

ACÓRDÃO N.º 387/2019

Processo n.º 383/18

1.ª Secção

Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional,**I – Relatório**

1. No âmbito do incidente previsto no artigo 178.º, n.º 7, do Código de Processo Penal (CPP), que constitui o apenso designado pela letra “A” dos autos de instrução n.º 121/13.0TELSB do Tribunal Central de Instrução Criminal, vieram as requerentes – A. Lda., B., Lda., C., Lda., D., Lda., E., Lda., F., Lda., e G., Lda., – requerer a revogação da medida de apreensão dos bens decretada pelo Ministério Público.

Com efeito, por despacho do Ministério Público (MP) datado de 14 de julho de 2017, na sequência do encerramento do inquérito, foi decidido determinar, ao abrigo do disposto no artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, a apreensão de nove imóveis, por o MP ter considerado que estes seriam produto dos crimes investigados no âmbito dos autos e se encontrarem em nome das empresas que foram utilizadas para branquear o recebimento de fundos vindos de Angola, mais precisamente da H..

Tomando conhecimento do registo da apreensão dos bens imóveis de sua propriedade e do respetivo despacho do Ministério Público, vieram as requerentes, nos termos e para os efeitos do artigo 178.º, n.º 7, do CPP, requerer a revogação da medida de apreensão dos bens. Para fundamentar este pedido alegaram, entre outros fundamentos, que ao proferir o referido despacho, através do qual decretou a apreensão dos imóveis, o Ministério Público usurpou uma competência constitucional e exclusiva do juiz de instrução, em violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Invocaram, assim, que «o artigo 178.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, quando interpretado no sentido de ser da competência do Ministério Público autorizar, ordenar ou validar a apreensão de bens que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, no intuito de garantir a sua posterior perda a favor do Estado, redundando em norma materialmente inconstitucional, por violação dos artigos 1.º, 2.º, 17.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.ºs 1 e 4, e 62.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa».

Por decisão proferida no Tribunal Central de Instrução Criminal, o Mmo. juiz *a quo*, decidindo a final, julgou procedente a pretensão das requerentes, ordenando o levantamento das apreensões dos aludidos imóveis, nos moldes seguintes:

«Decisão

Pelo exposto decide este Tribunal em julgar procedente o incidente judicial previsto no artigo 178.º, n.º 6, do CPP e, em consequência:

1 – Ao abrigo do disposto no artigo 62.º, 202.º, 280.º n.º 1, al. a), da CRP, julgar verificada a inconstitucionalidade do artigo 178.º, n.º 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, por violação do artigo 32.º, n.º 4, da CRP.

Julgar verificada a inexistência jurídica da decisão do M.^oP.^o e ordenar o levantamento imediato da apreensão dos imóveis em causa.

2 – Declarar a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 178.^o, n.^o 9 e 10, do CPP, na interpretação de que não é obrigatória a audição de uma pessoa coletiva, terceira em relação ao procedimento criminal em curso, sem que esteja verificada a impossibilidade dessa audição.

Julgar que a falta de audição do interessado, no inquérito, de pessoa não arguida no processo contra quem é requerida a apreensão de bens com vista à sua perda a favor do Estado, suposta a não inviabilidade da sua notificação para o respetivo ato, constitui a nulidade relativa prevista no artigo 120.^o, n.^o 2, alínea d), do CPP e declarar, em consequência, a nulidade do despacho que decretou a apreensão dos imóveis supra identificados com o consequente levantamento da apreensão.

3 – Julgar verificada a irregularidade, por falta de fundamentação, do despacho do M.^oP.^o que decretou a apreensão dos imóveis das requerentes, constante de fls. 42 a 52 e, em consequência, dar o mesmo sem efeito.

4 – Determinar o cancelamento do registo da apreensão quando aos imóveis supra identificados, nos termos do artigo 13.^o do Código de Registo Predial.

Notifique.

Comunique à Conservatória do Registo Predial.

Dê conhecimento ao Gabinete de Administração de Bens».

2. Nesta sequência, o Ministério Público interpôs dois recursos obrigatórios para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 70.^o, n.^o 1, alínea *a*), da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), constituindo o objeto do primeiro a parte que julgou «verificada a inconstitucionalidade do artigo 178.^o, n.^o 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, por violação do artigo 32.^o, n.^o 4, da CRP» (cfr. fls. 529) e como objeto do segundo a parte que «declarou a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 178.^o, n.^o 9 e 10, do CPP, na interpretação de que não é obrigatória a audição de uma pessoa coletiva, terceira em relação ao procedimento criminal em curso, sem que esteja verificada a impossibilidade dessa audição» (cfr. fls. 530).

3. Por despacho de 26 de abril de 2018, proferido pelo tribunal *a quo*, foram os recursos interpostos admitidos, com atribuição de efeito meramente devolutivo. Mais se consignou que «dado que o eventual recurso ordinário apenas terá efeito meramente devolutivo e dado que o recurso perante o Tribunal Constitucional apenas tem efeito devolutivo, conforme admite o próprio recorrente, cumpra-se de imediato a decisão proferida neste incidente».

4. Prosseguindo os autos para alegações apenas quanto ao primeiro recurso (uma vez que na parte respeitante à questão colocada no segundo recurso se considerou não existir uma recusa efetiva para efeito da admissibilidade do recurso previsto na alínea *a*) do n.^o 1 do artigo 70.^o da LTC, o que determina a sua inadmissibilidade nessa parte), o Ministério Público apresentou alegações, concluindo do seguinte modo:

«V – Conclusões

71. O **Ministério Público** interpôs, em **26 de Abril de 2018**, a **fls. 529** dos autos supra-epigrafados, **recurso obrigatório**, para este **Tribunal Constitucional**, do teor da douta **decisão de fls. 487 a 525**, proferida no **Processo n.º 121/13.0TELSB-A**, pelo **Tribunal Central de Instrução Criminal**, “(...) nos termos dos artigos 280.^o, n.^o 1, al. a), da Constituição da República Portuguesa, 70.^o, n.^o 1, alínea a), 71.^o, n.^o 1, 75.^o-A, 76.^o, 78.^o, n.^o 5, e 79.^o da Lei n.^o 28/82, de 15 de novembro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.^o 143/85, de 26/11, n.^o 85/89, de 07/97, n.^o 88/95 de 01/09, n.^o 13-A/98 de 26/02, Lei Orgânica n.^o 1/2011, de 30/11, Lei Orgânica n.^o 5/2015, de 10/04, Lei Orgânica n.^o 11/2015, de 28/08 e Lei Orgânica n.^o 1/2018, de 19/04”.

72. Este recurso tem por objeto a *“decisão proferida a fls. 502, na parte em que o Mm.º JIC refere “Nesta conformidade, a abrigo do disposto no artigo 62.º, 202.º, 280.º, n.º 1, al. a), da CRP, julgo verificada a inconstitucionalidade do artigo 178.º, n.º 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime (...)”*.
73. O parâmetro constitucional cuja violação foi invocada na douda decisão recorrida, e que fundamentou o juízo de inconstitucionalidade, encontra-se corporizado no **artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa**.
74. O presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade foi admitido pelo **douto despacho de fls. 531 a 533** dos autos supra-referenciados, tendo-lhe sido fixado, pelo Mm.º juiz recorrido, **efeito meramente devolutivo**.
75. Todavia, a fundamentação que conduziu o Mm.º julgador *“a quo”* a esta decisão apenas atendeu, quanto à matéria dos efeitos e regime de subida, ao disposto no Código de Processo Penal, tendo ignorado as normas específicas constantes da **Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional** que, no **n.º 4 do seu artigo 78.º**, determina que, com exceção das situações previstas nos restantes números (inaplicáveis no caso vertente) *“o recurso tem efeito suspensivo e sobe nos próprios autos”*.
76. Ora, uma vez que, por força do disposto no **n.º 3 do artigo 76.º da referida Lei n.º 28/82, de 15 de novembro**, o **Tribunal Constitucional** não se encontra vinculado pela decisão do tribunal *“a quo”* que fixou ao recurso efeito meramente devolutivo e que as partes só nas alegações podem impugnar tal decisão, **vem o recorrente – Ministério Público – reiterando o anteriormente invocado a fls. 528 destes autos, requerer que ao recurso seja atribuído o efeito suspensivo da decisão impugnada**.
77. Antes de analisarmos a questão substantiva trazida ao conhecimento do **Tribunal Constitucional**, não poderemos deixar de apontar e enfatizar um conjunto de equívocos e ambiguidades que maculam o doudo despacho recorrido, inquinando o seu *iter* decisório e dificultando, concomitantemente, o desempenho da tarefa processual atribuída ao **Ministério Público**.
78. Efetivamente, a norma jurídica infraconstitucional desaplicada pela douda decisão impugnada (bem como a fundamentação que a sustenta, melhor exemplificada a fls. 501) resulta da conjugação entre os **n.ºs 1** (na versão anterior a 31 de maio de 2017) e **3** (na versão, apesar de não modificada, em vigor a partir de 31 de Maio de 2017) do **artigo 178.º do Código de Processo Penal** e **é julgada inconstitucional na medida em que “defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime”**, numa formulação idêntica à que constava do **n.º 1 do artigo 178.º do Código de Processo Penal**, até à sua revogação em 31 de maio de 2017, e distinta da que vigora presentemente (e que vigorava à data da prolação da douda decisão recorrida).
79. Ora, lembrando que **não cabe ao Tribunal Constitucional sindicat a aplicação, por parte dos tribunais recorridos, do direito infraconstitucional** não deverá, ainda assim, ignorar que a norma jurídica que constitui objeto do presente recurso e cuja aplicação foi recusada, por inconstitucionalidade, resulta da conjugação antijurídica entre os conteúdos de duas disposições legais, uma das quais já revogada e, consequentemente, já não vigente, (devendo tal realidade refletir-se na decisão a tomar) daí se retirando consequências jurídicas que, em tese, poderão chegar à decisão de não conhecimento do recurso.
80. A matéria que agora é trazida ao conhecimento do **Tribunal Constitucional**, na aparentemente incongruente formulação acima identificada, já dele mereceu apreciação e decisão, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, no âmbito do seu doudo **Acórdão n.º 7/87**.
81. Nele, o **Tribunal Constitucional**, colocado perante a mesma questão jurídico-constitucional agora suscitada pelo Mm.º Juiz *“a quo”* e suportada pelas mesmas disposições e normas jurídicas, não hesitou

em não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma contida no **n.º 3 do artigo 178.º do Código de Processo Penal** - decisão cuja fundamentação contemplou, igualmente, a relevância do conteúdo do **n.º 1 da mesma disposição legal – com referência aos mesmos parâmetros constitucionais**, decisão que se mantém totalmente atual.

82. Todavia, sem prejuízo da conclusão obtida, e sendo certo que a realidade normativa sobre a qual recaiu o **juízo de não inconstitucionalidade** proferido no douto **Acórdão n.º 7/87** não se distingue da que constitui objeto do presente recurso, admitimos, ainda assim, e por hipótese meramente académica, que se pondere se a inferência alcançada poderia, por razões de contexto, revelar-se obsoleta.
83. A primeira dimensão a considerar dimana da distinção preambular, que impregna todo o despacho recorrido, entre a apreensão enquanto meio de obtenção de prova e a apreensão enquanto garantia de efetivação da eventual perda de objetos a favor do Estado privação definitiva de bens, ambas sediadas legalmente no **n.º 1 do artigo 178.º do Código de Processo Penal**.
84. Quanto a ela, concluímos que, sendo a redação do preceito sobre a qual incidiu o juízo do **Tribunal Constitucional**, plasmado no douto **Acórdão n.º 7/87**, idêntica à desaplicada pelo Mm.º Juiz “*a quo*” e sendo sobejamente conhecido o tema da dupla natureza da apreensão em sede processual penal, aquele **Tribunal ponderou todas as dimensões do problema e se pronunciou pela não inconstitucionalidade** em termos que mantêm a sua atualidade porque não erodidos pelo tempo.
85. Uma outra dimensão contextual suscetível de, hipoteticamente, perturbar a atualidade do decidido pelo **Tribunal Constitucional** no douto **Acórdão n.º 7/87**, brota da evolução doutrinária do próprio **Tribunal** e das consequências que o apuramento conceptual e o progresso teórico podem exercer sobre os concretos juízos de constitucionalidade.
86. O **Tribunal Constitucional**, no mencionado **Acórdão n.º 7/87**, para concluir que o direito garantido pelo disposto no **n.º 1 do artigo 62.º, da Constituição da República Portuguesa**, ou seja, o **direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte**, recorreu ao conceito de limites imanescentes de direitos fundamentais, considerando que, no caso sob escrutínio, “*a apreensão de objetos em processo penal nos casos referidos não pode deixar de considerar-se como um limite imanescente desse direito*”.
87. Ora, sendo certo que o **Tribunal Constitucional** tem vindo a abandonar a conceção dos direitos fundamentais enquanto direitos cujo conteúdo se encontra originariamente circunscrito e pré-determinado por limites intrínsecos substituindo-a pela conceção dos direitos fundamentais como princípios, entendidos como mandados de otimização, os quais, quando em colisão com outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos devem ceder proporcionalmente de acordo com juízos de ponderação, afigura-se-nos, ainda assim, que tal mudança de paradigma se revela inócua no que à aplicabilidade ao caso vertente da solução jurídica encontrada no douto **Acórdão n.º 7/87** concerne.
88. Ou seja, a avaliação da conformidade constitucional decorrente da compressão que o **direito à propriedade privada**, protegido, nas suas vertentes de consagração da existência e de garantia da faculdade de disposição, pelo disposto no **n.º 1 do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa**, sofre em resultado da consideração dos limites imanescentes que o condicionam por força da aplicação do disposto, conjugadamente, nos **n.ºs 1 e 3 do artigo 178.º do Código de Processo Penal**, em nada difere da que resulta da colisão entre ele e os interesses constitucionalmente protegidos supra-mencionados, a saber, os interesses na promoção da paz social e da paz jurídica, na segurança de pessoas e bens, na realização e eficácia da justiça e no exercício da ação penal.
89. Assim, também nesta dimensão contextual, há que concluir que a interpretação normativa desaplicada pelo douto tribunal “*a quo*” se não revela violadora de quaisquer princípios constitucionais, nomeadamente do plasmado no **n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa**.
90. Uma terceira dimensão contextual que deveremos considerar prende-se com a evolução do quadro normativo-legal ocorrida entre o momento em que foi publicada a versão original do Código de

Processo Penal, aprovada pelo **Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro**, a preventivamente apreciada pelo douto **Acórdão n.º 7/87** e o momento em foi proferida a decisão judicial agora impugnada.

91. Nela à que observar que, apesar de estar adquirido, por via do decidido pelo **Tribunal Constitucional** no douto **Acórdão n.º 7/87**, que a norma contida no **n.º 3 do artigo 178.º do Código de Processo Penal**, nas redação e contexto legal resultantes da entrada em vigor do **Decreto-Lei n.º 78/87, de 27 de fevereiro**, não violava quaisquer princípios ou regras constitucionais, considerou o legislador ordinário que se revelava mais prudente consagrar expressamente um especial meio processual de participação judicial que garantisse, indubitavelmente, o **princípio da jurisdicionalidade na tutela dos direitos fundamentais**, *maxime* do **direito à propriedade privada**, o que veio a concretizar através da introdução - por via das publicações das **Leis n.ºs 59/98, de 25 de Agosto e 30/2017, de 30 de maio** - dos atuais **n.ºs 7, 8 e 9 do artigo 178.º do Código de Processo Penal**.
92. Neles, consagrou o legislador ordinário o expedito meio processual de suscitação, perante a apreensão de instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos, em sede processual penal, da intervenção de um juiz com vista à **modificação ou revogação da medida autorizada, ordenada ou validada por despacho do Ministério Público**.
93. Esta intervenção judicial, a impulso do arguido ou de qualquer outro titular dos instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos apreendidos, à qual se pode o Ministério Público opor, no prazo de 10 dias, aprofunda, assim, a garantia de judicialização da tutela do direito de propriedade, inquestionavelmente comprimido por quaisquer atos de apreensão, quer para fins de natureza probatória, quer com o intuito de assegurar o seu futuro perdimento a favor do Estado.
94. Ou seja, também nesta dimensão contextual se verifica que as alterações introduzidas pelo legislador ordinário não só não debilitaram as **garantias de defesa dos direitos fundamentais** como, prudentemente, as aprofundaram e clarificaram, assegurando, formal e expressamente, a célere intervenção de um juiz para decisão da manutenção, modificação ou revogação dos constrangimentos processualmente impostos ao exercício de faculdades contidas no **direito à propriedade privada**.
95. Assim, por força da argumentação acabada de expender, entendemos que não se verifica a violação, por parte da **norma jurídica contida no artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime**, do parâmetro constitucional corporizado no **artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa**.
96. Consequentemente, em presença de tudo o ora explanado, entende o **Ministério Público** que deverá ser tomada decisão no sentido de **não julgar inconstitucional a norma jurídica contida no artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime** e, consequentemente, de ser **concedido provimento ao presente recurso**».

5. Notificadas, as recorridas apresentaram contra-alegações, concluindo do seguinte modo:

«Questão prévia: do efeito do presente recurso de constitucionalidade

A. A pretensão sustentada pelo Ministério Público quanto à determinação de efeito suspensivo ao presente Recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade não encontra respaldo nas normas reguladoras dos efeitos de recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade em processo penal, nem tão-pouco traduz uma perfeita compreensão das particularidades do caso vertente, mormente sob o prisma da utilidade da decisão a proferir.

B. É falso que o Tribunal *a quo*, na determinação do efeito meramente devolutivo ao presente Recurso, não tenha sopesado e aplicado as normas da LTC que regulam essa matéria, como aliás se alcança da fundamentação do respetivo despacho.

C. A atribuição de efeito meramente devolutivo é inatacável porque — tal como sustentou o Tribunal *a quo* — o Recurso interposto pelo Ministério Público preenche a previsão da norma estabelecida no artigo 78.º, n.º 2, da LTC: da decisão agora *sub judice* cabia recurso ordinário (artigo 399.º do Código de Processo Penal), sendo que o Ministério Público optou por o não interpor.

