

Arresto preventivo e apreensão em processo penal e processo de insolvência

Maria João Antunes

Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Segundo o artigo 149.º, n.º 1, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, proferida a sentença declaratória da insolvência, procede-se à imediata apreensão dos elementos da contabilidade e de todos os bens integrantes da massa insolvente, ainda que estes tenham sido arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos, seja em que processo for, com ressalva apenas dos que hajam sido apreendidos por virtude de infração, quer de carácter criminal quer de mera ordenação social¹.

Em face do disposto nesta norma do CIRE, a questão que se coloca é a de saber se a ressalva constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 149.º – *apenas dos que hajam sido apreendidos por virtude de infração, quer de carácter criminal quer de mera ordenação social* – se aplica, também, aos bens que tenham sido objeto de um arresto preventivo, ao abrigo do artigo 228.º do Código de Processo Penal, ou apenas aos bens que tenham sido apreendidos, ao abrigo dos artigos 178.º e ss. desse Código. Isto é: se, proferida a sentença declaratória da insolvência, se procede à imediata apreensão de todos os bens integrantes da massa insolvente, com ressalva dos que tenham sido *arrestados e apreendidos* por virtude de infração de carácter criminal ou contraordenacional ou antes se, proferida a sentença declaratória da insolvência, se procede à imediata apreensão de todos os bens integrantes da massa insolvente, com ressalva apenas dos que tenham sido *apreendidos* ao abrigo dos artigos 178.º e ss. do CPP, por virtude de infração de carácter criminal. No primeiro sentido, veja-se, por exemplo, um Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que inclui na ressalva os bens arrestados ao abrigo do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, entendendo que tais bens também “não podem ser apreendidos para a massa insolvente e liquidados para efeitos de pagamento aos credores, em conformidade com o disposto no artigo 149.º, n.º 1, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”².

A resposta à questão – e antecipamos desde já que entendemos que a ressalva em questão abrange apenas os bens apreendidos e não os arrestados – supõe a delimitação conceitual destes dois meios processuais de natureza processual penal – a apreensão e o arresto preventivo, quer o previsto no CPP quer o arresto previsto no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, a medida que garante processualmente a denominada perda alargada, estabelecida no artigo 7.º da mesma Lei (Lei da criminalidade organizada e económico-financeira). Não estamos aqui a incluir o denominado “arresto repressivo”, previsto como

1 Abreviaturas utilizadas: CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas); CPP (Código de Processo Penal); CP (Código Penal); TC (Tribunal Constitucional); CRP (Constituição da República Portuguesa).

2 Acórdão de 09.01.2018 (Maria Catarina Gonçalves).

um dos efeitos possíveis da declaração de contumácia, como forma possível de desmotivar a subtração dolosa do arguido à administração da justiça penal (artigos 335.^º e ss. do CPP). Certo é, porém, que a resposta dada à questão valerá também para a hipótese de os bens arrestados o terem sido no âmbito da declaração de contumácia.

2. Juntamente com a caução económica, o arresto preventivo é uma das medidas de garantia patrimonial previstas no CPP³. Foi introduzido no Código em 1987 e configurado na versão primitiva do diploma com uma natureza estritamente subsidiária – o arresto preventivo seria decretado, nos termos da lei do processo civil, se a caução económica imposta não fosse prestada e seria revogado a todo o tempo em que o arguido ou civilmente responsável prestasse a caução económica imposta (artigo 228.^º, n.^{os} 1 e 5). Com as alterações introduzidas pela Lei n.^º 59/98, de 25 de agosto, designadamente perante a nova redação do n.^º 1 do artigo 228.^º do CPP, o arresto preventivo passou a poder ser decretado também enquanto medida de garantia patrimonial autónoma. O arresto preventivo passou, assim, a conhecer duas modalidades: medida de garantia patrimonial *autónoma*, sem prejuízo de só dever ser decretado se a caução económica for inadequada ou insuficiente (artigo 228.^º, n.^º 1, primeira parte); e medida de garantia patrimonial *subsidiária* da caução económica, por poder ser aplicada quando a caução económica fixada não seja prestada e ser revogada a todo o tempo em que o arguido ou o civilmente responsável prestem a caução económica (artigo 228.^º, n.^{os} 1, segunda parte, e 5).

