

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- João de Oliveira Geraldes**
277-307 Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
309-325 Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
327-355 Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- Luís de Lima Pinheiro**
357-389 O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- Mario Serio**
391-405 Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
407-445 Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- Peter Techet**
447-465 Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- Pierluigi Chiassoni**
467-489 Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- Rafael Oliveira Afonso**
491-539 O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
541-560 A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
561-608 Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada**

Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

—
Teresa Quintela de Brito**

Resumo: Texto que serviu de base à arguição da Tese de Doutoramento em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo Mestre Érico Fernando Barin. Tese que, de uma forma rica e multifacetada, desafia o leitor a reflectir sobre a natureza jurídica da perda alargada, um dos novos e “musculados” instrumentos de recuperação de activos, provenientes, designadamente, da criminalidade organizada e económico-financeira. Instrumento que assenta na presunção da proveniência criminosa do património do arguido incongruente com o seu rendimento lícito e cuja proveniência lícita ou temporalmente distante da constituição como arguido não foi por este demonstrada (inversão do ónus da prova).

Abstract: Text that served as the basis for the exam of the Doctorate Thesis in Law, speciality in Legal-Criminal Sciences, presented to the Lisbon University Faculty of Law, by Master Érico Fernando Barin. The thesis, which, in a rich and multifaceted way, challenges the reader to reflect on the juridical nature of extended loss, one of the new and “strapping” instruments for the recovery of assets from organised and economic-financial criminality. This instrument is based on the presumption of the criminal origin of the defendant’s assets which are incongruent with his lawful income and whose lawful origin, or one that is distant in time from the constitution of the defendant, has not been demonstrated by him (inversion of the burden of proof). Érico

* Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, Doutoramento em Direito – Ciências Jurídico-Criminais, tese orientada pelo Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, Especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2019, submetida a provas públicas a 8 de Abril de 2021. Doravante: Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., ou, abreviadamente, Tese.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigadora: CIDPCC/FDUL, CEDIS/FUNL, Jurisconsultora. Por opção da Autora, o texto não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

Érico Fernando Barin procede a um amplo enquadramento da perda alargada, no plano do Direito internacional, do Direito da UE, do Direito de vários países, da jurisprudência do TEDH e do Tribunal Constitucional português, distinguindo-a dos instrumentos clássicos de confisco e de figuras afins (*v.g. actio in rem* e acção de extinção de domínio).

Palavras-chave: criminalidade organizada e económico-financeira; perda alargada; natureza jurídica; autonomização *do* ou inexistência *de* processo penal; *actio in rem*; acção de extinção de domínio.

Fernando Barin provides a wide-ranging overview of extended loss, in terms of international law, EU law, the law of various countries, the case-law of the ECHR and the Portuguese Constitutional Court, distinguishing it from the classic instruments of confiscation and related figures (*v.g. actio in rem* and action for the extinction of domain).

Keywords: organised and economic-financial criminality; extended loss; juridical nature; autonomisation of the or non-existence of criminal proceedings; *actio in rem*; action for extinction of dominion.

Sumário: Introdução: cumprimentos e estrutura da arguição; 1. Apreciação geral; 1.1. Tema, perspectiva e modo de análise; 1.2. Estrutura da Tese; 1.3. Português e bibliografia; 2. Críticas materiais; 2.1. Pré-compreensão quanto à natureza jurídica da perda alargada; 2.2. Algumas afirmações e tomadas de posição insuficientemente fundamentadas; 2.3. Pré-concepção da natureza jurídica da perda alargada *vs.* regime português da perda alargada; 2.4. Possibilidade de uma concepção unitária da perda alargada; 2.5. Falta de clareza da tese final; 2.6. *Actio in rem* ou acção de extinção de domínio independentemente da instauração de uma acção penal?; 3. Questões materiais; 3.1. Ausência de carácter sancionatório da perda alargada?; 3.2. Presunção civil subjacente à perda alargada?; 3.3. Perda alargada: aplicação das regras probatórias do direito civil, posição processual do arguido e ónus probatório do Ministério Público; 3.4. Natureza jurídica da perda alargada no Código Penal brasileiro?; 3.5. Perda alargada: inversão do ónus da prova fora do processo penal?; 3.6. Confisco alargado, presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Introdução: cumprimentos e estrutura da arguição

I. Agradeço o amável e honroso convite para participar – ademais como arguente – nestas provas públicas de doutoramento na Universidade de Lisboa.

Começo por cumprimentar o Senhor Professor Doutor Dário Moura Vicente, Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Presidente do júri, por delegação de competências. Na sua pessoa saúdo também a Universidade de Lisboa e a sua Faculdade de Direito. É um gosto e uma honra integrar um júri presidido pelo Senhor Professor. As minhas mais calorosas e respeitosas saudações académicas, institucionais e pessoais.

Cumprimento igualmente o Senhor Professor Doutor José Damião da Cunha. Na sua pessoa saúdo também a Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. É um privilégio partilhar consigo o encargo da arguição desta Tese.

Dirijo uma saudação muito amigável ao Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro. Na sua pessoa saúdo também a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde sempre me acolheu com simpatia.

Cumprimento ainda a Senhora Professora Doutora Maria Fernanda Palma, com a especial saudação e gratidão que lhe devo por ter sido minha professora na licenciatura e, depois, minha orientadora nas diversas etapas académicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: primeiro no mestrado e depois no doutoramento.

Cumprimento, académica e pessoalmente, o Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, a quem dirijo uma saudação especial enquanto orientador desta Tese.

Os meus cumprimentos, académicos e pessoais, ao Senhor Professor Doutor Luís Nogueira de Brito, em cuja pessoa saúdo igualmente o Grupo de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Cabe-me também saudar, de uma forma especialmente viva, o Senhor Candidato, Mestre Érico Fernando Barin, a quem desejo as maiores felicidades para a sua prova. Peço-lhe que interprete as observações e críticas que lhe vou dirigir como manifestação do profundo interesse e reflexão que em mim suscitou a sua Tese.

Cumprimento o Senhor Dr. Paulo Lopes, a quem agradeço todo o acompanhamento, inclusive técnico, destas provas que decorrem por videoconferência, recorrendo à Plataforma Zoom.

Por último, saúdo o público presente, sempre fundamental nestas provas.

II. A minha arguição divide-se em três partes: apreciação geral da Tese, em torno de vários tópicos; críticas materiais ainda numa perspectiva de macro apreciação; e algumas questões materiais concretas, numa óptica de micro apreciação de algumas soluções nela apresentadas.

O objectivo desta arguição é, somente, o de estimular o debate científico com o Senhor Candidato, Mestre Érico Fernando Barin, incentivando-o, nestas provas públicas, a evidenciar a sua capacidade argumentativa, a reflectir, precisar e melhor fundamentar algumas das suas teses e soluções, nunca desvalorizando a seriedade e inegável valia da sua investigação e do seu trabalho.