D. Com efeito, uma vez que esse eventual recurso ordinário nunca seria subsumível a qualquer um dos casos previstos no artigo 408.º do Código de Processo Penal, o mesmo só poderia ter efeito meramente devolutivo, o que implica a atribuição do mesmo efeito ao presente Recurso de constitucionalidade nos termos da LTC.

E. Tal conclusão é igualmente consentânea com uma interpretação teleológica do regime dos recursos: o Código de Processo Penal visa a atribuição de efeito suspensivo às decisões que operem uma restrição a direitos, liberdades e garantias, sendo que a decisão *a quo* não só não os restringiu, como os protegeu, uma vez que ordenou o levantamento imediato das apreensões.

F. Razão pela qual se extrai dos artigos 78.º, n.º 2, da LTC e 408.º do Código de Processo Penal que a decisão do Tribunal *a quo*, no sentido de atribuir efeito meramente devolutivo ao recurso do Ministério Público, não merece qualquer reparo.

G. Mesmo que não se reconheça esta solução, cumpre acrescentar, a título subsidiário, que a atribuição do efeito meramente devolutivo ao presente Recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade sempre seria justificada pela aplicação do artigo 78.º, n.º 5, da LTC, uma vez que a eventual atribuição de efeito suspensivo seria, no caso vertente, absolutamente inútil.

H. E assim é porque a decisão *a quo*, ao concluir pela ilegalidade da apreensão decretada pelo Ministério Público, não o fez unicamente por referência à inconstitucionalidade agora *sub judice*, tendo decidido também pela nulidade e ausência de fundamento substantivo para a referida medida de apreensão — o que equivale a dizer que mesmo que a presente instância constitucional conclua por um juízo de conformidade constitucional, ainda assim, a decisão *a quo* sempre se manterá quanto ao seu sentido útil.

I. Assim, independentemente do sentido do Acórdão a proferir por este Venerando Tribunal Constitucional, é incontestável que a apreensão dos bens não poderá ser mantida.

J. Pelo que, subsidiariamente, também pela aplicação do disposto no artigo 78.º, n.º 5, da LTC, deverão V. Exas. manter o efeito meramente devolutivo do presente recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade.

Ponto de ordem: da norma resultante da redação dos artigos 178.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal desaplicada pela decisão recorrida

K. Ao contrário do que defende o Ministério Público nas suas Alegações, a Lei n.º 30/2017 não veio alterar o teor da norma agora sindicada junto deste Tribunal Constitucional, muito menos nos termos agora sob fiscalização.

L. Esta posição do Ministério Público tem por único e exclusivo fundamento uma passagem da decisão *a quo* na qual, entre citações doutrinárias, cita erradamente o n.º 1 do artigo 178.º do Código de Processo Penal, quando é certo que logo de seguida o Tribunal recorrido identifica corretamente a Lei n.º 30/2017.

M. De resto, a Lei n.º 30/2017 não efetuou qualquer alteração à redação do n.º 3 do referido artigo 178.º do Código de Processo Penal.

N. Em rigor, a única alteração legal reconduz-se a uma modificação conceptual no n.º 1 daquele artigo, o que equivale a dizer que é uma alteração que não se projeta sobre este segmento da norma em análise nos presentes autos, tratando-se, apenas e tão-só, de uma *reformulação linguística*.

O. Ainda que se pretenda extrair dessa mera *reformulação linguística* uma mudança de paradigma com influência na questão *sub judice*, sempre haverá que dizer que a mesma, por conferir uma maior amplitude interpretativa do que a redação anterior, só vem reforçar a norma de competência do Ministério Público agora em análise.

P. Acresce que, revelando uma clara contradição argumentativa, o Ministério Público (i) recorre, no seu despacho de apreensão — que é posterior à entrada em vigor da Lei n.º 30/2017 — à expressão que, segundo vem agora alegar, traduziria uma realidade normativa distinta no que respeita à sua competência para ordenar apreensões, e (ii) vem até considerar, nas suas Alegações, que, à data do Acórdão deste Tribunal Constitucional sob o n.º 7/87, de 9 de Janeiro de 1987, “*a realidade normativa sobre a qual recaiu o juízo de não inconstitucionalidade proferido no douto Acórdão n.º 7/87 não se distingue da que constitui objecto do presente recurso [...]*”.

Q. Assim, nem o Tribunal *a quo* cometeu qualquer erro na apreciação dos artigos legais em vigor à data, nem a Lei n.º 30/2017 veio interferir — muito menos, invalidar — a vigência da norma extraída do artigo 178.º n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal cuja (in)constitucionalidade conforma agora o objeto dos presentes autos, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objeto que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, ou, na nova formulação, os produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico.

Da ausência de coincidência de julgados entre a decisão recorrida e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87

R. Ao contrário do que sustenta o Ministério Público, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87 é impassível de resolver a questão de constitucionalidade *sub judice*, desde logo, porque se reporta a um recurso de fiscalização preventiva incidente sobre várias normas do Código de Processo Penal — e não a uma dimensão concreta de uma específica questão normativa relacionada com um aspeto bem identificado do regime das apreensões em processo penal.

S. Acresce que, em 1987, o Tribunal Constitucional apreciou a questão de constitucionalidade preventiva de modo manifestamente perfunctório, ao ponto de se ter eximido de proceder à necessária ponderação entre o direito fundamental em causa e a finalidade da restrição que a ele se opera, limitando-se a basear a decisão na já ultrapassada teoria dos limites imanes, sem considerar o princípio da proporcionalidade.

T. O referido aresto constitucional também não teve em conta a afetação do direito fundamental ao juiz do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, nem a dupla natureza da apreensão em processo penal — dois aspetos nucleares à apreciação da constitucionalidade da norma desaplicada *a quo*.

U. Acresce que o regime das apreensões em processo penal tem, desde então, sofrido significativas alterações: por um lado, face às recentes Leis n.ºs 45/2011, de 24 de Junho, e 30/2017, de 30 de Maio,

V. Por outro lado, porque, à data do Acórdão n.º 7/87, estava ainda em vigor o Código Penal de 1886, tendo o legislador regulado, de forma inovadora, no Código Penal atualmente em vigor, o regime da “*perda de instrumentos, produtos e vantagens*”, indissociável dos requisitos e efeitos das apreensões em processo penal.

W. Resulta claro, portanto, que o Acórdão n.º 7/87 não pode servir para resolver, sem mais, a questão agora *sub judice*.

A inconstitucionalidade material sub judice

Da (des)necessidade e (des)adequação da restrição a direitos fundamentais operada pela norma cuja aplicação foi recusada

X. O direito de propriedade privada é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, nessa medida, nos termos do artigo 17.º da Constituição, da força jurídica conferida pelo artigo 18.º.

Y. O Ministério Público considerou erradamente que a medida restritiva agora em causa não afeta o núcleo essencial do direito de propriedade privada expressamente garantido, isto é, o direito “à sua transmissão em vida ou por morte”.

Z. E assim é porque, uma vez apreendido em processo penal, o bem pode vir a ser vendido por mera determinação de um terceiro (não proprietário) — isto é, o Gabinete de Recuperação de Ativos, sob dependência da Polícia Judiciária (*cf.* artigo 10.º da Lei n.º 45/2011) —, o que consubstancia uma restrição ao referido núcleo essencial.

AA. Acresce que os poderes do Gabinete de Recuperação de Ativos, enquanto titular dos poderes de administração de bens apreendidos em processo penal, abrangem ainda, além do poder de disposição, e entre o mais, o poder para determinar a afetação do bem — pelo que, e em suma, a medida restritiva *sub judice* limita o direito fundamental de propriedade privada, pelo menos, nas seguintes manifestações nucleares: a liberdade de usar e fruir dos bens; a liberdade de os transmitir; a liberdade de não ser privado deles.

BB. Quanto aos fundamentos da medida restritiva agora em causa, o Ministério Público invoca, em suma, a boa administração da Justiça criminal, sem, porém, atender a todas as dimensões problemáticas com ressonância constitucional que devem sopesar no juízo de adequação e necessidade.

CC. Em primeiro lugar, porque o Ministério Público ignora a afetação do direito fundamental à reserva de juiz, enquanto uma outra posição jurídica restringida pela medida restritiva agora sob análise, antes relegando este postulado constitucional a um mero princípio procedimental de controlo da restrição ao direito de propriedade privada — mas nunca o considerando como um direito fundamental *próprio*, também objeto de uma (muito significativa) compressão.

DD. Em segundo lugar, porque os pretensos fundamentos constitucionais legitimadores da medida restritiva não têm a plena projeção que o Ministério Público antevê como justificadora desta intromissão na esfera jurídica dos apreendidos, mormente quando em causa está o estabelecimento de uma mera garantia patrimonial (isto é, uma apreensão sem fins probatórios) ou quando o visado pela medida é um terceiro em relação ao qual não está em curso qualquer procedimento criminal em sentido próprio.

EE. Restringir o direito de propriedade privada e de reserva de juiz de suspeitos, arguidos e terceiros para efeitos probatórios e/ou de garantia patrimonial não é, por conseguinte, uma medida idónea, nem indispensável, à tutela da boa administração da Justiça.

FF. Razão pela qual se conclui pela manifesta inconstitucionalidade material *in totum* da norma em causa, extraída dos artigos 178.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa, por manifesta desadequação e desnecessidade.

Da (des)proporcionalidade da restrição a direitos fundamentais operada pela norma cuja aplicação foi recusada

GG. A medida restritiva *sub judice*, contendendo diretamente com direitos fundamentais, incluindo no seu núcleo expressamente garantido, não se revela proporcional face a potenciais medidas alternativas, em particular, e apelando ao precedente sistemático, a promoção de uma intervenção prévia do juiz de instrução antes ainda da consumação da ofensa implicada na apreensão de bens em processo penal.

HH. Improcede a tese sustentada pelo Ministério Público de que a reserva constitucional de juiz se cumpre com a mera possibilidade da sua intervenção após a consumação da apreensão: desde logo

porque o princípio procedimental e direito fundamental do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa desempenha um papel de proteção de direitos fundamentais, e não de mero *resgate* de direitos já violados.

II. Esta solução alternativa de intervenção prévia do juiz, além de prosseguir de forma igualmente eficiente as vantagens a que se propõe a medida restritiva (*i.e.*, a boa administração da justiça criminal) — uma vez que o regime das apreensões em processo penal nem sequer se caracteriza por uma urgência processual justificadora desse afastamento de juiz, havendo regimes especiais de apreensão que preveem esse cenário de emergência —, garante ainda um muito menor sacrifício da esfera jurídica dos particulares.

JJ. Este menor excesso da medida alternativa é ainda reforçado quando em causa está a afetação da propriedade de um terceiro alheio ao procedimento criminal em curso ou a apreensão de um bem com fins meramente provisórios de garantia.

KK. Por fim, cumpre ainda salientar que a intervenção prévia do juiz garante um mais eficiente e ponderado controlo da afetação de direitos fundamentais, atento o maior distanciamento e imparcialidade de um magistrado judicial face ao magistrado do Ministério Público — o que aliás resulta implícito da opção do legislador constitucional de consagrar um princípio da judicialização da instrução.

LL. Pelo que, também face ao agora exposto, deverão V. Exas., em linha com a fundamentação da decisão recorrida, declarar a inconstitucionalidade material da norma extraída do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime.

Cumprе apreciar e decidir.

II – Fundamentação

A. Questão prévia: do efeito do recurso

6. Dispõe o artigo 78.º da LTC, a respeito dos efeitos e regime de subida dos recursos, o seguinte:

«1 - O recurso interposto de decisão que não admita outro, por razões de valor ou alçada, tem os efeitos e o regime de subida do recurso que no caso caberia se o valor ou a alçada o permitissem.

2 - **O recurso interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto, tem os efeitos e o regime de subida deste recurso.**

3 - O recurso interposto de decisão proferida já em fase de recurso mantém os efeitos e o regime de subida do recurso anterior, salvo no caso de ser aplicável o disposto no número anterior.

4 - **Nos restantes casos, o recurso tem efeito suspensivo e sobe nos próprios autos.**

5 - Quando, por aplicação das regras dos números anteriores, ao recurso couber efeito suspensivo, o Tribunal, em conferência, pode, oficiosamente e a título excecional, fixar-lhe efeito meramente devolutivo, se, com isso, não afetar a utilidade da decisão a proferir» (destacado nosso).

O n.º 4 do artigo 78.º da LTC contempla a regra *residual* na determinação dos efeitos e regime de subida dos recursos que lhe são dirigidos, aplicável onde não seja caso de fazer intervir os anteriores três números desse artigo. Segundo esta regra, nesses «restantes casos, o recurso tem efeito suspensivo e sobe nos próprios autos».

Deste regime, como refere CARLOS LOPES DO REGO (*Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, pp. 233 e 234) decorre que a interposição e admissão do recurso de fiscalização concreta vai implicar a paralisação do andamento do “processo-base” em que tal recurso se insere, ainda que se reporte à impugnação de uma decisão meramente interlocutória nele proferida, já que sobem à apreciação do Tribunal Constitucional os próprios autos e a interposição do recurso implica a suspensão do andamento do processo e da eficácia da decisão impugnada. Tal paralisação do andamento da causa principal só não se verificará quando o processo em que é deduzido o recurso de constitucionalidade for já um incidente processado autonomamente ou num traslado já anteriormente extraído dos autos principais, nos termos das disposições adjetivas que regem a marcha de tal processo.

Por sua vez, os n.ºs 1, 2 e 3 deste preceito estabelecem regimes especiais.

O tribunal *a quo* atribuiu ao recurso efeito meramente devolutivo, com invocação do disposto no artigo 78.º, n.º 2, da LTC, que dispõe que «[o] recurso interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto, tem os efeitos e o regime de subida deste recurso», e no artigo 408.º do CPP, *a contrario*. O Ministério Público, na sua alegação, considerou que a norma que rege o efeito do recurso é, no caso, a do n.º 4 do citado artigo 78.º.

De facto, o artigo 408.º do CPP determina quais os recursos que têm efeito suspensivo do processo. Por sua vez, o artigo 78.º, n.º 2, da LTC manda seguir, no recurso para o Tribunal Constitucional «interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto», o efeito que deva ser atribuído a esse recurso, o que poderia conduzir, por interpretação literal desse preceito, a que se devesse manter, no recurso de constitucionalidade, o efeito meramente devolutivo que supostamente caberia ao recurso ordinário, caso este fosse interposto. Com base neste entendimento, considerando que da decisão recorrida caberia recurso ordinário e que o mesmo não era subsumível a nenhum dos casos previstos no artigo 408.º do CPP, considerou o tribunal *a quo* que o recurso interposto pelo Ministério Público tem efeito meramente devolutivo.

Vejamos se assim é.

7. O processo de fiscalização concreta de constitucionalidade surge entre nós como um processo incidental através do qual se atribui aos juízes de todos os tribunais o dever de apreciar, nos feitos que lhes são submetidos, a conformidade à Lei Fundamental das normas a aplicar ao caso concreto sujeito a decisão (artigo 204.º da CRP).

De acordo com o preceituado no artigo 280.º da CRP e no artigo 70.º da LTC, são as seguintes, em termos genéricos, as decisões de que cabe recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional:

a) decisões que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade (artigo 280.º, n.º 1, alínea *a*), da CRP, e artigo 70.º, n.º 1, alínea *a*), da LTC);

b) decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (artigo 280.º, n.º 1, alínea *b*), da CRP e artigo 70.º, n.º 1, alíneas *b*), da LTC);

c) decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional [artigo 280.º, n.º 5, da CRP e artigo 70.º, n.º 1, alínea *g*), da LTC] ou já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (artigo 70.º, n.º 1, alínea *b*), da LTC).

8. Os recursos de decisões que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade [alínea *a*)] são de interposição obrigatória para o Ministério Público se a norma constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar – artigo 280.º, n.º 3, da CRP.

Os recursos das decisões que apliquem norma de que tenha sido suscitada durante o processo a respetiva inconstitucionalidade [alínea *b*)] só podem ser interpostos pela parte que tenha suscitado tal questão (artigo 280.º, n.º 4, da CRP e artigo 72.º n.º 2, da LTC) e apenas cabem de decisões que não

admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados os que no caso cabiam (artigo 70.º, n.º 2, da LTC).

No caso de decisões que apliquem normas constantes de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar já anteriormente julgadas inconstitucionais quer pelo Tribunal quer pela Comissão Constitucional [alínea c)], o recurso é obrigatório para o Ministério Público. Esta regra tem como exceção as decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, em jurisprudência constante do Tribunal Constitucional.

9. No caso em apreço, o Mmo. juiz *a quo* recusou a aplicação da norma constante do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, por violação do artigo 32.º, n.º 4, da CRP, pelo que estamos perante uma decisão em que o recurso por parte do Ministério Público é obrigatório (artigo 280.º, n.º 3, da CRP e artigo 72.º, n.º 3, da LTC).

Nestes casos, a obrigatoriedade do recurso oficioso justifica-se pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos com valor equivalente (princípio do *favor legis*), pretendendo-se evitar que os atos normativos de maior relevo do ordenamento jurídico possam ser desaplicadas por decisões dos tribunais sem que o Tribunal Constitucional – que detém a competência específica para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional – tenha a última palavra sobre a questão de constitucionalidade.

Como refere GOMES CANOTILHO (*in* Direito Constitucional, 4.ª ed., p. 801), os recursos facultativos de partes e os recursos obrigatórios do Ministério Público têm lógicas diferentes. Os primeiros destinam-se, em geral, a defender interesses subjetivos (mas não só), o que justifica o seu carácter facultativo. Os segundos destinam-se a salvaguardar princípios objetivos de ordem jurídico-constitucional, assim se explicando o seu carácter obrigatório.

Relativamente à questão de saber se os recursos de constitucionalidade interpostos ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC devem ser diretamente para o Tribunal Constitucional (por oposição à necessidade de esgotamento dos recursos ordinários), o Acórdão n.º 193/1991, deste Tribunal, veio dissipar eventuais dúvidas ao fazer constar o seguinte:

«No texto originário da Constituição (artigo 282.º, n.º 1) impunha-se o esgotamento dos recursos ordinários e, só depois, surgia o “recurso gratuito, obrigatório para o Ministério Público, e restrito à questão de constitucionalidade, para julgamento definitivo do caso concreto pela Comissão Constitucional”.