O *arresto preventivo* é uma medida de garantia patrimonial de *natureza processual penal* que passou a ser aplicada de forma autónoma em processo penal em função de *exigências processuais de natureza cautelar*, tal como previsto nos artigos 191.^º, n.^º 1, e 193.^º, n.^º 1, do CPP, tendo em vista a finalidade processual penal de realização da justiça⁴. Esta finalidade do processo penal está diretamente dependente da efetividade da decisão final que venha a ser proferida, pelo que cabe também ao processo penal garantir que seja paga a pena pecuniária que venha a ser imposta, tendo em vista a eficácia político-criminal da pena de multa, e que sejam pagas as custas do processo ou qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime que venha a constar de tal decisão (artigos 227.^º, n.^º 1, e 228.^º, n.^º 1, do CPP). Mercê da consagração do princípio da adesão da ação civil ao processo penal (artigo 71.^º do CPP), cabe-lhe ainda garantir que seja paga a indemnização de perdas e

3 Sobre o arresto preventivo, ANDRADE / ANTUNES (2017b), pp. 141 e ss. Sobre as medidas de garantia patrimonial, em geral, SANTIAGO (2003), pp. 1521 e ss.

4 Assim, ANTUNES (2018), pp. 14 e 158.

danos emergentes do crime que venha a ser arbitrada em processo penal, bem como *outras obrigações civis derivadas do crime*, cujo cumprimento venha a ser imposto na decisão final (artigos 227.º, n.º 2, e 228.º, n.º 1). Pode até invocar-se em abono da autonomização do arresto preventivo, ocorrida em 1998, a intenção de dotar o *lesado* de uma medida de garantia patrimonial equivalente à providência cautelar que poderia requerer na ação civil, caso pudesse deduzir o pedido de indemnização civil em separado, à semelhança do que se depreende da redação vigente do n.º 3 do artigo 400.º do CPP, nos termos do qual passou a ser interposto recurso da parte da sentença relativa à indemnização civil, mesmo que não seja admissível recurso quanto à matéria penal.

A caução económica e o arresto preventivo são as medidas de garantia patrimonial que prosseguem a finalidade de acautelar o fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas do processo, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime. Em suma, o arresto preventivo aplica-se em função das exigências processuais de natureza cautelar mencionadas – e só dessas, na medida em que a sua aplicação está sujeita aos princípios da legalidade e da necessidade –, prosseguindo a finalidade processual penal de realização da justiça.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a caução económica e o arresto preventivo alargaram-se a exigências processuais de natureza cautelar atinentes ao valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico [artigos 227.º, n.º 1, alínea b), e 228.º, n.º 1, do CPP]. Passaram a acautelar o fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas do processo, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, da indemnização, de outras obrigações civis derivadas do crime e também as garantias de pagamento do valor dos instrumentos, produtos e vantagens do crime. As duas medidas de garantia patrimonial não passaram, porém, a ter o propósito de garantir a perda de bens a favor do Estado, nomeadamente a perda de produtos e vantagens de facto ilícito típico prevista no artigo 110.º do Código Penal. É assim, apesar da redação pouco cuidada do artigo 227.º, n.º 1, alínea b), do CPP. Os n.os 1, alínea a), e 2 do artigo 227.º e 1 do artigo 228.º são inequívocos no sentido de que o que está em causa é tão-só o pagamento de quantias, pelo que naquela alínea b) devia ler-se que o Ministério Público requer a prestação de caução económica quando haja fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias do pagamento do valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico a declarar perdidos a favor do Estado.

O meio processual mediante o qual se garante a perda de *bens* continuou a ser a apreensão prevista nos artigos 178.^º e ss. do CPP⁵. Com efeito, a apreensão prevista nos artigos 178.^º e ss. do CPP continuou a ter a dupla função de *meio de obtenção da prova* e de *garantia processual da perda* (do confisco) de *bens* (de instrumentos, de produtos e de vantagens). É assim, não obstante a inserção sistemática da apreensão no Título do Código que tem como objeto os meios de obtenção da prova e de estarmos perante meios processuais que cumprem finalidades distintas: a apreensão enquanto *meio de obtenção da prova* serve a finalidade processual penal de *descoberta da verdade*; a apreensão enquanto *garantia processual da perda de vantagens* serve a finalidade processual de *realização da justiça*.