1. Apreciação geral

1.1. Tema, perspectiva e modo de análise

O tema da Tese não é inteiramente inovador, sem que isso prejudique o seu (inevitável) carácter controverso e a sua (inequívoca) pertinência teórica e prática. Trata-se, claramente, de uma figura jurídica ainda em construção e em busca de novas (e cada vez mais musculadas) configurações.

O tema revela-se ainda complexo e transversal, convocando considerações de direito internacional e regional, de direito constitucional, administrativo, processual civil probatório, processual penal e processual penal probatório.

O Senhor Candidato adopta uma perspectiva rica e multifacetada na abordagem do tema. Com efeito, procede à análise histórica do confisco, desde a sua configuração como instrumento de injustiça, passando pela respectiva proibição constitucional até à regeneração no quadro dos Estados democráticos de direito¹. Confronta de modo profundo os instrumentos clássicos de confisco actualmente vigentes em Portugal e no Brasil, pronunciando-se sobre a respectiva natureza jurídica². Analisa em pormenor alguns dos modernos instrumentos legais de recuperação de activos: incriminação do branqueamento de capitais e do enriquecimento ilícito³, *actio in rem* e acção de extinção do domínio, tomando posição definitiva ou apenas preliminar sobre cada um deles⁴.

Quanto ao confisco ou perda alargada, o objecto da Tese, o Mestre Érico Fernando Barin analisa-o ampla e aprofundadamente à luz: (i) dos diplomas internacionais orientados para o combate à criminalidade organizada⁵; (ii) da principal jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e do Tribunal Constitucional (TC) português⁶; (iii) dos diversos modelos de confisco ampliado

¹ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 72-82.

² Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 82-107.

³ Em Portugal, depois de duas declarações de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização preventiva, das tentativas de criminalização do “enriquecimento ilícito” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182/2012, de 4 de Abril, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120182.html>) e do “enriquecimento injustificado” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, de 27 de Julho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>), a Assembleia de República aprovou, no passado dia 19.11.2021, uma alteração à Lei n.º 52/2019, de 31.07 (Regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos), no sentido da criação de um crime de “Desobediência qualificada e ocultação intencional de património” (artigo 18.º-A).

⁴ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 108-156.

⁵ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 157-251.

⁶ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 252-290.

e suas possíveis naturezas jurídicas na *Europa* (considerando o regime espanhol, francês, italiano, do Reino Unido, alemão e holandês, bem como as posições tomadas pelo TEDH relativamente a alguns destes regimes), nos *Estados Unidos da América* e no *Brasil* (então ainda em projecto, hoje consagrado no artigo 91-A do Código Penal brasileiro)⁸; e (iv) da Lei portuguesa n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Criminalidade organizada e económico-financeira)⁹.

Depois de todo deste percurso, o Senhor Candidato dedica o sétimo e último Capítulo à tomada final de posição sobre a natureza jurídica da perda alargada¹⁰: pena; efeito da pena; reacção penal de natureza análoga a uma medida de segurança; sanção administrativa prejudicada por anterior condenação penal; “sanção cível” consequente a acção declarativa de condenação no pagamento de quantia certa; medida de natureza civil ou administrativa aplicada por ocasião de um processo penal, *parecendo concluir* (embora com algumas hesitações) *tratar-se de medida administrativa enxertada no processo penal ou com este concomitante*.

1.2. Estrutura da Tese

Na introdução, correctamente, procede à delimitação do objecto da Tese, à indicação da sequência da sua análise, bem como à explicitação da relevância e utilidade do tema que se propõe tratar.

A tese está estruturada de forma correcta e clara, permitindo ao leitor apreender de imediato o respectivo fio condutor e, ainda, o conteúdo de cada um dos títulos, com uma única excepção.

⁷ Este preceito permite que, em caso de condenação por crime cuja pena máxima seja superior a 6 anos de prisão, seja decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do património do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Para esse efeito, considera-se que integram o património do condenado: (a) todos os bens na sua titularidade, ou relativamente aos quais tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e (b) os transferidos para terceiros, a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da actividade criminosa. Admite-se que o condenado demonstre a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do património. A perda deve ser expressamente requerida pelo Ministério Público, aquando do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada. Na sentença condenatória, o juiz declara o valor da diferença apurada e especifica os bens cuja perda for decretada. O Código Penal brasileiro está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm [6.12.2021].

⁸ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 291-414.

⁹ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 415-514.

¹⁰ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 515-594.

O Capítulo 1 tem como título “Novas formas de criminalidade organizada. Esboço histórico dos instrumentos de perda alargada”. Aí, porém, o Mestre Érico Fernando Barin procede apenas à contextualização da busca de novos instrumentos de recuperação de activos ou de ganhos do crime, determinada pelas novas formas de criminalidade organizada de fim lucrativo ou não. É no Capítulo 2, intitulado “Escorço histórico do confisco”, que realmente empreende uma análise histórica do confisco. No Capítulo 3, ao analisar por ordem cronológica os diplomas internacionais de combate à criminalidade organizada, acaba igualmente por apresentar uma visão histórica dos esforços internacionais nesse sentido. Portanto, o título do Capítulo 1 não corresponde efectivamente ao conteúdo nele abordado.

1.3. Português e bibliografia

Apesar da complexidade e densidade técnica do tema, as ideias são claras, a tese está em geral bem escrita, sendo por isso de leitura agradável.

A bibliografia de suporte revela-se ampla, cobrindo diversos países e línguas, incluindo o alemão, sendo efectivamente usada e correctamente citada ao longo da tese.

2. Críticas materiais

2.1. Pré-compreensão quanto à natureza jurídica da perda alargada

Não obstante a inegável riqueza e variedade da informação consultada e transmitida, percebe-se que o Mestre Érico Fernando Barin¹¹ *parte de uma pré-concepção quanto à natureza jurídica (unitária) da perda alargada*: procedimento administrativo não sancionatório, enxertado ou concomitante ao processo penal, ou, até, sem instauração de qualquer acção penal, à laia de uma *actio in rem* dirigida contra património de proveniência lícita não acreditada, presumidamente criminosa, seja quem for o seu proprietário ou detentor.

Pré-compreensão através da qual pretende atingir assumidamente dois objectivos.

Primeiro: *evitar as críticas, mais ou menos justas, dirigidas à perda alargada, mesmo a dependente de prévia condenação penal*; quais sejam as de violação do direito à propriedade privada; do princípio da culpa; da proporcionalidade entre a gravidade da sanção e a gravidade do ilícito; e de princípios estruturantes do processo penal

¹¹ *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 22-23 e 593-594.