Este sistema foi sujeito a várias críticas, pelo que, na revisão constitucional de 1982, o mesmo veio a ser alterado, passando os recursos obrigatórios a ser sempre diretos para o Tribunal Constitucional, mesmo que a causa ainda admita outros recursos ordinários (neste sentido, Jorge Miranda, *in* Manual de Direito Constitucional, Tomo II, pg. 375 e Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, 4.ª Ed., pg. 803 e nota 16).

É este também o entendimento que este Tribunal sufragou no Acórdão n.º 105/84, de 7 de novembro de 1984 (*in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 4.º Volume, pg. 31).

A única hipótese em que não cabe recurso imediato para o Tribunal Constitucional, mesmo que a decisão tenha recusado a aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade é a prevista no n.º 3 do artigo 70.º da LOTC, quando se tratar de decisão sujeita a recurso obrigatório ordinário. E bem se compreende a solução da lei: o Ministério Público estava colocado perante dois recursos obrigatórios (o recurso ordinário e o recurso de constitucionalidade), e, havendo que dar prevalência a um deles, o legislador do processo constitucional optou por privilegiar o recurso ordinário obrigatório, não sendo, então, admitido recurso de tal decisão para o Tribunal Constitucional. Mas esta norma é perfeitamente irrelevante para o caso em apreço uma vez que se não está perante qualquer recurso ordinário obrigatório segundo as leis de processo que lhe são aplicáveis (...).

10. Posto isto, dir-se-á, então, que a regra quanto aos efeitos dos recursos de constitucionalidade corresponde à fixação do seu «efeito suspensivo», salvo quando se aplique qualquer uma das exceções previstas nos n.ºs 1 a 3 e 5 do artigo 78.º da LTC. Entendeu o tribunal recorrido aplicar o regime resultante do n.º 2 do artigo 78.º da LTC, por considerar que o mesmo se aplica aos recursos interpostos ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

Sem razão, porém, visto que aquela norma especial apenas se aplica aos recursos que pressupõem um prévio esgotamento dos recursos ordinários, conforme sucede com aqueles interpostos ao abrigo das alíneas *b)* e *f)* do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, e abarca as situações em que, havendo recurso ordinário, tenha havido renúncia, ou haja decorrido o respetivo prazo de interposição, ou o recurso não tenha tido seguimento por razões de ordem processual (cfr. artigo 70.º, n.ºs 2 e 4, da LTC).

11. Como nos refere LOPES DO REGO (ob. cit., p. 236), o regime previsto no n.º 2 do artigo 78.º «é, deste modo, privativo dos recursos de fiscalização concreta em que existe um ónus de esgotamento dos recursos ordinários possíveis – não se aplicando aos restantes recursos para o Tribunal Constitucional, “maxime” aos previstos nas alíneas *a)* e *g)* do n.º 1 do artigo 70.º, interpostos obrigatoriamente pelo Ministério Público, aos quais se aplica o regime-regra consagrado no n.º 4 deste artigo 78.º».

Conforme também já decidido pelo Acórdão n.º 309/2009, ponto 2:

«No caso (...) de **recusa de aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade**, e em todos os outros casos em que o recurso para o Tribunal Constitucional é obrigatório (artigos 70.º, n.º 1, alíneas *a)*, *c)*, *g)*, *h)* e *i)*, e 72.º, n.º 2, da LTC), **não funciona a regra da exaustão dos recursos ordinários** (nem se justifica que se aguarde o decurso do prazo de interposição do recurso ordinário ou a ocorrência de qualquer causa extintiva), **sendo desde logo exigível que o recurso seja imediata e diretamente interposto para o Tribunal Constitucional.**

Neste contexto, a alusão, no artigo 78.º, n.º 2, a recurso ordinário não interposto ou declarado extinto apenas faz sentido se se reportar a um recurso de constitucionalidade que apenas pudesse ser admitido após o esgotamento dos recursos ordinários (aqui se incluindo, por força da citada regra do n.º 4 desse artigo 70.º, as situações de não interposição ou extinção do recurso por razões processuais).

Em qualquer outra situação (não contemplada no artigo 78.º, n.º 2), em que haja lugar a recurso ordinário, e ele tenha prosseguido, o efeito do recurso de constitucionalidade da decisão proferida nessa instância de recurso é o previsto no artigo 78.º, n.º 3, correspondendo-lhe o efeito que tiver sido atribuído ao recurso ordinário que teve seguimento.

O caso dos recursos obrigatórios cai na regra residual do n.º 4 do artigo 78.º, sendo aplicável o efeito suspensivo com subida nos próprios autos; o que é consentâneo com a circunstância de a lei prever a interposição imediata do recurso em vista à apreciação da questão de constitucionalidade, diferindo para momento ulterior a prolação de decisão definitiva, na ordem judiciária comum, sobre a matéria da causa» (destacado nosso).

No mesmo sentido, numa situação similar à dos presentes autos, *vide* Acórdão n.º 358/2005, ponto 5:

«[o] presente recurso não é um recurso de uma decisão que não admita recurso por razões de valor ou alçada, não é um recurso de uma decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto, e, finalmente, não é um recurso de decisão proferida já em fase de recurso. **O presente recurso, obrigatório para o Ministério Público, é necessariamente interposto, em via direta, para o Tribunal Constitucional, estando excluída a utilização de qualquer outro meio impugnatório ordinário. A hipótese dos autos insere-se num dos “restantes casos”, a que alude o artigo 78º, n.º 4, da Lei do Tribunal Constitucional, tendo consequentemente o recurso efeito suspensivo**» (destacado nosso).

12. Nos presentes autos, o recurso foi interposto pelo Ministério Público ao abrigo da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, a título obrigatório, ao abrigo do n.º 3 do artigo 280.º da CRP.

Assim sendo, **justifica-se integralmente alterar, tal como requerido pelo Ministério Público, o efeito atribuído ao recurso pelo tribunal recorrido, fixando-se-lhe efeito suspensivo, em estrita aplicação do n.º 4 do artigo 78.º da LTC.**

B. Delimitação da questão de constitucionalidade

13. A decisão recorrida recusou a aplicação da norma constante do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a **apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime**, por violação do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição. Assim, circunscrevendo a questão de constitucionalidade suscitada, o juiz *a quo* consignou o seguinte (fls. 495 ss.):

«O princípio da jurisdicionalidade em matéria penal não se esgota, como sabemos, na fase de julgamento e de recurso. Ele projeta-se ainda sobre as fases preliminares do processo, nelas impondo a intervenção do juiz (de instrução) sempre que possam estar diretamente em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas (art. 32.º, n.º 4, da CRP).

A CRP dispõe, no n.º 4 do artigo 32.º que “Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que não se prendam diretamente com os direitos fundamentais”, o que configura, numa formulação pela positiva, uma reserva de competência do juiz de instrução do processo penal para a prática dos atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais.

Entende-se aqui consagrado o “princípio da judicialização da instrução”, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, com a advertência de que “a Constituição não define onde começa a instrução” (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª edição, revista, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 32.º, p. 520).

(...)

Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber se ao atribuir-se ao Ministério Público a competência para a prática dos atos constantes do artigo 178.º do CPP, em particular os atos relacionados com a apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens, viola-se o princípio de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, e a reserva de jurisdição dos tribunais a quem compete “administrar a justiça em nome do povo”, “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” bem como reprimir a violação da legalidade democrática” (artigo 32.º, n.º 4, e 202.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição).

Para compreendermos a questão importa, antes de mais, saber se o direito de propriedade privada constitui um direito fundamental e, em seguida, se estaremos em presença de uma medida restritiva de direitos fundamentais.

(...)

Uma vez assente a garantia constitucional da propriedade privada, conferida pelo artigo 62.º da Constituição, cumpre, agora, definir qual o concreto conteúdo dessa proteção constitucionalmente conferida à propriedade privada por aquele preceito.

A este propósito tem o Tribunal Constitucional afirmado que o direito de propriedade, com a extensão assinalada, reveste a natureza de direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

(...)

A propriedade constitui um pressuposto da autonomia das pessoas, não obstante a inclusão do direito que lhe corresponde no título respeitante aos “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, alguma dimensão terá ele que permita a sua inclusão, pelo menos parcial, nos clássicos direitos de defesa, ou, para usar a terminologia da CRP, em alguma da sua dimensão será ele análogo aos chamados direitos, liberdades e garantias.

(...)

Como é referido por Costa Andrade e Maria João Antunes ([“Da apreensão enquanto garantia processual de perda de vantagens do crime in RLJ, Ano 146] p. 368): “É precisamente esta componente do direito de propriedade privada que é restringida na apreensão de bens ao abrigo do artigo 178.º, n.º 1, do CPP, na parte que se refere a objetos que constituam lucro, preço ou recompensa do crime. E tanto assim é que o proprietário dos bens apreendidos pode mesmo incorrer na prática de crime se os subtrair ao poder público a que estão sujeitos”.

Ora, constituindo a apreensão de objetos, na dimensão em causa (objetos que constituam o lucro, o preço ou recompensa do crime), uma verdadeira restrição de um direito fundamental de natureza análogo aos direitos, liberdades e garantias, essa restrição terá de observar os princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade consagrados no artigo 18.º d[a] CRP.

(...)

Assim sendo, o artigo 178.º, n.º 1 e 3, do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime é materialmente inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da CRP.

(...)

É certo que o legislador possibilita a intervenção do juiz a pedido do interessado, nos termos do n.º 7 do artigo 178.º do CPP, para que seja apreciada a bondade da decisão do M.ºP.º, mas esta possibilidade em nada contraria a conclusão quanto à inconstitucionalidade da norma, dado que essa intervenção apenas tem lugar após a restrição do direito, enquanto, que o princípio da reserva de juiz, consagrado no n.º 4 do artigo 32.º da CRP, tem uma função preventiva dos direitos fundamentais afetados pela prática de um ato processual».

14. Neste contexto, deve começar por se atender à letra dos segmentos relevantes do artigo 178.º do CPP.

Este preceito, na redação atual dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, – transpondo a Diretiva n.º 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 – dispõe o seguinte:

«Artigo 178.º

Objeto e pressupostos da apreensão

1 – 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.

2 – Os instrumentos, produtos ou vantagens e demais objetos apreendidos nos termos do número anterior são juntos ao processo, quando possível, e, quando não, confiados à guarda do funcionário de justiça adstrito ao processo ou de um depositário, de tudo se fazendo menção no auto.

3 – As apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária.

4 – Os órgãos de polícia criminal podem efetuar apreensões no decurso de revistas ou de buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do artigo 249.º

5 – Os órgãos de polícia criminal podem ainda efetuar apreensões quando haja fundado receio de desaparecimento, destruição, danificação, inutilização, ocultação ou transferência de instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos provenientes da prática de um facto ilícito típico suscetíveis de serem declarados perdidos a favor do Estado.

6 - As apreensões efetuadas por órgão de polícia criminal são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de setenta e duas horas.

7 - Os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos apreendidos podem requerer ao juiz a modificação ou a revogação da medida.

8 - O requerimento a que se refere o número anterior é atuado por apenso, notificando-se o Ministério Público para, em 10 dias, deduzir oposição.

9 - Se os instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos apreendidos forem suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária ordena a presença do interessado e ouve-o.

10 - A autoridade judiciária prescinde da presença do interessado quando esta não for possível.

11 - Realizada a apreensão, é promovido o respetivo registo nos casos e nos termos previstos na legislação registal aplicável.

12 - Nos casos a que se refere o número anterior, havendo sobre o bem registo de aquisição ou de reconhecimento do direito de propriedade ou da mera posse a favor de pessoa diversa da que no processo for considerada titular do mesmo, antes de promover o registo da apreensão a autoridade judiciária notifica o titular inscrito para que, querendo, se pronuncie no prazo de 10 dias».

Na versão anterior do preceito, resultante da Lei n.º 59/98, de 25 de agosto (república pela última vez antes da alteração referida no último parágrafo pela Declaração de Retificação n.º 105/2007, de 9 de novembro), previa-se o seguinte:

«Artigo 178.º

Objetos suscetíveis de apreensão e pressupostos desta

1 - São apreendidos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova.

2 - Os objetos apreendidos são juntos ao processo, quando possível, e, quando não, confiados à guarda do funcionário de justiça adstrito ao processo ou de um depositário, de tudo se fazendo menção no auto.

3 - As apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária.

4 - Os órgãos de polícia criminal podem efetuar apreensões no decurso de revistas ou de buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do artigo 249.º

5 - As apreensões efetuadas por órgão de polícia criminal são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de setenta e duas horas.

6 - Os titulares de bens ou direitos objeto de apreensão podem requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação da medida. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 68.º

7 - Se os objetos apreendidos forem suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária ordena a presença do interessado e ouve-o. A autoridade judiciária prescinde da presença do interessado quando esta não for possível».

15. Atendendo à argumentação do Ministério Público no n.º 78 das suas conclusões, *prima facie*, cumpre referir que não cabe a este Tribunal sindicar a aplicação, por parte dos tribunais recorridos, do direito infraconstitucional. Todavia, não deixa de se notar que a decisão recorrida construiu a interpretação normativa que considerou inconstitucional, reportada ao artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, tendo por referência, no que concerne ao n.º 1 de tal preceito legal, segmentos que deixaram de vigorar com a entrada em vigor da referida Lei n.º 30/2017.

Não obstante, a verdade é que a modificação conceptual introduzida no n.º 1 do artigo 178.º do CPP pela aludida lei, na parte em que descreve os objetos suscetíveis de apreensão, não prejudica a questão de constitucionalidade que se syndica no presente recurso de constitucionalidade, concretamente a de saber se a atribuição ao Ministério Público de competência para a prática dos atos de apreensão enquanto garantia processual de perda de vantagens viola ou não a Constituição. A diferença na letra do preceito não afeta a norma dele interpretativamente extraível, objeto do presente julgamento.

Por fim, refira-se ainda que não compete ao Tribunal Constitucional apreciar da maior ou menor correção, mérito ou adequação das escolhas feitas pelo legislador. A competência deste Tribunal cinge-se apenas à conformidade jusconstitucional das normas legais ou dimensões normativas. Desde que a opção legislativa se situe dentro da margem dessa mesma conformidade constitucional, tudo o mais dirá respeito a juízos de política legislativa que excedem as atribuições e competências do Tribunal Constitucional.

Feito este esclarecimento prévio, passemos à delimitação jurídica da questão de constitucionalidade objeto do presente julgamento.

16. A norma que ora se analisa enquadra-se no regime legal da perda de coisas e direitos relacionados com a prática de um ilícito criminal, previsto, em termos gerais, no capítulo IX do Código Penal (CP), intitulado «perda de instrumentos, produtos e vantagens», onde se encontra regulada a «perda de instrumentos» e «perda de produtos e vantagens» (artigos 109.º e 110.º) bem como «instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro» (artigo 111.º).

Neste regime normativo de âmbito geral prevê-se que sejam declarados perdidos a favor do Estado «os instrumentos de facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério

risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática» (artigo 109.º, n.º 1) bem como «os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática» e «as vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem» (cfr. artigo 110.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) do CP).

17. Numa perspetiva histórica, foi em 1987 que o novo CPP transformou a apreensão numa espécie de antecâmara do confisco. No CPP de 1929 e no CP de 1982 a apreensão era quase exclusivamente um simples meio de lograr a prova. As novas tendências da política criminal induziram importantes modificações processuais. A criação do clima imprescindível para provar que afinal «o crime não compensa» (CP de 1982) foi complementada com o estabelecimento das condições adjetivas (CPP de 1987) necessárias para fazer cumprir esta nova filosofia. A apreensão passou então a garantir também o confisco das vantagens da prática do crime.

É nesse contexto que a doutrina tem apontado, como fundamento político-criminal deste regime de perda de vantagens, finalidades preventivas (quer de prevenção geral, quer de prevenção especial). Ao procurar colocar o arguido na situação patrimonial em que estaria se não tivesse praticado determinado ilícito, subtraindo as vantagens resultantes do mesmo, visa-se desencorajar a prática de crimes, ideia que é reafirmada «tanto sobre o concreto agente do ilícito-típico (prevenção especial ou individual), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (prevenção geral), mas sem que neste último aspeto deixe de caber o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (prevenção geral positiva ou de prevenção)» (cfr., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, Aequitas – Editorial Notícias, 1993, pág. 632).

No entanto, além destas finalidades preventivas, a este regime também está subjacente uma necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente: um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas, mesmo que estas não correspondam a um dano de alguém em concreto.

De facto, como refere JOÃO CONDE CORREIA (*A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro*, Revista do Ministério Público, 146, abril-junho 2016, p. 69), de nada valerá decretar a perda das vantagens do crime se, afinal, não houver garantias patrimoniais da sua exequibilidade. Se assim não for, se não estiver garantida a possibilidade da sua execução coerciva, a sentença arrisca-se a ser uma mera declaração platónica sem qualquer utilidade pública. Nem se compreenderia que o arguido não fosse, preventivamente, privado dos bens, permitindo-lhe desfazer-se de provas que o incriminam e de evitar ou suavizar os efeitos patrimoniais de uma futura condenação.

Neste regime geral, a perda das vantagens pressupõe a demonstração de que as mesmas foram obtidas, direta ou indiretamente, como resultado da prática de um facto ilícito, ou seja, exige a prova, no processo, da existência de uma relação de conexão entre o facto ilícito criminal concreto e o correspondente proveito patrimonial obtido.

18. A apreensão prevista na norma objeto do presente processo é uma figura próxima das do arresto preventivo (artigo 228.º do CPP) ou do arresto dos bens do arguido para confisco alargado (artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

Para GERMANO MARQUES DA SILVA (*Curso de Processo Penal*, Vol. II, pp.169 e 170), não obstante as diferenças, há uma continuidade dogmática nestes institutos: todos eles têm uma natureza cautelar e afetam a livre disposição dos bens do visado, com vista a permitir a execução das decisões judiciais, tendentes a apagar as vantagens do crime ou a reparar os seus efeitos sobre as vítimas.