Com efeito, do artigo 178.^º, 1, do CPP – “são apreendidos os instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova” – decorre que a apreensão tem a dupla função de *meio de obtenção da prova* e de *garantia processual da perda de bens a favor do Estado*. Este é o entendimento da generalidade da doutrina, relativamente a norma equivalente anterior às alterações introduzidas em 2017. Para SILVA “a apreensão não é apenas um meio de obtenção da prova e conservação da prova, mas também de segurança de bens para garantir a execução [...]”; a apreensão destina-se essencialmente a conservar provas reais e bem assim [de] objetos que em razão do crime com que estão relacionados podem ser declarados perdidos a favor do Estado⁶; de acordo com CUNHA, “no âmbito do CP (mas também do CPP) existe uma direta ligação entre a figura da apreensão (enquanto medida processual) e a declaração de perda; existe uma dupla função quanto aos bens ‘apreendidos’: eles são meios de prova do facto cometido e devem ser declarados perdidos em direta ligação ao facto ilícito praticado”⁷; segundo CORREIA, “a apreensão de bens tem natureza híbrida: a medida destina-se a obter e a conservar as provas (finalidade processual probatória), mas também a garantir a perda dos objetos que as encarnam a favor do Estado, nos termos dos artigos 109.^º e segs. do Código Penal (finalidade processual substantiva)”, por outras palavras, “a apreensão tem dupla natureza: é um inquestionável meio de lograr a prova (desenvolvendo uma função processual penal probatória); e, em paralelo, uma incontornável garantia processual penal da perda (desempenhando uma função processual penal conservatória)”⁸; para ANDRADE/ANTUNES “a apreensão de bens preordenada à efetivação da decisão de

5 Na conclusão, ANTUNES (2018), pp. 158 e s.

6 Cf. SILVA (2011), p. 289.

7 Cf. CUNHA (2002), p. 26.

8 Cf. CORREIA (2012), p. 154, e (2015), pp. 506 e s.

perda que a seu tempo venha a ser tomada é, na verdade, uma figura que se distingue a muitos títulos, por vezes mesmo de forma extremada, da *apreensão para efeito de prova*⁹.

A dupla função assinalada à apreensão é também reconhecida pelo Tribunal Constitucional, por exemplo no Acórdão n.º 294/2008, onde se afirma que “a apreensão é também um meio de segurança dos bens que tenham servido ou estivessem destinados a servir a prática do crime, ou que constituam o seu produto, lucro, preço ou recompensa, como forma de garantir a execução da sentença penal, o que também justifica a conservação dos objetos apreendidos à ordem do processo até à decisão final”. Dizendo de um outro modo, a apreensão tem a “dupla função de meio de obtenção de prova e de garantia patrimonial do eventual decretamento de perda de valores a favor do Estado”. Entendimento reiterado, mais recentemente, no Acórdão n.º 387/2019¹⁰.

O alargamento do âmbito dos *objetos suscetíveis de apreensão aos produtos e vantagens do facto ilícito típico*, fez da apreensão também um meio processual *autónomo* de garantia patrimonial da perda de bens. Além de resultar da própria letra do artigo 178.º, n.º 1, do CPP, a dupla função da apreensão decorre ainda do seu regime geral, nomeadamente da regulamentação da restituição dos objetos apreendidos e da apreensão de coisas sem valor, perecíveis, perigosas ou deterioráveis, do dever de ordenar a presença de terceiros e de os ouvir e da competência reservada do juiz de instrução para declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º do CPP [cf. artigos 186.º, 185.º, 178.º, n.º 9, e 268.º, n.º 1, alínea e), deste Código].

