificável. A diferença entre o custo e o resultado constitui o lucro ou, na linguagem penal, a vantagem da prática do crime (art. 111.º, n.º 2, do CP⁽²¹⁾). Os dois lexemas são, neste preciso contexto, *malgré tout*, sinónimos, abrangendo — insistimos — qualquer benefício, que possa ser economicamente avaliado, emergente da prática de um facto ilícito típico⁽²²⁾. Aquela diferença entre o investimento (custos inerentes à prática do crime) e o resultado (retorno económico daquele) tanto pode ser expresso pelo vocábulo lucro (de natureza económica) como faz o Código de Processo Penal, como pelo lexema vantagem (de aplicação geral) como faz o Código Penal⁽²³⁾. Se não for assim, quem utilizar um conceito de lucro associado apenas ao resultado dos negócios jurídicos, cairá no contrassenso de apreender essas vantagens e não apreender aquelas onde tecnicamente o termo não

⁽²¹⁾ No Código Penal, o termo vantagens não é o único lexema utilizado pelo legislador para exprimir esta realidade prática. Nos artigos 217.º, 221.º, 222.º, 223.º e 226.º, o legislador fala de enriquecimento ilegítimo, no artigo 197.º, al^a a) fala de recompensa e enriquecimento, no artigo 274.º, n.º 1, al^a c), de benefício económico, no artigo 226.º, n.º 1, de vantagem pecuniária e no artigo 368.º A de vantagem, utilizando, assim, uma longa série de expressões para significar a mesma realidade jurídica. Acresce ainda que, para além do artigo 111.º do CP, o legislador também utiliza o conceito de vantagens patrimoniais noutros preceitos (artigos 231.º, 372.º, 373.º, 374.º, 377.º, 379.º do CP) com um significado que só pode ser idêntico: proventos do crime de natureza patrimonial. Não seria uma boa técnica legislativa atribuir, no mesmo Código, sentidos diferentes para a mesma expressão.

⁽²²⁾ Já no âmbito do artigo 38.º do Dec.-Lei n.º 15/93 de 22 de janeiro («o disposto nos artigos 35.º a 37.º [*id est* a perda], é também aplicável aos juros, lucros e outros benefícios obtidos com os bens neles referidos») o conceito lucro deverá ter um sentido mais restrito, marcadamente técnico, por forma a distinguir-se dos restantes vocábulos. Atenta aquela enumeração legal, o conceito não pode ser tão amplo.

⁽²³⁾ A utilização do conceito lucro remete-nos para a ideia de vantagem líquida e não de vantagem bruta (dedução dos custos). No entanto, se esta noção é correta em termos substantivos, sob pena de modificar a natureza não penal do confisco (por todos, KEUSCH, Sven, *Probleme des Verfalls im Strafrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang [2005], p. 38 e ss., em especial 59 e ss.) já não é aceitável em termos adjetivos: no momento da apreensão (em particular, em flagrante delito) dificilmente se saberá qual o montante líquido da vantagem.

faça tanto sentido: no caso da burla (art. 217.º do CP), seria possível apreender a vantagem (lucro resultante do negócio jurídico celebrado através de erro ou engano causador de prejuízo) no caso de abuso de confiança (art. 205.º do CP), por não se poder falar de lucro (mas apenas de apropriação), seria impossível.

Por último, continuando a respeitar a ordem legal, resta referir que a noção de recompensa está plasmada nos dois Códigos, não levantando, pois, grandes dificuldades exegéticas. A desejável harmonia jurídica da cartografia do confisco é, aqui, total. Recompensa é o preço, a contrapartida, a compensação, a gratificação, em suma, o estímulo económico, entregue (ou apenas prometido), para que outrem pratique um facto ilícito típico⁽²⁴⁾. Repristinando os nossos exemplos, a peita entregue a um corrupto ou o montante pago a um «correio de droga». Estas recompensas devem, ainda que não tenham sido transferidas, ser declaradas perdidas a favor do Estado no *verdictum* final e, para tal, podem ser logo cautelarmente apreendidas.

Brevitatis causa, apesar de não se exprimir corretamente, o legislador português consagrou no artigo 178.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, a apreensão cautelar dos instrumentos, dos produtos, das recompensas (incluindo o preço) e das vantagens (lucros) da prática de um facto ilícito típico⁽²⁵⁾. Aquilo que materialmente pode ser confiscado em espécie deve adjetivamente poder ser apreendido. A terminologia não é sempre igual mas os fenómenos são os mesmos. Os conceitos processuais de lucro e preço correspondem aos conceitos substantivos de vantagem *stricto senso* e recompensa da prática do crime. Seria incompreensível que as recompensas, *expressis verbis* consignadas no elenco legal (art. 178.º, n.º 1, do CPP), pudessem ser confiscadas e as vantagens, na prática até mais frequentes, ficassem incólumes (exceto, é claro, quando fossem consideradas um verdadeiro lucro). Em ambos os casos,

⁽²⁴⁾ CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 83; CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda ...*, p. 271, para quem, justamente, as recompensas não pressupõem a efetiva prática do crime pelo beneficiário, podendo mesmo ser confiscadas sem que tenha sequer havido algum crime.

⁽²⁵⁾ Em síntese, a apreensão abrange os instrumentos, os produtos e — na expressão de José da Costa Pimenta — os *fructus sceleris* (*Código de Processo Penal Anotado*, Lisboa, Rei dos Livros [1991], p. 465).

está em causa um benefício económico. As vantagens e as recompensas merecem o mesmo tratamento legal⁽²⁶⁾.

O artigo 178.º, n.º 1, do Código de Processo Penal consagra pois as ações processuais cautelares adequadas a implementar (art. 2.º, n.º 2, do CPC) a política criminal substantiva (arts. 109.º, n.º 1 e 111.º, n.º s 1 e 2, do CP). As instâncias formais de controlo podem apreender tudo que possa ser confiscado em espécie: os objetos, os direitos ou as coisas que consubstanciam os próprios instrumentos, produtos, recompensas ou vantagens da prática do facto ilícito típico.

2.3. A apreensão do sucedâneo e das vantagens indiretas

A noção processual penal de lucro da prática do crime (retomando a terminologia imprecisa do rito adjetivo) inclui qualquer vantagem economicamente quantificável, decorrente daquele. Só aquilo que não pode ser mensurado em termos económicos fica de fora. Tudo o que ainda possa, de alguma forma, ser avaliado deverá ser contabilizado, para a prévia adoção dos mecanismos processuais preventivos e, depois, para efeitos do *verdictum*⁽²⁷⁾.

Na fórmula legal original, esta noção era restrita, abrangendo apenas as vantagens diretamente emergentes da prática do facto ilícito típico. Só se poderia confiscar aquilo que, de forma sinalagmática, resultava daquele: a peita recebida para a prática de um ato contrário ao exercício dos deveres do

⁽²⁶⁾ Por isso mesmo, Pedro Caeiro (*Sentido e função do instituto da perda ...*, p. 273) propõe, até, o agrupamento de ambos os conceitos legais.

⁽²⁷⁾ Nos crimes de corrupção (arts. 372.º a 374.º do CP), o legislador nacional vai (compreensivelmente) muito mais longe, abrangendo, quer as vantagens patrimoniais (à semelhança do previsto no art. 111.º do CP), quer as vantagens não patrimoniais (excluídas daquele regime legal): ou seja, inclui qualquer prestação que melhore o *status quo* do funcionário, ainda que apenas do ponto de vista pessoal (sobre este conceito, cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora [2010], p. 981 ou TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, Verlag C.H. Beck [2001], p. 1965).

cargo público que o arguido desempenhava (art. 374.º do CP) ou o montante, em espécie, obtido pela disponibilização dos serviços de uma prostituta (art. 169.º do CP). O que depois resultava dessa dádiva ou deste preço inicial, sem ligação imediata com o crime, já não podia ser atingido. Contudo, com a progressiva necessidade de demonstrar que o crime não compensa, confiscando todos os seus *proceeds*, o legislador foi paulatinamente alargando aquele arquétipo inicial a outras constelações práticas.