Apesar disso, no entendimento de JOÃO CONDE CORREIA (*Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, INCM, pp. 162 e 163), a diferença entre as referidas figuras reside, desde logo, no facto de os pressupostos para aplicação do arresto serem mais apertados, exigindo a demonstração do

fundado receio da perda da garantia patrimonial. Para este autor, «se é compreensível que as exigências da investigação ou do confisco clássico facilitem os requisitos da apreensão, já não se admite que outras necessidades da questão patrimonial, embora cada vez mais prementes, justifiquem o mesmo tratamento generoso. Depois, porque, enquanto a apreensão se dirige, essencialmente, contra os *instrumenta, producta* ou vantagens do crime (na posse do arguido ou de terceiro), o arresto pode abranger todo o património do arguido (ainda que formalmente não esteja na sua posse ou que nada tenha a ver com o crime investigado), sendo, em princípio, muito mais agressivo para os direitos individuais».

Também no que diz respeito ao sujeito processual competente para a implementação destes mecanismos há diferenças substanciais: as medidas de garantia patrimonial carecem de despacho judicial prévio (artigos 227.º, n.º 1, 228.º, n.º 1 e 268.º, n.º 1, alínea *b*), do CPP) ao passo que a apreensão pode ser decretada pelo Ministério Público e, até, pelos próprios órgãos de polícia criminal (artigo 178.º, n.º 3, 4 e 5 do CPP). Naquelas exige-se que o juiz aprecie previamente a bondade da restrição; nesta, o juiz só intervém numa fase posterior, a pedido do interessado (neste sentido, *vide* JOÃO CONDE CORREIA, *Apreensão ou arresto preventivos dos proveitos do crime*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, jan-dez 2015, p. 540).

Assim, pode concluir-se que a apreensão prevista na norma objeto do presente processo não se confunde com o arresto preventivo (artigo 228.º do CPP) ou com o arresto dos bens do arguido para confisco alargado (artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), nem nos seus requisitos, nem nos seus objetivos, nem sequer no seu âmbito.

19. Não obstante a inserção sistemática deste artigo no título do CPP que tem por objeto os *meios de obtenção da prova*, a apreensão é também uma garantia processual da perda (do confisco) de bens (de instrumentos, de produtos e de vantagens), sendo este um entendimento convergente da generalidade da doutrina.

Para GERMANO MARQUES DA SILVA, a apreensão não é apenas um meio de obtenção e conservação da prova, mas também de segurança de bens para garantir a execução. Assim, embora se destine essencialmente a conservar provas reais, visa também garantir a efetivação da privação definitiva do bem (*Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 217).

No entendimento de DAMIÃO DA CUNHA, «no âmbito do CP (mas também do CPP) existe uma direta ligação entre a figura da apreensão (enquanto medida processual) e a declaração de perda; existe uma dupla função quanto aos bens apreendidos: eles são meios de prova do facto cometido e devem ser declarados perdidos em direta ligação ao facto ilícito praticado (*Perda de Bens a Favor do Estado, Artigos 7.º-12.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro (medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, Centro de Estudos Judiciários, 2002, p. 26).

Por fim, também JOÃO CONDE CORREIA entende que 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 seguintes do CP (finalidade processual substancial). Para este autor, se os *instrumenta, producta* ou vantagens não forem apreendidos, para além das dificuldades probatórias acrescidas que isso pode acarretar, será mais difícil proceder depois ao seu confisco, impedir a prática de novos crimes e, sobretudo, acumulação indesejável e perniciososa das suas vantagens (*Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, ob. cit., p. 154 e 155).

Na jurisprudência, legitimando constitucionalmente esta duplicidade, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 294/2008, considerou 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».

Assim, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, onde a lei separa a apreensão para efeitos de *prova* da apreensão para efeitos de *perda*, a legislação nacional prevê o carácter misto deste mecanismo, misturando finalidades probatórias e substantivas com as garantias processuais da efetividade do confisco.

Esta dupla função foi também assumida, de forma expressa, nos artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, e 2.º, alínea c), da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, que estabelecia o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho, quando explicitava que a decisão de apreensão pode ter em vista bens que podem ser objeto de perda ou bens que podem constituir elementos de prova. Esta lei foi, entretanto, revogada pela Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, que aprovou o regime jurídico da emissão, transmissão, reconhecimento e execução de decisões europeias de investigação (DEI) em matéria penal, transpondo a Diretiva 2014/41/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014. O artigo 44.º, n.º 9, desta lei estabelece que «os procedimentos de execução da DEI em território nacional regem-se pelo disposto na lei processual penal em matéria de apreensões de objetos e outros elementos suscetíveis de servir de prova».

20. Procurando fazer face às novas exigências colocadas pelo combate à criminalidade organizada e económico-financeira, cada vez mais sofisticada e geradora de elevados proventos, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, introduziu no ordenamento jurídico nacional um regime de perda de vantagens resultantes da prática de determinados ilícitos. Este regime insere-se numa tendência político-criminal atual que vai no sentido de demonstrar, quer ao condenado, quer à comunidade, que as vantagens obtidas pelo crime são perdidas (o velho adágio de que «o crime não compensa»), através de mecanismos destinados a impedir que o condenado pela prática de crime que lhe tenha permitido obter elevados proventos possa conservar no seu património as vantagens assim obtidas (Cfr. a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII, que deu origem à referida Lei n.º 5/2002).

Como se referiu no Acórdão n.º 392/2015, 2.ª Secção, deste Tribunal:

«Esta tendência tem merecido a atenção no plano do direito internacional e europeu. Desde logo, na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91 (cfr., Diário da República I-A, n.º 205, de 06/09/1991).

As partes contratantes desta Convenção acordaram em adotar “as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) De produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos; b) De estupefacientes, substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados, por qualquer forma, na prática das infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º” (cfr. artigo 5.º, n.º 1 da Convenção), podendo, nos termos do n.º 7 deste artigo 5.º “considerar a possibilidade de inverter o ónus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respetivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam”.

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, concluída em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004 (cfr., Diário da República I-A, n.º 79, de 02/04/2004), cujo artigo 12.º, sob a epígrafe, “Perda e apreensão”, estabelece no n.º 1 que “Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir a perda: a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto; b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção», acrescentando no n.º 7 que «Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais”.

No que respeita ao espaço jurídico europeu, merece realce a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, concluída em Estrasburgo, em 8 de novembro de 1990, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º

70/97 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 73/97 (cfr., Diário da República I-A, n.º 287, de 13/12/1997).

Os Estados membros do Conselho da Europa e os restantes Estados signatários desta Convenção, considerando que a luta contra a criminalidade grave “exige o emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional” e “Convencidos de que um desses métodos consiste em privar o delinquento dos produtos do crime”, entre outras medidas, constantes da aludida convenção, estabeleceram, no n.º 1 do artigo 2.º que “Cada uma das Partes adota as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para lhe permitirem decretar a perda de instrumentos e produtos, ou bens cujo valor corresponda a esses produtos”.

Ainda neste mesmo sentido, a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, concluída em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, sob a epígrafe “Medidas de Perda”, dispõe no n.º 1 do seu artigo 3.º que “Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para poder decretar a perda de instrumentos, de bens branqueados e de produtos ou bens cujo valor corresponda a tais produtos”, acrescentando ainda no n.º 4 que “Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno”.

Também no âmbito do ordenamento jurídico da União Europeia se podem encontrar alguns instrumentos que apontam no mesmo sentido, particularmente desde o Tratado de Amesterdão e do Conselho Europeu de Amesterdão, de 16 e 17 de junho de 1997, que adotou o primeiro Plano de Ação de luta contra a criminalidade organizada.

Assim, no âmbito da Estratégia da União Europeia para o início do novo milénio sobre a prevenção e controlo da criminalidade organizada, aprovada pelo Conselho (cfr., JO C 124, de 03.05.2000), foi assumida uma orientação política segundo a qual “Deverá ser considerado prioritário privar a criminalidade organizada da sua principal motivação, ou seja, os produtos do crime”, reconhecendo-se ainda que “Deverá ser considerada a possibilidade de tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ónus da prova, após a condenação do infrator por um crime grave, relativamente à origem dos bens por este detidos. Por força dessa atenuação, o condenado deverá provar que adquiriu os bens em causa de forma legal. Se tal não for feito a contento do tribunal, os bens poderão ser considerados produtos do crime e confiscados”.

(...)

Posteriormente, e na mesma linha desta estratégia, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (cfr., JO L 182, de 05.07.2001), veio estabelecer, no seu artigo 3.º, sob a epígrafe “Perda de valores”, que “Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que a sua legislação e procedimentos em matéria de perda dos produtos do crime permitam também, pelo menos nos casos em que esses produtos não possam ser apreendidos, confiscar os bens cujo valor corresponda ao dos produtos, tanto no quadro de procedimentos meramente internos, como de procedimentos instaurados a pedido de outro Estado-Membro, incluindo os pedidos de execução de ordens de perda emanadas do estrangeiro”.

Ainda no seguimento da aludida estratégia da União Europeia, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime (cfr., JO L 68, de 15.03.2005), depois de referir no considerando 1 que “a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime”, acrescenta, que “[o] objetivo da presente decisão-quadro é o de assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras efetivas que regulem a perda dos produtos do crime, nomeadamente no que respeita ao ónus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada” (considerando 10), ressaltando, no entanto, que “[a] presente decisão-quadro não impede os Estados-Membros de aplicarem os seus princípios fundamentais sobre o direito a um processo equitativo, em particular a presunção de inocência, os direitos de propriedade, a liberdade de associação, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão noutros meios de comunicação social” (considerando 11).

Estabelece-se no artigo 2.º, n.º 1, da aludida Decisão-Quadro que “cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias que o habilitem a declarar perdidos, no todo ou em parte, os instrumentos e produtos de infrações penais puníveis com pena privativa da liberdade por período superior a um ano, ou bens de valor equivalente a esses produtos”.

Por sua vez, no n.º 1 do artigo 3.º estabelece-se que “cada Estado-Membro adotará no mínimo as medidas necessárias que o habilitem a, nas circunstâncias referidas no n.º 2, declarar perdidos, total ou parcialmente, os bens de uma pessoa condenada” por algum dos ilícitos aí previstos. E, relativamente a tais ilícitos, o n.º 2 determina que: “Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para permitir a perda ao abrigo do presente artigo, pelo menos:

a) Quando um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie; ou

b) Quando um tribunal nacional, com base em factos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 do presente artigo que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie; ou

c) Quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada.”

Ainda sobre esta matéria, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, vem novamente reiterar que “a principal motivação da criminalidade organizada é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime. Não basta assegurar meramente o reconhecimento mútuo, na União Europeia, de medidas jurídicas temporárias, como o congelamento e a apreensão; um controlo eficaz da criminalidade económica exige também o reconhecimento mútuo das decisões de perda dos produtos do crime” (considerando 7), salientando, relativamente Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, que o objetivo da mesma “(...) consiste em assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras eficazes aplicáveis à perda dos produtos do crime, nomeadamente no que se refere ao ónus da prova relativamente à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada” (considerando 8).

Mais recentemente, a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime (...), veio estabelecer “regras mínimas para o congelamento de bens tendo em vista a eventual perda subsequente e para a perda de produtos do crime” (cfr. artigo 1.º), a adotar pelos Estados-Membros. (...)

Concretamente no que diz respeito à “perda alargada”, a Diretiva começa por referir, no considerando 19, o seguinte:

“(...) Para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de ‘perda alargada’. A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de exigências mínimas que os Estados-Membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados-Membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma mínima única”.

E, no considerando 21, acrescenta:

“Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso”.

Assim, esta Diretiva, depois de, no artigo 3.º, delimitar o seu âmbito de aplicação, estabelecendo o elenco de infrações penais a que é aplicável, dispõe no n.º 1 do seu artigo 4.º que “Os Estados-Membros

tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos instrumentos e produtos ou dos bens cujo valor corresponda a tais instrumentos ou produtos, sob reserva de uma condenação definitiva por uma infração penal, que também pode resultar de processo à revelia” e, no que ora assume maior relevância, no n.º 1 do artigo 5.º, sob a epígrafe “Perda alargada”, estabelece que “Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso”.

Ou seja, este artigo 5.º impõe aos Estados-Membros a adoção de medidas no sentido de ser permitida a “perda alargada” dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, no caso de um tribunal concluir, com base nas circunstâncias do caso, que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. E, na ponderação das circunstâncias específicas do caso, um dos elementos que, segundo esta norma, poderá levar o tribunal a extrair esta conclusão é o facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos [sobre as implicações desta Diretiva no ordenamento jurídico português, cfr. João Conde Correia, “Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na união europeia) no direito português vigente”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014, II, p. 83 e ss.)]».

21. Efetivamente, como referido *supra*, a Diretiva n.º 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, veio clarificar a atual definição de produtos do crime de modo a abranger não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos. Assim, no âmbito da Diretiva, o produto passa a poder incluir quaisquer bens, inclusive os que tenham sido transformados ou convertidos, no todo ou em parte, noutros, e os que tenham sido misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura.

No plano adjetivo, a Diretiva prevê que sejam adotadas as medidas necessárias para permitir o congelamento dos bens, tendo em vista uma eventual decisão subsequente de perda, as quais devem incluir uma atuação urgente quando necessário para preservar os bens. Prevê ainda que sejam adotadas as medidas necessárias para permitir a deteção e o rastreio dos bens a congelar e cuja perda deva ser decidida, mesmo após condenação definitiva por uma infração penal, de modo a possibilitar a plena execução das decisões de perda.

A Diretiva esclarece, de igual modo, o estabelecimento de garantias específicas e vias de recurso judicial para assegurar o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, considerando o seu impacto nos direitos das pessoas, não só os direitos dos suspeitos ou arguidos, mas também os de terceiros que não sejam sujeitos processuais.

Nesta sequência, com o intuito de introduzir alguns ajustamentos para assegurar a plena conformidade com a Diretiva n.º 2014/42/UE, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, procedeu a alterações ao Código Penal, ao Código de Processo Penal, às Leis n.ºs 5/2002, de 11 de janeiro, 34/2009, de 14 de julho, e 45/2011, de 24 de junho.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 51/XIII, que viria a dar origem à referida Lei n.º 30/2017, pode ler-se o seguinte:

«A criminalidade organizada, nacional ou transnacional, tem por principal objetivo o lucro. A fim de combater este fenómeno, que tem significativo impacto, quer nos direitos fundamentais dos cidadãos, quer no Estado de Direito democrático, as autoridades competentes devem dispor dos meios adequados não só para a repressão do crime, como também para a deteção, a apreensão, o arresto, a administração e a decisão de perda dos produtos e vantagens por ele gerados. Assim, a previsão de molduras penais adequadas para a criminalidade organizada, a par da disponibilização de meios que permitam a deteção, a apreensão, o arresto e a perda dos instrumentos, dos produtos e das vantagens do crime, assumem-se como mecanismos eficazes de combate ao crime gerador de avultados lucros para os seus autores».

Entre outras alterações, o artigo 178.º do CPP, relativo a objetos suscetíveis de apreensão e pressupostos desta, passa a fazer referência à apreensão de instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um ato ilícito. Permite-se, ainda, que os órgãos da polícia criminal possam efetuar apreensões quando haja fundado receio de desaparecimento, ocultação ou transferência de instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos provenientes da prática de um facto ilícito suscetíveis de ser declarados perdidos o favor do Estado (novo n.º 5). Permite-se que os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos apreendidos podem requerer ao juiz de instrução a modificação ou a revogação da medida, sendo o requerimento autuado por apenso e notificando-se o MP para, em 10 dias, deduzir oposição (novos n.ºs 7 e 8 do artigo 178.º).

22. No caso, o juiz *a quo*, após distinguir as duas dimensões da apreensão em função da sua teleologia, entendeu que a medida em causa nos autos apenas visava garantir uma futura perda a favor do Estado e, conseqüentemente, apenas se pronunciou sobre esta vertente do instituto. Para tanto, afirmou, a fls. 494, que: «conforme resulta do despacho que decretou a apreensão dos imóveis, a medida em causa não foi proferida enquanto meio de obtenção de prova, tanto mais que a mesma foi proferida em sede de encerramento do inquérito, mas sim enquanto garantia processual da perda de vantagens».

Esta consideração levou à recusa de aplicação da norma constante do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3 do CPP, enquanto defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, por violação do artigo 32.º n.º 4, da Constituição. Esta é, assim, a questão de constitucionalidade que nos é dado decidir.

Aqui chegados, é tempo de passar à análise da referida questão à luz dos parâmetros invocados pela decisão recorrida.

C. Do mérito

23. A decisão recorrida assenta no entendimento de que a apreensão de objetos que constituírem lucro, preço ou recompensa do crime, enquanto garantia processual da perda de vantagens a favor do Estado, constitui uma medida restritiva de direitos fundamentais. O direito fundamental restringido é o direito de propriedade privada, consagrado no artigo 62.º, n.º 1, da CRP, o qual reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, ainda de acordo com a decisão objeto de recurso. Em consequência, sustenta o Juiz *a quo* que, devendo todas as medidas de instrução que afetem direitos fundamentais ser ordenadas por um juiz, nos termos do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, deve ser considerada materialmente inconstitucional a norma que defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, prevista no artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP.

Importa, portanto, verificar se estamos em presença de uma medida constitucionalmente reservada à competência judicial nos termos do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição.

Uma tal determinação pressupõe a prévia delimitação do conteúdo constitucionalmente protegido do direito fundamental potencialmente afetado pela medida legislativa a sindicar.

i) Da alegada violação do direito à propriedade

24. O direito fundamental de propriedade, um dos pilares clássicos em que assenta historicamente a proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, encontra-se previsto e garantido, em primeira linha, pelo artigo 62.º da Constituição, tendo sido integrado pelo legislador constitucional no catálogo de direitos fundamentais de natureza económica. Neste âmbito, o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição garante a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão por vida ou por morte, «nos termos da Constituição».