Como a apreensão prevista nos artigos 178.º e ss. do CPP tem uma dupla função – servir a prova do crime e a perda de bens que venha a ser declarada a favor do Estado – daqui resulta que a apreensão é o meio processual que garante a execução da decisão judicial final que venha a declarar a perda de bens em favor do Estado, ao abrigo dos artigos 109.º, n.º 1, 110.º, n.ºs 1 a 3, e 111.º, n.º 2, do CP (perda em espécie); e que a *caução económica* e o *arresto preventivo* previstos nos artigos 227.º e 228.º do CPP são os meios processuais que garantem a execução da decisão judicial final que venha a condenar ao *pagamento* de pena pecuniária, de custas do processo, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, de *valor correspondente aos instrumentos, aos produtos e às vantagens que venham a ser declarados perdidos a favor do Estado*, de indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime.

9 Cf. ANDRADE/ANTUNES (2017a), p. 363 e s.

10 Cf., respetivamente, Acórdãos de 29.05.2008 (Carlos Fernandes Cadilha) e de 26.06.2019 (Maria de Fátima Mata Mouroso), *in* www.tribunalconstitucional.pt.

Segundo o disposto no n.º 3 do artigo 109.º, no n.º 4 do artigo 110.º e no n.º 3 do artigo 111.º do CP, se os instrumentos, os produtos e as vantagens do facto ilícito típico não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor. Poder-se-á dizer que “uma coisa equivale à outra, ficando, em ambos os casos, o arguido na situação patrimonial que tinha antes da prática do crime, assim se demonstrando que ele não compensa”¹¹. Na medida em que o que está em causa é o *pagamento* ao Estado de um valor em alternativa à apropriação em espécie a favor do Estado, o sucedâneo processual penal do previsto nas normas do CP que preveem em alternativa o pagamento do valor, já não é a apreensão prevista nos artigos 178.º e ss. do CPP, mas antes as medidas de garantia patrimonial aí consagradas nos artigos 227.º e 228.º Em solução paralela, o que está em causa no arresto previsto no artigo 10.º na Lei da Criminalidade organizada e económico-financeira, é a garantia processual do pagamento de um *valor* e não a garantia processual da perda alargada dos bens em si. Por outras palavras: a *apreensão* garante a *perda em espécie*; as *medidas de garantia patrimonial* garantem a *perda do valor*.

É de concluir, atento o estatuído no artigo 228.º do CPP, que o arresto preventivo não pode ter como finalidade garantir a perda de bens a favor do Estado, prevista nos artigos 109.º, n.º 1, 110.º, n.ºs 1 a 3, e 111.º, n.º 2, do CP. Já poderá ter, porém, a finalidade de garantir o pagamento do valor correspondente aos bens a declarar perdidos a favor do Estado, ao abrigo dos artigos 109.º, n.º 3, 110.º, n.º 4, 111.º, n.º 3, do CP, quando não seja possível a apropriação em espécie dos instrumentos, dos produtos e das vantagens do facto ilícito típico.

3. Quer a apreensão enquanto medida de garantia processual da perda de bens a favor do Estado quer o *arresto preventivo* são meios processuais de garantia patrimonial que acautelam a efetividade da decisão judicial final e ambos prosseguem, por isso, a finalidade processual penal de realização da justiça. Não se confundem, porém, entre si.

No que se refere à apreensão, porque garante patrimonialmente o eventual decretamento da perda de produtos e vantagens de facto ilícito típico, o que está em causa imediatamente é ainda uma *consequência jurídica do crime*, independentemente da questão de saber qual a natureza jurídica de tal perda a favor do Estado (pena acessória, providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança ou uma qualquer outra categoria dentro da panóplia

11 Cf. CORREIA (2015), p. 523.

das reações penais¹²). Do que se trata imediatamente é de uma consequência jurídica relevante de facto ilícito típico, do ponto de vista da prevenção de certas formas de criminalidade, inserida na intenção político-criminal de combate ao *lucro ilícito* e no propósito de fazer do crime algo que não compense. A apreensão incide, por isso, exclusivamente, sobre *bens* que sejam produto ou correspondam a vantagens de facto ilícito típico.

