



De
LEGIBUS

4



Dezembro de 2022



**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NO CÓDIGO PENAL
PORTUGUÊS, 40 ANOS DEPOIS: NOVAS VIAS?**

MÁRIO FERREIRA MONTE



**REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL**

EDIÇÃO ESPECIAL
ESTUDOS COMEMORATIVOS
DOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS, 40 ANOS DEPOIS: NOVAS VIAS?

MÁRIO FERREIRA MONTE*

1. PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

Começo por cumprimentar a todos. Um cumprimento muito especial, em jeito de agradecimento, ao Senhor Professor Doutor José Francisco de Faria Costa, meu Professor em idos e inesquecíveis tempos, com quem tanto aprendi e continuo a aprender. Ao Senhor Professor e aos colegas que o ajudaram na organização deste evento, fica o meu penhorado agradecimento. Não podia haver, para mim, melhor forma de comemorar os 40 anos do Código Penal do que estar aqui hoje, rodeado de tão notáveis juristas e tão nobres pessoas. Gosto redobrado por partilhar esta mesa com a Sr.^a Professora Doutora Maria Fernanda Palma, por quem tenho tanta estima, e presidida pelo Sr. Doutor André Inácio, que tenho o gosto de conhecer nesta circunstância. Sinto-me muito honrado e, digo-o sem falsa modéstia, tal honra é certamente imerecida. Mas vou tentar não frustrar expetativas.

2. O PARADIGMA JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS A PARTIR DO CP DE 1982

Comemorar o Código Penal português de 1982 é muito mais do que celebrar os seus 40 anos. É sobretudo recordar o alcance dos seus méritos na consolidação do Estado democrático de direito e de um direito penal contemporâneo, que podemos resumir em alguns dos seus predicados: moderno, democrático, humanista, personalista, preventivo e inclusivo.

* Doutor em Direito, com agregação. Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro Integrado do Research Centre for Justice and Governance (JusGov) — Grupo de Justiça Criminal e Criminologia (JusCrim).

Um Código Penal que, fazendo parte de todo um sistema de justiça penal, corresponde a um paradigma que tem vindo a consolidar-se, que por vezes é posto à prova, sobretudo em processos mais mediáticos, mas também mais complexos, em que talvez injustamente se toma a árvore pela floresta e se julga desadequado. Pois bem, este modelo, longe de estar esgotado, continua a ostentar virtudes que podem e devem ser aprofundadas.

Uma das áreas em que isto se pode comprovar é a das consequências jurídicas do facto.

3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NO ATUAL CÓDIGO PENAL

Tomando como premissa a ideia segundo a qual as consequências jurídicas ou as reações jurídicas dos factos de natureza criminal (culposos ou perigosos) se desdobram em penas e medidas de segurança, podemos dizer que o sistema é tendencialmente monista, em sentido estrito, no que se refere à aplicação de uma sanção a um facto; mas dualista, em sentido amplo, no que respeita à opção sistémica de sancionar os factos culposos com penas e os estados de perigosidade com medidas de segurança.²

As sanções penais regem-se por alguns princípios que caracterizam o sistema penal enquanto programa jurídico-constitucional de feição humanista, cujos atributos há pouco enunciei³:

a) desde logo, o *princípio da legalidade* e, como expressão e concretização deste, o da *tipicidade*: nenhuma sanção pode ser aplicada sem que esteja como tal prevista na lei (art. 29.º da CRP);

b) o *princípio da humanização das sanções penais*, nos termos do qual são proibidas quaisquer penas ou efeitos das penas que atentem contra a dignida-

2 Neste sentido, concordando-se com Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Editorial Aequitas, 1993: 54, quando se refere ao sistema tendencialmente monista de aplicação de sanções, também se concorda com Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga: AEDUM, 2013: 5, quando se refere ao sistema dualista (em sentido amplo) de conceção de sanções. Este aparente paradoxo é explicado de modo claro por Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, 2013, 11 e ss.

3 Para maiores desenvolvimentos, Maria João Antunes, *Penas e Medidas de Segurança*, 2.ª edição, 2022, 16 e ss. Igualmente, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, 1993, 70 e ss., e Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, 2013, 10.

de da pessoa humana e/ou que, nomeadamente, cumpram fins estranhos ao programa político-criminal de feição constitucional ou jurídico-penal;

c) o *princípio da reserva da jurisdição estadual do direito de punir*: entre outras razões, porque as sanções penais implicam a restrição de direitos fundamentais, pelo que tal limitação só pode ser feita nos casos previstos na lei (art. 18.º da CRP), *sc.*, dentro dos limites legais e por quem tem competência para isso, que no caso será uma entidade judiciária;

d) o *princípio da congruência axiológica entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal*: daqui resulta a intervenção subsidiária do direito penal e a adscrição de finalidades preventivas às sanções jurídico-penais;

e) o *princípio da proibição de excesso ou princípio da culpa (ou proporcionalidade em sentido estrito)*, para as penas, e *da proporcionalidade*, para as medidas de segurança;

f) o *princípio da sociabilidade*: ao Estado incumbe o dever de proporcionar as condições necessárias para a reintegração social do agente;

g) e, finalmente, mas não menos importante, o *princípio do menor custo axiológico possível* que, entre outras dimensões, se manifesta na preferência pelas sanções penais não detentivas em relação às detentivas, mas também, quando isso se colocar, pelas que menor sacrifício axiológico implique, em relação às mais onerosas.