(v.g. presunção de inocência, direito ao silêncio e à não auto-incriminação)¹². *Como se o rótulo pudesse, só por si, modificar a essência do instituto e, assim, legitimá-lo*. Esta sua pretensão resulta claríssima do que escreve, por exemplo, a p. 583 da sua Tese:

“dependendo da natureza jurídica que se atribua ao confisco ampliado (...) estarão em xeque ou, diversamente, preservados, princípios estruturantes do processo penal como a presunção de inocência, da culpa e do *nemo tenetur se detegere*, e também o direito à propriedade privada”;

Ou a p. 591:

“se concebida como uma pena, a perda alargada tende a contrariar o princípio da legalidade na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, além dos princípios da culpa, da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*”.

Segundo objectivo¹³: “sinalizar o melhor momento de sua aplicação (independente[mente], em concomitância ou depois de uma acção penal) e o ambiente mais adequado à tramitação de seu procedimento (no processo penal, no processo civil ou na seara administrativa), até mesmo de modo absolutamente desconectado de uma condenação criminal”.

2.2. Algumas afirmações e tomadas de posição insuficientemente fundamentadas

Como o Mestre Érico Fernando Barin deseja afirmar esta pré-compreensão da natureza jurídica da perda alargada a todo o custo, faz, por vezes, afirmações e

¹² Para perceber algumas destas críticas atente-se no disposto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei portuguesa n.º 5/2002: “Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido [amplamente definido no n.º 2 do mesmo preceito] e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”. E, ainda, no artigo 9.º do mesmo diploma: (1) “Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º; (2) Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal; (3) A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de atividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior”.

¹³ Também desvelado a p. 583 da Tese.

toma posições não devidamente fundamentadas, descartando outros pontos de vista sem os considerar seriamente.

Eis alguns exemplos:

Primeiro: “a perda alargada (...) não implica nova imputação penal ao arguido, ou risco de sanção, restringindo-se a possibilitar o confisco pela suspeita da origem ilícita do património”¹⁴.

Por um lado, a perda alargada só “não implica nova imputação penal ao arguido”, porque a presume, embora de forma genérica e indeterminada, ante a verificação da existência de um património incongruente com o seu rendimento lícito. Por outro, a perda alargada “implica o risco de uma sanção” (ou, pelo menos, de uma consequência jurídica desfavorável) caso o arguido, ante a condenação prévia e a presunção de proveniência criminosa do património incongruente, não conseguir acreditar/provar a origem lícita do mesmo.

Segundo exemplo: “A perda alargada não é uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal, pela razão primordial de não se adequar a uma sanção: não é uma resposta pelo cometimento da infração penal, consequência do juízo da culpa, pena, efeito de pena ou reação penal, e também não é uma sanção não penal, administrativa ou cível, sobremodo porque inexistente relação de causa e efeito com ilícito administrativo ou civil – refutando-se, inclusive, o cotejo do princípio da proporcionalidade”¹⁵.

Ao invés, há uma relação de causa e efeito, e também uma relação de proporcionalidade, entre a não acreditação da proveniência lícita do património incongruente (face à presunção da sua proveniência criminosa) e o valor da perda. Ademais, o “ilícito administrativo” poderia ser visto como residindo, ou na existência de um património incongruente com o rendimento lícito – a qual, porém, só ganharia relevância após a condenação por um “crime de catálogo”; ou, somente, na não acreditação da proveniência lícita do património incongruente, por força da presunção da sua origem criminosa subsequente à condenação penal. Perante isto, ninguém negará que a perda alargada é, pelo menos, um efeito penal da condenação por um “crime de catálogo”, embora condicionado à não demonstração da origem lícita do património incongruente por parte do arguido. Assim, se este nada fizer

¹⁴ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 591.

¹⁵ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 592.

ou alegar em sua defesa quanto ao património incongruente com o rendimento lícito, será decretada a perda do mesmo.

2.3. Pré-concepção da natureza jurídica da perda alargada vs. regime português da perda alargada

O Mestre Érico Fernando Barin não reflecte suficientemente sobre a compatibilidade da sua pré-concepção da natureza jurídica da perda alargada (procedimento administrativo não sancionatório, enxertado ou concomitante ao processo penal) com o regime previsto na Lei portuguesa n.º 5/2002, à luz do qual, como reconhece, a perda alargada é “analisada e decidida no processo penal”¹⁶. Aliás, não considera devidamente vários aspectos do regime português da perda alargada, quando se propõe interpretá-lo segundo a referida pré-concepção.

Isso revela-se, de forma particularmente clara, a p. 593 da Tese, quando, aderindo à posição do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 292/2015, o caracteriza como:

“medida materialmente administrativa associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação (...) [funciona apenas como] pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens (...) em acção de regulação do direito de propriedade privada tendente a evitar o enriquecimento ilícito”.

¹⁶ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 244. Eis a citação completa: “Se a perda alargada tiver natureza jurídica de reacção penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que sua declaração [se] divorcie do processo penal, de suas regras e garantias, [sob] pena de violação de uma série de princípios em nível tanto constitucional quanto da CEDH. Por conseguinte, em se optando por qualquer uma dessas quatro concepções de natureza jurídica [“pena”, “efeito da pena”, “reacção penal” ou “sanção administrativa”], parece figurar como melhor sistema o já adotado em Portugal, onde a perda alargada é analisada e decidida no processo penal (artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).”.

Mais: se bem se interpreta o disposto nos n.ºs 1, 2, 4 e 5 do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, aí se afirma a submissão do incidente da perda alargada, pelo menos, ao regime probatório do processo penal, no que concerne às exigências de legalidade e licitude da prova (artigos 32.º/8 da CRP, 125.º e 126.º do CPP) e aos seus princípios da acusação, do contraditório e da defesa. O carácter sancionatório (até, porventura, penal ou quase penal) da perda alargada em Portugal resulta corroborado pela excepcionalidade da investigação financeira ou patrimonial depois do encerramento do inquérito (só se não for possível proceder à liquidação do património incongruente aquando da acuação), mas, sobretudo, pela limitação temporal da investigação subsequente à condenação aos prazos de prescrição da pena aplicada (artigo 12.º-A da mesma Lei).

Todavia, no procedimento de perda alargada, não se procede a qualquer averiguação de uma aquisição ilícita (*rectius*: criminosa) de bens. O Ministério Público limita-se a demonstrar que investigou exaustivamente a existência de rendimentos lícitos por parte do condenado, não averigua nem demonstra a origem criminosa (ou sequer ilícita) do património incongruente (cfr. artigos 8.º, 10.º a 12.º-A da Lei n.º 5/2002). Esta investigação foi tornada desnecessária pela presunção da origem criminosa do património incongruente.

