



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e
Garantias - Assembleia da República
Palácio de S. Bento

1249 - 068 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:
Of.º 91/1.ª
CACDLG/2017

SUA COMUNICAÇÃO DE:
25/01/2017

NOSSA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 3572/2017
Processo n.º 99/2009

NOSSA COMUNICAÇÃO DE:
20/02/2017

ASSUNTO: **Solicitação de parecer sobre a Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.ª(GOV)**

Em cumprimento do superiormente determinado, tenho a honra de enviar a V. Ex.ª o *parecer* emitido no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público, relativamente à Proposta de Lei supra referida.

Com os melhores cumprimentos.

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA



Carlos Adérito Teixeira

(Procurador da República)



Procuradoria-Geral Da República

Rua da Escola Politécnica - Lisboa

Parecer relativo ao projeto de Proposta de Lei n.º 201/2016, referente à transposição da Diretiva n.º 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia

*Circule + voto C.S. D.P.
por substitutos em Sds*

2017/2/10

[Signature]



Procuradoria-Geral Da República
Rua da Escola Politécnica - Lisboa

Índice

Introdução 3

I. Apreciação 3

1. Insuficiências 4

1.1. Perda dos instrumentos do crime 4

1.2. A perda dos produtos e das vantagens em casos de fuga ou de doença 6

1.3. Perda alargada..... 9

1.4. Regime processual penal de terceiros afetados com o confisco 12

1.5. Investigação patrimonial e financeira *post conviction* 13

1.6. Omissão de uma reforma global do regime nacional de recuperação de ativos..... 14

2. Contradições..... 15

3. A técnica legislativa 16

3.1. Instrumentos, produtos ou vantagens de terceiros..... 16

3.2. Pagamento do valor declarado perdido a favor do Estado..... 16

3.3. A constituição como arguido de pessoa que deva ser sujeita a medida de garantia patrimonial 17

3.4. Artigo 12.º-B, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro 18

II. Conclusões..... 19



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Introdução

Solicitou sua Excelência a senhora Conselheira Procuradora-Geral da República parecer sobre a Proposta de Lei n.º 201/2016, que, para além do mais, procede à transposição da Diretiva n.º 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia (art. 1.º, n.º 1, da referida Proposta de Lei); o que, nos termos estatutários, se passará a fazer.

Antes, porém, importará referir que por determinação de sua Excelência a Conselheira Procuradora-Geral da República colaborei com a Direção Geral de Política de Justiça nos trabalhos preparatórios iniciais, subjacentes à presente proposta de lei. Depois disso pronuncie-me, várias vezes, sobre diversas versões do anteprojeto, tendo apontado as crescentes insuficiências que – do ponto de vista exclusivamente científico – o mesmo continua, em meu entender, a apresentar. Esta nova proposta mantém a generalidade dos problemas que durante aquela colaboração fomos recenseando, pelo que – numa visão técnico-jurídica – nos limitamos, mais uma vez, a apontá-los, convictos de assim contribuir para a integral transposição da Diretiva e para a melhoria do sistema nacional de recuperação de ativos. Sem a correção desses nódulos problemáticos, a nova lei já transportará os gérmes da sua futura alteração, convertendo-se em mais uma oportunidade perdida.

I. Apreciação

A presente proposta de Lei «procura», no essencial, proceder como acabamos de referir (e se assinala logo no respetivo preâmbulo), à transposição da Diretiva n.º 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia (doravante apenas Diretiva). Por isso mesmo, embora lamentavelmente já tenha terminado o prazo previsto para o efeito (em 4 de outubro de 2016: cfr. a Retificação da Diretiva, publicada no Jornal Oficial L 138/114, de 13 de maio de 2014) a proposta é, em geral, de aplaudir: tudo o que seja feito no sentido de demonstrar que o crime não compensa merece (desde que respeitados os limites constitucionais, é claro) o nosso vivo aplauso. Uma vez que o móbil da esmagadora generalidade dos crimes é o lucro indevido, só medidas económicas de sentido inverso poderão, verdadeiramente, desincentivá-los. As instâncias formais de controlo têm que falar a mesma linguagem económica do criminoso. No sugestivo título de Hans Nelen, «*hit them where is hurts the most*». A comunidade não compreenderá que as instâncias formais de controlo punam o crime e que, ao mesmo tempo, o criminoso possa usufruir dos benefícios económicos dele resultantes: esse tipo de resposta (como tem acontecido tradicionalmente) é parcial (esquece a questão patrimonial) e incongruente.

Em vez de ser um obstáculo inesperado, a transposição da Diretiva deverá, portanto, constituir mais uma importante peça no sistema nacional de recuperação de ativos, contribuído para a crescente superação da inércia da *praxis* jurídica quotidiana. Aos poucos, a perda dos instrumentos, dos produtos, das vantagens e do património incongruente deverá tornar-se em mais uma rotina.

Para o efeito, para além de «procurar» transpor a Diretiva, o legislador aproveita (e bem) para introduzir uma série de disposições burocráticas (em bom rigor, estas são, aliás, as grandes novidades da lei agora proposta), quase todas destinadas a concretizar o regime legal do Gabinete de Recuperação de Ativos e do Gabinete de Administração de Bens, que, em geral, não suscitam grandes preocupações teóricas ou práticas. Tanto mais que, muitas delas não são mais do que a especificação das soluções que já resultariam da boa aplicação do anterior regime geral.

1. Insuficiências



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Mesmo assim, apesar do louvável propósito do legislador, não se pode dizer que (quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista formal) foram plenamente alcançados os louváveis desideratos iniciais. Com efeito, comparando a referida Diretiva com as alterações ora propostas e refletindo sobre a técnica legislativa utilizada, verifica-se que existem algumas insuficiências, sobretudo ao nível das alterações (ou na falta delas) ao regime substantivo e processual penal da recuperação de ativos, que nalguns casos destroem a lógica do sistema, provocando um retrocesso considerável.