Com a reforma do Código Penal, concretizada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, o confisco passou a incluir coisas ou «direitos obtidos mediante transação ou troca com as coisas ou direitos diretamente conseguidos por meio do facto ilícito típico» (art. 111.º, n.º 3)⁽²⁸⁾. A compra de uma casa com a vantagem inicial já não impede, portanto, a apreensão e subsequente perda deste substituto. Se não for assim o confisco será, geralmente, impraticável. As manobras de dissimulação ou branqueamento do património ilícito e mesmo o pulsar da vida económica hodierna tornam muito difícil a apreensão e a perda da própria coisa em espécie.

Mais tarde, no intuito de incrementar ainda mais a perda dos proventos do crime, o legislador alargou o confisco aos produtos indiretos. Com a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, o confisco deixou de pressupor o carácter direto

⁽²⁸⁾ O artigo 111.º do Código Penal, na redação do Dec.-Lei n.º 48/95, corresponde, quase integralmente, ao disposto no artigo 36.º do Dec.-Lei n.º 15/93. Este artigo — inspirado pelo art. 5.º da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, as regras do Código Penal e a sua revisão (como se referia na justificação do diploma, *apud* MARTINS, A.G. Lourenço, *Droga e direito*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias [1994], p. 191) — procurava, nos termos do respetivo preâmbulo, «privar aqueles que se dedicam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas atividades criminosas, suprimindo, deste modo, o seu móbil ou incentivo principal e evitando, do mesmo passo, que a utilização de fortunas ilicitamente acumuladas permita a organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis». Este propósito terá estado também na origem da posterior alteração do Código Penal que — como já referimos — com exceção de outras regras (art. 36.º, n.º 5, 37.º e 38.º) copiou integralmente o regime constante daquele artigo 36.º.

das vantagens, passando a considerar tudo. «São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie»⁽²⁹⁾.

Em vez de recuperar apenas aquilo que resulta daquela relação direta com o crime⁽³⁰⁾, o confisco passou a abranger todos os incrementos economicamente avaliáveis resultantes daquele: lucros, juros, prémios, etc. Tudo o que resultar, direta ou indiretamente, do crime pode agora ser recuperado. Os juros da conta bancária utilizada pelo arguido para depositar as vantagens da prática de um facto ilícito típico estão, igualmente, incluídos⁽³¹⁾. Sem crime, o arguido nunca os teria obtido.

Estas relevantes alterações substantivas propagaram-se ao processo penal. O alargamento material dos casos de perda direta significou, simetricamente, apesar da inação do legislador, o alargamento processual do âmbito de aplicação da apreensão. A possibilidade legal de confiscar o sucedâneo ou as vantagens indiretas determinou a possibilidade de — uma vez demonstrada a relação entre uns e outros⁽³²⁾ — proceder à sua apreensão cautelar.

⁽²⁹⁾ Sobre esta alteração, CUNHA, José Damiano da, *A reforma da Legislação em Matéria de Corrupção*, Coimbra, Coimbra Editora (2011), p. 11/2.

⁽³⁰⁾ Tal como acontecia na versão inicial, por todos, nesse sentido, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 635.

⁽³¹⁾ No Dec.-Lei n.º 15/93, que, como acabamos de ver, precedeu o Código Penal (mas já terá tido em consideração a sua revisão), o legislador resolveu o problema, incluindo um artigo (38.º), que abrange os «juros, lucros e outros benefícios obtidos com» as «vantagens diretas» (art. 36.º, n.º 2). A revisão do Código Penal de 2010 não seguiu a mesma lógica, optando por retirar o advérbio «diretamente» por forma a alargar a norma base, em vez de criar uma norma autónoma. No entanto, o resultado final (apesar de ser mais difícil de lograr interpretativamente) será, em nosso entender, o mesmo.

⁽³²⁾ Sobre a necessidade de alegar e demonstrar aquele trato sucessivo como pressuposto do confisco e, logo, também da própria apreensão, cfr. CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 137.

3. A perda do valor

Na atualidade, de acordo com as orientações internacionais, a ablação dos *proceeds of crime* já não se restringe aos ativos, diretamente ou indiretamente, resultantes da prática daquele ou ao seu sucedâneo, podendo incluir ainda todo o património lícito do arguido: segundo o artigo 111.º, n.º 4, do Código Penal, «se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor»⁽³³⁾. O confisco do valor tornou-se na pedra angular de qualquer sistema eficiente de perda⁽³⁴⁾.

Com efeito, a recuperação da concreta vantagem do crime pode ser na prática impossível (v.g. o arguido gastou-a, escondeu-a ou transferiu-a para

⁽³³⁾ Esta norma já constava do art. 109.º do CP de 1982: «tratando-se de qualquer vantagem insuscetível de transferência direta, ficará o Estado com o direito de exigir de quem a recebeu ou se obrigou a pagá-la o valor correspondente» (n.º 1, parte final, relativo à perda das recompensas); e «se os instrumentos ou objetos não estiverem em poder dos agentes devem estes pagar ao Estado o valor correspondente sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros» (n.º 3, relativo às vantagens). A divisão do mesmo princípio (perda do valor) em duas normas suscitava problemas interpretativos desnecessários, sugerindo, numa visão precipitada e literal, que o valor das recompensas só podia ser apropriado quando fosse *ab initio* impossível apropriá-lo em espécie (v.g. um direito) e que o valor das vantagens *stricto sensu* só poderia ser recuperado quando já não estivesse em poder do agente, ficando, em ambos os casos, desprotegidas outras situações paradigmáticas.

⁽³⁴⁾ Segundo a estimativa de Johann Podolsky e Tobias Brenner (*Vermögensbeschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren*, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Richard Boorberg Verlag [2010], p. 80), na Alemanha, cerca de 90% dos casos de confisco baseiam-se na perda do valor da vantagem (§ 73 a, do StGB). A estimativa de Klaus Weber (*Betäubungsmittelgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck [2003], p. 1101) é, sem deixar de ser significativa, todavia, menos elevada. Já em Itália, a *confisca per equivalente* também tem tido progressiva utilização (GREGORIO, Claudio di/Mainolfi, Giovanni/Rispoli, Guido, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, Giuffrè [2011], p. 77).

um terceiro de boa-fé) ou, então, ser tecnicamente inviável (v.g. consiste no gozo de uma coisa). Em ambos os casos, seja por impossibilidade superveniente, seja por impossibilidade genética, embora não se possa recuperar o próprio bem, pode ser confiscado o seu valor equivalente. A perda não pode ficar refém da natureza da vantagem, nem, muito menos, da conduta do próprio arguido. Como diz a jurisprudência norte americana, aquele que dissipa os proventos do crime em «vinho, mulheres e música»⁽³⁵⁾, jamais podendo ser recuperados em espécie, deve ter o mesmo tratamento daquele que, cuidadosamente, os deposita numa conta bancária, onde podem ser apreendidos.

Apenas a perda dos *instrumenta e producta sceleris*, na restrita aceção nacional, escapa a esta lógica facilitadora. Como está em causa prevenir os perigos ou os riscos elencados no Código Penal (art. 109.º, n.º 1), a substituição não se justifica⁽³⁶⁾. Só a supressão da própria coisa (*in rem*) cumpre aqueles objetivos materiais. A perda do valor correspondente, por não afastar nem aqueles perigos, nem aqueles riscos, não terá aqui qualquer utilidade. Sem apreensão, como aquela novação não é admissível, poderá ser impossível concretizar o confisco daquelas coisas.