Por outro lado, a averiguação da existência de um património incongruente com o rendimento lícito antecede a própria condenação, sendo suficiente a suspeita da prática de um “crime de catálogo”, de entre os previstos no artigo 1.º da mesma Lei (cfr. artigos 8.º, 10.º, 11.º e 12.º-A da Lei n.º 5/2002).

Por último, não pode estar em causa uma mera acção de regulação do direito de propriedade privada, quando o seu pressuposto é a suspeita da prática de um dos “crimes do catálogo” vertido no artigo 1.º dessa Lei (catálogo em crescimento imparável) e o seu motor a presunção de proveniência criminosa do património incongruente com o rendimento lícito do suspeito ou arguido.

2.4. Possibilidade de uma concepção unitária da perda alargada?

I. O Mestre Érico Fernando Barin preconiza uma concepção unitária da perda alargada *proprio sensu*, como procedimento administrativo não sancionatório, enxertado ou concomitante ao processo penal, ou, até, sem instauração de qualquer acção penal. Todavia, afigura-se que a natureza jurídica da perda alargada depende, forçosamente, dos respectivos pressupostos legais, do seu alvo e, ainda, do procedimento em que é declarada. Por outras palavras: a natureza jurídica de um instituto depende do respectivo regime legal, não é compatível com qualquer pré-concepção.

Tome-se como exemplo o ordenamento jurídico espanhol, cujo Código Penal inclui, justamente entre as consequências acessórias do crime (artigos 127 e ss.), portanto, como reacções à prática de um crime decretadas no processo penal, diversas modalidades de *decomiso*¹⁷. Existe, por um lado, o confisco alargado contra pessoa condenada pela prática de um dos crimes de catálogo (n.º 1 do artigo 127 *bis* do CP¹⁸) – este, pelo menos, um efeito penal da condenação, que

¹⁷ Érico Fernando Barin (*A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 291-312) analisa amplamente o confisco em Espanha.

¹⁸ Segundo este preceito, o tribunal ou o juiz ordena o confisco de bens, produtos e vantagens pertencentes a pessoa condenada por um dos crimes de catálogo, sempre que decida, “com base em

atinge o próprio condenado. Em segundo lugar, prevê-se o confisco alargado sem condenação (artigo 127 *ter* do CP¹⁹), mas decretado contra o formalmente acusado ou o arguido relativamente ao qual existam “indícios razoáveis de criminalidade”, cujo procedimento criminal não pôde prosseguir por certas razões legalmente descritas. Parece tratar-se de uma reacção penal à impossibilidade de prossecução ou de julgamento atempado do acusado ou fortemente suspeito de um dos crimes de catálogo, e dirigida contra este. Por último, o artigo 127 *quater* do CP²⁰ regula o confisco de bens, produtos ou vantagens, transferidos para terceiro em determinadas circunstâncias²¹. Apesar de este confisco ser decretado no processo penal e em conexão com o mesmo, estar-se-á, porventura, perante figura mais próxima da *actio in rem*. Com efeito, o procedimento vai dirigido aos bens, produtos ou vantagens que se suspeita terem origem criminosa, “não às pessoas que os possuem/detêm”, nem se pretende atribuir-lhes qualquer responsabilidade “criminal, civil ou administrativa”²².

Portanto, neste caso e apenas neste caso, não há qualquer intuito sancionatório (de carácter penal, administrativo ou civil) do terceiro cujo património é confiscado²³,

provas objectivas bem fundamentadas”, que os mesmos provêm de uma actividade criminosa e não se comprove a sua origem lícita. Por seu turno o n.º 2 do mesmo preceito aponta, entre outros, como indício da proveniência criminosa “a desproporção entre o valor dos bens e produtos em causa e os rendimentos de origem lícita do condenado”.

Pode consultar-se o Código Penal espanhol em <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> [8.12.2021].

¹⁹ Esta norma permite ao juiz decretar o confisco previsto nos artigos anteriores, mesmo sem uma sentença condenatória, quando a situação patrimonial ilícita tenha sido demonstrada num processo contraditório e ocorra uma das seguintes situações: (a) falecimento ou padecimento de doença crónica que obste ao julgamento, existindo perigo de prescrição do facto; (b) a pessoa em causa esteja *en rebeldía* e isso impeça o julgamento dos factos em prazo razoável; ou (c) não imposição de pena por isenção de responsabilidade criminal ou por extinção desta.

²⁰ Este confisco pode ser determinado nos seguintes casos: (a) aquisição dos produtos ou vantagens com conhecimento da sua origem em actividade criminosa, ou se, nas circunstâncias do caso, uma pessoa diligente teria motivos para suspeitar da sua origem ilícita; (b) quanto a outros bens, aquisição com conhecimento de que assim se dificultava o confisco, ou se, nas circunstâncias do caso, uma pessoa diligente teria motivos para disso suspeitar.

²¹ Note-se que os n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei portuguesa n.º 5/2002 também permitem a decretação da perda alargada contra património de terceiro, verificadas certas condições que sempre pressupõem uma ligação ao crime e/ou ao seu agente.

²² As palavras colocadas entre aspas são de Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 143, explicando o procedimento *in rem*.

²³ Neste sentido, Érico Fernando Barin (*idem*, p. 307), mas em conformidade com a sua pré-concepção (unitária) da perda alargada como procedimento administrativo não sancionatório, enxertado ou concomitante ao processo penal, ou, até, sem instauração de qualquer acção penal.

ao contrário do que se afigura suceder nas hipóteses de confisco alargado contra pessoa condenada pela prática de um dos crimes de catálogo (n.º 1 do artigo 127 *bis* do CP espanhol), ou de confisco sem condenação mas “decretado contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal” (artigo 127 *ter* do CP espanhol).

Resta saber se o procedimento *in rem* contra os bens, produtos ou vantagens, transferidos para terceiros em certas condições, se autonomiza do processo penal, enquanto incidente deste que segue o *standard* civilístico de prova (probabilidade preponderante) e assume “natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial”, devendo o terceiro “esclarecer a licitude” do património por si detido também em termos de probabilidade preponderante²⁴. O disposto no n.º 2 do artigo 127 *quater* do CP espanhol parece apontar no sentido da autonomização do incidente de *decomiso* de terceiros, relativamente ao processo penal (e aos seus *standards* probatórios), ao determinar: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”.