Sem a sua correção – insistimos – a lei dificilmente poderá cumprir as finalidades que se propõe, transformando-se em mais uma oportunidade perdida, a reclamar urgente correção legal. Em vez de, transpondo plenamente a Diretiva, resolver os problemas há muito identificados, **ressuscita questões já superadas pela lei atual e pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional** [v.g. o TEDH; para esta jurisprudência, cfr. Boucht, Johan, Civil Asset Forfeiture and the Presumption of innocence, AA. VV. Non-conviction-based confiscation in Europe, Berlin, Duncker & Humblot (2015), p. 151 e ss.].

Na base destas insuficiências parece estar a reação adversa que o confisco ainda suscita e que muitas vezes é mais impulsiva do que fruto de uma verdadeira ponderação dos interesses conflitantes em jogo [Correia, João Conde, Balanço do projeto e perspetivas de futuro, AA. VV. Recuperação de Ativos, Lisboa, Procuradoria-Geral da República (2012), p. 403; idem, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM (2012), p. 25 e ss.]. Como já referimos variadíssimas vezes, temos medo que os excessos do passado se repitam e, por isso, esquecemos que o confisco num Estado de direito é muito diferente do confisco num Estado absoluto. Por isso mesmo centramos toda a nossa discussão no âmbito simbólico do «enriquecimento ilícito» e esquecemos que a adoção de consistentes políticas de confisco permite resolver a generalidade daqueles problemas, sem os custos jurídico-constitucionais que aquele crime convoca [Na doutrina, cfr. Costa. José Francisco de, Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado, *RLJ*, (2012), p. 253/4; e Dias, Maria do Carmo Silva, Enriquecimento ilícito/injustificado, *Revista Julgar* (2016), 28, p. 282; na jurisprudência do Tribunal



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Constitucional, o Ac. n.º 392/2015, de 12 de agosto e na jurisprudência do TEDH o do Caso Gogitidze e outros v. Geórgia de 12 de maio de 2015 (application n.º 36862/05)].

1.1. Perda dos instrumentos do crime

A redação proposta para o novo artigo 109.º do Código Penal continua a **subordinar a perda dos instrumentos do crime à existência de perigo** para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou à existência de sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos. Esta exigência [que já hoje é dispensada em alguma legislação especial (v.g. art. 35.º, n.º 2, do Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro e arts. 22.º, n.º 4, 24.º, n.º 3, 25.º, n.º 3, 28.º, n.º 5, do Dec-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro) e que no futuro estará também contemplada no artigo 12.º B da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro para crimes do catálogo] **viola o disposto na letra e no espírito da Diretiva**, que também não exige nenhum daqueles requisitos suplementares (neste sentido, cfr. Correia, João Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito Português vigente*, RCEJ (2014), II, p. 96]. Embora a Diretiva também tenha um âmbito de aplicação limitado (art. 3.º: sempre sem prejuízo, é claro, dos Estados Membros adotarem medidas internas mais ambiciosas), a verdade é que esse catálogo não tem que coincidir com o catálogo previsto no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (que, apenas, está obrigado a consignar os crimes mais específicos previstos no artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva).

A mesma disposição legal viola, ainda, outras disposições internacionais como o artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o artigo 2.º da Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime de 8 de novembro de 1990 (Convenção de Estrasburgo) ou o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, adotada em Varsóvia, em 16 de maio de 2005 (Convenção de Varsóvia). Por isso mesmo, não se compreende a sua manutenção: cumprindo todas estas normas internacionais, a perda deverá



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

ser direta e não estar subordinada a existência de qualquer requisito adicional, que não seja, é claro, o princípio da proporcionalidade (para a aplicação desse princípio neste domínio, cfr. os acs. do TC n.ºs 202/2000, de 4 de abril; 327/1999, de 26 de maio; 87/2000, de 10 de fevereiro; 380/2001, de 25 de setembro; 405/2001, de 26 de setembro).

É certo que, como já afloramos, nos termos do novo artigo 12.º-B da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no caso dos instrumentos de crime referido no catálogo constante do artigo 1.º da mesma Lei, a perda será direta, sem necessidade de demonstração de perigo para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos. No entanto, não se compreende esta exceção parcial (nem como veremos *infra* a sua localização), admissível em termos europeus (devidos ao seu limitado propósito de harmonização da legislação dos Estados Membros), mas incompreensível em termos nacionais. Se o que está em causa é a gravidade dos crimes, justificativa de uma reação mais enérgica, podemos logo contrapor que o legislador se esqueceu, por exemplo, do homicídio (art. 131.º do CP); se, pelo contrário, o que está em causa é o facto destes crimes pressuporem a utilização frequente de instrumentos perigosos ou fora do comércio jurídico podemos, então, dizer que isso não é verdade (v.g. branqueamento) e que muitos outros que não estão incluídos partilham dessa característica [v.g. art. 283.º, n.º 1, alª a), do CP]. Enfim não se compreende qual o critério do legislador. Em vez de, cumprindo aquelas disposições internacionais, estender o regime à generalidade dos crimes, o legislador restringiu a alteração a alguns tipos legais, sem que se consiga compreender as razões desta sua opção. A transposição da Diretiva europeia não justifica tudo.

Da mesma forma, também a **limitação da perda do valor dos instrumentos aos casos em que a impossibilidade de apropriação em espécie resulta de uma conduta dolosa do agente (art. 109.º, n.º 3), viola o disposto no artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva**. A possibilidade de substituição do instrumento pelo seu valor não deve restringir-se aos casos em que o autor, dolosamente, o faz desaparecer. No sentido da Diretiva, qualquer que seja a causa dessa impossibilidade a consequência jurídica deve ser a mesma. O legislador nacional não pode limitar onde o legislador europeu não limitou.