⁽³⁵⁾ Na expressiva fórmula, de 28 de outubro de 2011, do Ninth Circuit do United States Court of Appeals «*the amount of "proceeds" does not mean just the amount of money that the defendant has when he or she is apprehended. Congress sought to punish equally the thief who carefully saves his stolen loot and the thief who spends the loot on "wine, women, and song."* See Casey, 444 F.3d at 1073–74 (quoting the "oft-quoted passage [by] the Seventh Circuit. that 'a racketeer who dissipates the profits or proceeds of his racketeering activity on wine, women, and song has profited from crime' "and therefore must disgorge those funds "regardless of whether those funds were still in his possession" (ellipsis in original) (quoting United States v. Ginsburg, 773 F. 2d 798, 802 (7th Cir.1985))» (United States of America v. David Ray Newman, n.ºs 10–10430, 10–10431, 10–10444).

⁽³⁶⁾ No caso da perda dos instrumentos e produtos do crime, estando em causa a perigosidade da própria coisa (por isso, é que é uma medida análoga a uma medida de segurança), não é possível proceder à substituição da sua perda pela perda do seu valor. Está em causa uma verdadeira *actio in rem*, que pode nem sequer depender de uma condenação (art. 109.º, n.º 2, do CP). Por isso mesmo, se a coisa não foi logo apreendida e não estiver ainda disponível, a decisão pouca eficácia prática terá.

Quando, por uma qualquer daquelas duas razões, for impossível recuperar os ativos relacionados com o crime, resta a possibilidade suplementar de atingir os ativos alheios àquele. Também o património lícito do arguido pode *in extremis* ser total ou parcialmente declarado perdido. Sempre que seja inviável confiscar os próprios *proceeds of crime*, a lei permite que, em sua substituição, seja confiscado um valor correspondente (art. 111.º, n.º 4, do CP)⁽³⁷⁾. Uma coisa equivale à outra, ficando, em ambos os casos, o arguido na situação patrimonial que tinha antes da prática do crime, assim se demonstrando que ele não compensa⁽³⁸⁾.

A implementação legal da perda do valor da vantagem da prática do crime, introduzida no Código Penal de 1982, desencadeou a jusante as correspondentes necessidades processuais. De nada valeria proclamar solenemente

⁽³⁷⁾ A substituição da perda da vantagem pelo seu valor é, justamente, justificada, desde o *Alternativ-Entwurf* de 1966, pela necessidade de garantir o confisco exaustivo de todas as vantagens do crime (KEUSCH, Sven, *Probleme des Verfalls...*, p. 75). Em muitos casos será, aliás, impossível proceder de outra forma.

⁽³⁸⁾ Os instrumentos internacionais recomendam agora, de forma insistente, a utilização da perda do valor. Por exemplo, o artigo 5.º, n.º 1, al^a a), da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas dispõe que: «as Partes adotam as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos»; o artigo 3.º da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16 de Maio de 2005, dispõe que «cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para poder decretar a perda de instrumentos, de bens branqueados e de produtos ou bens cujo valor corresponda a tais produtos»; o artigo 2.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005 estipula que «cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias que o habilitem a declarar perdidos, no todo ou em parte, os instrumentos e produtos de infracções penais puníveis com pena privativa da liberdade por período superior a um ano, ou bens de valor equivalente a esses produtos»; finalmente, o mesmo acontece com a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014 (sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia), cujo artigo 1.º, mais uma vez, impõe a possibilidade de substituir a perda dos instrumentos ou produtos por outros bens de valor correspondente.

esta possibilidade se depois, ao nível adjetivo, não existissem mecanismos capazes de garantir a sua concretização prática. A impossibilidade de apreender a própria coisa em espécie não significa impossibilidade de garantir a concretização intransigente do confisco. Como todo o património lícito pode ser convocado para pagar aquele *quantum*, também todo o património lícito deverá poder ser utilizado para garantir a futura perda desse mesmo valor. Sem essa possibilidade adjetiva (art. 2.º, n.º 2, do CPC), todo o programa de política criminal ficaria comprometido.

A criação de providências processuais capazes de acautelar a perda do valor da vantagem pressupõe, todavia, outros equilíbrios. Em vez de atingir ativos suspeitos de estarem relacionados com o crime, interfere com o património lícito do arguido ou mesmo de terceiros. A concordância prática entre os interesses contraditórios dita, portanto, outras regras⁽³⁹⁾. Admitir a apreensão *tout court* seria incompatível com o *ius utendi, fruendi et abutendi*. Na perda de valor (art. 111.º, n.º 4, do CP), uma vez que não está em questão a própria coisa confiscável em espécie, mas algo que já nada tem que ver com o crime, a garantia processual do confisco não deverá ser a apreensão, mas outro mecanismo processual⁽⁴⁰⁾. O âmbito de aplicação da apreensão termina onde começa o património lícito do arguido ou, pelo menos, aquele cuja ilicitude o Ministério Público não consegue demonstrar. Neste caso, não se pode ir tão longe.

3.1. Conceito europeu de apreensão

Nada do que tem vindo a ser dito muda com a introdução de um arquétipo europeu de «congelamento» e a obrigação de interpretar o direito nacional em

⁽³⁹⁾ O artigo 46.º do Dec.-Lei n.º 28/84 consagra uma exceção a este regime, prescrevendo que «no crime de especulação podem ser apreendidos bens iguais aos do objeto do crime que sejam encontrados em poder do agente no respetivo estabelecimento, em outras dependências ou no local da venda» (n.º 2) e que «para os efeitos do número anterior, consideram-se bens iguais ao objeto do crime os que forem do mesmo tipo, qualidade, características e preço unitário» (n.º 3).

⁽⁴⁰⁾ *Infra* 4.

conformidade com aquele⁽⁴¹⁾. A Decisão-Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho de 22 de julho (relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bem ou de provas) reputa «“decisão de congelamento” qualquer medida tomada por uma autoridade judiciária competente do Estado de emissão para impedir provisoriamente qualquer operação de destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de bens que possam ser objeto de perda ou que possam constituir elementos de prova»⁽⁴²⁾.

A Lei n.º 25/2009, de 5 de junho (que estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, em cumprimento daquela Decisão-Quadro) utiliza o conceito tradicional de apreensão em vez daquela noção difusa e inovadora de «congelamento». Contudo, como resulta da própria definição (integralmente transposta), apesar de rotulada «decisão de apreensão», esta ferramenta processual abrange quaisquer mecanismos dirigidos ao «congelamento» dos ativos existentes, não impedindo o uso de outros instrumentos processuais penais menos intrusivos. Tal como o conceito europeu de «congelamento», também a noção de apreensão vertida na lei interna corresponde a um conjunto variado de medidas, tendentes a salvaguardar aqueles bens e desencadeadas pelo Ministério Público ou pelo juiz, nos termos do direito nacional (art. 4.º)⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Na jurisprudência, o clássico ac. do Tribunal de Justiça (grande secção) de 16 de julho de 2005 (Maria Pupino: Caso -105/03) é claro: «ao aplicar o direito nacional, o órgão jurisdicional de reenvio chamado a proceder à sua interpretação é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da decisão-quadro, a fim de atingir o resultado visado por esta última e de se conformar, assim, com o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), EU» (§ 43). Já na doutrina cfr., por exemplo, LIMA, José António Farah Lopes de, *Questões de Direito Penal Europeu à luz do Tratado de Lisboa*, Lisboa, Rei dos Livros (2012), p. 312 e ss.

⁽⁴²⁾ Art. 2.º, al.ª c). Tal como acontece com o conceito nacional de apreensão (*supra* 1.1.), o «congelamento» também desempenha aqui uma dupla função. Por um lado, designa as medidas de conservação da prova; por outro lado as medidas de conservação do património, parecendo ser assim, *prima facie*, um escolho insuperável (mas, na verdade, falso) à desejável autonomização técnica da apreensão para efeitos de confisco.

⁽⁴³⁾ Sobre este conceito europeu, embora por referência à nova Diretiva, cfr. CORREIA, João Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU*, p. 92 e ss.