O n.º 1 do artigo 127 *ter* do CP espanhol também apontará, porventura, para uma autonomização, dentro do processo penal, do incidente do *decomiso sin condena*, ao aludir a uma *situación patrimonial ilícita acreditada en un proceso contradictorio*. O que talvez permita a este incidente adoptar o *standard* civilístico de prova (probabilidade preponderante), tanto pela *Fiscalía* como pelo visado pelo confisco. Mas já é muito duvidoso que tal *decomiso sin condena* revista “natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial” e seja destituído de qualquer pendur sancionatório (ao menos administrativo), ao ter como alvo o “formalmente acusado o el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”²⁵.

II. A tendência do Mestre Érico Fernando Barin para uma concepção unitária da perda alargada revela-se em dois outros pontos da sua Tese.

²⁴ Expressões de Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 146-147 e 246-247.

²⁵ Em sentido contrário, Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 305-306.

Desde logo, quando apresenta, a pp. 246-247, uma concepção unitária da perda alargada (sem condenação) e da *actio in rem*, reconduzindo ambas a uma *actio in rem*²⁶. Com efeito, aí escreve:

“a perda alargada teria lugar nos casos de condenação por determinados ilícitos típicos de catálogo (mais adstritos à criminalidade organizada com fim de lucro) em que apurado património do condenado incongruente com seus rendimentos lícitos, num sistema legal como o disposto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (no processo penal), ou como os previstos na Holanda e no Reino Unido (*criminal confiscation*), isto é, em procedimentos autónomos. (...) Já nas situações em que não houvesse condenação penal (ou, mesmo, instauração de ação penal), mas existido investigação financeira conclusiva de património suspeito de origem ilícita, aí sim teria espaço procedimento de recuperação de ativos totalmente autonomizado do processo penal, com o *standard* civilístico de prova e natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial – por excelência, uma ação *in rem* como a *civil forfeiture* ou o *civil recovery*”.

Pergunto: como pode este procedimento *in rem* ter natureza exclusivamente patrimonial quando na sua origem está a existência de um património suspeito de origem ilícita, inclusive criminal?

Depois, a p. 594, quando volta a incluir o confisco sem condenação na perda alargada²⁷, contrapondo-o ao procedimento *in rem* ou de extinção de domínio. Atente-se no seguinte trecho:

“os Estados – e a própria União Europeia – que ambicionam níveis de excelência na seara de recuperação de ativos da criminalidade organizada e económico-financeira devem ter positivados ao menos um instrumento de confisco ampliado, definido como uma medida de natureza materialmente administrativa (aplicável, em algumas hipóteses, sem a necessidade da condenação criminal), e um procedimento *in rem*

²⁶ Aliás em consonância com a distinção entre perda alargada e *actio in rem*, que realiza a pp. 142-143 da sua Tese, já a preparar esta ampliação da *actio in rem* à custa da limitação da perda alargada aos casos de prévia condenação penal. Limitação que parece colidir, frontalmente, com a sua concepção da perda alargada subsequente a condenação penal como “medida materialmente administrativa”, sem carácter sancionatório (penal, administrativo ou civil), apesar de enxertada e/ou concomitante ao processo penal (Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 591-594). Já a seguir voltar-se-á a esta questão.

²⁷ O que faz igualmente a pp. 305-306 da sua Tese, justamente a propósito do disposto nos artigos 127 *bis* (*decomiso con condena*) e 127 *ter* (*decomiso sin condena*) do CP espanhol, ao negar-se a dissociar estes dois tipos de confisco reconduzindo por isso ambos à figura da perda alargada.

ou de extinção de domínio²⁸, tendo por alvo diretamente o patrimônio suspeito e sem conexão com o processo penal”.

Além de uma (pré-)concepção (logo) unitária da perda alargada, nestes dois pontos da sua Tese que acabam de ser assinalados, o Mestre Érico Fernando Barin evidencia pelo menos alguma hesitação na delimitação das fronteiras entre a perda alargada (com ou sem condenação penal), enxertada *no* ou concomitante *ao* processo penal, e a *actio in rem* sem qualquer conexão com o processo penal ou, até, sem instauração de acção penal. O que, em última análise, evidencia – uma vez mais – a sua concepção muito ampla e unitária da perda alargada como medida materialmente administrativa, ou procedimento administrativo, sem carácter sancionatório, quer seja enxertado *no e/ou* concomitante *ao* processo penal, ou, até, sem instauração de acção penal.

2.5. Falta de clareza da tese final

A sua tese final também não parece coerente, nem particularmente clara.

Escreve a p. 593: “sendo o confisco ampliado uma medida materialmente administrativa”, que em alguns modelos nem pressupõe condenação criminal, “não se reputa mais adequado manter seu momento decisório acoplado a uma sentença condenatória criminal. É recomendável seu descolamento do processo penal”.

Porém, logo a seguir refere-se ao procedimento de aplicação da perda alargada (na fase da liquidação) como “incidente acessório, mas dependente e decorrente do processo penal”, no qual se mantêm apenas as decisões do juiz relativas à admissibilidade da perda alargada e à aplicação de medidas cautelares e de garantia patrimonial.

A evidente contradição entre as duas afirmações torna-se compreensível quando se lê o parágrafo seguinte, revelador de que, afinal, a primeira afirmação exprime já a alternativa proposta de *lege ferenda* pelo Mestre Érico Fernando Barin, enquanto a segunda afirmação parece reportar-se ao Direito em vigor em Portugal (artigos 8.º a 12.º-A da Lei n.º 5/2002).

²⁸ Érico Fernando Barin (*A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 154) resume assim a diferença entre a *actio in rem* e a declaração de extinção de domínio: na acção de extinção de domínio, “a sentença declara a ligação do bem com atividade ilícita”; a *actio in rem* (nos modelos inglês e norte-americano) é directamente dirigida contra o bem, “tocando ao eventual sedizente proprietário/possuidor legítimo a prova dessa condição – isto é, em havendo a procedência da acção, o bem será perdido ao Estado sem que isso implique declaração de algum vínculo com ilícito ou infração penal”.

Eis o teor do terceiro parágrafo²⁹:

“Alternativa reside em conceber o procedimento de aplicação da perda alargada sem relação, nem mesmo para um mero juízo de admissibilidade, com o processo penal, com decisão independente da sentença condenatória. A medida materialmente administrativa, nesse cenário, no perfil de *uma non-conviction based forfeiture*, é objeto de um processo não penal (civil ou administrativo), autónomo e independente de um processo penal. Em Portugal, quiçá devesse avançar o debate sobre a autonomização do procedimento da perda alargada (em concomitância ou posterior ao processo penal), até mesmo totalmente independente da sentença condenatória”.

Questões não cabalmente esclarecidas:

1.^a) A perda alargada abrange ou não o confisco sem condenação?

2.^a) A perda alargada (com ou sem condenação penal) inclui ou não a *actio in rem* ou a acção de extinção do domínio? Se inclui estas últimas acções, como intentar distingui-las da perda alargada, sem destringer, dentro desta, várias modalidades, com regimes distintos e naturezas jurídicas diferenciadas?