Por isso, podemos dizer que o modelo português é exemplar, equilibrado e adequado às exigências hodiernas que os vários tipos de crime convocam. Qualquer proposta de endurecimento do sistema, no sentido de penas mais longas, por exemplo, é contraditória com as suas premissas e até se pode dizer que, a serem levadas a sério, o desvirtuariam negativamente. Quem pensa que certos problemas só se resolvem com novas incriminações e/ou com penas mais severas talvez não entenda duas ideias fundamentais: que o direito penal não é o remédio para todos os males e que outras respostas, ainda que dentro do sistema sancionatório, para certos tipos de fenómenos, podem ser mais adequadas do que a incriminação de certas condutas ou, o que é pior, o aumento das penas.

Mas podemos ter outras vias? Podemos dizer que sim. Vias complementares que contribuam para o cumprimento da função do direito penal.

4. NOVAS VIAS NAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Neste sentido, importa agora analisar outras três vias⁴ que, sem alterar o modelo, o podem até potenciar nas suas virtudes. Vejamos.

4.1 A REPARAÇÃO PENAL

A primeira destas três vias encontra apoio claro no chamado “projeto alternativo da reparação”, e os seus autores chamaram-lhe exatamente a terceira via (“*dritte spur*”).

O “Projeto Alternativo da Reparação” (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*) levado a cabo por juristas alemães, austríacos e suíços, e dado à estampa em 1992, ajuda-nos a compreender a relevância da *reparação penal*⁵. Basicamente prevê três hipóteses de solução em que a reparação atuaria: como *substitutiva da pena*; como *suspensiva da pena*; como *atenuante penal*⁶. Desta forma, acabaria por ser aplicada “a todos os delitos e a todos os delinquentes”⁷, e fundamentalmente porque a sua aplicação se regeria por três princípios: o da “aplicabilidade universal”, o da “voluntariedade” e o da “garantia de êxito”⁸.

Não se duvida de que seria possível e até desejável introduzir uma dimensão reparadora ao lado da função preventivo-integradora do direito penal.

4 No Colóquio que decorreu no dia 12 de outubro de 2022, na Universidade Lusófona de Lisboa, a comunicação apresentada incidiu apenas sobre as duas primeiras vias que constam deste trabalho. *Brevitatis causa*, não era possível a abordagem das três vias que agora aqui se faz, ainda que de forma resumida.

5 Para mais desenvolvimentos sobre este tema, Mário Monte, “Da reparação penal como consequência jurídica do crime”, in Costa Andrade e outros (Org.s), in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, *passim*, e Mário Monte, “Diritto penale riparativo”, in *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2013, *passim*.

6 Sobre o Projeto Alternativo, veja-se Roxin, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, in *Jornadas sobre “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, 24 e s.; com desenvolvimentos, Baumann, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. (AE-WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)*, München: Beck, 1992: *passim*.

7 Roxin, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, 25.

8 *Idem*, 26.

Certo que isso sucederia em pleno e em grande parte nos *crimes interpessoais* e nos casos de *adesão voluntária do autor e da vítima* — nos restantes, os atos de reparação contariam também, mas não propriamente, para reparar interesses das vítimas⁹.

O modo como isso seria integrado no sistema penal é algo que continua a ser discutido: poderia ser uma *sanção penal autónoma*, como ato voluntário do agente, ou seja, a terceira via (*dritte spur*) das sanções penais, ou como ato imposto pelo juiz; poderia ser um *equivalente funcional da pena*, substituindo-a ou suspendendo-a; poderia ser simplesmente mais uma *finalidade da pena*. Seja como for, seria sempre uma outra via de resolução dos conflitos penais que certamente visaria, não só a paz jurídica, mas essencialmente a paz social, a resolução interpessoal de conflitos.

Infelizmente, nem nos países onde foi proposta, esta solução logrou ter o sucesso que se esperava. À exceção de uma ou outra alteração, podemos dizer que aquela que mais relevância teve, nomeadamente na Alemanha, foi a dos *acordos sobre sentenças*, em 2009, e nem sequer se pode afirmar categoricamente que foi decorrência daquele Projeto Alternativo. Após algum tempo de prática judiciária de acordos sobre sentenças penais, sem a adequada previsão legal, o apelo do Tribunal Federal Alemão (BGH) foi claro: que o legislador “regulamente a admissibilidade e os requisitos e limites legais das conversas prévias. É uma obrigação primária do legislador a de definir as questões principais de conformação do processo penal”¹⁰. E foi isso que sucedeu com a Lei de 4 de agosto de 2009 que veio prever expressamente esta possibilidade, introduzindo o § 257 c) da *StPO*

9 Procuremos maior clareza. Nos crimes impessoais, nada impede que os atos de reparação possam conduzir à atenuação especial da pena ou até à isenção desta. Isso hoje é possível, por exemplo, nos crimes tributários, quando o agente, até a um certo momento, liquida o valor em dívida à autoridade tributária. Mas não pode dizer-se que aqui a reparação cumpre o objetivo de restaurar os interesses das vítimas. Falar em vítima nos crimes supra-individuais, não sendo impossível, obriga a conceber categorias diferentes, como as vítimas difusas, institucionais, coletivas, etc. E, por isso, esse esforço reparador deve ser levado à conta das exigências de prevenção geral e especial. Nos casos de crimes interpessoais em que tenha havido atos de reparação, mas não acordo entre autor e vítima, também a reparação não poderia ter o mesmo efeito que teria nos casos de acordo. Mas nem por isso esses atos deveriam ser ignorados pelo esforço que representam, não só face às exigências de prevenção, mas também em relação aos interesses das vítimas.