Já no que toca ao arresto preventivo, o que está em causa é garantir patrimonialmente determinados *pagamentos* que são devidos ao Estado (pagamento da pena pecuniária, das custas do processo, de qualquer outra dívida para com ele relacionada com o crime ou do valor dos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico) ou que são devidos ao lesado (pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime). Diferentemente do que sucede com a apreensão enquanto medida de garantia processual da perda de bens, o arresto preventivo serve para garantir o cumprimento efetivo de *obrigações patrimoniais* que venham a constar da decisão final condenatória proferida em processo penal. E, assim sendo, também responde por tais obrigações o património lícito de quem seja condenado ao seu cumprimento. É assim ainda que se trate do *pagamento* da pena pecuniária. Não obstante a pena de multa não ser propriamente um direito de crédito do Estado contra o condenado, porque é uma autêntica pena criminal, o que é facto é que, no âmbito restrito da efetividade do seu cumprimento, é necessário acautelar o pagamento da quantia em causa, por dele depender a eficácia político-criminal desta sanção. Para este efeito e à semelhança do que também sucede no âmbito do pagamento coercivo (artigos 49.º, n.º 1, do CP e 491.º, n.os 1 e 2, do CPP), o Estado assume o papel de credor do condenado, sendo a pena pecuniária enquadrada legalmente como uma *dívida* para com o Estado relacionada com o crime. O artigo 245.º, n.º 2, alínea c), do CIRE, refere, explicitamente, os créditos por multas. É também assim ainda que se trate do *pagamento* do valor correspondente aos instrumentos, aos produtos e às vantagens do facto ilícito típico. Também quanto a esse valor é necessário acautelar o seu pagamento, por dele depender a eficácia político-criminal da perda de bens no combate ao lucro ilícito. Para este efeito, o Estado assume-se como credor de um tal valor, sendo este enquadrado legalmente como uma *outra dívida* para com o Estado relacionada com o crime (além da pena pecuniária e das custas do processo que prevê expressamente). O paralelismo das situações é tal que o legislador estabelece mesmo que é correspondentemente aplicável ao pagamento do valor correspondente àqueles instrumentos, produtos e vantagens o disposto

12 Sobre isto e mais amplamente no sentido da natureza não penal da perda de bens, SILVA DIAS, A. (2010), pp. 39 e ss., CAEIRO (2011), pp. 306 e ss., CORREIA (2012), pp. 113 e s., CUNHA (2017), pp. 17 e ss., e BORGES (2017), pp. 222 e ss.

quanto ao pagamento deferido ou a prestações da pena de multa (artigo 112.º, n.º 1, do CP).

4. O legislador previu *dois meios processuais distintos* para garantir a execução efetiva da decisão judicial final: a apreensão, no que se refere à *perda de instrumentos, produtos e vantagens* de facto ilícito típico que venha a ser declarada; as medidas de garantia patrimonial, onde se inclui o arresto preventivo, relativamente às *obrigações patrimoniais* (aos pagamentos) que venham a ser determinadas na mesma decisão. Esta distinção tem consequências inultrapassáveis.

Na medida em que a aplicação das medidas de garantia patrimonial está sujeita aos princípios da legalidade e da necessidade, consagrados nos artigos 191.º, 1, e 193.º, 1, do CPP, o arresto preventivo só pode ser aplicado em função das exigências processuais de natureza cautelar que o legislador prevê no artigo 227.º do CPP. Só pode ser aplicado para garantir o pagamento da pena pecuniária, das custas do processo, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, do valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens do facto ilícito típico que não possam ser apropriadas em espécie, da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime.

Por outro lado, uma vez que é clara a distinção processual penal entre apreensão e arresto preventivo, o intérprete está vinculado, para todos os efeitos, à distinção que resulta da lei, sob pena de violação do princípio da legalidade. Ao distinguir, de forma clara, o âmbito de aplicação destes dois meios processuais, o legislador processual penal confere às expressões “apreensão” e “arresto” um sentido específico, nomeadamente quanto ao objeto de uma e de outro. Não é, por isso, legalmente admissível que se confundam tais meios processuais a partir da verificação de que quer num caso quer noutra os bens são “apreendidos”. A circunstância de os bens arrestados serem *apreendidos* judicialmente, segundo o disposto no artigo 391.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, em nada se repercute na distinção processual penal entre apreensão e arresto preventivo. De resto, a norma do processo civil limita-se a dizer que o arresto consiste numa apreensão judicial de bens, incidindo estritamente sobre a execução da medida.