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Para além disso, tal como está redigida, a norma é confusa e, como iremos ver *infra*, contraditória com aquilo que se anuncia no preâmbulo do diploma. Mesmo que se mantenha a norma, o elemento gramatical deverá ser clarificado, em benefício da certeza e da segurança jurídica.

1.2. A perda dos produtos e das vantagens em casos de fuga ou de doença

A proposta de lei agora comentada também não cumpre a Diretiva no que concerne à obrigação de decretar a perda, mesmo sem condenação, nos casos de fuga do arguido ou de doença (art. 4.º, n.º 2), falando apenas dos casos de impossibilidade de punição por inimputabilidade ou morte [caso que não consta da Diretiva, mas merece o nosso apoio incondicional; sobre todos estes casos, cfr. por exemplo, John Petter RUI, *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*, Era Forum (2012), p. 149 e ss.].

Da mesma forma, acaba também por não cumprir o disposto no artigo 54.º, n.º 1, alª c), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, que, aliás, coerentemente, está na base desta nova proposta europeia.

É certo que, entre nós, a ausência do arguido ou a doença do mesmo não impede, em certos casos (arts. 333.º e 334.º do CPP), a realização do julgamento e, logo, a sua condenação, bem como o confisco dos produtos e vantagens do crime. No entanto, essa possibilidade é limitada e continua a associar o confisco à condenação, sendo claramente insuficiente para cumprir as imposições da Diretiva. Em vez de possibilitar o confisco não baseado na condenação, como se ele ainda não existisse entre nós (art. 109.º, n.º 2, do CP, que não é alterado, embora incompreensivelmente seja reduzido apenas aos *instrumenta scleris*), o legislador parece refugiar-se na circunstância furtiva desses eventos processuais penais nem sempre impedirem, entre nós, o veredito.



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Com efeito, segundo o direito processual penal português vigente, no que concerne à fuga do suspeito ou do arguido, ela só impede o julgamento e a eventual condenação incluído a perda, nos casos em que não tenha sido previamente prestado termo de identidade e residência, que permita a notificação daquele por via postal simples [arts. 113.º, n.º 1, al.ª c) e 196.º, n.º 3, al.ª c), do CPP] e a consequente continuação do processo. Sempre que assim não seja, tornando-se impossível notificar o arguido, aplica-se o regime processual da contumácia (art. 335.º e ss. do CPP), ficando o processo à aguardar a apresentação ou a detenção daquele, sem qualquer possibilidade de decretar o confisco. Sendo, justamente, para estes casos de impossibilidade de condenação (ora omitidos pelo legislador) que existe a obrigação europeia de criar regras que permitam, ao menos, o confisco. Essa possibilidade será até uma forma adicional de compelir à comparência do arguido. Não podemos, aliás, esquecer que num mundo cada vez mais globalizado, a probabilidade de termos os bens mas não termos o arguido será cada vez maior, gerando situações em que, por não poderemos condená-los, iremos ficar, eternamente, a administrar o seu património. O alargamento dos crimes de jurisdição universal (art. 5.º do CP) dará também mais um contributo sério nesse sentido.

Por isso mesmo **o legislador deverá (para cumprir a Diretiva) implementar um mecanismo processual que permita ao julgador separar o confisco da condenação, nos casos de fuga impositiva do julgamento** (quando não tenha sido prestado termo de identidade e residência), que revelem, através de atos concretos, que o visado teve conhecimento do processo e procura eximir-se à decisão final (Correia, João Conde, *Reflexos ...*, p. 104). O atual mecanismo de notificação decorrente da prestação de termo de identidade e residência e de julgamento na ausência não é suficiente para o efeito, uma vez que não abrange todas as hipóteses de fuga.

O mesmo acontece com os casos de doença (*id est*, nos termos do considerando 16.º da Diretiva, a incapacidade «*de comparecer no processo penal durante um período prolongado, impedindo, assim, que o processo decorra dentro da normalidade*») do suspeito ou do arguido, que obstam ao julgamento, quando aquele fique impossibilitado de prestar termo de identidade e residência (v.g. se o arguido ficar em coma antes de ter prestado termo de identidade e residência será impossível proceder ao seu julgamento e, logo, ao confisco dos instrumentos,



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

produtos e vantagens de que tenha beneficiado). Sem ele o julgamento não poderá ser realizado, sendo, por isso, contra as imposições da Diretiva, também impossível decretar o confisco das vantagens do crime.

Em suma, em ambos os casos, a norma agora proposta, conjugada com as normas já existentes no direito processual penal português, não resolvem totalmente o problema. Nos casos em que não obstante a fuga ou a ausência possa haver julgamento o problema está resolvido pela via tradicional; nos restantes casos (ao arrepio do espírito e da letra da Diretiva) **continuará a existir a impossibilidade de decretar o confisco, que aquela justamente pretende ultrapassar**. Numa palavra, as alterações propostas são simbólicas, pois aparentemente transpõem a Diretiva, mas a afinal deixam tudo como está.