10 Roxin, “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão”, in *Que Futuro para o Direito Processo Penal, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 391, em citação do BGHSt 50.

(*Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten*). Por isso, o § 257 c), que determina a possibilidade de acordos sobre sentenças penais, na Alemanha, começou por ser uma imposição da prática processual, em primeiro lugar da jurisprudência que os recomendou e, finalmente, acabou por ser uma solução do legislador que os acolheu e formalizou¹¹. Basicamente, o que se admite é que em certos casos o tribunal pode chegar a um acordo com os participantes processuais quanto ao rumo e resultado do processo. Um tal acordo pode incidir essencialmente sobre as consequências jurídicas, mas não sobre a questão da culpabilidade ou sobre as medidas de socialização e prevenção. Para isso, exige-se que a confissão faça parte integrante do acordo. É sempre necessária a concordância do arguido e do ministério público quanto à proposta do tribunal.

A solução de 2009, dos acordos sobre sentenças, ficou muito longe de ser sequer satisfatória. Um dos autores, entre outros, que a criticou foi Schünemann¹², referindo-se à solução como um “*catch as catch can*”. Parece evidente que parte do problema esteve e continua a estar na *ausência da vítima*¹³ e na *irrelevância que o sistema atribui à reparação*. Talvez se tenha de admitir que o sistema de acordos na Alemanha passa mais pelos interesses da administração da justiça do que dos protagonistas do conflito, problema a que outros ordenamentos jurídicos não são alheios.

Porém, talvez não seja atrevido admitir-se que a função preventiva do direito penal não é incompatível com a defesa dos direitos das vítimas, sem se funcionalizar a esta defesa. E, por outro lado, também não é incompatível com uma *dimensão reparadora da pena*.

Atendendo à função preventiva geral ou de integração e especial ou de ressocialização, a vítima concreta não é a principal destinatária da intervenção jurídico-penal, nem a reparação constitui a sua vocação funcional. Não significa que a dimensão reparadora seja completamente alheia ao direito penal.

11 Para mais desenvolvimentos, Weigend, “The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure”, in Jackson, John *et al.* (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 43 e ss.

12 Schünemann, “Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, in *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, em especial p. 301.

13 Nesse sentido, Weigend, “The Decay of the Inquisitorial Ideal”, 47.

Ela tem relevância em alguns tópicos do sistema jurídico-penal, mas não faz parte da sua função principal.

De facto, o Código Penal português já dá relevância aos atos de reparação realizados após a prática do crime para atenuar a pena. Tanto o art. 71.º, n.º 2, al. e) — conduta posterior ao facto, “especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime” — como o art. 72.º, n.º 2, al., c) — ter havido atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados — ou ainda o art. 74.º — quando o dano tiver sido reparado — são alguns dos exemplos em que o legislador recompensa os atos de reparação com a atenuação da pena, a atenuação especial da pena ou até a dispensa da pena. É certo que outros fatores concorrem para isso. Mas não é menos verdade que a reparação, nestes casos, ganha relevo para efeitos de determinação da medida da pena. Se o legislador assim o entende, é porque considera a reparação, e tudo o que nela vai pressuposto, relevante para a prossecução da função do direito penal. Mas atribui-lhe um papel residual.

A solução entretanto acolhida em Portugal da *mediação penal de adultos* está longe de lograr aquilo que, por exemplo, o Projeto Alternativo da Reparação preconizaria. Como foi concebida, ao invés de simplificar o acordo entre vítima e arguido, veio complicar essa relação, fazendo depender tal acordo da intervenção de um mediador, através de um processo de mediação pouco prático e eficaz. Isto, aliado ao desinvestimento que se notou nesta solução, leva a crer que mais não passou do que o cumprimento de uma Decisão-quadro, sem consequências práticas¹⁴. Melhor têm sido as soluções no processo penal. Mas estas estão longe de alcançar os méritos que a reparação penal alcançaria se fosse assumida no Código Penal.

Há, portanto, aqui, margem para melhorar o nosso modelo sancionatório, aprofundando as virtudes do Código Penal vigente. O projeto alternativo abreviadamente enunciado pode servir de inspiração.

14 Não é por acaso que foi aprovada a Resolução da Assembleia da República n.º 1/2023, de 6 de janeiro, que recomenda ao Governo a avaliação da implementação de princípios de justiça restaurativa para mediação penal, publicada no Diário da República, n.º 5/2023, Série I, de 2023-01-06.