3.^a) Em que ficamos: a perda alargada *stricto sensu* (com ou sem condenação penal) pode deixar de estar conectada e dependente de um processo penal?

2.6. *Actio in rem* ou acção de extinção de domínio independentemente da instauração de uma acção penal?

Num Estado democrático de direito há ainda legitimidade e espaço para uma *actio in rem* ou uma acção de extinção de domínio sobre património suspeito de origem ilícita, independentemente de quem seja o seu proprietário ou detentor e das relações deste com a prática de certo crime ou o respectivo agente?

Não me parece que pondere devidamente as consequências para os direitos fundamentais dos cidadãos (*v.g.* privacidade, sigilo bancário e fiscal, propriedade), para as estruturas essenciais do Estado democrático de direito e para o próprio processo penal de uma investigação económico-financeira, administrativa e independente de qualquer processo penal, de património suspeito de origem ilícita (incluindo criminosa?; aferido segundo que critérios, por que entidades, em que contexto, através de que meios?), conducente a uma *actio in rem* ou a uma acção de extinção de domínio sobre património de origem lícita não acreditada. Apercebe-se da fuga ao processo penal, à sua estrutura, princípios e garantias que esta proposta implica?

²⁹ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 593-594.

Além disso, tal *actio in rem* ou acção de extinção de domínio independentes da instauração de qualquer acção penal nunca poderiam ter “carácter exclusiva e inequivocamente patrimonial” (como pretende o Mestre Érico Fernando Barin, embora sem especificar em que se traduziria tal carácter³⁰), mas sim e sempre natureza materialmente administrativa. Precisamente por nelas estar em causa uma “relação jurídica de regulação da propriedade entre a Administração Pública (Estado)”³¹ e o particular suspeito de ser titular de um património de origem ilícita, ao abrigo do “poder-dever de o Estado regar o direito à propriedade privada, que reclama origem lícita”³². Em suma: a *actio in rem* ou acção de extinção de domínio independentes da instauração de uma acção penal traduzir-se-iam sempre em uma “acção de regulação do direito d[e] propriedade privada e tendente a evitar o enriquecimento ilícito”³³.

Esta não é, porém, a tese final do Mestre Érico Fernando Barin que diferencia o “confisco alargado, definido como uma medida de natureza materialmente administrativa (aplicável, em algumas hipóteses, sem a necessidade da condenação criminal), e um procedimento *in rem* ou de extinção de domínio, tendo por alvo diretamente o património suspeito e sem conexão com o processo penal”³⁴

3. Questões materiais

3.1. Ausência de carácter sancionatório da perda alargada?

Como é que não tem carácter sancionatório uma medida que “põe fim a uma situação patrimonial ilícita, supostamente derivada de actividade criminosa”³⁵, ante a condenação por um crime de catálogo e a não acreditação pelo condenado da respectiva proveniência lícita?

Não se tratará pelo menos de uma “penalidade ligada ao controlo da propriedade pelo Estado”³⁶ – propriedade “que reclama origem lícita”³⁷ –, legitimada pela

³⁰ *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 246-247.

³¹ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 593.

³² Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 245.

³³ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 593.

³⁴ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 594.

³⁵ Expressão de Érico Fernando Barin (*A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 587), referindo-se ao confisco ampliado previsto no Código Penal espanhol.

³⁶ Fórmula usada pelo TEDH no caso *Phillips versus the United Kingdom* (*Application* n.º 41087/98, 5.07.2001, disponível em <https://rm.coe.int/09000016806ebe19> [11.12.2021]). Acórdão amplamente analisado por Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 260-265, e retomado a pp. 364-366.

condenação em um “crime e catálogo”, dotada de finalidade preventiva (evitar o reinvestimento dos bens, produtos e vantagens em novas actividades delitivas) e com “importante componente punitivo”?³⁸

E, tendo carácter sancionatório, admite o *standard* probatório civilístico, à luz do qual a falta de prova pelo visado da origem lícita do património incongruente implica a probabilidade preponderante da sua origem ilícita e logo a decretação da perda alargada?

O Mestre Érico Fernando Barin responde negativamente, como já se deu notícia, a p. 244 da sua Tese:

“Se a perda alargada tiver natureza jurídica de reacção penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que a sua declaração [se] divorcie do processo penal, de suas regras e garantias, [sob] pena de violação de princípios” constitucionais e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

3.2. Presunção civil subjacente à perda alargada?

Escreve o Mestre Érico Fernando Barin a p. 589 da sua Tese:

“A presunção que instrumentaliza a perda alargada é de natureza civil, sendo-lhe aplicadas as regras correlatas do direito civil. é uma presunção legal e *juris tantum* (passível de ser ilidida). A inversão do ônus da prova ocasionada pela presunção reside, em essência, no aspecto do cabimento e do *quantum* da perda alargada – e nunca relativamente à culpa do arguido. Caso o Ministério Público desincumba-se de sua carga probatória, como antes descrito, restará ao arguido ilidir a presunção – em Portugal, numa das hipóteses elencadas nas letras *a*) a *c*) do n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002 –, e não apenas criar dúvida a respeito: restando dúvida, deve aproveitar ao Estado, dando azo à perda alargada”.

I. Todavia, a presunção que está na base da perda alargada pode ser civil, quando o seu conteúdo respeita à proveniência criminoso do património incongruente com o rendimento lícito? O objectivo da qualificação como civil desta presunção não será apenas o de permitir a aplicação das regras probatórias civilistas (probabilidade preponderante) à ilisão dessa presunção, no âmbito do processo penal (no caso da Lei n.º 5/2002) e quanto ao procedimento de perda alargada?

³⁷ Expressão de Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 245.

³⁸ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 365, referindo-se à *criminal confiscation* vigente no Reino Unido.

Esta conclusão não sairá reforçada pela (aparente ou real?) contradição entre a afirmação da natureza civil da presunção subjacente à perda alargada e a posterior negação da natureza desta como sanção cível ou, sequer, como medida de natureza materialmente civil, por “o facto de o condenado possuir património incongruente com o seu rendimento lícito não gera[r] responsabilidade de qualquer natureza, muito menos contratual ou extra-contratual”, não estando em causa uma “reparação ao Estado” e sim a “colocação do condenado na posição patrimonial por ele detida antes de uma presumida actividade criminosa, pela via da regulação da propriedade privada”³⁹.