Para além desta lacuna evidente, refira-se ainda que muito se estranha a inclusão nesta norma (novo art. 110.º, n.º 5) de uma referência à inimputabilidade. Desde logo porque ela não esgota, como acabamos de ver, os casos de doença impeditiva do julgamento (em geral os casos de inimputabilidade nem sequer o impedem). Depois porque embora a inimputabilidade seja (no direito vigente) impeditiva de uma condenação (art. 376.º, n.º 3, do CPP) não é impeditiva da aplicação de uma eventual medida de segurança e, ainda, do confisco dos instrumentos, produtos e vantagens do crime. Com efeito, para declarar a perda, quer dos instrumentos e produtos (atual art. 109.º do CP), quer das vantagens da prática do crime (atual art. 111.º do CP) basta que seja praticado um «*facto ilícito típico*», sendo os requisitos relativos à culpa irrelevantes. Como explicou Jorge de Figueiredo Dias [na Comissão de Revisão do Código Penal de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março), que propôs a substituição o vocábulo «*crime*» (constante dos antigos artigos 107.º, 108.º e 109.º do Código Penal) pela atual expressão «*facto ilícito*»]: «*o que se pretende obter com 'facto ilícito' é o afastamento da ideia de culpa, valendo também a medida para os inimputáveis*» [AA.VV. Código Penal Atas e Projeto da Comissão de Revisão, Lisboa, Ministério da Justiça (1993), p. 92; cfr, ainda, do mesmo autor, *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias (1993), p. 619/635; para o sistema alemão, que terá influenciado o nosso direito, no mesmo sentido, cfr. Esser, Robert, *A Civil Asset Recovery Model*, AA. VV. Non-conviction-based confiscation in Europe, Berlin, Duncker & Humblot (2015), p. 72].



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

O confisco dos instrumentos, produtos e vantagens decorrentes de um facto ilícito típico praticado por um inimputável já é, em bom rigor, há muito, uma verdadeira *non conviction based confiscation*, dirigida *in rem* contra uma coisa e não contra uma pessoa, não sendo aqui necessária qualquer especificação do legislador luso. Tanto mais que essa intervenção poderá ser lida (como já iremos ver) como uma pernicioso restrição taxativa dos casos de confisco não baseado numa condenação. Tal como está, a norma conflitua com a manutenção da expressão facto ilícito típico, que é muito mais ampla, e abrange situações como a falta de consciência da ilicitude (art. 17.º, n.º 1, do CP), a existência de uma causa de exclusão da culpa (v.g. arts. 35.º e 37.º do CP), a falta de pressupostos processuais como a desistência de queixa, etc. Por isso mesmo, a sua manutenção, para além de não cumprir integralmente a Diretiva, acaba por significar um retrocesso grave no direito processual penal português atualmente vigente. Em vez de uma cláusula geral passaríamos a ter aqui um sistema taxativo claramente restritivo da possibilidade de separar a perda da condenação. A pretexto da melhoria do sistema, o legislador corre o risco de o piorar. Em vez do desejável alargamento (aconselhado pela generalidade dos areópagos internacionais, como é o caso do já citado artigo 54.º, n.º 1, alª c), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção) um pernicioso retrocesso.

A melhor solução (que entronca no propalado tratamento unitário dos instrumentos, produtos e vantagens) seria a consagração de uma cláusula geral, semelhante à que já consta do artigo 109.º, n.º 2, do atual Código Penal, devendo depois ser criados os mecanismos penais [v.g. esclarecendo que o obstáculo processual morte (arts. 127.º e 128.º do CP) não impede a continuação do processo para efeitos de confisco] e processuais (v.g. esclarecendo no art. 337.º do CPP que a contumácia não impede a continuação do processo para efeitos de confisco) necessários para a sua implementação prática. Não se compreende, aliás, qualquer razão justificativa para autonomizar estes dois regimes, sobretudo quando no próprio preâmbulo se afirma solenemente (e bem) que «*aproveitou-se o ensejo para procurar obviar a dificuldades práticas que poderiam resultar da distinção entre as regras aplicáveis à perda de produtos e as regras aplicáveis à perda de vantagens, que a lei portuguesa vinha mantendo até aqui*».



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

1.3. A restrição da perda dos produtos aos casos de declaração de inimputabilidade ou de morte

A equiparação do regime da perda dos produtos do crime (aquilo que não existindo antes na ordem jurídica é produzido por ele) à perda das vantagens, prevista no novo artigo 110.º do Código Penal e a restrição do confisco não baseado numa condenação aos casos em que tenha sido declarada a inimputabilidade ou tenha ocorrido a morte do agente (novo art. 110.º, n.º 5) tem outra consequência prática perversa: **ainda que eles sejam manifestamente proibidos (v.g. as armas ou as notas falsas produzidas pelo crime) não haverá fundamento legal para os declarar perdidos.** Até aqui, por força do disposto no artigo 109.º, n.º 2, do Código Penal, mesmo que o Ministério Público arquivasse o inquérito (v.g. por ser desconhecido o autor dos factos, por existir um qualquer impedimento processual ou por qualquer outro motivo), nada impedia que (reunidos os respetivos pressupostos legais) fossem declarados perdidos a favor do Estado [art. 268.º, n.º 1, al^a e), do Código de Processo Penal]. No futuro, por força da nova redação do número cinco do artigo 110.º, só nos casos de condenação ou nessas hipóteses raras de inimputabilidade ou morte será possível proceder ao seu confisco. Solução legal que ignora a realidade prática da vida concreta, onde não faltam processos, em que não obstante o arquivamento, é imperioso dar destino aos produtos do facto ilícito típico.

Esta omissão é preocupante quer pelo seu impacto no regime legal consagrado no Código Penal, quer pelo seu impacto na demais legislação penal avulsa, por via da aplicação subsidiária daquele (art. 8.º). Por força desta restrição injustificada, a breve trecho, os tribunais ficaram inundados com produtos do crime (que não podem declarar perdidos a favor do Estado e que, obviamente, também ninguém reclamará), devendo eventualmente socorrer-se do disposto no artigo 186.º do Código de Processo Penal. Para obviar a estes graves inconvenientes (eventualmente não ponderados) melhor será (como já referimos) reintroduzir aqui (como constou de versões anteriores do projeto) uma cláusula geral semelhante ao artigo 109.º, n.º 2 do Código Penal. Só dessa forma, mantendo uma tradição de décadas (sustentada pela mais alta doutrina e jurisprudência nacional: ac. do STJ n.º 6/95, de 19 de outubro) será possível enfrentar



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

esse problema: pelo menos ao nível dos produtos do crime (mas também – insistimos – ao nível das vantagens), para este efeito, a equiparação tradicional entre *instrumenta* e *producta scleris* deve continuar.