4.2 O CONFISCO DE VANTAGENS

A outra via não é alheia ao Código Penal de 1982, embora, desde a sua conceção, se tenha intensificado até ao presente. Trata-se das *non-conviction-based confiscations* ou do confisco de vantagens, incluindo aqui o confisco alargado¹⁵. Fora dos casos, residuais, em que o legislador considera a perda de bens uma pena acessória, os dois regimes de confisco que temos são:

- o confisco previsto nos artigos 109.º a 111.º do CP: de instrumentos, de produtos, de vantagens e de bens de terceiros (confisco clássico);
- o confisco previsto no art. 7.º da Lei 5/2002 de 5 de janeiro (confisco alargado).

O CP de 1982 já deu um passo significativo nesta matéria, concebendo a perda de instrumentos em caso de não condenação, a perda de objetos de terceiros e a perda de coisas ou objetos relacionados com o crime.

Porém, a evolução mais recente nesta matéria é marcante. Cedo se compreendeu que o confisco de produtos e vantagens também deveria ocorrer em caso de não condenação. E, mais importante ainda, abandonou-se a condição de os bens deverem estar ligados a um crime, para passar a depender da prática de um facto ilícito típico. Por isso, hoje, o Código Penal, além de prever um regime de confisco não baseado em condenação, tanto para instrumentos como para produtos e vantagens, admite ainda que, além da perigosidade dos instrumentos, ao poderem ser substituídos por valores, em causa esteja apenas o perigo de continuação de atividade criminosa. É, plenamente, a ideia segundo a qual “o crime não compensa”.

Por isso, se é certo que a natureza jurídica do *confisco clássico* previsto no CP é o de se tratar de uma *providência de natureza análoga à das medidas de segurança*¹⁶, pela relação direta ou indireta entre vantagens e o facto ilícito típico implicado, cumprindo uma função preventiva, com a *consequência* de ordenar

15 Sobre este assunto está em vias de publicação um texto *nosso* com maiores aprofundamentos sobre a natureza jurídica do confisco, com o título “O confisco é uma pena?”. O que aqui se deixa, no entanto, é apenas um resumo das principais ideias e que serve o propósito de ilustrar que o confisco em processo penal, fora dos casos em que é tratado como pena acessória, pode contribuir para a realização da função do direito penal, sem colocar em causa direitos fundamentais ou garantias penais.

16 Nesse sentido, que se acompanha, está Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, 1993, 628 e ss. Não inteiramente de acordo, está Pedro Caeiro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionados com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 2, abril-junho 2011, 307 e ss.

o património conforme ao direito, sem necessidade de condenação, nem proclamação de culpa e podendo incidir sobre bens na posse de terceiro, não faltam vozes a proclamar que este confisco já é de natureza civil, um verdadeiro instrumento *in rem*, destinado apenas a repor o património na situação que deveria estar, não fosse a prática daquele facto ilícito típico. Por exemplo, aludindo ao confisco de vantagens, Hélio Rodrigues, após análise detalhada e fundamentada em sólidos argumentos, conclui¹⁷: “o confisco das vantagens assume natureza civil — nem penal, nem administrativa, nem sequer sancionatória, mas puramente civil”. É um modo compreensível de ver as coisas atendendo à evolução que a matéria tem tido nestes últimos anos. Mas a circunstância de, no confisco clássico, ainda se exigir uma ligação direta ou indireta entre objeto do confisco e um facto ilícito típico, pelo menos no sentido de que o confisco não pode ultrapassar as vantagens provenientes desse facto, havendo, por isso, uma pretensão de desmotivar a continuação da atividade criminosa, ainda nos coloca no âmbito penal e, portanto, a medida ainda tem natureza jurídico-penal, embora não seja pena, medida de segurança, efeito da pena ou efeito do crime.

Tem a amplitude de poder incidir sobre vantagens provenientes de factos ilícitos não sujeitos a condenação; tem a limitação, assumida pelo legislador, de acordo com o princípio da proporcionalidade, de tais vantagens deverem estar ligadas direta ou indiretamente ao facto ilícito típico.

Porém, no caso do *confisco alargado*, previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, apesar de se exigir uma condenação, não se impõe qualquer relação do objeto do confisco com o crime pregresso. Pode dizer-se que, a partir da opção do legislador, o confisco de um património alargado é *medida restauradora da licitude e corretiva do património conforme ao direito*, assente na ilicitude de tal património, com efeitos preventivos, atenta a relação entre o património incongruente e a atividade criminosa, dependente de condenação, mas não sujeita aos limites desta, podendo incidir em bens de terceiro. É isso que explica, por exemplo, que o Tribunal Constitucional por quatro vezes

17 Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em material de confisco”, in Maria Raquel Ferreira *et al.* (Coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, 1.ª edição, Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018, 53.

tenha entendido não estar em causa o princípio da presunção de inocência¹⁸, quando o art. 7.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, prevê que se presume “constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”.

Brevitatis causa, não se pode aprofundar este tópico, tão rico do ponto de vista das implicações dogmáticas e político-criminais que ele tem, mas a verdade é que até agora o Tribunal Constitucional não considerou que este confisco colocasse em causa princípios jurídico-penais, nem garantias penais, porquanto não se dirige à pessoa, não é uma censura pessoal, não visa imputar um facto, não atribui culpa, dirigindo-se apenas às coisas, aos objetos, aos direitos, às vantagens, e portanto sendo um confisco *in rem*, e não *in personam*¹⁹.