Como tem sido notado na doutrina constitucional, a remissão constante da parte final deste preceito não dispensa uma atividade interpretativa que defina os contornos do direito à propriedade que é constitucionalmente garantido. Assim, tal «implica não tanto que ela só seja garantida dentro dos limites e dos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição quanto que ela não é reconhecida aprioristicamente, como princípio independente e auto-suficiente; ela é reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a enformam» (JORGE MIRANDA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Jorge Miranda e Rui Medeiros (coord.), tomo I, Coimbra Editora, 2005, em anotação ao artigo 62.º, ponto VI).

A Constituição não garante, pois, o direito à propriedade em termos absolutos, o que exige a compatibilização com outras exigências constitucionais. Assim, a determinação do âmbito de proteção constitucional que é conferida a este direito fundamental não se afigura pacífica, uma vez que o conceito constitucional de propriedade que se encontra inscrito no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição não possui um nível de concretização desenvolvido no texto constitucional.

Por outro lado, como o Tribunal Constitucional tem afirmado, a tutela constitucional do direito à propriedade não é incompatível com a compressão desse direito, «desde que seja identificável uma justificação assente em princípios e valores também eles com dignidade constitucional» (Acórdão n.º 391/2002, 2.ª Secção, ponto 5). Entre os princípios, direitos e interesses que podem fundamentar a limitação do direito de propriedade privada para além dos expressamente previstos no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição, relevam, no contexto da questão a decidir no presente recurso, os direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição, designadamente as garantias de defesa em processo penal ou o valor constitucionalmente reconhecido à segurança das pessoas.

25. Apelando à dimensão da propriedade enquanto «pressuposto da autonomia das pessoas» a decisão recorrida baseia-se na conclusão de que a norma do artigo 178.º, n.º 1, do CPP restringe o direito de propriedade privada, na componente de liberdade de transmissão dos bens, consagrado no artigo 62.º, n.º 1, da CRP, ao prever a apreensão de bens que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime. Uma tal conclusão pressupõe o entendimento segundo o qual o direito de transmissão da propriedade privada constitui uma dimensão do direito de propriedade que reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e como tal se encontra constitucionalmente protegida.

É sabido que o direito de propriedade apresenta uma estrutura complexa, desdobrando-se em várias faculdades, apesar de complementares e convergentes.

De acordo com o Acórdão n.º 148/2005, 3.ª Secção, ponto 7, «não sofre dúvidas que a Constituição garante explicitamente no art.º 62.º três componentes: (i) o direito de aceder à propriedade; (ii) o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade; (iii) o direito de transmissão da propriedade *inter vivos* ou *mortis causa*». Assim, para além do direito à propriedade e à sua *transmissão* em vida ou por morte, a que alude expressamente o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, a garantia constitucional da propriedade contempla também uma *garantia de permanência* concretizada no direito à *não privação arbitrária* do direito de propriedade de que se é titular, numa dimensão perentória de tutela do “adquirido”. Esta dimensão não esgota, porém, o campo aplicativo do regime definido para os direitos liberdades e garantias (v. Acórdão n.º 159/2007, Plenário, pontos 11 e 13). São ainda pacificamente incluídos no feixe das faculdades protegidas pela garantia do direito de propriedade privada constante do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição, os poderes de *uso* e *fruição*, ainda que não expressamente nomeados. A este respeito, o Acórdão n.º 127/2013, 3.ª Secção, ponto 6, esclarece:

«Apesar de a liberdade de uso e fruição dos bens de que se é proprietário não ser expressamente mencionada no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição, no seu núcleo essencial, esta faculdade integra naturalmente o direito de propriedade quando este respeita ao universo das coisas. Todavia, são particularmente intensos os limites constitucionais quanto a este aspeto, podendo a lei estabelecer limitações dos poderes do proprietário usar a coisa credenciadas nos demais valores constitucionais. Aliás, pode até afirmar-se que o *jus utendi* constitui, no conjunto das faculdades inerentes à *proprietas rerum*, aquela que pode considerar-se mais necessitada de determinações de conteúdo e mais passível de limitações, seja na própria modelação dos poderes do proprietário no confronto com direitos de terceiro (p. ex. relações de

vizinhança), seja os que decorrem da compatibilização com outros valores constitucionais [p. ex. dever de uso (artigo 88.º) e condicionamento (artigo 90.º, n.º 2) de meios de produção, ambiente, urbanismo, segurança e saúde públicas, património cultural e natural].

Com efeito, reconduzindo-se o direito de propriedade a um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias «naquilo que represente de espaço de autonomia perante o Estado» (Jorge Miranda, *ob. cit., loc. cit.*), só é possível encontrar sentido numa tal garantia (de autonomia na esfera patrimonial da titularidade) quando associada à possibilidade de utilização dos bens livre e no interesse próprio.

A existência de projeções diferenciadas da garantia constitucional da propriedade privada foi enunciada pelo Tribunal Constitucional logo no Acórdão n.º 76/1985, Plenário, ponto III.A.2., o que tem sido repetido em numerosos arestos posteriores. Ora, às diferentes faculdades correspondem também dimensões tuteladoras diferenciadas.

Como notado pelo Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO (*O direito de propriedade privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Relatório português apresentado à Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal, outubro de 2009, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/ctri.html>):

«A aglutinação deste conjunto diversificado de faculdades dentro do conceito de propriedade privada objeto de tutela constitucional não significa que elas comunguem do mesmo regime, ficando sujeitas a um tratamento unitário.

A observação remete para a aplicação parcial, neste âmbito, do regime dos “direitos, liberdades e garantias”.

(...)

[Q]uanto à qualificação do direito de propriedade privada como direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, pode dizer-se que se observa na jurisprudência do TC uma certa evolução, no sentido de uma progressiva sedimentação de uma precisão delimitativa.

Numa primeira e curta fase, observa-se que a equiparação é afirmada sem qualquer restrição – cfr., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 25/85 e 236/86. Mas, logo de imediato, começou a despontar uma orientação cingindo a natureza análoga ao “núcleo garantístico essencial” do direito de propriedade privada.

Essa fórmula foi utilizada pelo Acórdão n.º 404/87, que julgou a conformidade constitucional do regime de aquisição forçada da propriedade pelo colono-rendeiro. Aí se pode ler, em trecho depois parcialmente transcrito nos Acórdãos n.ºs 194/89 e 195/89:

«Certo que o direito à propriedade privada não é elencado pela Constituição portuguesa entre os chamados “direitos, liberdades e garantias”, mas deve entender-se que é um direito fundamental a estes análogo, e sujeito, por consequência, e por força do artigo 17.º da Constituição, ao respetivo regime jurídico (incluindo aí a reserva parlamentar), se não, porventura em todos os aspetos do seu estatuto e regulamentação, ao menos naqueles (como é agora o caso) que são verdadeiramente significativos e determinantes da sua caracterização como garantia constitucional».

(...)

Mas, já no Acórdão n.º 329/99, se operam concretas determinações, positiva e negativa, da qualificação como direito de natureza análoga, deixando-se expresso que faz parte do núcleo essencial da propriedade privada, revestindo-se dessa natureza, “o direito de cada uma a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública”, não se incluindo nesse núcleo, pelo contrário, “os direitos de urbanizar, lotear e edificar”.

De imediato acolhida nos Acórdãos n.ºs 377/99 e 517/99, esta concretização do critério distintivo da pertença ou não ao núcleo ou dimensão essencial do direito de propriedade tornou-se jurisprudência firme do TC, mantida até hoje.

Em arestos posteriores, houve oportunidade de especificar outras faculdades excluídas do núcleo essencial do direito de propriedade e, por via disso, do regime próprio dos direitos, liberdades e

garantias. Assim se pronunciaram, quanto ao direito de apropriação, os Acórdãos n.ºs 187/2001 e 139/2004. No mesmo sentido, quanto ao direito de transmissão, decidiram o primeiro desses acórdãos e o Acórdão n.º 425/2000».

Neste último Acórdão n.º 425/2000, 3.ª Secção, ponto 7, o Tribunal concluiu que, no que diz respeito ao «direito de transmissão da propriedade», sem condicionamentos, «nem estaríamos (...) no âmbito da dimensão em que ao direito de propriedade se aplica o regime definido para os direitos, liberdades e garantias».

26. O despacho recorrido pronunciou-se apenas pela inconstitucionalidade da dimensão normativa resultante do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, que se reporta à apreensão enquanto garantia de eventual e futura declaração de perda para o Estado, não deixando de assinalar as diferenças que separam esta figura da apreensão enquanto meio de obtenção de prova.

Apesar de integrado na parte do Código que se ocupa dos meios de obtenção de prova, o n.º 1 do artigo 178.º do CPP contempla também a apreensão de bens preordenada à finalidade de garantir a execução da decisão final que decreta a perda dos bens a favor do Estado. Como já acima aludido (ponto 20.), trata-se de um meio processual que garante a perda de vantagens a favor do Estado prevista no artigo 111.º, n.ºs 1, 2 e 3, do CP.

Não se ignora que as finalidades prosseguidas pela apreensão enquanto meio de obtenção de prova e a apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagem não são necessariamente coincidentes. Se ambas visam a realização da justiça, certo é que a asseguram por meios processuais diferentes. A apreensão enquanto meio de prova prossegue a descoberta da verdade, enquanto a apreensão para a perda de vantagem acautela a eficácia da decisão final. No primeiro caso os bens apreendidos podem ser devolvidos ao seu titular logo que deixem de ser necessários para a prova. No segundo só são devolvidos se não forem declarados perdidos para o Estado pela sentença que julgue o caso (artigo 186.º, n.ºs 1 e 2, do CPP).

As diferenças identificáveis na apreensão como meio de prova e na apreensão como garantia da efetivação da decisão de perda não conhecem reflexo no regime jurídico estabelecido no CPP. Este é definido de forma uniforme ao nível da entidade competente para ordenar a apreensão – a competência é sempre da autoridade judiciária – artigo 178.º, n.º 3. Ora, assim sendo, pode colocar-se a questão sobre se esse facto implica um diferente enquadramento da restrição do direito fundamental por elas atingido.

Nesse contexto, observando que o CPP não faz distinções em relação à entidade competente para autorizar, ordenar ou validar as apreensões para efeitos de obtenção de prova ou de futura perda de vantagens, referem MANUEL COSTA ANDRADE e MARIA JOÃO ANTUNES (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º, julho-agosto, 2017, pp. 360-370) que «esta indiferenciação no plano da incompetência e dos pressupostos esquece um dado tão patente como decisivo. A saber: que estamos perante meios processuais que cumprem finalidades distintas: a apreensão enquanto meio de obtenção da prova serve a finalidade processual penal da descoberta da verdade (...); a apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens tem em vista a finalidade processual penal de realização de justiça (...). Assim, concluem que a desconsideração da finalidade processual distinta que cada um dos meios processuais visa prosseguir obriga a questionar a conformidade constitucional de algumas normas deste regime, nomeadamente por referência aos parâmetros constantes do artigo 32.º, n.º 4, da CRP e do artigo 62.º, n.º 1, da CRP.

Segundo os referidos autores (ob cit.), é indiscutível que a apreensão de bens enquanto meio processual de garantia da perda das vantagens do crime deve ser configurada como uma restrição do direito de propriedade privada, constitucionalmente consagrada enquanto direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, como tal, sujeita ao regime do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, por força do disposto no artigo 17.º. «A natureza marcadamente garantística e prospetiva da apreensão de bens que tem em vista a perda de vantagens enquadra-se no âmbito das restrições de direitos», já que «não são aqui identificáveis fronteiras definidas pela própria Constituição que façam da apreensão enquanto garantia processual da perda das vantagens do crime

a favor do Estado um limite imanente ao direito de propriedade privada ainda que se aceite esta categoria dogmática. Com efeito, do que se trata é de apreender objetos ao arguido ou a terceiro, até ao trânsito em julgado da sentença com a função de garantir a execução de uma decisão penal que eventualmente venha a decretar a perda de vantagens do crime, num âmbito de um processo em que se investiga a notícia do crime que terá dado origem a tais vantagens».

Referem ainda que o direito de transmissão da propriedade em vida ou por morte «é, seguramente, uma dimensão do direito de propriedade essencial à realização do Homem como pessoa. Este “*poder-dispor*” é, por isso, um direito fundamental de defesa que se traduz, concretamente, “no poder de transmissão dos direitos patrimoniais de que se é titular, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, o que postula, necessariamente, a existência de liberdade contratual em geral e de liberdade testamentária em particular”».

27. Do ponto de vista do titular do bem apreendido, enquanto vigorar a apreensão, o grau e a dimensão da afetação do seu direito de propriedade sobre o bem são potencialmente os mesmos na apreensão para prova e na apreensão preordenada à perda.

Ademais, sendo inegável a dupla natureza da apreensão em sede processual penal, certo é que o Tribunal Constitucional não introduziu nenhuma distinção no Acórdão n.º 7/1987, Plenário, quando se debruçou especificamente sobre a norma do artigo 178.º, n.º 3, do CPP de 1987 (na sua redação originária), designadamente por referência aos parâmetros constitucionais contidos nos artigos 32.º, n.º 4, e 62.º da Constituição.

Neste aresto, proferido em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade do Decreto-Lei que aprovou o CPP, uma das questões colocadas pelo Requerente consistia precisamente em saber se ao prever que as apreensões possam ser autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária, ou mesmo por órgãos de polícia criminal, o n.º 3 do artigo 178.º violava o disposto no n.º 4 do artigo 32.º e o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição. Apreciando esta questão no ponto 2.8 do aresto, o Tribunal afirmou:

«O n.º 1 deste artigo manda apreender “os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova”.

Nos termos do n.º 3, “as apreensões são autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária, salvo quando efetuadas no decurso de revistas ou de buscas, caso em que lhe são aplicáveis as disposições previstas neste Código para tais diligências”.

Segundo o Presidente da República, “ao prever que as apreensões possam ser autorizadas ou ordenadas por despacho da ‘autoridade judiciária’, ou mesmo por órgãos de polícia criminal”, o n.º 3 do artigo viola o disposto no n.º 4 do artigo 32.º e no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição.

A isto responde o Governo: em primeiro lugar, que “o que se passa com o n.º 3 do artigo 178.º do Código tem, obviamente, a ver com a interpretação que prevaleceu quanto ao princípio constitucional da judicialização instrutória”; em segundo lugar, que a medida de apreensão “não integra um ato materialmente instrutório”; em terceiro lugar, que o n.º 1 do artigo 62.º não resulta afetado, já que “a apreensão processual nunca foi considerada como negadora da relação jurídico-civil de propriedade”.

Quanto à violação do n.º 4 do artigo 32.º, a questão que se põe e, no fundo, a da competência do Ministério Público para dirigir o inquérito, questão a que já se deu resposta afirmativa.

Quanto à violação do n.º 1 do artigo 62.º:

Garante-se aí “o direito a propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte”.

Simplemente, o direito de propriedade está longe de ser ilimitado e a apreensão de objetos em processo penal nos casos referidos não pode deixar de considerar-se como um limite imanente desse direito» (realce aditado).

Numa matéria distinta, por implicar um maior sacrifício do «direito constitucional de propriedade privada», o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 340/1987, 2.ª Secção, ponto 3.2.5, já concluiu pela não inconstitucionalidade do artigo 108.º do Código Penal de 1982 (na sua redação originária), quando prevê a *perda a favor do Estado* de objetos de terceiro. Nesta decisão, o Tribunal

considerou que o direito contraposto ao direito de propriedade define os próprios limites deste, não deixando, porém, de recorrer a uma avaliação da proporcionalidade da medida legislativa em causa, em especial, na perspetiva da sua adequação à salvaguarda dos valores prosseguidos e da sua proporcionalidade, como se percebe das passagens que de seguida se transcrevem:

«Entendemos que a norma do artigo 108.º do Código Penal, na interpretação que lhe demos, não viola o referido direito fundamental de propriedade privada.

Na verdade, segundo a norma do citado artigo 108.º, referido ao artigo 107.º, só podem ser declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos do crime que, “pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou ofereçam sérios riscos de serem utilizados para cometimento de novos crimes”.

Isto significa que **o direito constitucional de propriedade privada é sacrificado em homenagem aos valores de segurança das pessoas, da moral, ou da ordem pública que constituem o alicerce de um Estado de direito democrático. O direito de propriedade privada, embora seja um direito fundamental, não é um direito absoluto (citado Acórdão n.º 236/86). Tem limites imanentes entre os quais se podem alinhar os impostos pela garantia dos mencionados valores.**

Ora, a norma do citado artigo 108.º mostra-se adequada ao desempenho da sua função garantística dos sobreditos valores de segurança; não se reputa desproporcionada para a obtenção desse escopo; e não se considera arbitrária, pela sua formulação comedida, uma vez que «será atribuída ao respetivo titular uma indemnização igual ao valor dos objetos perdidos [...]» (destacado nosso).

Ou seja, o Tribunal Constitucional, colocado perante a mesma questão jurídico-constitucional agora suscitada e suportada pelas mesmas disposições e normas jurídicas, entendeu que as apreensões, quando autorizadas ou ordenadas pela autoridade judiciária, nos casos referidos nesse preceito, não podem deixar de considerar-se um limite imanente ao direito de propriedade, daí se extraindo a sua completa conformidade com a garantia constitucional.

Crê-se, assim, que a tese sustentada pela decisão recorrida, no sentido de a norma contida no artigo 178.º, n.º 1, do CPP, na dimensão reportada à apreensão de objetos que constituam lucro, preço ou recompensa do crime, configurar uma restrição de um direito fundamental por afetar o direito de transmissão que constitui uma componente do direito de propriedade protegido pela garantia constitucional prevista no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição não encontra acolhimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

28. Não se ignora que, em algumas decisões, o Tribunal classificou já como restrição ao direito de propriedade privada as medidas de arresto ou de apreensão de bens no inquérito.