1.4. Perda alargada

Outra insuficiência do projeto em análise consiste na inexistência de uma norma de transposição do regime de perda alargada, tal como ele está definido no artigo 5.º da Diretiva: «*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*» (negrito e sublinhado nossos).

É certo que já existe em Portugal um regime especial («erradamente») denominado perda alargada, que foi recentemente sufragado pelo Tribunal Constitucional (acs. n.ºs 101/2015, de 11 de fevereiro, 392/2015, de 12 de agosto e 476/2015, de 30 de setembro). No entanto, esse regime, que se deverá manter, não corresponde ao regime de perda alargada agora proposto pela Diretiva, podendo gerar problemas ao nível do futuro reconhecimento mútuo de decisões de perda internas e externas. Aliás, segundo uma conhecida tipologia internacional (que divide o confisco não baseado numa condenação em quatro modelos teóricos), como notou o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 392/2015, de 12 de agosto, o nosso sistema atual aproxima-se mais dos regimes de confisco do enriquecimento ilícito do que de uma verdadeira perda alargada (por isso referimos acima «erradamente» denominado perda alargada).

A evolução do direito europeu nesta matéria revela bem essas divergências. As obrigações decorrentes da Decisão-Quadro n.º 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

de 2005 (relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime) previam que os Estados-Membros adotassem um de três sistemas possíveis de perda alargada:

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» (art. 3.º, n.º 2).*

Uma vez que a harmonização decorrente da existência de três possibilidades poucos resultados práticos logrou, a nova Diretiva decidiu uniformizar os três sistemas anteriores numa única fórmula. Como se refere no considerando 21 *«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*



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso».

Neste contexto, persistir na manutenção isolada de um preceito baseado numa presunção, ignorando o sistema (bem menos agressivo) da existência de uma probabilidade, viola a Diretiva e não permite colmatar uma lacuna, há muito, observada no direito português: declarar perdidos a favor do Estado bens que provavelmente são provenientes da prática de um crime, mas que são compatíveis com os rendimentos do visado. O regime português ainda não resolve estes casos, incluídos na letra e no espírito da Diretiva (isto é que é, verdadeiramente, um caso de perda alargada), impondo-se a sua consagração na legislação nacional.

Tanto mais que, do ponto de vista do direito comparado, não faltam normas semelhantes, nomeadamente em sistemas baseados no princípio do Estado de direito que tanto têm influenciado o direito penal nacional. É, desde logo, o caso da norma alemã (§ 73d *Erweiterter Verfall* da StPO, cujo teor é o seguinte: *«Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 73b, und § 73 Abs. 2 gelten entsprechend»*), que alias, esteve na base da opção unificadora da Diretiva.

É também o caso da norma espanhola (art. 127.º *bis* do Código Penal), resultante já da transposição da Diretiva, que dispõe da seguinte forma:

«1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

a) Delitos de trata de seres humanos.

b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.*
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.*
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.*
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.*
- g) Delitos de corrupción en los negocios.*
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.*
- i) Delitos de blanqueo de capitales.*
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.*
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.*
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.*
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.*
- n) Delitos de falsificación de moneda.*
- o) Delitos de cohecho.*
- p) Delitos de malversación.*
- q) Delitos de terrorismo.*
- r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida».



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Enfim, não será por falta de bons exemplos (oriundo insistimos de Estados de direito que tanto têm influenciado o direito nacional) que o legislador português não irá transpor corretamente a Diretiva, assim dando um passo decisivo para demonstrar que o crime não compensa. Sem esta norma continuaremos a ter uma lacuna sensível no sistema de recuperação de ativos português. Insistir em normas simbólicas relativas ao controlo da riqueza (em especial dos titulares de cargos políticos) e esquecer estes mecanismos (recomendados, como já referimos, por, José Francisco de Faria Costa ou pelo TEDH) é cientificamente incompreensível.

1.5. Regime processual penal de terceiros afetados com o confisco

Apesar de alguns afloramentos visíveis no Código de Processo Penal (v.g. art. 178.º, n.º 7) e fora dele (v.g. art. 36.º A, do Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro), a verdade é que continua a faltar, verdadeiramente, um regime processual penal próprio para terceiros afetados com as decisões de «congelamento» e de, posterior, confisco. Assim, desenvolvendo todas as salvaguardas referidas no artigo 8.º da Diretiva, o legislador deveria criar este regime, prevendo expressamente a forma da sua intervenção (v.g. quando e como deve ser notificado da pretensão confiscatória oficial, como podem contestar essa pretensão oficial), os seus direitos e os seus deveres. As louváveis melhorias propostas neste domínio (novo artigo 347.º A, do CPP) são insuficientes, pelo que, a prazo, com o desejável incremento da recuperação de ativos, será de esperar o surgir de polémicas estéreis, onde todos, em particular a justiça, perdem. Em vez de nos centrarmos na justiça material, mais uma vez será o formalismo (ou a falta dele) a ditar a sorte do processo.

1.6. Investigação patrimonial e financeira *post conviction*

As normas relativas à investigação patrimonial e financeira *post conviction* para além de repetitivas (art. 12.º A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro; art. 4.º, n.º 6, da Lei n.º 45/2011, de



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

24 de junho e art. 21.º da Lei que alterar aquela legislação) e de estarem nalguns casos sistematicamente mal localizadas (na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e na lei que alterar esta legislação e não, como devia ser, na Lei n.º 45/2011, de 24 de junho) não cumprem integralmente os propósitos da Diretiva. A quantidade não é sinónimo de qualidade, sendo legítimo perguntar se não será suficiente uma única norma, capaz de traduzir todo este novo conceito?