5. Voltando à questão posta inicialmente: a ressalva constante do artigo 149.º, n.º 1, alínea a), do CIRE (*apenas dos que hajam sido apreendidos por virtude de infração, quer de carácter criminal quer de mera ordenação social*) aplica-se também aos bens que tenham sido objeto de um arresto preventivo, ao abrigo do artigo 228.º do CPP, ou apenas aos bens que tenham sido apreendidos, ao abrigo dos artigos 178.º e ss. do mesmo Código?

A resposta só pode ser a de que a ressalva relativamente aos bens “que hajam sido apreendidos por virtude de infração, quer de carácter criminal quer de mera ordenação social” não se aplica aos bens que tenham sido objeto de um arresto preventivo ao abrigo do artigo 228.^º do CPP. A ressalva apenas diz respeito aos bens que tenham sido apreendidos ao abrigo dos artigos 178.^º e ss. do mesmo Código, podendo ser aduzidos vários argumentos além dos que decorrem do que já expusemos.

5.1. O teor literal da parte final do artigo 149.^º, n.^º 1, alínea a), fornece claro apoio para a posição defendida: a ressalva ali encontrada diz respeito apenas aos bens que tenham sido apreendidos. A utilização naquela norma da palavra “apenas” é algo que mostra a clara intenção da lei em só abranger na exceção os casos em que tenha havido apreensão.

Além de que o próprio artigo 149.^º, n.^º 1, alínea a), determina que a apreensão a ter lugar no processo de insolvência abrange os bens que tenham sido “arrestados, penhorados, ou por qualquer forma apreendidos ou detidos, seja em que processo for” (itálico aditado). Ou seja: um bem *arrestado seja em que processo for* não deixa de ser depois apreendido no âmbito da insolvência. Isto mostra igualmente que a intenção da lei é a de apenas incluir na ressalva da parte final da alínea a) do artigo 149.^º, n.^º 1, os casos em que tenha havido verdadeira apreensão por virtude de infração de carácter criminal: é esse o caso da apreensão prevista nos artigos 178.^º e ss. do CPP; mas já não é assim quanto aos bens que tenham sido objeto de um arresto preventivo ao abrigo do artigo 228.^º do CPP. Os bens arrestados em arresto preventivo ao abrigo do artigo 228.^º são apreendidos enquanto bens integrantes da massa insolvente ao abrigo do artigo 149.^º, n.^º 1, alínea a), e o mesmo sucede com os bens arrestados ao abrigo do artigo 10.^º da Lei da criminalidade organizada e económico-financeira.

Sublinhe-se ainda que na parte inicial da alínea a) do artigo 149.^º, n.^º 1, surgem mencionados tanto os bens arrestados, como os bens apreendidos: uns e outros são, em regra, apreendidos para a massa insolvente. Na parte final da mesma alínea a) apenas são excluídos os bens apreendidos por virtude de infração criminal ou de mera ordenação social: isso mostra bem que estes últimos não incluem os de qualquer forma arrestados. É bem evidente que para o legislador um arresto e uma apreensão não se devem confundir, apresentando-os, por isso, separadamente na parte inicial daquela alínea a). Para o legislador o CPP distingue a apreensão, prevista nos artigos 178.^º e ss., da medida de garantia patrimonial *arresto preventivo*, prevista no artigo 228.^º E que uma tal distinção é relevante em geral, nomeadamente, no Regime Geral das Contraordenações, onde se prevê exclusivamente a apreensão de objetos

(artigo 48.º-A), no regime jurídico dos crimes contra a economia e contra a saúde pública, onde se distingue a *apreensão de bens* (artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro) do *arresto preventivo* (artigo 49.º deste diploma) e no diploma sobre criminalidade organizada e económico-financeira, onde o *arresto* serve para garantir o *pagamento do valor* correspondente à diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito (artigos 7.º e 10.º da Lei n.º 5/2002).