O mesmo acontece, nas situações inversas, em que as autoridades judiciárias portuguesas (art. 12.º, n.º 3) reconhecem e executam uma «decisão de apreensão» emitida noutro Estado-Membro. Também nesse caso «os procedimentos de execução da decisão seguem os trâmites previstos na lei processual penal» portuguesa, podendo ser ou não uma apreensão *stricto sensu* (art. 12.º, n.º 4, da referida Lei)⁽⁴⁴⁾.

Em ambos os casos, a autoridade judiciária competente deverá, pois, convocar a solução processual interna mais adequada. A inserção no espaço de liberdade, segurança e justiça europeu não implica que o mecanismo nacional tenha que ser necessariamente uma apreensão *stricto sensu*, podendo Portugal utilizar uma qualquer medida processual semelhante, nomeadamente o arresto preventivo (228.º do CPP). A ideia fundamental subjacente ao reconhecimento mútuo das decisões de «congelamento» consiste na confiança entre os Estados-Membros, de modo que, embora um Estado-Membro possa não tratar uma determinada questão da mesma forma, os resultados devem ser considerados equivalentes⁽⁴⁵⁾. Apesar das diferenças dos diversos ordenamentos jurídicos, os Estados-Membros têm de executar estas decisões como se fossem vereditos nacionais. O reconhecimento mútuo da decisão não significa a total harmonização dos direitos. A criação deste regime especial não pressupõe, assim, o alargamento dos poderes tradicionais de apreensão do Ministério Público e até dos órgãos de polícia criminal. Só podem apreender aquilo que já podiam apreender.

⁽⁴⁴⁾ Este procedimento legal está de acordo com a nossa tradição jurídica nacional, nomeadamente com o artigo 160.º, n.º 4, da Lei n.º 144/99, segundo a qual «quando a autoridade estrangeira comunicar a sua intenção de pretender a execução da decisão (que decretar a perda) ... a autoridade portuguesa pode tomar as medidas permitidas pelo direito português para prevenir qualquer transação, transmissão ou disposição dos bens que sejam ou possam ser afetados por essa decisão» (interpolado nosso).

⁽⁴⁵⁾ Por todos, sobre os mecanismos do reconhecimento mútuo, cfr. PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa*, Coimbra, Coimbra Editora (2013), p. 269 e ss.

3.2. «Apreensões» efetuadas pelo Gabinete de Recuperação de Ativos

O mesmo conceito amplo e impreciso de apreensão está, em nosso entender, consagrado na Lei n.º 45/2011, de 24 de julho (que criou o Gabinete de Recuperação de Ativos)⁽⁴⁶⁾. Com efeito, depois de afirmar que o GRA tem como missão proceder *inter alia* à apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes (art. 3.º, n.º 1), o legislador esclareceu que a apreensão é realizada nos termos do Código de Processo Penal, podendo ser, portanto, uma apreensão *stricto sensu*, um arresto preventivo nos termos do Código de Processo Penal (art. 228.º) ou, até, um arresto para efeitos de perda alargada (art. 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro)⁽⁴⁷⁾. Em cada caso concreto, em vez daquele sentido literal, o aplicador deverá, por isso, identificar no ordenamento processual penal a norma jurídica aplicável. A intervenção do GRA não legitima o Ministério Público a apreender todo o património do visado, *maxime* aquele cuja suposta ilegalidade não consegue demonstrar.

4. Outras garantias processuais penais do confisco

Quando for impossível apreender as recompensas ou as vantagens em espécie, o juiz (*ex officio* ou a pedido do Ministério Público) pode fixar uma medida de garantia patrimonial: a caução económica ou o arresto preventivo (arts. 227.º e 228.º do CPP; já o arresto para perda alargada [art. 10.º da Lei n.º 5/2002] atinge apenas o património incongruente, não sendo, como veremos, uma garantia da perda do equivalente do valor das recompensas/vantagens

⁽⁴⁶⁾ Sobre esta lei, cfr., ainda no projeto, SIMÕES, Euclides Dâmaso, *A Proposta de Lei Sobre o Gabinete de Recuperação de Ativos (Um Passo no Caminho Certo)*, RCEJ (2010), 14, p. 183 e ss. e, já perante a própria lei, RODRIGUES, Hélio Rigor, *Gabinete de Recuperação de Ativos — o que é, para que serve e como atua*, RCEJ (2013), 1, p. 63 e ss. (especialmente, p. 79 e ss.).

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 196.

emergentes da prática de um qualquer crime concreto)⁽⁴⁸⁾.

Estes dois mecanismos processuais cautelares são o reverso adjetivo daquele mecanismo substantivo (art. 111.º, n.º 4, do CP), revelando uma área de tutela específica, mais reduzida do que a da apreensão tradicional. Com efeito, neste caso, está apenas em causa a apropriação provisória ou a mera criação judicial de um «vínculo de indisponibilidade sobre coisas»⁽⁴⁹⁾ localizadas no património lícito do arguido, cuja posse não pode ser, em princípio, censurada. Já não há nenhuma ligação reprovável, ainda que atenuada (sucedâneo, vantagem indireta) entre uma coisa e um crime qualquer. Enquanto que a apreensão garante o confisco da própria coisa que consubstancia a vantagem, aqui acautela-se a perda do seu valor.

A mesma lógica processual está subjacente ao arresto para perda alargada (art. 10.º da Lei n.º 5/2002), que garante o confisco do património incongruente. Sendo impossível demonstrar uma relação entre esse património e um qualquer crime concreto⁽⁵⁰⁾, a lei autoriza apenas o arresto. Apreender ativos cuja ligação com aquele não está estabelecida será desproporcionado. Quando estão em causa os proventos, direta ou indiretamente, resultantes da prática do crime ou o seu sucedâneo, o legislador utiliza a apreensão; quando

⁽⁴⁸⁾ Em bom rigor, a perda alargada também é uma *non conviction based confiscation*, porquanto não significa uma condenação pela prática de um determinado crime, mas apenas a perda de um património incongruente, que tem como pressuposto uma condenação, mas não se confunde com ela. Conforme refere o TC, «embora enxertado naquele processo penal, o que está em causa neste procedimento ... não é já apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa. Daí que, quer a determinação do valor dessa incongruência, quer a eventual perda de bens daí decorrente, não se funde num concreto juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos, nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes, mas numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos» (ac. 392/2015, de 12 de agosto).

⁽⁴⁹⁾ Neste sentido, para o «congelamento», cfr. CORREIA, João Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU ...*, p. 92

⁽⁵⁰⁾ *Infra* 6.1.

apenas está em causa o valor daqueles proventos ou do património incongruente o legislador utiliza o arresto.

E não se diga que por não estar em causa um verdadeiro direito de crédito, de natureza jurídico-civil (art. 391.º do CPC), quer a caução económica, quer o arresto preventivo são inadmissíveis. Com efeito, no primeiro caso, a própria lei se encarregou de reduzir a complexidade, especificando as situações em que a medida é aplicável. O mesmo acontece com o arresto. A sua área de aplicação coincide com a da caução económica. Os dois mecanismos são simétricos, como se deduz da parte final do artigo 228.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: nos casos em que não tenha sido prestada a caução económica imposta, o arresto não pressupõe a demonstração de *periculum in mora*⁽⁵¹⁾.

A garantia não se restringe aos lesados (por alguma razão inclui expressamente o Ministério Público), nem abrange só as dívidas civis. O processo civil só se aplica àquilo que não tenha sido regulado pelo processo penal. A remissão (art. 228.º, n.º 1, do CPP) acata as condicionantes processuais penais prévias. Só as normas que se harmonizem com elas e as respeitem podem ser aplicadas. Está em causa resolver os casos omissos e não revogar o processo penal⁽⁵²⁾.