Nos termos do artigo 9.º da Diretiva, a investigação criminal e financeira deverá incluir as medidas necessárias para permitir a deteção e o rastreio dos bens a congelar e a confiscar, mesmo depois da condenação, não se restringindo apenas aos casos de condenação em perda do valor incongruente, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro ou aos casos de perda de valor, nos termos dos futuros artigos 109.º, n.º 3, 110.º, n.º 5 e 111.º, n.º 3, do Código Penal.

A obrigação de criar mecanismos de investigação *post conviction* é geral, incluindo os instrumentos, os produtos, as vantagens diretas e indiretas, o seu sucedâneo, o seu valor e o património incongruente (art. 9.º da Diretiva). Todos eles devem ser procurados de forma intransigente. Aliás, do ponto de vista comunitário e até na perspetiva do próprio visado tem mais impacto o confisco da própria coisa em espécie do que o confisco do seu valor. No entanto, o legislador prepara-se para restringir essa investigação aos casos de perda alargada e de perda do valor (como resulta da comparação do artigo 21.º da proposta com o futuro artigo artigo 12.º A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), cerceando muito o âmbito de aplicação da norma e, dessa forma, a sua eficácia prática.

1.7. Omissão de uma reforma global do regime nacional de recuperação de ativos

O regime nacional de recuperação de ativos está, atualmente, espalhado por diversa legislação avulsa. Quase não há um diploma legal extravagante que não contenha normas



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

especiais relativas ao confisco de bens¹, muitas vezes, difíceis de compatibilizar e de articular com o regime geral (como já aflorámos, as presentes alterações, *maxime* o novo regime dos produtos do crime vão ser mais um ponto de atrito e de confronto). Fora do nosso Código Penal reina a confusão e a desordem generalizada. Em vez da desejável unidade e da coerência normativa, vigora uma nefasta pluralidade de soluções técnicas e de escolhas políticas.

Embora porventura justificadas pelo louvável propósito de reafirmar constantemente aquele princípio geral (o crime não deve compensar), estas normas dificilmente se reconduzem a um modelo único, adotando soluções distintas e até contraditórias². A matéria está, aqui, envolvida num pernicioso caos legislativo. Urge, por isso – sem prejuízo das particularidades que aqui e ali (de facto) se justifiquem – harmonizar o próprio direito nacional, aproximando aqueles diplomas legais das boas soluções já consagradas no Código Penal. A transposição da nova Diretiva deveria ter reflexos quer no Código Penal, quer na imensa legislação avulsa abrangida pelo seu âmbito de aplicação (art. 3.º), reduzindo as suas indesejáveis antinomias (em particular as resultantes do proposto ajustamento do conceito nacional de produtos do crime). Mudar o Código Penal não é suficiente e, se a novação não for bem ponderada, pode provocar indesejadas vagas de fundo, difíceis de controlar e de deter. A coexistência de técnicas legislativas e de políticas criminais distintas só pode ser prejudicial, induzindo insegurança jurídica. À harmonização externa deverá corresponder um forte movimento de harmonização interna (cfr. Correia, João Conde, Reflexos ..., p. 88/89, que aqui seguimos de perto). Já que

¹ É o caso, por exemplo, dos artigos 8.º, al^a a) e 9.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (infrações contra a economia e a saúde pública), do artigo 201.º da Lei n.º 63/85, de 14 de março (Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos), do artigo 117.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro (Lei do Jogo), dos artigos 35.º a 38.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (tráfico e consumo de estupefacientes), do artigo 380.º A do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro (Código dos Valores Mobiliários), dos artigos 18.º, 19.º e 20.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias), do artigo 330.º do Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março (Código da Propriedade Industrial) ou do artigo 10.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do cibercrime). Embora nalguns casos esteja em causa a mera remessa para o regime geral, consagrado no Código Penal, noutros casos o legislador qualifica a própria natureza da medida, denominando-a, por exemplo, como uma pena acessória, como acontece no artigo 8.º, al^a a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro e no artigo 16.º, al^a i), da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho.

² Por exemplo, o artigo 330.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial utiliza o vocábulo «crime», em vez do lexema «facto ilícito típico», constante do Código Penal (art. 109.º e ss.) colocando a questão de saber se nos casos de desistência de queixa também é admissível a perda, com base naquele diploma. Na jurisprudência, sobre esta questão, cfr. v.g. os Acs. da Relação do Porto de 23 de maio de 2012 (processo n.º 488/07.9EAPRT.P1) e de 15 de janeiro de 2014 (processo n.º 138/09.0EAPRT-A.P1 ambos acessíveis in www.dgsi.pt), que chegaram a soluções diametralmente opostas.



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

está atrasada, ao menos que a reforma seja fruto de uma reflexão profunda, coerente e completa. As reformas parciais e sucessivas (como aqui já se vislumbra) devem ser sempre evitadas.

Esta omissão assume maior importância se tivermos em consideração que em alguns casos o legislador utiliza esta oportunidade para ir mais além do que a mera transposição da Diretiva, aproveitando para retocar algumas normas (v.g. o futuro art. 1.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). Se nesse caso o legislador vai mais além do que a Diretiva (numa matéria que já conta com normas própria: cfr. art. 10.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) porque motivo não se empreende uma reforma global, coerente e ponderada de toda a matéria de recuperação de ativos?