5.2. Além da letra da lei pode ser também convocado o elemento *interpretativo sistemático*. De acordo com o artigo 36.º, alínea g), do CIRE, a sentença de declaração de insolvência decreta, em regra, a “apreensão, para imediata entrega ao administrador da insolvência, [...] de todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos [...].” Mais uma vez, os bens arrestados não são confundidos com os bens “por qualquer forma apreendidos”. A distinção está bem marcada. O que mostra igualmente que a ressalva da parte final do artigo 149.º, n.º 1, alínea a), deve ser lida como abrangendo apenas os casos em que existe verdadeira apreensão “por virtude de infração, quer de carácter criminal quer de mera ordenação social”: ou seja, os casos previstos nos artigos 178.º e ss. do CPP e não aqueles em que apenas existe arresto preventivo ordenado ao abrigo do artigo 228.º desse Código ou do artigo 10.º da Lei da criminalidade organizada e económico-financeira.

5.3. Diga-se, ainda, que de um ponto de vista teleológico o que faz sentido é ressalvar apenas os bens que tenham sido apreendidos ao abrigo do artigo 178.º do CPP: os instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de facto ilícito típico, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova. Os bens que servem a função dupla da apreensão de *meio de obtenção da prova* e de *garantia processual da perda de bens a favor do Estado* e que, de algum modo, se ligam diretamente ao facto ilícito típico. Já assim não será, porém, quanto a bens que são arrestados para garantir o cumprimento efetivo de uma obrigação patrimonial, ainda que mediatamente relacionada com um facto ilícito típico (ou com determinada atividade criminosa).

Dito de outra forma: são ressalvados apenas os bens que são apreendidos em virtude de *infração criminal*, porque se tem em vista a prova de uma infração e o decretamento de uma *consequência jurídica da infração – a perda de bens*. Estes bens – e não outros – é que não são apreendidos para a massa insolvente, precisamente porque são apreendidos para a prossecução de finalidades diretamente atinentes ao processo penal e ao direito penal.

6. Sem prejuízo de tudo o que foi dito relativamente ao direito vigente quanto à necessária distinção entre *apreensão* e *arresto preventivo*, entendemos que do ponto de vista do direito a constituir a melhor solução é a de não diferenciar meios processuais consoante esteja em causa garantir a efetividade da decisão judicial de perda em espécie – *apreensão* – ou garantir a efetividade da decisão judicial de perda do valor – caução económica ou *arresto preventivo*. Por outro lado, a melhor solução é a de a *apreensão* não ser, simultaneamente, um meio de obtenção da prova e uma garantia processual da perda dos produtos ou das vantagens de facto ilícito típico, desde logo porque prosseguem finalidades distintas: a *apreensão* que é meio de obtenção da prova serve a finalidade processual penal de descoberta da verdade ao passo que a *apreensão* que é garantia processual da perda serve a finalidade de realização da justiça¹³. A opção político-criminal que se nos afigura correta é a da previsão legal de meios processuais específicos que garantam a efetividade da decisão final quer se trate de decisão de perda em espécie, por apropriação dos produtos ou das vantagens do crime, quer se trate de decisão de perda de valor, por pagamento do valor correspondente aos produtos ou vantagens ou do valor do património do arguido não congruente com os seus rendimentos lícitos.

A não diferenciação teria ainda a vantagem de integrar na competência reservada do juiz a aplicação desses meios processuais. Dada a diferenciação de regimes da *apreensão* de bens e da *caução económica* e *arresto preventivo*, compete ao *juiz* aplicar estas duas medidas de garantia patrimonial [artigos 194.º, n.º 1, e 268.º, n.º 1, alínea b), do CPP] e à *autoridade judiciária* autorizar, ordenar ou validar a *apreensão* de bens (artigo 178.º, n.º 3, do CPP), quando a *apreensão* de produtos ou vantagens do crime é matéria da competência reservada do juiz¹⁴. É uma restrição ao direito fundamental de propriedade privada, consagrado na Constituição da República Portuguesa, na parte em que garante a todos o *direito à transmissão em vida ou por morte da propriedade privada* (artigo 62.º, n.º 1) e é, por isso, um ato da *competência reservada do juiz*, por força do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da CRP. Não colhe aqui o entendimento de que a tutela constitucional do direito de propriedade é apenas a tutela da “propriedade lícita”, uma vez que só no processo penal ainda em curso se decidirá em definitivo se os bens em causa são ou não produto ou vantagem de facto ilícito típico, gozando o arguido até ao trânsito em julgado da decisão condenatória do direito de ser presumido inocente (artigo 32.º, n.º 2, da CRP).