O recurso às normas processuais civis não inclui as situações em que é legalmente possível impor uma das medidas de garantia patrimonial existentes: tanto a caução económica, como o arresto circunscrevem a sua área de tutela, garantindo o cumprimento da «pena pecuniária», das «custas do processo» e de «qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime» (art. 227.º, n.º 1, do CPP), bem como o «pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas» daquele (art. 227.º, n.º 1, do CPP). Para além dos credores civis, que sempre seriam tutelados (art. 4.º do CPP), a lei garante a possibilidade mínima da execução da perda do valor da vantagem da prática do crime, que até tem primazia em termos de formulação legal (número um

⁽⁵¹⁾ Pelo menos nesta situação específica, o arresto aplica-se aos mesmos casos da caução económica não prestada. Não seria admissível que numas hipóteses o arresto tivesse uma configuração e noutras outra; a sua geometria não pode ser variável.

⁽⁵²⁾ Sobre a aplicação analógica das normas processuais civis, SANTIAGO, Rodrigo, *Sobre o artigo 4.º do Código de Processo Penal*, Scientia iuridica (1995), p. 125 e ss.

em vez do número dois daquele artigo)⁽⁵³⁾. Ao lado dos **interesses patrimoniais civis** (art. 227.º, n.º 2, do CPP), o legislador protege os **interesses patrimoniais estaduais** (art. 227.º, n.º 1, do CPP), que afinal, bem vistas as coisas, são semelhantes àqueles. Ambos gozam da mesma proteção.

4.1. Evolução histórica do arresto preventivo no direito processual penal português

A viabilidade desta construção teórica sai reforçada pela consideração da evolução do **arresto preventivo** no processo penal português. O Código de Processo Penal de 1929 não lhe fazia qualquer referência. De todo o modo, a doutrina entendia que, ainda assim, os interesses patrimoniais dos lesados podiam ser protegidos através da **aplicação analógica do arresto processual civil**. A circunstância de estarem a pleitear no processo penal não podia prejudicar as vítimas. Os seus poderes processuais deviam ser os mesmos em ambos os casos, podendo, por isso, prevalecer-se (mesmo na ausência de lei expressa) deste mecanismo.

O Direito penal económico já era mais ambicioso, legitimando o arresto como forma de garantir a responsabilidade pecuniária que pudesse ser imposta ao condenado (art. 44.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 41204)⁽⁵⁴⁾. Sem medidas económicas

⁽⁵³⁾ As medidas de garantia patrimonial não têm contado, entre nós, com a devida atenção da *praxis* quotidiana e da doutrina, começando apenas, agora, a despertar de uma longa letargia. Na jurisprudência, destacam-se o ac. do TC n.º 224/2014, de 28 de outubro ou o ac. da RP de 11 de junho de 2014 (processo 1653/12.2JAPRT). Em termos negativos (justamente demonstrativos daquela falta de atenção) refere-se o ac. da RL de 8 de outubro de 2014 (Proc. 152/12.7 JFLSB-B-L1), como comentário crítico de João Conde Correia, na revista julgar *on line*. Entre a doutrina evidencia-se, apenas, SANTIAGO, Rodrigo, *As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal*, AA. VV. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora (2003), p. 1521 e ss. e, depois, CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 151 e ss.

⁽⁵⁴⁾ Segundo J. Marques Borges (*Direito penal económico ...*, p. 62) «o arresto no processo penal é também uma forma de garantir a responsabilidade penal e civil emergente do facto criminoso ... nas infrações contra os consumidores as medidas preventivas ... devem constituir princípio geral de forma a garantir a responsabilidade

adversas, capazes de contrabalançar o lucro ilícito, este tipo de criminalidade não podia ser combatido: as suas especificidades justificavam a solução⁽⁵⁵⁾.

Em 1987, o legislador começou a mudar este paradigma dualista, reconhecendo as virtualidades do arresto, enquanto garantia do lesado, mas também enquanto garantia do integral desenvolvimento do *ius puniendi* estadual⁽⁵⁶⁾. A revisão concretizada pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, consolidou esta nova tendência. O arresto garante atualmente os interesses patrimoniais da vítima e o cumprimento «da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime». O mecanismo deixou de ser uma mera curiosidade da criminalidade contra a economia e da proteção dos interesses civis e passou a valer, como regra geral, para todos os casos. Tem caráter residual: serve para assegurar o pagamento de qualquer quantia que seja imposta no processo penal e não possa ser garantida de outra forma.

A posterior criação de um arresto para garantia do património incongruente (art. 10.º da Lei n.º 5/2002) encerrou esta lenta evolução⁽⁵⁷⁾. Se até o confisco do património incongruente, sem qualquer ligação conhecida com um crime concreto, tem uma garantia, como é que a perda do valor da vantagem não há de estar acautelada?

4.2. Interpretação conforme ao direito europeu

A obrigação de interpretar o direito interno em conformidade com o direito europeu, que impõe o «congelamento» destes ativos não diretamente

pecuniária em que o infrator possa incorrer sempre que aguarde em liberdade o julgamento. Certos sintomas justificam o decretar-se a medida do arresto como sejam o desaparecimento do infrator, o abandono dos seus negócios ou da direção dos mesmos». Aquele preceito parece mergulhar as suas raízes numa antiga tradição nacional (título 127, do livro V, das Ordenações Filipinas), que, de resto, apenas foi interrompida pela proibição constitucional do confisco.

⁽⁵⁵⁾ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Editorial Danúbio (1986), p. 237.

⁽⁵⁶⁾ *Infra* 6.

⁽⁵⁷⁾ *Supra* 6.1.

relacionados com um crime, também serve para confirmar esta tese. Como já vimos, de acordo com a *Decisão-Quadro 2003/577/JAI*, o Estado Português obrigou-se a reconhecer as decisões de congelamento de bens que possam ser objeto de perda, nomeadamente de bens que «correspondam, no todo ou em parte, ao valor dos produtos» do crime, no amplo sentido internacional (art. 2.º, alª d)]⁽⁵⁸⁾. Igualmente clara é, ainda, a recente *Diretiva 2014/42/EU* do Parlamento Europeu e do Conselho, segundo a qual «os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir o congelamento de bens, tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente» (art. 7.º, n.º 1), designadamente a perda do valor da vantagem inicial (art. 4.º, n.º 1)⁽⁵⁹⁾.

Nos termos destas normas, tudo o que possa ser declarado perdido (incluindo, obviamente, o património lícito ou, pelo menos, sem ligação conhecida com um qualquer crime) deve poder ser «congelado». Em ambos os casos, tanto está em causa o «congelamento» dos bens que consubstanciam as vantagens em espécie como o «congelamento» dos bens suscetíveis de garantir a perda do seu valor (ou, mesmo, do património incongruente). O Estado português deverá dispor dos mecanismos necessários à concretização daqueles propósitos europeus, prevendo instrumentos capazes de atingir o património ilícito (apreensão) e, quando necessário, também o património lícito (caução económica e, sobretudo, arresto).

5. A caução económica

A caução económica serve uma pluralidade de funções processuais penais de diferente densidade axiológica (garante o pagamento da «pena pecuniária», das «custas do processo», de «qualquer outra dívida para com o

⁽⁵⁸⁾ *Supra* 3.1.

⁽⁵⁹⁾ Para esta Diretiva, cfr. CORREIA, João Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU ...*, p. 95 e 107 e ss. Um dos fundamentos para esta medida será, sem dúvida (nos termos do considerando 24], da referida Diretiva), a constatação de que os «suspeitos ou arguidos *transferem* os seus bens para terceiros com conhecimento de causa, de modo a evitar a sua perda» (o tempo verbal em itálico foi, por nós, alterado.)

Estado relacionada com o crime» [art. 227.º, n.º 1] e da «indenização civil ou outras obrigações civis derivadas do crime» [art. 227.º, n.º 2]), colocando a momentosa questão de saber se alguma destas funções processuais inclui a recuperação das vantagens da prática do crime que não possam ser apropriadas em espécie.