II. Ao afirmar a p. 589 da Tese que a inversão do ónus da prova, gerada pela presunção, respeita apenas ao cabimento e ao *quantum* da perda alargada e não à culpa do arguido, não estará a pressupor quanto à culpa (por crimes indeterminados e não provados) uma presunção inilidível?⁴⁰

Presunção de culpa tanto mais inilidível quanto, no procedimento da perda alargada, dispensa o Ministério Público da prova ou apresentação de indícios de que o património incongruente proveio de crimes similares àqueles em que o visado foi condenado ou, sequer, de quaisquer outros.

III. Além disso, ao contrário do que afirma a p. 589, não é verdade que a ilisão da presunção legal de proveniência criminosa do património não implica ónus excessivo para o condenado por se reportar à demonstração de factos do seu conhecimento.

Os factos podem ser do seu conhecimento, mas o condenado pode não dispor de meios de prova capazes de demonstrar a proveniência lícita do património incongruente, apesar de este ter origem lícita, de modo que acaba privado do seu direito de propriedade sobre bens que possui legitimamente, mesmo que tenha suscitado dúvidas fundadas quanto à presumida proveniência criminosa.

³⁹ Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., pp. 592-593.

⁴⁰ Próximo Jorge Fernandes Godinho (“Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (Org.) Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1359): “O regime assenta numa *suspeita*, que conduz a uma *presunção de culpa*. Esta é pelo legislador considerada suficiente para fundamentar a aplicação de uma reacção criminal – o que viola directamente a presunção de inocência, que exige *prova concreta* dos pressupostos de que depende a aplicação de reacções criminais”.

A perda alargada do património incongruente opera como uma espécie de “rede de pesca alargada”, que arrasta todo o património incongruente cuja origem lícita não foi acreditada⁴¹.

3.3. Perda alargada: aplicação das regras probatórias do direito civil, posição processual do arguido e ónus probatório do Ministério Público

Não vislumbro como seja possível afirmar, como faz o Mestre Érico Fernando Barin a p. 245 da Tese, que a aplicação à perda alargada das regras probatórias do direito civil:

- (i) Não fragiliza a posição processual do arguido, quando é ele que tem de provar a origem lícita do património incongruente, não bastando suscitar a dúvida quanto à suposta proveniência criminosa, sob pena de decretação da perda⁴²;
- (ii) Nem diminui o ónus probatório do Estado, quando, a pp. 588-589, sustenta que ao Ministério Público, no âmbito da perda alargada, cabe apurar a totalidade do património do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência de rendimentos lícitos.

3.4. Natureza jurídica da perda alargada no Código Penal brasileiro

Face ao disposto no artigo 91-A do Código Penal brasileiro, introduzido pela Lei 13.964, de 24 de Dezembro de 2019, no Capítulo VI relativo aos “Efeitos da condenação”, qual acha que é a natureza jurídica desse confisco alargado?

Eis o que dispõe o preceito: “Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada

⁴¹ O que reconhece Érico Fernando Barin (*A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 500), ao escrever: um “indivíduo condenado por ilícito típico de peculato (...), gerador de dano no valor total de dez mil euros, acaba tolhido de um património incongruente de um milhão de euros por força da perda alargada, pois malsucedido em fazer prova da origem lícita desse montante”.

Contudo, em seu entender, a alegada violação do princípio da culpa penal pela decretação de uma perda alargada, delimitada pela incongruência do património do condenado com o seu rendimento lícito e pela presunção legal da origem criminosa do património incongruente, restaria afastada se se atribuir à perda alargada “a natureza jurídica de medida ou, mesmo, de sanção, mas sem conotação penal (*v.g.* de natureza administrativa)”. Hipótese em que inexistirá, de facto, qualquer obstáculo à ausência de proporcionalidade da sanção face à culpa por um dado ilícito típico [cfr., por exemplo, o artigo 20.º e a alínea *b*) do artigo 22.º, do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (DL n.º 9/2021, de 9.01); e os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º do Regime Geral das Contraordenações (DL n.º 433/82, de 27.10)].

⁴² Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 589.

a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do património do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”.

3.5. Perda alargada: inversão do ónus da prova fora do processo penal?

Escreve o Mestre Érico Fernando Barin a p. 590 da sua Tese:

“O confisco ampliado não gera a inversão do ónus da prova em processo penal. A inversão do ónus da prova reside tão somente no procedimento de aplicação da perda alargada, vincando-se ao seu cabimento e montante, e após provado que o arguido por infração penal do catálogo, num processo penal, tem património incongruente com seu rendimento lícito. Ou seja, a inversão do ónus da prova não ocorre no processo penal e nem tem relação alguma com a culpa ou qualquer outra circunstância da acusação”.

I. Como pode afirmar que a inversão do ónus da prova não se dá no processo penal e, simultaneamente, que é no processo penal que se prova a existência de um património do arguido incongruente com o rendimento lícito?

Por outro lado, não parece correcto aludir a um mero “procedimento de aplicação da perda alargada”, no qual, porém, se decide do “seu cabimento e montante”.

Face ao regime português afigura-se impossível sustentar que a inversão do ónus da prova, em que assenta a perda alargada (cfr. n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002), ocorre fora do processo penal, quando a mesma: (i) é sempre decretada na sentença condenatória (n.º 1 do artigo 12.º); e (ii) o seu montante apurado preferencialmente até à acusação ou, no máximo, até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento (n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º e 1.ª parte do artigo 12.º-A). A 2.ª parte do artigo 12.º-A apenas permite a “identificação e rastreio do património incongruente para efeitos de execução” do quantitativo da perda já decretada na sentença condenatória, nos casos de falta de bens arrestados ou insuficiência do seu valor para cobrir aquele quantitativo. Tão-só nestas situações excepcionais é legítimo falar de um “procedimento de aplicação da perda alargada”, com alguma autonomia relativamente ao processo-crime, com o qual, porém, mantém evidente conexão e cujo pendor sancionatório se revela na limitação temporal da “identificação e rastreio do património incongruente” do condenado aos prazos de prescrição da pena concreta aplicada por um dos “crimes de catálogo”.

Até poderá admitir-se que esta execução da perda alargada decretada na sentença condenatória se submeta ao *standard* probatório civilístico da probabilidade

preponderante. Todavia, o património visado continua a ser o do condenado por um dos “crimes de catálogo” previstos no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, ainda que esse património seja amplamente definido pelo n.º 2 do respectivo artigo 7.º de modo a incluir bens de terceiro. Embora não de um qualquer terceiro, somente daquele que se relaciona com o crime ou o condenado, de alguma das formas legalmente descritas naquele preceito e, ainda, no artigo 111.º do CP, para o qual remete o n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002. O que, se bem se julga, impede a recondução desta execução da perda alargada de uma *actio in rem*, aproximando-a, porventura, de uma acção de extinção do domínio de terceiro.