Por exemplo, no Acórdão n.º 188/1991, 2.ª Secção, o Tribunal, apesar de entender que a medida legislativa que previa o arresto dos bens do arguido e a transitória restrição da capacidade civil do contumaz para desmotivar a situação de contumácia era restritiva, não julgou inconstitucional as normas do Código de Processo Penal que a suportavam. Considerou as referidas normas do CPP justificadas por uma «finalidade de indiscutível interesse público», ao visar «pressionar os arguidos a comparecerem em juízo, a fim de aí serem julgados pelos crimes que lhes são imputados, com integral respeito pelo princípio do contraditório», pelo que «as restrições ao direito de propriedade constantes das normas em apreciação nada têm de desproporcionado ou desadequado» (ponto 5).

Num outro exemplo, o Acórdão n.º 294/2008, 3.ª Secção, o Tribunal apreciou a conformidade com a Constituição da norma do artigo 181.º, n.º 1, do CPP, quando interpretada no sentido de que pode manter-se a apreensão de bens depois de ultrapassado o prazo máximo de duração do inquérito, sem ter sido proferido despacho de acusação ou arquivamento pelo Ministério Público. Concluiu que aquela norma não representa uma «restrição ilegítima do direito de propriedade por violação do princípio da proporcionalidade, designadamente na sua dimensão de adequação aos fins visados pela lei», por ser justificada à luz do interesse da realização da justiça. Vejamos (ponto II.):

«Conforme o Tribunal Constitucional tem sublinhado noutras ocasiões e constitui entendimento doutrinário assente, o direito de propriedade, tal como previsto no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição, não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e com as restrições definidas noutros lugares do texto constitucional ou na lei, quando a Constituição para ela remeter, ainda que possa tratar-se de

limitações constitucionalmente implícitas (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, I vol., 4.^a edição revista, Coimbra, p. 801; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2005, Coimbra, p. 628).

(...)

No caso vertente, não se vê que a manutenção da apreensão de quantias para além dos prazos legalmente fixados para o termo do inquérito, represente uma restrição ilegítima do direito de propriedade por violação do princípio da proporcionalidade, designadamente na sua dimensão de adequação aos fins visados pela lei.

Vimos que a apreensão tem a dupla função de meio de obtenção de prova e de garantia patrimonial do eventual decretamento de perda de valores a favor do Estado (cfr. DAMIÃO DA CUNHA, Perda de bens a favor do Estado, Centro de Estudos Judiciários, 2002, pág. 26), e, nesse sentido, tem pleno cabimento que enquanto providência processual instrutória ela possa manter-se até à fase de julgamento e venha apenas a ser declarada extinta com a sentença final (absolutória ou condenatória), quando nela tenha sido entretanto fixado o destino a dar aos bens apreendidos.

A apreensão de bens ou valores que constituam o produto do crime não está relacionada, por isso, com quaisquer vicissitudes processuais, mas unicamente com os próprios fins do processo penal, e é justificada à luz do interesse da realização da justiça, nas suas componentes de interesse na descoberta da verdade e de interesse na execução das consequências legais do ilícito penal.

E neste plano de compreensão tem relevo chamar a atenção para o facto de estarmos perante formas de criminalidade económico-financeira organizada que é de muito difícil prova e relativamente à qual o legislador sentiu necessidade, através da mencionada Lei n.º 5/2002, de adotar medidas especiais de controlo e repressão, mediante a derrogação do segredo fiscal e bancário, para facilitar a investigação criminal (artigos 2.º a 5.º), a permissão do registo de voz e de imagem, como específico meio de produção de prova (artigo 6.º), e a previsão de um mecanismo especial de perda de bens a favor do Estado tomando por base a presunção de obtenção de vantagens patrimoniais ilícitas através da atividade criminosa (artigo 7.º) – sobre estes aspetos, DAMIÃO DA CUNHA, ob. cit., págs. 7-10)».

Desta forma, apesar de reconhecer que as medidas legislativas eram restritivas, nestes acórdãos o Tribunal bastou-se com a identificação de uma finalidade de interesse público amplamente reconhecido, como a realização da justiça, para as justificar à luz da Constituição.

29. É verdade que no caso de se adotar uma tese ampliativa do direito fundamental, é possível identificar a apreensão objeto do presente processo – que incide exclusivamente sobre bens imóveis – como uma verdadeira e própria restrição ao direito de propriedade, designadamente pela limitação verificada na liberdade de dispor.

No entanto, nem mesmo uma metodologia mais exigente de controlo de constitucionalidade das restrições dos direitos fundamentais que não prescindia da evidenciação do conflito de interesses que se apresentam em confronto consegue evitar a imediata identificação de uma justificação suficiente para permitir o condicionamento daquela faculdade. É que só pode ser considerado como exercício de um direito fundamental tudo aquilo que «mantenha uma relação estreita com o programa normativo que levou à consagração constitucional do direito» (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, p. 101). E não pode deixar de ser «excluído da consideração como exercício de direito fundamental aquilo que constitui ilícito penal em sentido material ou que seja consensual e indiscutivelmente rejeitado como sendo, em quaisquer circunstâncias, inadmissível numa sociedade democrática» (ibidem).

A compreensão dos direitos fundamentais própria de um Estado de Direito não se compadece com a inclusão no âmbito da garantia constitucional de qualquer proteção ao ilícito penal.

Para além disso, trata-se de uma restrição temporária (só vale enquanto a apreensão não for levantada ou convertida em confisco), limitada (tende a abranger apenas uma parcela do património) e parcial (ao contrário do confisco a apreensão não implica uma transferência definitiva da propriedade da coisa para o Estado). Assim, embora exista um potencial de agressão e de consequências nefastas (neste sentido, vide JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco...*, cit., p. 158), a afetação do direito fundamental em causa não será muito intensa.

Ora, como resulta do acima já explanado, a apreensão veiculada pela norma em análise visa garantir a real eficácia da decisão jurisdicional ulterior a cuja sorte está inevitavelmente ligada. Como é próprio das medidas cautelares, esta apreensão tem um papel instrumental. Trata-se de um ato preordenado que procura assegurar a eficácia de uma eventual decisão de perda de vantagens. Neste sentido, a norma dirige-se aos instrumentos, produtos ou vantagens do crime que se encontrem na posse do arguido ou de terceiro. A titularidade de produtos ou vantagens do crime, representando um ilícito penal material, não pode encontrar proteção na Constituição, designadamente no seu artigo 62.º. Num tal quadro, à semelhança do que o Tribunal já afirmou a respeito da apreensão de bens em caso de não pagamento de impostos, «tais restrições implícitas do direito de propriedade consentem ainda a normação de medidas conservatórias daqueles direitos estaduais. Ponto é que se verifique uma relação de perfeita concatenação entre a medida prevista e o direito que se pretende assegurar» (Acórdão n.º 236/1986, Plenário, ponto 13).

É o que se passa na norma em análise. Também nela se evidencia a existência de uma correlação perfeita entre a medida de apreensão do bem que aparenta ter origem criminosa e o fim de interesse público que se visa assegurar e que consiste na garantia da futura declaração de perdimento para o Estado de um bem cuja origem se comprovou ser criminosa.

Note-se que a apreensão sob análise, constituindo um ato preordenado à perda, não depende de qualquer apreciação de mérito relativa à sua adequação ou necessidade. Uma tal apreensão impõe-se pela afirmação inequívoca da indicição do ato criminoso, designadamente na acusação e a dedução desta constitui competência do Ministério Público. É, assim, diferente da decisão que decide ordenar a perda das vantagens, a qual exige a prova de que as mesmas foram obtidas como resultado do ato ilícito. Distingue-se, igualmente do arresto preventivo o qual, por ser mais agressivo para os direitos individuais – já que pode abranger todo o património do arguido –, apresenta pressupostos de aplicação mais apertados, exigindo-se, aí sim, que o juiz aprecie a bondade da restrição.

Tendo em conta o que foi dito, ao invocar-se a não proteção, pelo direito de propriedade, do resultado de atividade criminosa, pode, no entanto, questionar-se a compatibilidade do arresto, neste caso, com o princípio da presunção da inocência. Ora, é sabido que o princípio da presunção de inocência – garantido no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição – impede a imposição de verdadeiras penas a título de medidas cautelares (Acórdão n.º 198/1990, 1.ª Secção). Não impede, todavia, a imposição de medidas cautelares limitadas às estritas necessidades que com elas se visam satisfazer, isto é, que se apresentem como adequadas e proporcionadas a prevenir perigos, designadamente o perigo de ineficácia da sentença penal. Como referido no Acórdão n.º 198/1990, ponto II.3.:

«Não se ignora que “o princípio da presunção de inocência, na sua desimplicação histórica, assume uma pluralidade de sentidos que exigem a sua concretização e o seu detalhamento progressivos perante as diversas situações processuais penais que para ele apelam; mas sentidos, também, que não podem ser arbitrária ou desrazoavelmente multiplicados ou estendidos, atento o perigo de que, assim, possam vir a entrar em contradição com a razão de ser do princípio como um dos fundamentos do processo penal do Estado de direito democrático” (cfr. Acórdão n.º 168, da Comissão Constitucional, *Apêndice ao Diário da República*, de 3 de Julho de 1980, e ainda Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed., pp. 215 e segs., e Pinheiro Farinha, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 29 e segs.).

Assim sendo, há-de dizer-se que o princípio não proíbe a antecipação de certas medidas cautelares e de investigação (de outro modo concluir-se-ia no sentido da inconstitucionalização da instrução criminal em si mesma) ou, como na situação do processo disciplinar sancionatório em apreço, na suspensão do exercício de funções e correlativa suspensão do vencimento resultante desse exercício efetivo pois que, neste caso, tal medida não configura uma antecipação dos efeitos da pena, nomeadamente da pena de demissão (cfr. Acórdão n.º 439/87, *Diário da República*, II Série, de 17 de Fevereiro de 1988)».

30. A apreensão que visa acautelar a possibilidade de futura perda, não se confunde com a declaração de perdimento. Aquela, diferentemente desta, é uma medida meramente provisória e de dimensão parcelar relativamente ao conteúdo do direito afetado, uma vez que, no essencial, afeta apenas a liberdade de transmissão de bens. É esta a componente do direito à propriedade privada que é afetada na apreensão de bens a que alude o artigo 178.º do CPP, sendo criminalmente sancionado,

nos termos do artigo 355.º do Código Penal, o proprietário dos bens assim apreendidos que os subtraia ao poder público.

Os poderes atribuídos ao Gabinete de Recuperação de Ativos, sob dependência da Polícia Judiciária, para determinar a afetação dos bens apreendidos em processo penal, a que os recorridos aludem para concluírem pela maior abrangência das manifestações nucleares do direito de propriedade afetadas pela apreensão, não decorrem, todavia, da norma em apreciação no presente recurso, antes da Lei n.º 45/2011 (artigo 10.º), como os próprios recorridos indicam nas suas alegações (conclusão AA).

Apreensão e perda não têm nem dimensão nem efeitos semelhantes, pelo que não podem ser vistas como equivalentes. Não há, assim, antecipação de um quadro de efeitos semelhantes aos da perda que só a sentença pode decretar. Assegurada a conformidade entre a medida cautelar imposta e os fins que procura atingir, não existe, pois, impedimento constitucional à medida provisória de apreensão baseada na indicição de factos criminosos.

Note-se, ainda a declaração de perdimento é sempre da competência de um juiz, sendo também sempre um juiz que tem a competência para decidir todas as questões que o visado venha a colocar na sequência da apreensão.

31. Conclui-se, assim, que mesmo a admitir-se a verificação de uma restrição do direito de propriedade pela medida contida no artigo 178.º, n.º 1, do CPP, ela pode à partida ser justificada pelo interesse público de realização da justiça.

Ao fundamento político-criminal do regime da perda de vantagens acresce, num Estado de Direito, o reconhecimento da necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente, independentemente da verificação de dano individual para alguém. Neste contexto, não é possível afirmar que o condicionamento decorrente da apreensão da propriedade implicado na norma atinja qualquer dimensão do direito de propriedade que se mostre indispensável a concepção do direito de propriedade como garantia de «espaço de autonomia pessoal», na formulação do Acórdão n.º 374/2003, 2.ª Secção, ponto 2.3.3., citando MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 542 (ou «essencial à realização do Homem como pessoa», na ideia do Acórdão n.º 329/1999, Plenário, ponto 4.2).

ii) Da alegada violação do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição

32. Aqui chegados é tempo de enfrentar a questão essencial que constitui o objeto do presente recurso: saber se a norma que resulta da conjugação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 178.º do CPP, ao deferir ao Ministério Público a competência para, no âmbito do inquérito criminal, ordenar a apreensão de objetos tendo em vista a sua futura perda para o Estado, viola a garantia constitucional inserta no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição.

O artigo 32.º, n.º 4, da Constituição dispõe que «toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais». No entanto, a Constituição não define onde começa a instrução (*vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª ed. Revista).

Apesar da indefinição, a aplicação do princípio contido no n.º 4 do artigo 32.º da Constituição às fases que antecedem a fase de instrução do processo penal tem sido acolhida pela doutrina e jurisprudência constitucionais para todas as situações em que haja afetação de direitos fundamentais. Com desenvolvimento, GERMANO MARQUES DA SILVA (*Constituição Portuguesa Anotada*, Jorge Miranda e Rui Medeiros (coord.), t. I, Coimbra Editora, 2005, em anotação ao artigo 32.º, ponto 4) dá conta dessa leitura da norma constitucional citada:

«Na vigência da redação originária da Constituição entendíamos que o n.º 4 do artigo 32.º tinha pretendido atribuir a competência para a investigação à jurisdição, subtraindo-a ao Ministério Público e às polícias, dando ao conceito de “instrução” o sentido amplo que resultava da legislação contemporânea da aprovação do texto constitucional. Em razão das alterações da Constituição posteriores ao Código de Processo Penal de 1987, consideramos agora que o atual conteúdo do conceito de instrução é mais restrito e corresponde à garantia processual dos direitos do arguido ao esclarecimento dos factos, com a sua participação, em ordem à decisão de o submeter a julgamento, o que equivale à fase processual da instrução consagrada no Código de Processo Penal, excluindo-se, pois, a fase de investigação pré-acusatória, salvo no que respeita aos atos que nesta fase se prendam diretamente com os direitos fundamentais, em que a garantia da jurisdição é essencial e reservada pela Constituição a um juiz».

No Acórdão n.º 23/1990, 1.ª Secção, ponto 4 (reafirmado no Acórdão n.º 395/2004, 2.ª Secção, ponto 8.1), o Tribunal Constitucional referiu:

«[O] n.º 4 do artigo 32.º da CRP prossegue a tutela de defesa dos direitos do cidadão no processo criminal e, nessa exata medida, determina o monopólio pelo juiz da instrução, juiz-garante dos direitos fundamentais dos cidadãos (“reserva do juiz”).

Intervenção do juiz que vale - e só vale no âmbito do núcleo da garantia constitucional.

Assim ocorre em toda a fase de inquérito ao Ministério Público confiada pelo CPP atual, compreendendo o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, descobrir e recolher provas em ordem à decisão sobre a acusação (artigo 262.º, n.º 1), justificando-se a intervenção do juiz-garante sempre que afetado aquele núcleo - consoante o elenco de situações descritas nos artigos 268.º e 269.º.

Mantém-se incólume o preceito constitucional e o regime por ele moldado e, do mesmo passo, concilia-se a norma nele contida com outros valores tutelados ao mesmo nível – o direito à segurança (n.º 1 do artigo 270.º), envolvendo componentes de segurança jurídica e de certeza quanto ao exercício dos direitos, o respeito pelos direitos e liberdades dos terceiros expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem (n.º 2 do artigo 29.º), as exigências de ordem pública, são exemplos de referentes jurídico-constitucionais a exigir a observância da adequação e da proporcionalidade».

33. No que respeita concretamente à norma em análise, importa começar por referir que a competência do Ministério Público para apreender bens no inquérito, tendo em vista a sua perda, não afasta necessariamente o juiz do destino da apreensão de bens ordenada.

Trata-se de uma inovação face ao CPP de 1987 que, na sua versão originária, não previa nenhum meio de impugnação autónomo de uma apreensão autorizada, ordenada ou validada pelo Ministério Público por parte de quem se considerasse ilegítimamente lesado por aquela medida. A doutrina considerava essa ausência de via de impugnação como uma omissão grave que importava colmatar (cfr. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*, 17.ª, Coimbra, Almedina, 2009, em anotação ao artigo 178.º).

A revisão do CPP introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, veio dar resposta a esta omissão, permitindo a impugnação judicial, perante o juiz de instrução, das apreensões autorizadas, ordenadas ou validadas pelo Ministério Público, garantindo, na medida do possível, a concretização do princípio do contraditório. Esta inovação importou, pois, uma relevante concretização da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais no âmbito do inquérito criminal.

Vale a pena transcrever uma passagem da Proposta de Lei n.º 157/VII (que esteve na origem das alterações ao CPP introduzidas pelas Lei n.º 59/98, de 25 de agosto):

«O novo Código de Processo Penal eliminou a anterior diversidade de procedimentos nas fases preliminares e transformou o inquérito, sob a titularidade do Ministério Público – órgão com estatuto e poderes de autêntica magistratura, requisito essencial da formulação do novo modelo processual – na fase normal de investigação e preparação da decisão de acusação, independentemente do tipo de crime e da moldura da pena correspondente.

(...)

Diversamente do que sucedia no regime anterior, o atual modelo processual penal atribui ao juiz de instrução, na fase de inquérito, uma função passiva, de garantia de direitos fundamentais, sem iniciativa para a prática de atos processuais visando a realização das finalidades do inquérito.

(...)

O regime de apreensões, enquanto meio de obtenção de prova, é alterado tendo em vista, por um lado, uma maior eficiência no combate do crime e, por outro lado, a necessidade de reforçar a tutela do direito de propriedade enquanto direito fundamental. Embora sem pôr em causa a sua natureza, permite-se que a medida possa ser levada a efeito por órgãos de polícia criminal no decurso de revistas ou buscas ou em caso de urgência ou perigo na demora, conferindo, por esta forma, maior exequibilidade às medidas de polícia; porém, exige-se, neste caso, a sua validação por autoridade judiciária, no prazo de setenta e duas horas. Por outro lado, introduz-se a possibilidade de apreciação da medida de apreensão pelo juiz de instrução, dadas as restrições impostas ao direito de propriedade, que deve ser eficazmente tutelado» (destacado nosso).