Uma primeira tentativa, ainda algo intuitiva, de incluir o confisco neste amplo catálogo legal, passará por reputá-lo uma pena pecuniária. Se ele for uma sanção, a própria letra da lei terá a resposta imediata para a questão e afastará qualquer possibilidade de especulação. No entanto, apesar da similitude com as penas, a verdade é que tirando os casos muito limitados em que como tal deva ser considerado (v.g. art. 8.º, alª a), do Dec.-Lei n.º 28/84 ⁽⁶⁰⁾, o confisco não é hoje uma sanção, mas um mecanismo civil, inserido no processo penal, de restituição do arguido ao *status* patrimonial anterior à prática do crime. Só nessas situações raras, em que é atingido o património lícito do condenado (se não for assim não será uma efetiva sanção) se poderá, por isso, dizer que a caução económica é também *ope legis* uma garantia da execução desta pena. Nas restantes situações, que são a generalidade, esta interpretação é insustentável ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Em geral, para a consideração do confisco como uma pena acessória, embora na versão do Código Penal anterior à redação de 1995 (Dec.-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro), cfr. CUNHA, José M. Damião da, *Da perda de objetos relacionados com o crime*, policopiado, Porto, Universidade Católica Portuguesa (1993), p. 7. Hoje esta tese dificilmente será sustentável. Como afirmou Isidoro Blanco Cordero, «*el comiso no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desapropiar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado*» (*Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena [comiso civil o extinción de dominio]*, AA.VV. *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus [2012], p. 340/1; no mesmo sentido, entre outros, RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, *Non-Conviction-Based ...*, p. 294 e ss.).

⁽⁶¹⁾ Atenta aquela qualificação legal, a conjugação do Dec.-Lei n.º 28/84 com o Código de Processo Penal (que ali se aplica subsidiariamente, nos termos do art. 1.º,

A possibilidade legal de impor uma caução económica para garantir o pagamento das «custas do processo», a «indenização civil ou outras obrigações civis derivadas do crime» também não serve para fundamentar a sua utilização como garantia patrimonial do confisco. Embora não tenha carácter penal⁽⁶²⁾, ele também não se mistura com estas duas finalidades processuais. É óbvio que o confisco não se confunde com as custas, com a indenização civil ou com outras obrigações da mesma índole derivadas do crime. Ele ainda está incluído no *multiversum* que constitui o *ius puniendi* estadual.

O fundamento legal para impor uma caução económica só pode, assim, encontrar-se na necessidade de garantir «qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime» (art. 227.º, n.º 1, do CPP). Com esta fórmula aberta, o legislador abrange todas as situações imagináveis⁽⁶³⁾. Determinado o *quantum* da vantagem da prática de um facto ilícito típico, o condenado fica obrigado a pagar esse mesmo montante (art. 111.º, n.º 4, do CP⁽⁶⁴⁾).

A caução económica inclui, assim, o confisco do valor da vantagem da prática do crime, gerador de uma dívida de natureza pública, que o Estado deve cobrar ao condenado. Não faria sequer sentido garantir o pagamento das custas e esquecer a perda das vantagens, que apesar de tudo, se aproxima das penas⁽⁶⁵⁾ e como tal reclama maior protecção. Sintomaticamente, a sua

n.º 1, daquele diploma) determina que, pelo menos nesses casos excepcionais, o confisco deverá ser entendido como uma pena pecuniária e estará, literalmente, abrangido pela obrigação de prestar caução.

⁽⁶²⁾ O confisco não é, insistimos, geralmente, uma pena. Por isso, salvo os casos excepcionais em que (atingindo o património lícito do arguido) possa ser assim qualificado, a garantia da sua execução dificilmente poderá ser imputada naquele segmento da norma.

⁽⁶³⁾ Defendendo que a caução não pode servir para garantir o pagamento da quantia a que venha a ser condicionada a eventual suspensão da pena, cfr. o ac. da RP de 23 de setembro de 2015 (processo 953/12.6TAPFR-A.PI)

⁽⁶⁴⁾ Embora as penas de multa devam ser consideradas também no seu conceito social e não apenas no seu enquadramento legal, a verdade é que não deixam de ter subjacente um autêntico «direito de crédito do Estado», de «natureza publicista» (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal ...*, p.) 118. O mesmo acontece, embora não seja uma pena, com o confisco.

⁽⁶⁵⁾ CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda ...*, p. 307.

execução convoca, aliás, algumas regras substantivas e processuais relativas à execução da pena de multa (art. 112.º do CP e arts. 489.º e ss. do CPP).

6. O arresto preventivo

Ademais da caução económica, geralmente insuficiente para satisfazer as necessidades cautelares, a pedido do Ministério Público, o juiz pode ainda decretar o arresto preventivo de bens do arguido ou mesmo de terceiros, bastantes para caucionar o valor dos *proceeds*, que seja impossível recuperar em espécie (art. 228.º do CPP). Se a medida é admissível para garantir meras obrigações civis, que não consubstanciam o *ius imperium* estadual, por que é que não há de ser admissível para satisfazer inquestionáveis interesses públicos associados ao processo penal?

Embora no nosso direito penal económico já fosse considerada como um «princípio geral»⁽⁶⁶⁾ destinado a garantir a responsabilidade pecuniária (art. 44.º do Dec.-Lei n.º 41204 e art. 49.º do Dec.-Lei n.º 28/84), o arresto só foi alargado a toda a criminalidade com o Código de Processo Penal em 1987⁽⁶⁷⁾. O propósito de garantir o confisco, em consonância com as crescentes imposições internacionais, não estava circunscrito a uma determinada área da criminalidade. As razões especiais que determinavam a sua aplicabilidade no direito penal económico eram igualmente válidas no direito penal geral. Atualmente é, aliás, nalguns dos seus recantos que a reprovável intenção de obter lucro a todo o custo mais se tem feito sentir⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Borges, J. Marques, *Direito penal económico...*, p. 62.

⁽⁶⁷⁾ *Supra* 4.1.

⁽⁶⁸⁾ Sintoma disso mesmo é o facto do regime da perda alargada da lei n.º 5/2002 — que justamente visa combater a acumulação de património incongruente gerando pela prática do crime — não se aplicar aos crimes previstos no Dec.-Lei n.º 28/84 *maxime* à fraude sobre mercadorias (art. 23.º), à especulação (art. 35.º), à fraude na obtenção de subsídio ou subvenção (art. 36.º) ou ao desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado (art. 37.º). Os crimes que o legislador, agora, identifica como geradores de grandes proventos — cuja eliminação justifica uma medida tão drástica — são outros (v.g. tráfico de estupefacientes, corrupção, lenocínio, tráfico de pessoas), devendo estes crimes ter um tratamento processual clássico semelhante. Não se compreenderá que

Apesar desta generalização legal, o arresto estava, no entanto, subordinada à caução económica: ele apenas era admissível quando o arguido ou o responsável civil não a prestassem (art. 228.º, n.º 1, do CPP)⁽⁶⁹⁾. Só em 1998 (alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 59/98), culminou este lento processo de generalização. O legislador tornou o arresto independente, podendo o mesmo ser aplicado sem prévia fixação de caução⁽⁷⁰⁾.

Ainda assim, o arresto preventivo apenas poderá ser convocado se a mera caução económica não for suficiente para satisfazer as necessidades cautelares que *in casu* se façam sentir. As medidas menos ofensivas preferem às medidas mais restritivas dos direitos fundamentais. A sua subsidiariedade, embora já não seja legal, continua, afinal, a resultar da aplicação dos princípios gerais.