Ora, independentemente da adesão ou não à bondade de todos os aspetos que os caracterizam, há três notas que podem ficar já assinaladas:

a) por um lado, este confisco de vantagens ou não baseado em condenação, ou alargado, permite reverter a favor do Estado tudo aquilo que tiver sido ilicitamente obtido através de atividade de natureza criminal, sem alterar os pressupostos jurídico-penais e sem alterar as garantias penais — na verdade, não é uma pena, pelo menos em sentido clássico, e não tem as implicações das penas;

b) por outro lado, este tipo de solução evita novas incriminações, como sejam o enriquecimento ilícito ou injustificado, essas sim de natureza criminal e a implicar sérias reservas do ponto de vista constitucional;

c) finalmente, evita o endurecimento das penas dos crimes existentes, para combater uma criminalidade organizada, económico-financeira, que desvirtuaria assim o modelo até hoje comumente aceite de sancionamento de factos ilícitos típicos.

18 O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 498/2019, entendeu: “a ‘presunção’ contida no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 apenas opera após a condenação, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP”. Esta posição é tomada pelo Tribunal a partir dos acórdãos TC n.º 101/2015 e n.º 392/2015. Este argumento liga-se a um outro mencionado pelo Tribunal que consiste em entender que “o que está em causa neste procedimento, repete-se, não é já apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa”. Sobre estes argumentos, em análise crítica, veja-se Mário Monte, “O confisco alargado em processo penal. Comentário jurisprudencial a partir do Acórdão n.º 498/2019 do Tribunal Constitucional”, in *Católica Law Review*, Vol. VI, n.º 3, novembro 2022, 154 e ss.

19 Para um maior aprofundamento desta posição, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 498/2019 e, sobre este acórdão, uma vez mais, os comentários críticos, com referência a diversas posições doutrinárias, no *nosso* Mário Monte, “O confisco alargado...”, 2022: 160 e ss.

Se não for por mais, pelo facto de estas soluções terem uma certa eficácia na desmotivação da continuação de atividade criminosa, sem necessidade de um endurecimento das penas e abaixamento das garantias penais, vencendo assim um certo populismo penal, que para tudo o que propõe é o aumento das penas e a redução das garantias, introduzindo até soluções discriminatórias, vale a pena sobre elas refletir e ponderar o seu maior uso possível.

Ora, são aqui lapidares as palavras de Faria Costa²⁰, segundo as quais, “(...) a adopção de medidas extra-penais de carácter sancionatório ou de intromissão direta no património ilicitamente acrescentado — como, *v.g.*, os procedimentos de confisco *in rem* (de natureza administrativa) ou, melhor ainda, a perda de vantagens ‘alargada’ (também de natureza administrativa, mas agora aplicada por ocasião e no seio de um processo penal) — seria muito mais eficaz no combate ao enriquecimento ilícito e muito menos nociva aos direitos fundamentais do cidadão do que o irreflectido e temerário recurso a uma intervenção jurídico-criminal”. Neste sentido, importa dar conta que vem aí uma nova Diretiva relativa à recuperação e confisco de bens. Do que foi possível verificar, ela vem potenciar ainda mais o fortalecimento dos instrumentos *in rem* de recuperação de vantagens aplicado no processo penal.

Claro que o pressuposto para a sua admissão é, naturalmente, não serem verdadeiras sanções penais, uma vez que, se assim fosse, seguramente que o risco de uma eventual inconstitucionalidade seria mais do que óbvio. Mas não envolvendo qualquer censura dirigida à pessoa, não implicando qualquer imputação de facto penal, não exigindo qualquer demonstração de culpa, e apenas se dirigindo à recuperação de bens ilicitamente obtidos, com todas as garantias de defesa que o processo deve implicar, devemos encarar tais medidas eficazes para, de algum modo, poder até complementar a função do próprio direito penal, fazendo jus ao princípio da intervenção penal mínima. Em rigor, sempre que a concretização de objetivos político-criminais puder dispensar estratégias de endurecimento de penas ou abaixamento de garantias penais, certamente que deve ser a via a explorar. Desde que, como é evidente, elas não se apresentem como atentatórias de direitos fundamentais.

20 Faria Costa, “T.C., Acórdão n.º 179/2012 — Processo n.º 182/12. (*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado*)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 141.º, março-abril 2012, n.º 3973: 254.

Podemos ficar tranquilos com o sistema adotado, sabendo que, nomeadamente nos casos de confisco alargado, tal instrumento implica sempre uma inversão de ónus de prova — ainda que não sobre matéria penal —, o que poderá levar a excessos na prossecução de tais medidas?