2. Contradições

Para além destas insuficiências, que, em nosso modesto entender, comprometem os objetivos do legislador, a leitura da exposição de motivos e do articulado proposto parece revelar contradições, eventualmente resultantes da evolução do diploma. Com efeito, no preâmbulo refere-se que *«aproveitou-se o ensejo para procurar obviar a dificuldades práticas que poderiam resultar da distinção entre as regras aplicáveis à perda de produtos e as regras aplicáveis à perda de vantagens, que a lei portuguesa vinha mantendo até aqui»*, mas depois a mesma distinção (que, em termos da verdadeira letra da lei era mais aparente do real, resultando apenas da existência de dois artigos e não de uma verdadeira separação dogmática ou técnica) continua a existir relativamente aos instrumentos do crime, que têm a mesma natureza dogmática daqueles produtos (na síntese de Jorge de Figueiredo Dias *«medida análoga a uma medida de segurança»*). A unificação não foi, pois, completa, acabando por redundar, agora, sim, numa verdadeira separação indesejável, como resulta da leitura do futuro artigo 110.º, n.º 5, do Código Penal.

Para além disso, o mesmo preâmbulo refere que *«a Diretiva prevê também que seja possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso, após ter ponderando as circunstâncias do caso, incluindo os factos concretos e as provas disponíveis, nomeadamente o facto de os bens da pessoa serem*



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos», mas depois, como já referimos, o legislador não tira daí as devidas consequências, criando um verdadeiro regime de perda alargado alinhado com a Diretiva (o atual sistema, que – insistimos deverá manter-se – de perda alargada só tem o nome, sendo, em bom rigor, um mecanismo civil de tutela do enriquecimento ilícito). Tanto mais que, ainda segundo o mesmo preâmbulo, o legislador parece reconhecer que afinal o nosso sistema de perda alargada é afinal mais agressivo para os direitos individuais ao afirmar que: «*sublinha-se que a Diretiva em apreço estabelece normas mínimas, não impedindo os Estados-Membros de preverem no seu direito interno poderes mais alargados, designadamente no que toca às suas regras em matéria de elementos probatórios*» (como é o caso da presunção já estabelecida no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e da, consequente, inversão do ónus da prova).

3. A técnica legislativa

A técnica legislativa utilizada também nem sempre é, em nosso modesto entender, a melhor, podendo ser muito melhorada. A lógica, a localização sistemática e a redação de alguns preceitos deve ser outra, por forma a maximizar a boa interpretação e, logo, a segurança jurídica.

3.1. Instrumentos, produtos ou vantagens de terceiros

É, desde logo, o caso paradigmático do novo artigo 111.º que sob a epígrafe «*instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiros*» começa por referir «*a perda não tem lugar se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiário*», mas depois, em consonância com o artigo 6.º da Diretiva, regula, justamente, o contrário. Desta forma a norma (art. 111.º, n.º 1, do CP na versão da proposta) afirma um princípio errado (não há confisco de bens de terceiros!), induz em confusão e acaba por ser inútil. Em conformidade com a Diretiva, abandonando o direito



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

anterior, mais vale acabar com ela, estabelecendo, como depois acontece, apenas as regras relativas à perda de bens de terceiros.

3.2. Pagamento do valor declarado perdido a favor do Estado

A introdução do novo artigo 112.º A do Código Penal (que em geral se aplaude) parece estar relacionada com a possibilidade de realizar investigação patrimonial e financeira depois da própria condenação, como impõe o artigo 9.º da Diretiva (art. 12.º A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro; art. 4.º, n.º 6, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho e art. 21.º da Lei que alterar aquela legislação). Para tornar efetiva a condenação é necessário que a investigação patrimonial e financeira possa prosseguir. Todavia, como essa investigação não pode durar *ad eternum*, o legislador fixou (e bem) limites, que correspondem ao prazo de prescrição da pena ou ao prazo de prescrição do procedimento criminal, caso não tenha sido fixada uma pena.

Mesmo assim, por causa da técnica legislativa utilizada, a norma é confusa, fazendo apelo a um conceito de investigação patrimonial e financeira *post conviction*, que, está espartilhado por vários artigos (futuro art. 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, futuro art. 4.º, n.º 6, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho e futuro art. 21.º da Lei que concretizar estas alterações) e que, por isso mesmo, reclama um esforço interpretativo adicional. A prazo estes artigos, sobretudo o último, correm o grave risco de serem esquecidos.

Esta técnica legislativa restritiva suscita, ainda, outras questões. Se depois do decurso daquele prazo de prescrição (previsto no futuro artigo 112.º-A, do CP) for encontrada a própria vantagem (v.g. o quadro recebido para a prática de um crime de corrupção) e ainda não tiver sido pago o seu valor, pode ou não ser o mesmo confiscado? Como a lei apenas estabelece limites para o confisco do valor, *a contrario sensu* parece que a própria coisa em espécie está excluída dessa limitação temporal. A garantia não será afinal integral.

Finalmente, ainda em termos de técnica legislativa, refira-se que estando em causa um mecanismo em tudo análogo à prescrição das medidas de segurança (o confisco não é uma pena mas uma medida análoga as medidas de segurança, consubstanciada de restituição do património do património do visado ao seu *status* patrimonial anterior à prática do crime) a sua



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

localização sistemática devia ser no título V, capítulo II, do livro primeiro, do Código Penal, que justamente cuida da prescrição das penas e das medidas de segurança. Desta forma, devido a esta inserção sistemática errada, está em causa a coerência do legislador e a própria segurança jurídica.