O arresto preventivo procura salvaguardar a possibilidade de executar o confisco no «património lícito» do arguido: para o património comprovadamente resultante do crime já existe a apreensão (art. 178.º, n.º 1, do CPP⁽⁷¹⁾). Se as instâncias formais de controlo conseguirem provar que um determinado ativo foi obtido com a prática de um crime devem proceder logo à sua apreensão cautelar⁽⁷²⁾. Ninguém compreenderia que, malgrado a ilegalidade

ali (Dec.-Lei n.º 28/84) exista um regime processual penal de arresto preventivo mais favorável do que o literalmente aplicável a estes crimes. Tanto mais que o regime da Lei n.º 5/2002 só serve para o património incongruente, deixando de fora as vantagens decorrentes da prática do crime pressuposto.

⁽⁶⁹⁾ Como, então, referia José da Costa Pimenta (*Código...*, p. 550) o arresto «pressupõe que foi *requerida* caução económica e que o juiz a ordenou, não tendo ela sido prestada... a providência de arresto preventivo em processo penal tem natureza *subsidiária*, relativamente à prestação de caução e *extingue-se* logo que esta seja prestada».

⁽⁷⁰⁾ Esta subsidiariedade (que continua no plano dos princípios e, embora parcialmente, no plano legal: art. 193.º e 228.º, n.º 1, 2.ª parte, do CPP) ajuda — insistimos — a explicar por que é que o arresto se aplica nos mesmos casos da caução económica. A sua autonomização não significou a restrição do seu âmbito de aplicação. A área de tutela típica de ambas as normas é a mesma.

⁽⁷¹⁾ *Supra* 2.

⁽⁷²⁾ Como refere Germano Marques da Silva «a apreensão destina-se essencialmente a conservar... objetos que em razão do crime com que estão relacionados podem ser declarados perdidos a favor do Estado» (*Curso ...*, p. 170). No mesmo sentido, Hélio Rigor Rodrigues (*Gabinete de Recuperação de Ativos...*, p.80) refere que «a apreensão

da aquisição, elas nada fizessem. Se as autoridades surpreenderem o arguido a receber uma pasta com dinheiro, para a prática de um ato contrário ao exercício das funções públicas que desempenha (v.g. art. 374.º do CP), devem proceder à sua imediata apreensão; se o recebimento da mesma pasta apenas estiver comprovado através de interceções telefónicas e o seu montante se tiver misturado com o património lícito do arguido já não será possível proceder à sua apreensão, bastando a possibilidade suplementar e extrema de atingir aquele património lícito, mediante o arresto de uma parte do mesmo ou a fixação de uma caução económica.

Com o arresto preventivo, o legislador português permite que o «património lícito» do arguido seja utilizado para garantir aquilo que, *ab initio* ou *a posteriori*, não é possível garantir com «património ilícito». Uma vez que não consegue apreender as próprias coisas que consubstanciam a vantagem, o Ministério Público promove o arresto preventivo de bens de valor equivalente, seja qual for a sua origem. Como em termos substantivos tanto faz recuperar a própria vantagem em espécie, como um valor equivalente, também em termos adjetivos terá que ser possível criar as condições indispensáveis para acautelar a perda desse valor equivalente⁽⁷³⁾.

Ao contrário da apreensão, em que está em causa a perda da própria coisa apreendida, sem grandes possibilidades de substituição⁽⁷⁴⁾, o arresto,

apenas poderá incidir sobre os bens que, de algum modo, se encontrem vinculados com o facto ilícito típico». Já não concordamos, todavia, com este autor quando refere que o arresto «poderá incidir sobre qualquer bem que integre o património do arguido ou suspeito (seja de origem lícita ou ilícita)», porquanto o arresto só deverá recair, como já vimos, sobre o património lícito do arguido. De todo o modo, mesmo assim, sobre a possibilidade de conversão do arresto preventivo em apreensão e *vice-versa*, cfr. *infra* 7.1.

⁽⁷³⁾ CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 69, nota 110.

⁽⁷⁴⁾ O artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 45/2011 dispõe que «o proprietário ou legítimo possuidor de um bem que não constitua meio de prova relevante pode requerer à autoridade judiciária competente a sua entrega contra depósito do valor da avaliação». Esta disposição deverá ser interpretada restritivamente quando estiverem em causa — o que aqui será raro pois o GRA tem como função recuperar ativos e não precaver perigos ou riscos — os instrumentos e produtos do crime. Como já vimos, nesse caso, estando em causa a perigosidade da própria coisa (*in rem*), não é admissível a substitui-

enquanto mera garantia de um determinado *quantum*, permite a substituição dos ativos arrestados por outros de igual valor. Não havendo nenhuma ligação conhecida entre os bens «congelados» e o crime que lhe é imputado, o visado pode selecionar os ativos arrestados e, depois, eventualmente, confiscados, disponibilizando para o efeito outros bens.

6.1. O arresto para perda alargada

O arresto para perda alargada insere-se noutra universidade axiológica. Já não está em causa (como já fomos afirmando) garantir o confisco do valor da vantagem decorrente da prática de um crime, mas apenas assegurar a perda do valor do património incongruente do arguido, *rectius* daquele património que não é compatível com os seus rendimentos lícitos⁽⁷⁵⁾. Para além das vantagens associadas à prática do crime *sub judicio*, emerge aqui um património inexplicável, que urge confiscar.

No caso do confisco do valor (art. 111.º, n.º 4, do CP), embora não exista uma ligação entre o bem arrestado e um qualquer crime concreto, há uma relação entre este e o valor garantido: o arresto resulta aqui da necessidade prática de concretizar a perda do valor da vantagem de um determinado crime passado, que deverá ser, previamente, quantificada. No caso do confisco do património incongruente (art. 7.º da Lei n.º 5/2002) já nem sequer há uma relação entre o valor da incongruência e um qualquer crime pretérito. O grau de ligação entre o *quantum* da incongruência e o crime é uma mera *praesumptio*: o valor do património incongruente presume-se proveniente de atividade criminosa, não sendo necessário proceder, sequer, à sua identificação e demonstração⁽⁷⁶⁾. O que está em causa é uma situação patrimonial inexplicável,

ção da sua perda pela perda do seu valor (art. 109.º do CP). Já nos casos da perda das vantagens, terá total aplicação (art. 111.º, n.º 4, do CP).

⁽⁷⁵⁾ Sobre o conceito de rendimentos lícitos, cfr. CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco...*, p. 108 e ss.

⁽⁷⁶⁾ Como referiu o TC «o estabelecimento da presunção legal ... não tem em vista a imputação ao arguido da prática de qualquer crime e o consequente sancionamento, mas sim privá-lo de um património, por se ter concluído que o mesmo foi ad-

presumivelmente proveniente de atividade criminosa, que, todavia, o Ministério Público não consegue imputar a um qualquer crime concreto.

7. Requisitos de aplicação das medidas de garantia patrimonial e da apreensão

As medidas de garantia patrimonial têm pressupostos de aplicação mais exigentes do que a apreensão. Quanto mais agressivo for o mecanismo, maiores deverão ser — insistimos — aquelas premissas. A generosidade material deve ser compensada pelo rigor adjetivo.

Em primeiro lugar, logo no que respeita às indispensáveis exigências processuais surgem diferenças consideráveis. As medidas de garantia patrimonial só podem ser aplicadas se existirem indícios suficientes da prática de um facto ilícito típico e da relação, direta ou indireta, entre ele e aqueles proventos, bem como se também existirem indícios de que a demora poderá fazer perigar a possibilidade de concretizar o confisco. Sem estas duas premissas (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*⁽⁷⁷⁾) estas medidas não podem ser convocadas. Já a apreensão basta-se com a existência de indícios da prática de um determinado crime e da relação entre ele e os ativos que se querem acautelar.

O âmbito de aplicação de ambos os mecanismos é, igualmente, diverso. A apreensão garante a perda dos instrumentos, dos produtos e das vantagens em espécie ou do seu sucedâneo. Excluída fica apenas a perda do valor, que constitui o campo de atuação exclusivo da caução económica e do arresto preventivo. Como não há uma ligação entre o ativo e o crime não se pode utilizar um mecanismo tão agressivo.

quirido ilicitamente, assim se restaurando a ordem patrimonial segundo o direito» (ac. n.º 392/2015, de 12 de agosto).