II. Além disso, só na medida em que a perda alargada se reporta a uma actividade criminosa presumida (*juris et de jure*) e não objecto do processo penal em curso, se pode afirmar, como faz o Mestre Érico Fernando Barin, que a inversão do ónus da prova não tem “relação alguma com a culpa ou outra circunstância da acusação” naquele processo penal.

3.6. Confisco alargado, presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*

I. Sustenta o Mestre Érico Fernando Barin, a p. 590 da sua Tese, que o confisco ampliado “não fere a presunção de inocência”, por duas razões:

1.ª) O juízo de culpa quanto ao crime objecto do processo é aqui discutido, cabendo a sua prova, para lá de toda a dúvida razoável, ao Ministério Público⁴³.

A verdade, porém, é que há uma violação da presunção de inocência, sob a forma gravíssima de presunção (*juris et de jure*) de actividade criminosa indeterminada e indemonstrada, ante a condenação por crime de catálogo (*rectius*: mera suspeita da sua prática) e a existência de um património incongruente com o rendimento

⁴³ Érico Fernando Barin (*A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 499) desenvolve este argumento nos seguintes termos: “O exame e o juízo da culpa seguem exclusivos à ação penal em que ao arguido é imputada a prática de ilícito típico do elenco do artigo 1.º, n.º 1 [da Lei n.º 5/2002]. Se, no processo penal, o Ministério Público, com carga probatória exclusiva, lograr demonstrar [os elementos] do ilícito típico e sua autoria, lá estará provada a culpa do arguido, da qual decorrerá o juízo condenatório e a aplicação da pena cominada. Essa condenação, para o fim da aplicação da perda alargada, presta-se apenas como um dos requisitos do artigo 7.º, n.º 1. Portanto, se o juízo da culpa é alheio ao procedimento da perda alargada (liquidação), servindo somente como um dos condicionantes à sua viabilidade legal, não se há[-de] falar em violação ao princípio da culpa”.

Outro dos problemas desta argumentação, como já se deu notícia, reside no facto de “o procedimento da perda alargada” não ser nunca de mera liquidação, pois, mesmo nas situações previstas na 2.ª parte do artigo 12.º-A da Lei n.º 5/2002, se trata da execução de uma perda alargada decretada e quantificada na sentença condenatória pela prática de um dos “crimes de catálogo”.

lícito do condenado, cuja origem lícita ou aquisição anterior aos cinco anos precedentes à constituição como arguido não foram por este demonstradas.

2.^a) Porque, “no momento da aplicação [da perda alargada], já estará rechaçada a presunção de inocência do condenado”⁴⁴.

Esta afirmação não é sequer correcta quanto ao crime objecto do processo penal em curso, porque o n.º 2 do artigo 32.º da Constituição portuguesa estende tal presunção até ao trânsito em julgado da condenação. Por isso, de nada vale alegar que a perda alargada “só produz efeitos com o trânsito em julgado da condenação”⁴⁵, se a respectiva decretação e a determinação do seu montante, durante o processo-crime e na sentença condenatória penal, se basearem na violação da presunção de inocência. Ora, na presunção de actividade criminosa indeterminada e indemonstrada, ante a condenação *por* (ou mera suspeita *de*) um crime de catálogo e a existência de um património incongruente, cuja origem lícita ou temporalmente anterior aos cinco anos antecedentes à constituição como arguido não foi por este comprovada, há inequivocamente uma violação da presunção de inocência, já não apenas do arguido naquele processo-crime, mas do cidadão⁴⁶.

⁴⁴ Eis o argumento completo (Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 501): “mesmo que se eleja [a] natureza jurídica de pena ou efeito de pena à perda alargada, o princípio da presunção da inocência seguirá inviolado, porquanto já terá ocorrido sua [ilisão] por ocasião da condenação criminal”. Neste ponto, o Autor invoca o já mencionado Acórdão do TEDH, preferido no caso *Phillips vs. UK* a 5 de Julho de 2001, segundo o qual, “a partir da conclusão de que o arguido praticou um crime, restando apenas a definição da pena, o princípio da inocência não mais tem aplicação”.

Em sentido contrário, entre nós, Gomes Canotilho/Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107.º*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, nota VI ao artigo 32.º). Os Autores, depois de associarem o princípio da presunção de inocência, designadamente à proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, ao princípio *in dubio pro reo* e ao princípio *nulla poena sine culpa*, concluem: “Os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena”. Por outras palavras: a presunção de inocência persiste durante toda a fase de determinação da espécie e da medida da pena, bem como dos efeitos penais da condenação que, por isso, nunca podem ser automáticos (n.º 4 do artigo 30.º da CRP e artigo 65.º do CP).

⁴⁵ Assim, porém, Érico Fernando Barin, *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 501.

⁴⁶ Em sentido contrário, Érico Fernando Barin (*ibidem*): “assentado que [a] perda alargada não interfere no juízo do ilícito típico e da culpa do arguido, tampouco pressupõe culpa ou assunção da prática de outros crimes, o princípio da presunção de inocência (e seu corolário *in dubio pro reo*, vigente na fase do julgamento do processo penal) resulta[m] intacto[s]. E [o] referido princípio não se choca com a presunção – a ser adicionada com os requisitos da condenação e da existência de um património incongruente – de que todo ou parte do património do condenado constitui vantagem de actividade criminosa”.

II. No que concerne ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, a sua violação no procedimento de perda alargada relaciona-se, não com o crime objecto do processo (como argumenta com razão o Mestre Érico Fernando Barin, a pp. 503 e 590 da sua Tese), mas com a inversão do ónus da prova resultante da presunção de proveniência criminosa do património do suspeito ou arguido (por um “crime de catálogo”) que seja incongruente com o seu rendimento lícito. Esta inversão obriga o condenado a carrear para o processo meios de prova da origem lícita ou temporalmente distante do património em causa (sob pena de decretação da perda alargada), em lugar de se impor ao Ministério Público que prove, para lá de toda a dúvida razoável, a criminalidade supostamente na origem de tal património.

O que, de algum modo, acaba por reconhecer Érico Fernando Barin⁴⁷, ao escrever:

“se, em determinadas ocasiões, para demonstrar a origem lícita do património e ilidir a presunção, o arguido tiver de fornecer elementos de prova de sua culpa, sobra difícil tangenciar a assertiva de ferimento do *nemo tenetur se detegere*.”

Todavia, o “remédio” que preconiza para que assim não suceda é o mesmo de sempre: “cogitar o deslocamento do procedimento da perda alargada de dentro do processo penal, autonomizando-o, mesmo que concomitante e ainda julgado pelo mesmo tribunal”, de modo a permitir sujeitá-lo às regras probatórias do Direito Civil.

⁴⁷ *A natureza jurídica da perda alargada*, cit., p. 504.