Naturalmente que em direito penal, mesmo quando falamos de consequências jurídicas de natureza não penal, mas que têm efeitos na própria atividade criminosa, e sobretudo nos direitos fundamentais dos cidadãos, nada deve ter-se como estabilizado quando pode pairar qualquer dúvida sobre o respeito por tais direitos — nomeadamente, o direito à propriedade e o direito à presunção de inocência. Neste sentido, não parecendo necessária a prova, sequer indiciária, de que a atividade criminosa é do mesmo género daquela que consta do catálogo de crimes do art. 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro²¹, sempre se dirá que nunca seria exagerado exigir que o Ministério Público faça a demonstração suficiente de que aquela presunção tem razão de ser, *sc.*, apoia-se em sinais facilmente perceptíveis — o que não se confunde com uma prova indiciária, pois que, nesse caso, do que se trataria seria de formular uma acusação penal e este não é o caso nem o legislador assim considerou. Como sobretudo seria injustificável que ao demandado não fossem garantidos todos os meios processualmen-

21 Posição que parece compreensível, mas que corre o risco de desvirtuar o sentido e alcance da medida. A este propósito, é interessante atentar na posição de Pedro Caeiro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens...”, 2011: 314 e ss., que considera que, pelo menos, teria de se fazer “a prova de certos factos” (p. 316). Explica no entanto que, “provar a actividade criminosa não significa provar, para lá da dúvida razoável, cada ilícito-típico nos seus contornos precisos de espécie, tempo e lugar (como seria necessário para proferir uma condenação), mas sim um conjunto de circunstâncias (indícios) que dão *preponderância* à probabilidade de o condenado ter tido uma actividade daquele género, que equivale à prova ‘*by preponderance of evidence*’ ou ‘*on the balance of probabilities*’ vigente nos sistemas de *common law*”. Fazem sentido as suas preocupações. Mas, se é certo que o Ministério Público não deve, sem mais e sem limites, promover o arresto de todos os bens, sem sinais facilmente perceptíveis que levem a uma tal presunção, além da notória existência de património incongruente, esse ónus não pode ir até a um ponto que o legislador não exige, como seria a prova de certos factos. Coisa diferente é saber se esta opção do legislador está correta. Tudo passaria por saber se a exigência da prova de um conjunto de circunstâncias ou indícios não deveria ser colocada para que a presunção de que a incongruência do património advenha de atividade criminosa possa ocorrer. A experiência dirá — uma vez que até agora são ainda pouco expressivos esses casos — se não terá de haver maior exigência. Neste momento, há posições que vão claramente no sentido de que o legislador ainda não quis impor tais exigências. Veja-se a posição de João Conde Correia, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015 (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro — Confisco — Perda alargada — Presunção de inocência — Ónus de prova — Atividade criminosa)”, in *Revista do Ministério Público*, 145, janeiro-março 2016, 219 e ss.: “A letra da lei não impõe *expressis verbis* esta exigência suplementar”; “exigir a demonstração de uma atividade criminosa pregressa da mesma natureza significa, no fundo, repristinar, por via interpretativa, a prova da relação entre o património incongruente e um qualquer crime pretérito, que o legislador omitiu”.

te disponíveis para refutar aquela presunção e que, em caso de dúvida, a decisão não devesse operar em seu benefício. Naturalmente que uma plena defesa e o benefício em caso de dúvida devem estar sempre assegurados.

Mas também há que ter em conta que este tipo de medidas, para produzir alguma eficácia, não pode ficar inteiramente submetido à disciplina das sanções penais. Isso sucede quando a perda de bens é uma pena acessória. Mas quando não é assim tratada pelo legislador, então há que perceber que a sua submissão a todas as exigências das penas significaria, como é por demais evidente, a sua total ineficácia. Ora, entre o risco de levar a cabo medidas que possam, em casos concretos, constituir exageros — que em todo o caso deverão ser sempre repudiados — mas suficientemente eficazes para repor a licitude da situação patrimonial, e uma total submissão de tais medidas à disciplina das penas, sem a eficácia que nelas se aposta, o legislador optou, tem vindo a optar, por correr o risco. E quando se fala do legislador, não se está a falar apenas do legislador português, uma vez que, em boa parte, muito do que tem vindo a suceder no plano nacional tem apoio em normas internacionais e, sobretudo, europeias²². Existem mesmo decisões de tribunais supranacionais e estrangeiros que apoiam tais medidas²³. Mesmo assim, o assunto merece atenção e acompanhamento nos próximos tempos.

22 Para termos uma ideia, no que tange ao confisco não baseado em condenação ou confisco de vantagens, a nível internacional, é muito relevante a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 (art. 54.º, n.º 1, al. C), adotada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, a Recomendação 3 (atual n.º4) do Grupo de Ação Financeira Internacional e, antes ainda, o princípio n.º 26 adotado pelo G8 (Reunião de Ministro de Justiça e da Administração Interna, em 5 de maio de 2003); no plano regional, europeu, salienta-se, entre outros, a Diretiva 2014/42/ EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril, e o Regulamento (EU) 2018/1805, de 14 de novembro, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda. São apenas alguns exemplos, dos mais significativos.

23 Nesse sentido, a título de exemplo, no direito europeu, o caso *Dassa Foundation e outros vs. Liechtenstein*, n.º 696/05 — o Tribunal, tendo em conta o regime jurídico do Liechtenstein, perante confisco não baseado em condenação penal, considerou que não se tratava de uma sanção penal, bem pelo contrário, uma figura muito próxima do enriquecimento civil, pelo que não aplicou o art. 7.º, §1, da CEDH, aplicável em casos de sanções penais — ou ainda o caso *Gogitidze and Others v. Georgia*, de 12.05.2015 — sobre este caso, Euclides Simões e José Trindade, 2016: 1, resumiram: “O TEDH, no caso Gogitidze e outros contra a Geórgia, pronunciou-se pela congruência com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos de uma lei que permite o confisco de produtos ou vantagens de atividades ilícitas, mesmo na ausência de condenação penal anterior. Após o regime de perda clássica, primeiro, e da perda ampliada, depois, a *actio in rem* apresenta-se como um terceiro passo na realização da ideia de que o crime não compensa, através da recuperação de activos.” Também na Alemanha, interessante é o acórdão de 10 de fevereiro de 2021 do *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10. Februar 2021 - 2 BvL 8/19 -, Rn. 1-163, in http://www.bverfg.de/e/ls20210210_2bvl000819.html.