⁽⁷⁷⁾ A entrada em vigor da Lei 5/2002, cujo artigo 10.º, n.º 3, dispensa a existência de um *periculum in mora* como requisito do arresto, coloca a questão de saber se os artigos 227.º, n.º 1 e 228.º, n.º 1 (que continuam a impor essa exigência) não foram tacitamente revogados.

Também no que concerne ao sujeito processual competente para a implementação destes mecanismos há diferenças substanciais. As medidas de garantia patrimonial carecem de despacho judicial prévio (arts. 227.º, n.º 1, 228.º, n.º 1 e 268.º, n.º 1, al^a b], todos do CPP) ao passo que a apreensão pode ser decretada pelo Ministério Público e, até, pelos próprios órgãos de polícia criminal (art. 178.º, n.º 3 e 4, do CPP). Naquelas exige-se que o juiz aprecie previamente a bondade da restrição ao direito de propriedade⁽⁷⁸⁾; nesta, o juiz só intervém depois, a pedido do interessado.

Os requisitos gerais de aplicação de uma medida de coação (v.g. legalidade, prévia constituição como arguido, necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade, precariedade⁽⁷⁹⁾) são outra fonte de divergências, que, mais uma vez, acentua o rigor inerente à fixação de uma medida de garantia patrimonial por comparação com as exigências colocadas à apreensão. As medidas de garantia patrimonial estão, expressamente, sujeitas a estes requisitos legais (arts. 191.º e ss.) nada se dizendo relativamente à apreensão. A lei é, aqui, muito menos exigente. Para a concretizar, não é, sequer, necessário existir inquérito. Em caso de urgência, ou de perigo na demora, os próprios órgãos de polícia criminal podem — ainda antes do início daquele — apreender os *instrumenta, producta e fructa sceleris* e adotar as medidas cautelares necessárias à sua conservação ou manutenção (art. 249.º, n.º 2, al^a c], do CPP)⁽⁸⁰⁾. Seria impensável que as autoridades, apesar da situação

⁽⁷⁸⁾ Na velha qualificação doutrinal, este ato será um ato materialmente jurisdicional, porque se prende com a esfera dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente o direito de propriedade. Em geral, nestes casos, para a necessidade da intervenção judicial, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para uma reforma global do processo penal português*, AA.VV. Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra, Almedina (1983), p. 224; RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Inquérito no Novo Código de Processo Penal*, AA.VV. Jornadas de direito processual penal: O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, Almedina (1991), p. 65.

⁽⁷⁹⁾ Sobre todos estes requisitos, por exemplo, SANTOS, Manuel Simas/LEAL-HENRIQUES, Manuel/SANTOS, João Simas, *Noções de processo...*, p. 270 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Esta possibilidade insere-se no âmbito das medidas cautelares e de polícia: sobre elas, MESQUITA, Paulo Dá, *Repressão Criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal*, AA.VV. Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina (2005), p.

excepcional, nada pudessem fazer, desperdiçando uma oportunidade, talvez irrepetível, para assegurar a prova e/ou o confisco.

Esta recensão sumária das maiores divergências técnicas entre as medidas de garantia patrimonial e a apreensão revela que o legislador nacional não foi aqui tão restritivo. Os requisitos processuais subjacentes à apreensão são, justificadamente, mais generosos. Como está em causa o património comprovadamente ilícito do arguido, as exigências processuais subjacentes à restrição do direito de propriedade são menores. As dificuldades substantivas (demonstração da relação entre o bem e o crime) são compensadas pelas facilidades adjetivas.

7.1. Articulação entre as diversas garantias processuais penais do confisco

Apesar da proximidade político-criminal, a caução económica e o arresto não se confundem com a apreensão. As respetivas áreas de tutela são contíguas, mas, ainda assim, diferentes. Não há aqui nenhuma zona cinzenta, de atrito, de sobreposição e de confronto. O Ministério Público e o juiz não podem escolher (como acontece, noutras casos) um destes instrumentos, segundo incontroláveis juízos de mera oportunidade. Ao aplicar o direito à situação *sub judicio* (art. 9.º, n.º 1, do CPP), as instâncias formais de controlo podem apreender, impor uma caução ou arrestar, atenta a lei e as circunstâncias individuais do caso. A solução não é livre, mas vinculada.

O que não impede que, nos casos em que tenha sido mal aplicado, o arresto não se possa depois converter em apreensão e *vice-versa* e que esta também não se possa converter depois naquele, desde que, obviamente, estejam preenchidos os demais requisitos legais⁽⁸¹⁾. Na primeira hipótese, embora

55 e ss.; no que respeita mais concretamente à apreensão, cfr. ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de, *Medidas Cautelares e de polícia no processo penal, em direito comparado*, Coimbra, Almedina (2006), p. 28.

⁽⁸¹⁾ A conversão da apreensão em caução económica e *vice-versa* parece ser ainda mais complexa, uma vez que os requisitos processuais de ambos os mecanismos são muito diversos.

o Código de Processo Penal seja omissivo, rege o artigo 195, n.º 3, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia (art. 4.º do CPP): «se o vício de que o ato sofre impedir a produção de determinado efeito, não se têm como necessariamente prejudicados os efeitos para cuja produção o ato se mostre idóneo». Ou seja, a invalidade do arresto não impede que o «sequestro» dos bens seja mantido como apreensão, caso estejam reunidos os respetivos pressupostos legais⁽⁸²⁾. As garantias suplementares que o arresto convoca não são exigíveis se estiver em causa uma mera apreensão.

O mesmo se passa na segunda hipótese, uma vez que o próprio Código de Processo Penal (art. 186.º, n.º 3) admite que a apreensão de bens pertencentes ao arguido possa prolongar-se como arresto preventivo, legitimando legalmente a transformação de um ato processual penal menos exigente do ponto de vista formal, noutra ato processual penal mais garantista⁽⁸³⁾. Atenta a proximidade substantiva dos mecanismos, existe, igualmente, alguma fungibilidade processual.

7.2. *Cumulação de garantias patrimoniais do confisco*

A existência de várias garantias processuais penais do confisco, com diferentes âmbitos de aplicação, pode originar situações de autêntica acumulação sucessiva de medidas: no mesmo processo, as instâncias formais de controlo podem, em simultâneo, apreender instrumentos, produtos, recompensas ou vantagens da prática do crime (arts. 109.º e 111.º, n.ºs 1, 2 e 3, do CP e 178.º, do CPP), arrestar bens suficientes para garantir a perda do valor das vantagens que não podem ser apreendidas (art. 111.º, n.º 4, do CP e art. 228.º, do CPP) e, ainda, arrestar bens suficientes para garantir o valor do património incongruente (arts. 7.º e 10.º da Lei n.º 5/2002). Não há uma garantia proces-

⁽⁸²⁾ Sobre a possibilidade teórica da conversão dos atos processuais penais, cfr., por todos, CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra, Coimbra Editora (1999), p. 186 e ss.

⁽⁸³⁾ Aliás, nos termos do artigo 391.º, n.º 2, do CPC «o arresto consiste numa apreensão judicial de bens».

sual penal do confisco suscetível de abranger todas estas hipóteses práticas. Cada uma delas cobre apenas um aspeto específico do largo espectro de necessidades processuais penais existentes, pelo que todas elas poderão ter que ser convocadas: utilizar apenas uma poderá ser insuficiente.

A utilização sucessiva das diversas garantias processuais penais do confisco não constitui por isso litispendência. Será a forma normal de responder processualmente às diversas variantes do direito material em matéria de confisco dos instrumentos, produtos e vantagens decorrentes da prática do crime.

