

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 caráter conservativo (arts. 316.º a 320.º) ou com caráter 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).