4.3 ALTERNATIVAS ÀS MEDIDAS E PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, ESPECIALMENTE COM USO DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA

Vejam agora a última das vias que pode ajudar a melhorar o sistema penal no que tange às consequências jurídicas, como de resto já está a suceder: a via das alternativas às medidas e penas privativas de liberdade, sobretudo quando acompanhadas de meios tecnológicos de controlo à distância.

Apesar de a versão de 1982 do Código Penal português já conter algumas soluções alternativas à execução da pena de prisão e de medidas de segurança privativas de liberdade — como a substituição de prisão por multa (art. 43.º), a prisão por dias livres (art. 44.º), o regime de semidetenção (art. 45.º), a suspensão da execução da prisão (art. 48.º e ss.), o regime de prova (art. 53.º e ss.), a liberdade condicional (art. 61.º e ss. e 89.º e ss.), a libertação a título de ensaio (art. 94.º), a liberdade experimental (art. 95.º), para citar apenas as mais significativas —, pode dizer-se que se tem vindo a intensificar estas vias, sobretudo a partir de 1999, com a Lei n.º 122/99, de 20 de agosto, entretanto revogada pela Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, que regula os meios técnicos de controlo à distância (vigilância eletrónica).

E se é certo que a utilização dos meios de controlo à distância começou por responder às exigências do cumprimento da medida de coação “obrigação de permanência na habitação”, hoje, com a referida Lei n.º 33/2020, de 2 de setembro, com as alterações efetuadas ao Código Penal e com outras leis avulsas, como é o caso da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, para a violência doméstica, abre-se todo um panorama de execução alternativa às medidas de coação e sanções privativas de liberdade, muito à custa da utilização de vigilância eletrónica.

Ficando-nos apenas pelos casos em que tais soluções implicam o uso daqueles meios tecnológicos, pode resumidamente agrupar-se do seguinte modo:

a) Nas medidas de coação: a medida de obrigação de permanência, prevista no art. 201.º do CPP; a proibição de contactos, dentro da medida de coação “Proibição e imposição de condutas”, prevista no art. 200.º, n.º 1, al. d) e n.º 5 do CPP; as medidas de coação urgentes por crime de violência doméstica do art. 31.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro;

b) A suspensão provisória do processo e por força do art. 35.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro;

c) Nas penas (e medidas de segurança): o regime de permanência na habitação, nos termos do art. 43.º do CP; a suspensão da pena de prisão, mediante a aplicação de regras de conduta (e regime de prova), do art. 50.º e seguintes do CP; a liberdade condicional, nos termos do art. 62.º do CP (adaptação à liberdade condicional);

d) Nos crimes em especial: o crime de violência doméstica (art. 152.º n.º 4 do CP); o crime de incêndio florestal (art. 274.º-A do CP).

Todas estas medidas têm em comum duas características: apostam em soluções alternativas à privação de liberdade ou alternativas à privação institucional de liberdade; usam meios de controlo à distância para a sua efetivação.

Não cabe aqui uma análise detalhada de tais situações²⁴.

Mas sempre diremos que no caso das *medidas de coação*, quando em causa está a possibilidade de alternar a prisão preventiva com outra menos gravosa, isso não é mais nem menos do que a concretização dos princípios da subsidiariedade e da precariedade. Por isso, a prisão preventiva é *ultima ratio* das medidas de coação: só deve ser aplicada quando outras manifestamente não cumpram as finalidades processuais que o caso requeira e que a prisão preventiva consegue garantir. No caso ainda das medidas de coação, quando se visa garantir o seu cumprimento, como é o caso da *proibição de contactos*, trata-se sobretudo, nos termos do n.º 5 do art. 200.º do CPP, de garantir maior e efetiva proteção da vítima. Quanto às *medidas urgentes utilizadas no âmbito da violência doméstica*, de entre o catálogo das previstas no art. 31.º, a utilização destes meios é particularmente recomendada quando esteja em causa a aplicação das medidas das alíneas c) e d): “Não permanecer nem se aproximar da residência onde o crime tenha sido cometido, onde habite a vítima ou que seja casa de morada da família, impondo ao arguido a obrigação de abandonar”; “Não contactar com a vítima, com determinadas pessoas ou frequentar

24 Em curso está uma publicação onde este assunto é tratado com mais detalhe, em coautoria com Francisco de Andrade e Pedro Freitas, sob o título “*Probation* em Portugal e implicações da inteligência artificial”, a inserir em obra coletiva coordenada por Nuno Caiado, dedicada ao tema *Execução das Penas e Medidas na Comunidade - Probation, Vigilância Eletrónica e Justiça Juvenil no Futuro Digital* (título provisório), que todavia se encontra em elaboração.

certos lugares ou certos meios, bem como não contactar, aproximar-se ou visitar animais de companhia da vítima ou da família”. De tal modo que este controlo à distância pode assumir diferentes modos de execução, consoante a autoridade judiciária o considere necessário para garantir a não aproximação do arguido de certo local ou também da vítima.