34. Assim, hoje em dia, não obstante se atribuir ao Ministério Público a competência para apreender «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» (cfr. artigo 178.º, n.º 1, do CPP), a verdade é que quem se sentir lesado no seu direito de propriedade pela apreensão ordenada, pode requerer ao juiz de instrução a sua modificação ou revogação.

Efetivamente, nos termos do artigo 178.º, n.º 7, do CPP, os titulares de instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos apreendidos podem requerer ao juiz de instrução a modificação ou a revogação da medida de apreensão, sendo este requerimento atuado por apenso, notificando-se o Ministério Público para, em 10 dias, deduzir oposição. Aliás, foi precisamente no âmbito deste incidente judicial que a presente questão de constitucionalidade foi suscitada. O n.º 9 do referido artigo 178.º determina que «se os instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos apreendidos forem suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária ordena a presença do interessado e ouve-o», o que constitui uma clara expressão do direito a ser ouvido antes de ser tomada uma decisão restritiva de um direito de que se é titular.

No conjunto do regime instituído pelo legislador, o incidente previsto no artigo 178.º do CPP constitui, assim, uma via de tutela jurisdicional especificada do direito de propriedade atinente a instrumentos, produtos ou vantagens ou outros objetos afetados por medidas de investigação criminal, mormente meios de obtenção de prova. Consagra-se, por esta via, em sede processual penal, um incidente judicial e contraditório no âmbito do inquérito, confiando a sua decisão à imparcialidade e neutralidade do juiz, com vista à modificação ou revogação da medida autorizada, ordenada ou validada por despacho do Ministério Público.

Trata-se de uma clara concretização da garantia de judicialização da tutela dos direitos fundamentais, *maxime* do direito à propriedade privada, inquestionavelmente comprimido por quaisquer atos de apreensão, quer para fins de natureza probatória, quer com o intuito de assegurar o seu futuro perdimento a favor do Estado. De facto, embora se trate de uma medida temporária, limitada e parcial, como já se referiu, o seu potencial de agressão e as consequências nefastas são óbvias (neste sentido, *vide* JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco...*, cit., p. 158). Enquanto terceiro independente e imparcial, que durante o inquérito pratica ou autoriza os atos (artigos 17.º, 268.º e 269.º do CPP) que afetam os direitos, liberdades ou garantias fundamentais do arguido ou de terceiros, compete ao juiz dirimir o conflito entre os órgãos encarregados da perseguição criminal e os titulares daqueles direitos.

A previsão deste incidente não evita, porém, a questão de saber se o artigo 32.º, n.º 4, da Constituição exige uma outra solução legal, especificamente a pronúncia judicial reportada ao momento em que foi efetuada a apreensão. Isto é, se a Constituição, no artigo 32.º, n.º 4, impõe uma reserva antecipada de intervenção do juiz.

Vejamos.

35. Antes do mais cumpre notar que entre as reservas de juiz no inquérito para intervenção restritiva em direitos fundamentais que se encontram previstas no CPP é possível distinguir a reserva para atos materiais (reserva de atos a praticar pelo juiz) e a reserva de atos decisórios (reserva de decisão judicial). Dentro dos atos decisórios é possível identificar a ordem judicial (ex. artigo 179.º,

n.º 1, CPP), a autorização judicial (ex. artigo 179.º, n.º 1, CPP); a concordância judicial (ex. artigo 281.º, n.º 1, do CPP) e a confirmação (ou convalidação) judicial (ex. artigo 174.º, n.º 6, ou artigo 252.º, n.º 3, CPP ou artigo 4.º, n.º 5 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

Em função do momento da intervenção do juiz podemos distinguir reservas prévias (primárias) e reservas subsequentes (secundárias). As primeiras traduzem a obrigatoriedade de intervenção do juiz em momento anterior à realização da medida. Nas segundas, diferentemente, o juiz intervém já depois do início da sua execução.

Na configuração que constitucionalmente tomam, as reservas de juiz apresentam-se como concretizações dos direitos fundamentais e encontram a sua razão de ser no estatuto de independência que os juízes têm e na distância que mantêm relativamente à atividade investigatória.

Subjacente à transferência de competências para autorizar certas medidas de investigação do titular do inquérito para um juiz, encontra-se a garantia de neutralidade judicial. A independência da magistratura judicial e o seu maior distanciamento em relação à atividade investigatória, conferem ao juiz de instrução uma maior disponibilidade funcional e estatutária para, com objetividade, decidir os limites toleráveis do sacrifício dos direitos fundamentais em favor do interesse da realização da justiça penal. Estas razões apelam, portanto, ainda a uma ideia de reserva de jurisdição. Como o Tribunal já sublinhou, «a reserva de jurisdição concretiza-se através de uma reserva de juiz, no sentido de que dentro dos tribunais, só os juízes poderão ser chamados a praticar atos materialmente jurisdicionais» (Acórdão n.º 620/2007, Plenário, ponto 2).

Existe, com efeito, uma conexão necessária entre a tutela jurisdicional e as garantias institucionais, pessoais e processuais concedidas pelos tribunais. Também na jurisprudência do Tribunal Constitucional o conceito de reserva de jurisdição tem sido preenchido como decorrência fundamental do próprio princípio da independência dos tribunais. Pode ler-se no Acórdão n.º 67/2006, Plenário, ponto 5:

«Um dos corolários ou dimensões do princípio da independência dos tribunais é o de que o juiz, no exercício da sua função jurisdicional, apenas está submetido às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas (independência funcional). Por outro lado, como diz Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pág. 658, a independência judicial postula o reconhecimento de uma reserva de jurisdição, entendida como reserva de um conteúdo material típico da função jurisdicional, o que implica que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última, mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os “guardiões da liberdade” e daí a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio* (...).»

Contudo, se o direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da Constituição visa já assegurar a proteção dos direitos fundamentais, qual será então o sentido específico da reserva de juiz constitucionalmente estabelecida no artigo 32.º, n.º 4?

Apesar da estreita relação que apresentam, o certo é que reserva de juiz e jurisdição não se confundem. Dos três princípios que, de modo consensual, têm sido apontados como caracterizando a função jurisdicional – (i) o princípio *nemo iudex sine actore*; (ii) o princípio do contraditório e (iii) o princípio do terceiro imparcial – apenas o terceiro encontra plena concretização na reserva de juiz no inquérito. O segundo está normalmente afastado pela própria natureza sigilosa das medidas de investigação. Também no que respeita à concretização do primeiro podem colocar-se algumas reservas. Na verdade: «O Juiz de Instrução não intervém, em nenhuma das constelações a requerimento, pedido, menos ainda recurso de um interessado não conformado com a decisão do Ministério Público. Pelo contrário, a intervenção do Juiz tem lugar *ope legis*, por imposição direta da própria lei. O Juiz de Instrução perde aqui a distância face ao fluir dos conflitos, que lhe assegurava a objetividade e neutralidade conaturais ao ato jurisdicional e seus marcadores eidéticos» (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, 2009, p. 66).

36. De outro lado, verificamos que enquanto a garantia jurisdicional é assegurada, por via de regra, num momento subsequente ao ato de ingerência no direito, a reserva de juiz é exercida em momento anterior.

A Constituição não impõe, porém, que em todos os momentos do exercício da função jurisdicional tenha de ser um tribunal a dizer a *primeira palavra*. Dentro do princípio da reserva de jurisdição dos tribunais é possível distinguir a dimensão da garantia do recurso a juízo contra os atos de quaisquer outras entidades (*Rechtsweggarantie* ou *Gerichtsvorbehalt*) da dimensão da reserva de juiz (*Richtervorbehalt*). A primeira satisfaz-se com a possibilidade do recurso a tribunal desde que a pronúncia deste seja a decisiva. Exprime a ideia de que relativamente a algumas situações é legítima a intervenção de outros poderes desde que seja assegurado depois o direito de acesso aos tribunais. Na segunda, pelo contrário, o juiz intervém logo de início. Exige que certas matérias sejam confiadas exclusivamente ao juiz. Impõe um monopólio de jurisdição relativamente a certas questões. É o que se passa, por exemplo, no domínio das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade (neste sentido *vide*, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.^a Ed., totalmente refundida, Coimbra, Almedina 1983, pp. 664-665).

De acordo com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 630/1995, 1.^a Secção, ponto 3:

«Reveste-se de alta complexidade a delimitação da reserva da competência judicial, constituindo a distinção entre administração e jurisdição uma das questões salientes das disputas doutrinárias e da jurisprudência. A linha de fronteira terá de atender não apenas à densificação doutrinária adquirida da função jurisdicional, aos casos constitucionais de reserva judicial - artigos 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 1, 33.º, n.º 4, 34.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, 46.º, n.º 2 e [113.º, n.º 7] - mas também ao apuramento neste campo de um entendimento exigente do princípio do Estado de direito democrático (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., pp. 792 e 793)».

Ao discorrer sobre o alcance da reserva jurisdicional, PAULO CASTRO RANGEL concluiu não restarem dúvidas de que o juiz terá a primeira e última palavra naquele conjunto de situações especificamente previstas em preceitos da Constituição e que formam a *reserva absoluta especificada da jurisdição*, mas a que se poderia simplesmente chamar *reservas especiais de jurisdição*, exemplificando com os preceitos contidos nos exemplos referidos anteriormente – artigos 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 1, 33.º, n.ºs 2 e 6, 34.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, 46.º, n.º 2 e 113.º, n.º 7, da Constituição (PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 306 e também *Reserva de Jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica, 1997, p. 63). Fora dessas áreas, esclarece, «entramos em terreno pouco firme, onde só nos podemos socorrer de um *critério material* e da concretização que a jurisprudência (...) tem vindo a fazer do mencionado critério», e que coincide com o «de ato materialmente jurisdicional». Em busca de um *critério material* que respeite a concretização que a jurisprudência administrativa e constitucional tem produzido na matéria, PAULO RANGEL propõe o ato *nuclearmente pertencente à função jurisdicional*. Segundo o autor, basta que se afirme outro interesse público a par da resolução jurídica da questão para depararmos com uma área de mera *reserva relativa de jurisdição* (PAULO RANGEL, *Repensar*, ob. cit., p. 306-307). Desta forma, a diferenciação entre reserva absoluta e relativa redundará, na prática na verificação, ou não, da presença de interesse público alheio ao conflito estritamente jurídico.

Avaliando a extensão e o âmbito que deve ter o princípio da «reserva de juiz», que deve ser respeitado pelo legislador ordinário em obediência à Constituição, designadamente até onde deve ir a competência exclusiva (e excludente) que é atribuída ao juiz de instrução para a prática de certos atos, identificados no artigo 188.º do CPP («escutas telefónicas»), o Acórdão n.º 450/2007, 3.^a Secção, ponto 9.1., consignou o seguinte:

«(...), não podendo a reserva de juiz *rectius*, o seu âmbito e extensão - ser definido aprioristicamente (num a priori “maximalista”), o modo constitucionalmente conforme da sua determinação implica o recurso a um juízo de adequação de “meios” a “fins”. É, afinal, desse juízo de adequação, ou de proporcionalidade, de que se fala, quando se identificam as finalidades da reserva (“a possibilidade real de, em função do decurso da escuta, ser mantida ou alterada a decisão que a determinou”), e dela se retiram as consequências lógicas (“do que se trata é, tão-só, de assegurar um acompanhamento...”).

(...)

A decisão, inspirada na ideia que fora enunciada no Acórdão n.º 407/97 (segundo a qual, recorde-se, o âmbito da reserva de juiz não deveria ser compreendido de modo “maximalista”), fundamentou-se nos seguintes termos: “Há que fazer uma interpretação deste requisito jurisprudencial funcionalmente adequada à sua razão de ser. E os propósitos visados consistem, como se assinalou, em propiciar que seja determinada a interrupção da interceção logo que a mesma se revele desnecessária, desadequada ou inútil, e, por outro lado, fazer depender a aquisição processual da prova assim obtida a um ‘crivo’ judicial quanto ao seu carácter não proibido e à sua relevância”».

A compreensão da opção por uma reserva do juiz no inquérito que se apresente como primária ou secundária não pode, na verdade, deixar de conformar-se com a explicação constitucionalmente relevante para a intervenção do juiz no inquérito.

37. Numa visão de conjunto dos critérios dogmáticos que explicam, em geral, a intervenção do juiz no inquérito ressalta a pertinência na imposição de uma reserva de apreciação judicial nos casos de grave ingerência nos direitos fundamentais ou de impossibilidade (ou possibilidade meramente tardia) de estabelecimento do contraditório em ordem a evitar o perigo de ocorrência de prejuízos irreparáveis.

Efetivamente, «a gravidade de uma medida restritiva de direitos justifica a necessidade de a sua autorização ser atribuída a um órgão independente, tal como os imperativos de eficácia da realização em sigilo da investigação exigem uma compensação de garantias jurídicas pela impossibilidade do prévio estabelecimento do contraditório. Nesta perspetiva, a reserva de juiz representa uma medida de cautela que assegura a *tutela possível* dos direitos fundamentais num primeiro momento, isto é, uma tutela jurídica preventiva» (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um mito do processo penal*, 2011, Almedina, p. 100). Trata-se de assegurar a tutela possível na autorização ou validação de medidas de investigação que configuram ingerências graves em direitos fundamentais. É neste quadro que se impõe reconhecer na reserva de juiz uma função preventiva da proteção dos direitos.

Traduzindo uma função de proteção de direitos fundamentais, a referida competência do juiz no inquérito constitui, portanto, a regra. Em conformidade, a intervenção reservada ao juiz no inquérito deverá, tanto quanto possível, consistir numa intervenção prévia, devendo ser vista como excecional a intervenção do juiz que surge apenas após o início da execução da medida (neste sentido, *vide* MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, ob. cit., p. 185).

Assim, pode afirmar-se que quanto mais grave se afigurar a ingerência, ou mesmo quanto maior se afigurar poder vir a ser a dificuldade de reparação do dano ou reposição do direito, mais prematura deve ser a intervenção do juiz.

38. À interceção de interesses constitucionalmente relevantes a justificar a intervenção preventiva do juiz de instrução acima já assinalada, contrapõe-se, todavia, um outro interesse igualmente tutelado pela Constituição: a estrutura acusatória do processo criminal (artigo 32.º, n.º 5).

Como tem sido notado na doutrina constitucional, «[a] densificação semântica da estrutura acusatória faz-se através de uma dimensão material (fases do processo) com uma dimensão orgânico-subjetiva (entidades competentes). Estrutura acusatória significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento; no plano subjetivo, significa a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador. (...) Rigorosamente considerada, a estrutura acusatória do processo penal implica: (a) proibição de acumulação orgânicas a montante do processo; ou seja, que o juiz de instrução seja também o órgão de acusação; (b) proibição de acumulação subjetiva a jusante do processo, isto é, que o órgão de acusação seja também órgão julgador; (c) proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento, isto é, o órgão que faz a instrução não faz a audiência de discussão e julgamento e vice-versa» (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, 2007, p. 522).

A reserva de juiz representa, na verdade, também um instrumento de realização imediata do princípio da separação de poderes. Uma separação que, no que respeita ao processo criminal, se projeta, em três dimensões da separação de funções: numa perspetiva ampla, enquanto emanação da própria separação de poderes entre executivo e judicial que consagra o monopólio da jurisdição aos tribunais, dentro do processo penal, ao consagrar a separação da investigação e acusação do julgamento e, dentro do próprio inquérito, ao exigir a separação entre a investigação e a tutela dos direitos. É esta última dimensão que está na base das reservas de juiz no inquérito. Com efeito, «tal como na reserva de lei, também na reserva de juiz existe uma componente jurídico-fundamental e uma componente jurídico-orgânica» (Maria de FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juíz das Liberdades*, ob. cit., p. 80). A primeira prende-se com a proteção do cidadão no seio da ordem constitucional; a segunda visa, em primeira linha, a distribuição constitucional de competências. Será necessário atender às duas para compreender o real sentido da reserva instituída.

Cabe ao juiz de instrução a função de garantir os direitos fundamentais. Não lhe cabe, porém, concorrer com as funções do Ministério Público no inquérito. Ou seja, embora a direção do inquérito seja da incumbência do Ministério Público e não de um juiz, quando nesta fase se mostre necessário praticar quaisquer atos instrutórios que possam restringir severamente direitos fundamentais, deve ser um juiz a decidir, na sua veste de *juíz das liberdades*. Surgindo o juiz de instrução como o garante dos direitos fundamentais dos diversos intervenientes no processo, ele não controla, porém, o exercício da ação penal, nem a bondade dos interesses invocados que pertence, por inteiro, ao Ministério Público.

Como se referiu no Acórdão n.º 395/2004, 2.ª Secção, ponto 8.1., deste Tribunal, «a intervenção do juiz na fase do inquérito preliminar apenas é reclamada para acautelar a defesa dos direitos fundamentais dos sujeitos processuais ou de terceiros relativamente àqueles atos processuais que a podem pôr em causa. Com o rigor de alguma síntese, pode afirmar-se que o juiz de instrução é, na fase do inquérito, um órgão que está vocacionado essencialmente para o acautelamento dos direitos fundamentais, entre os quais avultam a liberdade, a segurança, a reserva de intimidade da vida privada. É o que se poderia apelidar de *Juíz das Garantias*. Nesta senda, não se vê, na linha de fundamentação expendida, que o juiz de instrução haja de interferir na realização dos atos do inquérito cuja direção está constitucionalmente cometida ao Ministério Público, fora do quadro de atos que são potencialmente lesivos de direitos fundamentais ou do controlo de atos cuja prática a lei processual preveja como obrigatória».

A reserva de juiz comprime, portanto, a reserva do Ministério Público na direção do inquérito. Uma tal compressão só encontra, porém, justificação na medida do necessário para a proteção efetiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (sobre esta ponderação, *vide* Acórdão n.º 474/2012, 1.ª Secção, ponto 9.3.2.).

Neste quadro, já foi sustentado que a disposição do artigo 178.º do CPP, introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, não será consentânea com a direção do inquérito pelo Ministério Público. Como referido por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «se o propósito de legislador foi o de proteger a propriedade, fê-lo de modo que contraria a distribuição na fase de inquérito, enxertando um incidente judicial e contraditório sobre a propriedade no inquérito e tornando o juiz numa instância de recurso do MP» (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4.ª Ed. Atualizada, anotação ao artigo 178.º CPP, p. 505).