Em decisão recente – Acórdão n.º 387/2019, já referido – o TC entendeu, todavia, por maioria, não julgar constitucional a norma que atribui ao Ministério

13 Assim ANDRADE/ANTUNES (2017a), pp. 360 e ss., com referências a outros ordenamentos jurídicos.

14 Neste sentido e sobre isto, ANDRADE/ANTUNES (2017a), pp. 365 e ss.

Público competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão dos produtos ou das vantagens de facto ilícito típico. O Tribunal enquadrou a apreensão que garante a perda de bens a favor do Estado nos limites imanentes ao direito de propriedade privada e entendeu que, ainda que se tratasse de uma restrição do direito fundamental de propriedade privada seria sempre constitucionalmente justificada, pois é suficiente que os titulares dos produtos ou vantagens apreendidos possam requerer ao juiz a modificação ou revogação da medida. Por outras palavras, para o TC a possibilidade de a medida ser modificada ou revogada pelo juiz a requerimento dos titulares dos bens é suficiente para cumprir a exigência constitucional de reserva de juiz, caso se entenda que a apreensão constitui uma restrição ao direito de propriedade privada.

Para nós, a possibilidade de requerer a modificação ou revogação da medida de apreensão não cumpre a exigência constitucional de *reserva de juiz*¹⁵. Quando a CRP reserva ao juiz os atos que no processo penal se prendam diretamente com os direitos fundamentais, a norma constitucional visa a *tutela preventiva* desses direitos e não uma intervenção judicial posterior. Além de que o processo penal português não segue o modelo de controlo pelo juiz da atuação do Ministério Público na fase de investigação (fase de inquérito). Na fase de inquérito, dirigida pela magistratura do Ministério Público que é autónoma da magistratura judicial (artigo 219.º da CRP e 53.º e 263.º do CPP), cabe ao juiz de instrução, no papel de juiz das liberdades, praticar, ordenar e autorizar atos que se prendam diretamente com os direitos fundamentais (artigos 32.º, n.º 4, da CRP e 17.º, 268.º e 269.º do CPP). Cabe-lhe praticar, ordenar e autorizar atos materialmente judiciais, atos que são de atuação preventiva e que são, por isso, distintos dos de modificação ou revogação que são atos de atuação *a posteriori*.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa / ANTUNES, Maria João, 2017a, "Da apreensão enquanto garantia processual penal da perda de vantagens do crime", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 4005, pp. 360-370.
- ANDRADE, Manuel da Costa / ANTUNES, Maria João, 2017b, "Da natureza processual penal do arresto preventivo", *Revista Portuguesa de Ciéncia Criminal*, Ano 27, pp. 135-155.
- ANTUNES, Maria João, 2018, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina.

15 Note-se que a exigência de reserva de juiz não decorre da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Sobre isto, ANTUNES (2020), pp. 594 e ss.

- ANTUNES, Maria João, 2020, "Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho português". In *Decomiso e Recuparación de Activos. Crime doesn't pay*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 587-602.
- BORGES, Francisco, 2017, "Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade". In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 215-238.
- CAEIRO, Pedro, 2011, "Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento 'ilícito')", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, pp. 267-321.
- CORREIA, Conde, 2012, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda.
- CORREIA, Conde, 2015, "Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, pp. 505-543.
- CUNHA, Damião da, 2002, *Perda de Bens a Favor do Estado. Artigos 7.º-12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários.
- CUNHA, Damião da, 2017, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Porto, Universidade Católica Editora.
- DIAS, Silva, 2010, "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito", In *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, pp. 23-47.
- SANTIAGO, Rodrigo, 2003, "As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal de 1987". In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1521-1554.
- SILVA, Germano Marques da, 2011, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa, Verbo.