3. 3. A constituição como arguido de pessoa que deva ser sujeita a medida de garantia patrimonial

A obrigação da constituição como arguido de pessoa que deva ser sujeita a medida de garantia patrimonial, embora ressalve os casos futuramente previstos no artigo 192.º, n.ºs 3 a 5 do Código de Processo Penal [alterações ao artigo 58.º, n.º 1, al^a b), do CPP], é uma má solução jurídica: o legislador esquece que as medidas de garantia patrimonial podem ser aplicadas a terceiros, alheios à questão penal (como já faz *expressis verbis* o atual art. 227.º, n.º 2, parte final, do CPP) que não devem ser manchados com uma constituição como arguido injustificada. O labéu que esta constituição pode arretar é desnecessário e até pernicioso. O legislador confunde a responsabilidade penal (que obviamente deve levar à constituição como arguido) com o confisco de bens de terceiros, manifestamente alheios àquela responsabilidade e, logo, isentos daquele estatuto negativo (como já hoje deve acontecer com o mero responsável civil, nos termos do art. 22.º, n.º 2 do CPP). Uma vez que o confisco não é (sequer para o arguido) uma reação penal (sobre tudo isto, veja-se, por exemplo, Rui, Jon Petter/Sieber, Ulrich, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, AA. VV. *Non-conviction-based confiscation in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot (2015), p.250 e ss.) não se compreende a intransigência nesta obrigação processual penal. Solução que é tanto mais preocupante quanto se espera que (em cumprimento do espírito da Diretiva) ocorra um reforço substancial do «congelamento» e perda de bens de terceiros. Aliás, em bom rigor, toda esta exigência expressa na constituição como arguido é depois contrariada pela norma do novo artigo 347.º A, do Código de Processo Penal que, justamente, prevê que o visado preste declarações e não que seja interrogado como arguido.



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

3.4. Artigo 12.º-B, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro

Outro exemplo da utilização de uma técnica legislativa pouco apurada consiste na localização do novo artigo 12.º-B, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que dispensa a demonstração de perigo para a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos no caso dos crimes enumerados no artigo 1.º daquele diploma legal. Como já referimos, para além de não se compreender porque é que só estes crimes beneficiam deste regime mais generoso, não se compreende a localização da norma. O seu lugar próprio seria o Código Penal. A legislação avulsa deverá ser sempre evitada. Tanto mais que, neste caso, acaba por misturar dois regimes completamente distintos em termos dogmáticos e práticos, contribuindo, a prazo, para a sua perigosa miscigenação. Uma coisa é a perda do valor do património incongruente (que nunca se dirige para um bem em concreto); outra coisa, bem diferente, é a perda de um determinado instrumento decorrente já da prática de um crime concreto.

A possível confusão entre o âmbito de aplicação desta norma e o âmbito de aplicação do artigo 7.º da mesma Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (não podemos esquecer que, estranhamente, esta lei tem dois catálogos) é porventura o exemplo mais paradigmático daquela provável miscigenação e suscita uma questão complementar: afinal porque é que estes dois instrumentos de perda não se aplicam aos mesmos crimes? Há alguma razão dogmática para estabelecer diferenças?

3.5. Investigação patrimonial ou financeira

No novo artigo 12.º A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (como já vimos um dos três artigos relativos à investigação patrimonial e financeira) o legislador refere expressamente que «para identificação e rastreio dos bens a declarar perdidos nos termos do artigo 7.º, a investigação financeira e patrimonial pode realizar-se depois de encerrado o inquérito nos casos previstos no n.º 2 do artigo 8.º» esquecendo que neste regime de perda de bens não se declaram



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

perdidos a favor do Estado bens concretos mas apenas um valor incongruente (art. 12.º, n.º 1, da referida lei). Com esta investigação não se procura identificar um bem presumivelmente proveniente da prática de um crime pretérito, de modo a declara-lo perdido, mas apenas o valor da incongruência do património, tal como vem definido no número dois desse artigo 7.º Os referidos bens só são declarados perdidos, nos termos do artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2002, se o condenado não proceder ao pagamento do valor declarado incongruente.

Com esta formulação o legislador induz, portanto, em erro. Assim, onde refere «para identificação e rastreio dos bens a declarar perdidos nos termos do artigo 7.º» a lei deverá dizer **«para identificação do património incongruente nos termos do artigo 7.º»**.

II. Conclusões

A transposição da Diretiva n.º 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 (relativa ao congelamento e à perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) é uma louvável obrigação internacional do Estado português, devia ter ocorrido até ao dia 4 de outubro de 2016 e deverá ser efetiva: em nosso entender, o normativo nacional deverá, efetivamente, adotar aquelas normas, não só pela sua origem *supra* nacional como, sobretudo, pelo seu valor intrínseco. As soluções aí consagradas contribuem para a desejável maximização do confisco num Estado de direito, onde sem esquecer os direitos individuais, se demonstra que o crime não compensa. No entanto, para o efeito, é necessário que elas sejam verdadeiramente implementadas entre nós. O que o projeto agora apresentado, infelizmente, nem sempre faz. Em alguns aspetos essenciais (*maxime* em sede de subordinação da perda dos *instrumenta scleris* à perigosidade, em sede de confisco não baseado numa condenação e, ainda, em sede de perda alargada) a Diretiva que o projeto diz transpor fica por cumprir.

Pior do que essas omissões da Diretiva são os entorses que a seu pretexto são introduzidas no sistema nacional de recuperação de ativos, que significam um retrocesso de décadas na política criminal gizada com o Código Penal de 1982 e (sob a influência da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias



Procuradoria-Geral Distrital do Porto

Tribunal da Relação do Porto

Psicotrópicas, de 19 de Dezembro de 1988 e o pensamento pioneiro de Jorge de Figueiredo Dias) consolidada com a reforma de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março). A restrição do confisco não baseado numa condenação aos casos de inimputabilidade e de morte, quer nos casos das vantagens, quer, sobretudo, no caso dos produtos do crime, não tem nenhuma justificação, nem em sede de proteção dos direitos fundamentais, nem em sede de política criminal.

Finalmente, a proposta consagra uma longa série de disposições (na economia do diploma são a maioria) de índole burocrática relativas ao funcionamento do Gabinete de Recuperação de Ativos e dos Gabinete de Administração de bens, que, em geral não suscitam qualquer dúvida teórica ou prática. Em bom rigor, esta é a parte mais extensa do diploma e a única que não suscita problemas.