Independentemente desta visão crítica, parece inegável, no entanto, que a inovação introduzida com o artigo 178.º do CPP representou uma relevante concretização da tutela jurisdicional dos direitos individuais no âmbito do inquérito criminal. Uma tutela que por ser assegurada através de um procedimento específico com estabelecimento de contraditório e regulado tendo em vista a prolação de uma decisão independente, se aproxima mais da dimensão orgânico-funcional de jurisdição do que da mera autorização ou validação judicial de uma medida de investigação restritiva de direitos na base da qual apenas encontramos uma informação unilateral fornecida pelo requerente da medida, assegurando, apenas, a autoria da decisão.

Não se crê que a previsão de um tal incidente introduza um desequilíbrio relevante na divisão de competências no inquérito. Neste contexto, «o incidente judicial de verificação dos pressupostos da

apreensão não contraria, portanto, a distribuição de poderes na fase de inquérito, usurpando as funções do seu *dominus*, nem transforma o juiz numa instância de recurso do Ministério Público. Sindicar se a apreensão violou desnecessariamente direitos das pessoas é uma função materialmente jurisdicional (artigo 202.º da CRP)» (JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco...*, ob. cit., p. 160).

Conclui-se, assim, que a configuração constitucional dos papéis conferidos ao Juiz e ao Ministério Público em processo penal, na conjugação do princípio do acusatório com a reserva de juiz na defesa dos direitos fundamentais na fase de inquérito, não se afigura desrespeitada pela solução legal contida no artigo 178.º, n.º 7, do CPP.

De outro lado, e como decorre de tudo o que acima já ficou exposto, a medida legislativa em análise, decorrente dos n.ºs 1 e 3 do mesmo artigo, ao atribuir ao Ministério Público competência para apreender no inquérito os bens que possam vir a ser declarados perdidos a favor do Estado, designadamente por terem origem criminosa, não desrespeita a reserva de juiz prevista no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição. Desde logo, por a apreensão provisória de bens não configurar uma *ingerência grave* no direito de propriedade. Trata-se de uma medida provisória, que, no essencial, abrange apenas uma dimensão daquele direito, designadamente a liberdade de dispor. Além disso, destinando-se a garantir uma eventual futura perda para o Estado de bens com origem ilícita, a apreensão basta-se com afirmação da indicição de ser criminosa a sua proveniência. Uma indicição que, na fase de inquérito, é competência específica do Ministério Público. Finalmente, logo que o titular do direito de propriedade pode tomar conhecimento da apreensão logo que esta é executada, podendo de imediato (e mesmo ainda durante a fase de inquérito) dirigir-se ao juiz para reclamar a respetiva revogação.

39. Pelo que fica dito, e, face às funções diversas desempenhadas pelo Ministério Público e pelo juiz de instrução na fase do inquérito, facilmente se verifica que a tutela jurisdicional não é, no caso vertente, posta em causa pelo facto de a intervenção judicial não ser anterior à afetação do direito de propriedade, uma vez que a sua anterioridade não resulta de qualquer imposição constitucional. Nesta medida, por via do incidente previsto no n.º 7.º do artigo 178.º do CPP, o juiz não é afastado da função de dirimir o conflito existente entre os eventuais interesses da investigação e direitos fundamentais em presença, assegurando-se a tutela jurisdicional. Pondo em causa apenas uma dimensão do direito de propriedade que se traduz na limitação da liberdade de dispor enquanto não for proferida a decisão final sobre o destino a dar ao bem apreendido, tendo em conta o peso e alcance da afetação, além da sua provisoriedade, a medida legislativa em apreciação não convoca a força de resistência constitucional implicada na garantia prevista no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, pelo menos na dimensão de uma reserva da primeira palavra atribuída ao juiz.

III – Decisão

Em face do exposto, decide-se:

- a) Fixar o efeito suspensivo do recurso;
- b) Não julgar inconstitucional a norma que defere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime, constante do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do CPP;
- c) E, em consequência, conceder provimento ao recurso, devendo a decisão recorrida ser reformada em conformidade com o presente juízo de não inconstitucionalidade.

Sem custas.

Lisboa, 26 de junho de 2019 - *Maria de Fátima Mata-Mouros - João Pedro Caupers - José Teles Pereira - Manuel da Costa Andrade* (vencido nos termos de declaração de voto que junto)

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Já noutra sede tive oportunidade de questionar a solvabilidade constitucional da norma *sub judicio* neste processo. Fi-lo concretamente em estudo que publiquei em coautoria com MARIA JOÃO ANTUNES, (COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES, “Da Apreensão enquanto Garantia Processual da Perda das Vantagens do Crime”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146, n.º 4005, julho-agosto 2017, pp. 360). Uma publicação em que pudemos dar conta de reservas — insuperáveis a nosso ver — sobre a solvabilidade constitucional da regra emanada do artigo 178.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, no segmento em que confere ao Ministério Público a competência para autorizar, ordenar ou validar a apreensão de objetos que constituam o lucro, o preço ou a recompensa do crime.

Revisitada a questão no contexto dos presentes autos, as minhas reservas não só se mantêm como veem, creio, subir de tom a sua pertinência e plausibilidade. Mais: à vista dos dados normativos hoje vigentes e disponíveis, as minhas reservas comunicam-se mesmo à questão da própria legitimidade da apreensão na referenciada veste de garantia processual da perda das vantagens do crime no desenho que recebe da norma em exame. Isto atentas sobretudo as alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, nas medidas de garantia patrimonial previstas nos artigos 227.º e 228.º do Código de Processo Penal.

2. Como se referiu em face do anterior enquadramento legal, a caução económica e o arresto preventivo não se destinavam “*a garantir a perda de vantagens do crime e mal se compreenderia que o ordenamento jurídico não a acautelasse processualmente*” (COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES, *Ob. cit.*, p. 362). Os artigos 227.º e 228.º do Código de Processo Penal visavam exclusivamente garantir o pagamento da pena pecuniária, das custas do processo, de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, da indemnização ou de outra obrigação civil derivada do crime. Sistema em que o artigo 178.º do Código de Processo Penal desempenhava uma função própria e exclusivamente preordenada a assegurar o efeito útil da ulterior decisão de perda das vantagens do ilícito criminal. Função tanto mais imprescindível quanto é certo que nenhum outro dispositivo legal cumpria então adequadamente o mesmo desiderato.

Entretanto e na sequência da Diretiva 2014/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014, a Lei n.º 30/2017 veio alterar profundamente o desenho daquelas figuras. Passando a reconhecer às medidas de garantia patrimonial um propósito cautelar de obviar ao risco de “*perda dos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico ou do pagamento do valor a estes correspondentes*” (artigos 227.º, n.º 1, alínea *b*), 228.º, n.º 2, do Código de Processo Penal). Com a natural ocupação do espaço anteriormente reservado à apreensão enquanto garantia patrimonial da perda das vantagens do crime. Tudo com uma consequência: a construção da apreensão subordinada a esta função perdeu em boa medida o seu sentido e, sobretudo, a sua necessidade.

Tenho como evidente que, contrariamente ao sustentado na solução que fez vencimento, o regime de apreensão do artigo 178.º do Código de Processo Penal se revela, em face do quadro agora posto de pé pelo legislador, claramente mais gravoso do que o arresto preventivo. Ali, a medida é determinada pelo Ministério Público com mera possibilidade residual ou eventual de intervenção judicial *a posteriori*, e sem necessidade de formulação de um juízo de fundado receio de perda de garantia patrimonial ou de forte indiciação dos ilícitos criminais e sem limitação temporal expressa. Isto contrariamente ao artigo 228.º do Código de Processo Penal, em que a medida é cometida à competência do juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público ou do lesado. E a exigir a materialização daqueles juízos, ausentes na apreensão e que pode conhecer o seu termo mediante a prestação de caução económica idónea.

Não parece assim que o arresto preventivo leve consigo um maior potencial de agressão. Ele permite, é certo, atingir outros bens integrantes do património do arguido, para além dos instrumentos, produtos e vantagens do facto ilícito típico. Mas tal possibilidade continua vinculada ao desígnio de captura das importâncias necessárias a garantir um valor equivalente a tais vantagens do crime. Vale por dizer que, a arrestarem-se outros bens, a garantia deverá, obviamente, persistir circunscrita aos valores equivalentes àqueles objetos.

As características da apreensão enquanto garantia patrimonial da perda das vantagens do crime – ou seja, a sua desformalização, a dispensa de um juízo indiciário e a atribuição da competência para a sua determinação à entidade acusatória – potenciam, deste modo, uma maior desconsideração das garantias e direitos de defesa. Asserção cujo acerto é confirmado pela realidade judiciária, onde abundam os casos de eternização de apreensões decididas sem a formulação de um juízo sólido de indiciação da responsabilidade criminal e/ou de receio de dissipação dos bens.

Sendo assim e uma vez que a apreensão e o arresto preventivo cumprem atualmente idêntica função, não poderá deixar de se problematizar a legitimidade constitucional do artigo 178.º do Código de Processo Penal, na vertente de garantia patrimonial. É que, por um lado, ambas as figuras permitem fazer face ao risco de dissipação dos objetos que constituem vantagem do ilícito criminal; por outro lado, o arresto preventivo, com as cautelas adotadas pelo legislador, mostra-se claramente menos gravoso para os direitos fundamentais e garantias do arguido. O que, em matéria de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, parece colocar a sobredita apreensão à revelia dos artigos 18.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa.

Com um problema adicional. Na verdade, enquanto a apreensão possa ser exclusivamente utilizada a título de preparação de uma ulterior decisão de perda de vantagens do crime, será, na prática, escassa a margem de eficácia do arresto preventivo, mesmo no atual figurino desenhado pelo legislador. A autoridade judiciária tenderá, naturalmente, a privilegiar um instrumento mais expedito, simplificado, com vocação de perpetuação no tempo e, sobretudo, menos garantístico. Em detrimento de uma outra via que foi recentemente redesenhada pelo legislador para fazer face a este problema específico, nos termos que ficaram sumariamente recordados.

5. Sem prejuízo do exposto, continua a ser o tópico da competência para a prática do ato de apreensão enquanto garantia patrimonial que, a meu ver, suscita os mais profundos e dificilmente ultrapassáveis problemas de conformidade constitucional.

Acompanhamos o Acórdão quando, a este propósito, assume que *“traduzindo uma função de proteção de direitos fundamentais, a referida competência do juiz no inquérito constitui, portanto, a regra. Em conformidade, a intervenção reservada ao juiz no inquérito deverá, tanto quanto possível, consistir numa intervenção prévia, devendo ser vista como excecional a intervenção do juiz que surge apenas após o início da execução da medida”*. Entendimento diferente só poderia ser avançado à revelia do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. Que visa, naturalmente, *a tutela preventiva dos direitos fundamentais diretamente envolvidos na prática de atos instrutórios*. Propósito que nunca será cabalmente assegurado com uma intervenção do juiz de instrução subsequente ao ato. Um momento em que o direito já foi violado e em que sobra apenas viável assegurar a reparação possível.

Além do mais e fundamentalmente, não posso acompanhar a posição que fez vencimento na parte — e nos termos em que o faz — em que se propõe compatibilizar e harmonizar o regime e o modela da intervenção do juiz de instrução com as exigências do acusatório do processo penal. E, concretamente, na parte em que considera que a defesa de uma exclusiva e absoluta direção do inquérito pelo Ministério Público aponta no sentido de a reserva prévia do juiz só dever ter lugar na medida do estritamente necessário para a proteção efetiva dos direitos, liberdades e garantias. No que vai envolvido um programa de compatibilização em que a presença e o potencial de lesividade e compressão dos direitos fundamentais não se opera como critério na definição da tipologia de intervenção do juiz de instrução. Mas antes como mero limite, numa ótica da *“medida do necessário”*, numa linha de maximização da reserva do Ministério Público.

O que radica numa compreensão da atuação do juiz de instrução na fase pré-acusatória que não acompanho. O juiz de instrução, em sede de inquérito, apresenta-se *“como entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos atos processuais singulares que, na sua pura objetividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente*

protegidos” (FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *Centro de Estudos Judiciários*, 1988, página 16). Estamos, pois, em face de uma atuação garantística, mas de uma intervenção que não se dá *ex officio*. O que se me afigura decisivo numa perspetiva de compatibilização de uma reserva de jurisdição preventiva com o princípio do acusatório. Na verdade, estando a atribuição da competência ao juiz de instrução para a determinação ou autorização da apreensão, na óbvia dependência de requerimento do Ministério Público, ela não colide com a direção e o domínio do inquérito por esta entidade.

Se a estrutura acusatória do processo criminal não reclama uma intervenção subsequente do juiz – mas antes convive bem ou mesmo impõe um modelo de reserva inicial, desde que não oficiosa mas antes condicionada a um princípio do pedido –, há-de então potenciar-se a regra da intervenção prévia, por ser a única idónea a evitar o sacrifício dos direitos fundamentais.

Acresce que este «paradigma da proteção máxima da reserva do Ministério Público» – que, nos termos da orientação que fez vencimento, deverá ser preconizado mesmo quando esteja em causa a preterição de direitos fundamentais – não só se apresenta inadequado como, claramente contraindicado pelas disfunções político-criminais que ele traria consigo, se fosse coerente e consistentemente prosseguido em todas as suas implicações e consequências. É que, sem limites ou concorrência de outro parâmetro, também temáticas como, por exemplo, a compressão preventiva do direito à liberdade, a concretização de escutas telefónicas ou a materialização de buscas em domínios do sigilo profissional se bastariam com uma intervenção subsequente do juiz de instrução.

Parece-me, pois, que o critério de definição do tipo de intervenção do juiz de instrução não pode deixar de estar conexionado com a constatação da presença de direitos fundamentais e da existência de uma restrição ao correspondente conteúdo. É essa, aliás, a *ratio* subjacente aos artigos 268.º e 269.º do Código de Processo Penal, que conferem ao juiz de instrução competência para a prática ou autorização de atos quando estejam em causa valores como a liberdade, o património – artigo 268.º, n.º 2, alíneas *b*) e *e*), do Código de Processo Penal –, o sigilo profissional, a inviolabilidade da correspondência, a saúde física ou psíquica, a integridade do domicílio, a inviolabilidade das telecomunicações, etc.. Tudo matérias a reclamar uma intervenção prévia do juiz de instrução. O que bem evidencia que o crivo para a definição do modelo normativo de reserva não pode deixar de ser a existência de um direito fundamental e a perceção da sua efetiva lesão. Não se antolhando pertinente pretender que a estrutura acusatória do processo penal possa oferecer um contributo significativo, menos ainda decisivo, para a superação do problema.

Acresce, a reforçar o entendimento aqui advogado, que a lei reserva a garantia subsequente do juiz apenas a um conjunto restrito de casos conexionados com a existência de consentimento do titular do direito – artigo 174.º, n.º 6, do Código de Processo Penal – ou, em alternativa, com exigências de imediata atuação policial – artigo 174.º, n.º 6, 252.º, n.º 3, ou 252.º-A, n.º 2, do Código de Processo Penal – incompatíveis com o formalismo inerente a uma intervenção antecipada do juiz de instrução.

Ainda que assim não fosse – ou seja, mesmo a admitir-se que a reserva do juiz só deverá comprimir a reserva do Ministério Público na medida do necessário para a proteção efetiva dos direitos, liberdades e garantias quando esteja em causa uma restrição severa –, as sombras da afronta à Constituição continuariam a pesar sobre a dimensão normativa em sindicância.

Logo porque a apreensão provisória para efeitos de garantia patrimonial não configura, certamente, um limite imanente do direito de propriedade privada (neste sentido, ver o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 294/2008). Pretender que o programa normativo de tutela da propriedade reconhecido no artigo 62.º da Lei Fundamental deve ceder face ao ilícito penal não pode esquecer a circunstância de aqui apenas estar em causa um mero ato cautelar materializado em inquérito sem qualquer indicição qualificada da putativa responsabilidade criminal do arguido, menos ainda sem «culpa formada». Trata-se, pois, de um argumento que apenas teria sentido em face da própria decisão de perda do bem decretada na sequência de sentença transitada em julgado.

É que, contrariamente ao propugnado no entendimento que fez maioria, estamos perante uma ingerência claramente gravosa no direito de propriedade. Que, sem limite temporal definido, priva o proprietário não só do direito de disposição, antes inviabiliza, identicamente, o uso e fruição do bem. Que fica à guarda do processo e pode mesmo ser afetado a fins absolutamente estranhos ao arguido nos termos do Decreto-Lei n.º 11/2007, de 19 de janeiro, diploma que estabelece o regime jurídico da avaliação, utilização e alienação de bens apreendidos pelos órgãos de polícia criminal.

Tudo a contribuir, como tal, para a consideração de que a apreensão para garantia patrimonial surge, efetivamente, como norma restritiva de direitos. E que obriga, como tal, à mobilização de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade que só pode ser materializado pelo juiz de instrução com carácter prévio. Efetivamente, tal figura reclama, *“para além de um regime irredutivelmente diferenciado, um discurso epistemológico-hermenêutico autónomo e incomunicável. Que, por vias disso, só pode ser subjectivizado por uma diferente instância formal de controlo, portadora de diferente estatuto e obedecendo a uma realidade distinta. Uma coisa é, com efeito, o juízo de pendor criminalístico, atinente à fecundidade heurístico-probatória sobre que assenta a apreensão para efeito de prova; coisa completamente outra é a qualificação de um bem como preço, lucro ou recompensa do crime e a sua antecipação como objectos idóneos da decisão de perda a favor do Estado, sobre que assenta a apreensão para efeitos de garantia da eficácia da decisão de perda. Ali está em causa um juízo perfeitamente ajustado à instância que compete dirigir o inquérito; aqui um juízo de índole claramente subsuntiva de factos em previsões normativas e, como tal, só ao alcance de um juiz”* (COSTA ANDRADE/ MARIA JOÃO ANTUNES, *Ob. cit.*, p. 369).

Manuel da Costa Andrade