No caso da *suspensão provisória do processo*, por força do art. 35.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, e para efetivação do art. 281.º do CPP, também aqui está em primeiro lugar a proteção das vítimas de violência doméstica, mas nada na lei impede que possa ser aplicada a outras situações. E neste caso, como é evidente, a suspensão provisória do processo, sendo um meio que protege o bem jurídico, permite sobretudo conceder ao arguido uma maior oportunidade de ressocialização, ao mesmo tempo que potencia a proteção dos interesses da vítima.

No caso das medidas alternativas à pena de prisão (ou medidas de segurança de internamento), é evidente que se trata — como refere o legislador para o *regime de permanência na habitação* (artr. 43.º) — de garantir de “forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão”. As finalidades preventivas, de proteção de bens jurídicos e de ressocialização do arguido, devem ser alcançadas através desta pena²⁵. E seguramente que são mais bem alcançadas com a obrigação de permanência na habitação com uso de meios tecnológicos de vigilância do que com a própria execução da prisão. O mesmo vale para a *suspensão da execução da pena de prisão* (artigos 50.º e ss.): trata-se de ir ao encontro de finalidades preventivas positivas e de tipo especial, ou seja, orientadas para a ressocialização do agente, sem descurar a necessidade de proteção dos bens jurídicos que a própria pena de prisão representa e que a suspensão não contraria. Neste caso, o Tribunal até pode, “se o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição”, sujeitar a suspensão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, respetivamente consignados nos artigos 51.º e 52.º do CP e, se for o caso, determinar que “a suspensão seja acompanhada de regime de prova”. Algo muito próximo da *probation*, prejudicado, contudo, por se tratar de um regime de prova que visa facilitar a suspensão da execução da pena de prisão

25 Sendo certo, como explica Maria João Antunes, *Penas e Medidas de Segurança*, 106, que esta pena, em rigor, é um “meio de execução da pena de prisão”.

e não propriamente enquanto regime de prova. Por fim, na aplicação da *liberdade condicional* (art. 61.º e seguintes), uma vez mais, materialmente, esta medida tem de servir as necessidades preventivas do caso concreto, nomeadamente as de ressocialização, mas sem prejuízo da prevenção geral.

O que se diz para estas soluções vale para os casos de utilização de meios tecnológicos de vigilância eletrónica para certos tipos de crimes. Em primeiro, quanto à *pena acessória de proibição de contacto com a vítima no crime de violência doméstica*, de acordo com o art. 152.º, n.º 4 do CP, o juiz deve determinar esta fiscalização “sempre que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima”, como decorre dos artigos 35.º e 36.º da Lei n.º 112/2009. E tais meios tanto podem incluir o *tagging* como o *reverse tagging* do condenado²⁶. Já no caso do regime sancionatório do crime de incêndio florestal, do art. 274.º-A do CP, o que se pretende é viabilizar a ressocialização do condenado, possibilitando a suspensão da pena de prisão, mas evitando a continuação da atividade criminosa. Uma função duplamente preventiva do instituto que, em certa medida, se torna eficaz à custa da vigilância eletrónica.

Em grande parte, para viabilização da utilização de meios eletrónicos na aplicação destas medidas processuais e penais, é de grande valia a Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, que regula os meios técnicos de controlo à distância (vigilância eletrónica). O legislador não limitou os meios tecnológicos possíveis a utilizar. Indicou a monitorização telemática posicional e a verificação de voz, mas permitiu que “outros meios tecnológicos venham a ser reconhecidos como idóneos”. E seguramente que no futuro próximo estes meios terão maior eficácia e sofisticação. Não se deve dar por excluída a utilização da inteligência artificial como auxiliar na execução das medidas processuais e nas sanções penais. Mas esta é uma questão para outra oportunidade. Neste momento, o que importa é registar que a utilização destes meios tecnológicos veio definitivamente permitir uma abertura a soluções alternativas às medidas e sanções privativas de liberdade, ou pelo menos à sua execução, correspondendo assim aos princípios da humanização, do menor custo axiológico e da sociabilidade das sanções (e das medidas de coação) que enformam e certamente aprofundam o Código Penal de 1982.

26 Nesse sentido, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição, Lisboa: UCE, 2021, 649.

5. CONCLUSÃO

Termino como comecei. O Código Penal democrático que temos é um instrumento valiosíssimo da nossa história e da nossa cultura. Que em grande parte define o povo como “de brandos costumes”, mas que se pode traduzir por “humanista”. O que não impede que as suas virtudes possam ser aprofundadas, a cada momento, tendo em conta as circunstâncias do tempo e do lugar em que vivemos. Por isso, as três vias que aqui trouxemos, para refletir, fazendo justiça ao elevado nível de adequação do sistema sancionatório português, permitem uma maior eficácia deste sistema, sem o desvirtuar, e até em ordem a um reforço da sua dimensão humanista.