CMVM

PRESIDENTE

Ref: 312/CA/2017/2725

Ex.mo Senhor
Prof. Doutor Pedro Bacelar de Vasconcelos
M. I. Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias
Assembleia da República – Palácio de São Bento
1249-068 LISBOA

Lisboa, 14 de fevereiro de 2017

Assunto: **Solicitação de parecer sobre Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.ª (GOV)**
- V/Ofício n.º 97/1.ª – CACDLG, de 25-01-2017

Exm: Senhor Presidente,
Caro Professor Pedro Bacelar de Vasconcelos,

Reportando-me à solicitação de V. Exa no ofício acima identificado, tenho o gosto de enviar o parecer da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) relativo à Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.ª (GOV) – *"Altera o regime de congelamento e de perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transpondo a Diretiva n.º 2014/42/EU"*.

Ficamos naturalmente ao dispor para qualquer esclarecimento ou informação adicionais que possam mostrar-se úteis ou convenientes.

Com os meus melhores cumprimentos,

Gabriela Figueiredo Dias

Anexo: Parecer

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CACDLG
Entrada n.º 568675
Saída n.º 155 de 15/2/2017

CMVM

PARECER

da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

sobre a Proposta de Lei n.º 51/XIII

A Assembleia da República solicitou à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, através de ofício de 25 de Janeiro de 2017, dirigido à sua Presidente, Senhora Dra Gabriela Figueiredo Dias, pelo Presidente da Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, Senhor Prof. Doutor Pedro Bacelar de Vasconcelos, a emissão de um parecer escrito sobre a *Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.ª (GOV),* que "altera o regime de congelamento e de perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transpondo a Diretiva n.º 2014/42/UE". Foi junto o texto da Proposta de Lei e a exposição de motivos.

I.

Objecto da Proposta de Lei e do parecer solicitado

1. A Proposta de Lei em apreço opera uma extensa e importante reforma jurídica na matéria da perda das vantagens do crime e no regime do congelamento e da perda alargada previsto em lei especial. Para o efeito, são promovidas alterações a onze diplomas legais - incluindo as codificações básicas do sistema penal (Código Penal (CP) e Código de Processo Penal(CPP)) e a legislação de combate à criminalidade organizada e económico-financeira (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro) – que, em breve síntese, reformulam quatro matérias diferentes: (i) o âmbito e as condições do regime da perda de vantagens, do congelamento e da perda alargada de bens; (ii) o regime de

obtenção, tratamento e troca de informações do Gabinete de Recuperação de Activos, designadamente em função da investigação financeira e patrimonial da sua competência, (iii) o regime de administração de bens objecto destas medidas e (iv) as consequências registrais das soluções adoptadas.

2. O presente Parecer centra-se sobre alguns aspectos substantivos e processuais do regime agora proposto de perda de vantagens, do congelamento e da decisão de perda alargada de instrumentos, produtos, vantagens e objectos, já que os demais temas enunciados são objecto de consulta a entidades com competências específicas na matéria (caso do tratamento de dados) ou assumem-se como consequências administrativas ou registrais dos regimes substantivos e processuais que serão objecto de análise. Para o efeito, serão tidas em conta as alterações agora promovidas e a configuração que, por essa via, os regimes legais passarão a ter.

II.

O alargamento material do regime e o arresto preventivo de bens integrados no património incongruente

3. As alterações legislativas agora propostas garantem a transposição da Directiva n.º 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, mas constituem igualmente um importante e significativo reforço do regime, das competências e dos meios legais disponíveis para identificar e neutralizar processualmente as vantagens da criminalidade económica e da criminalidade organizada. Um reforço porventura necessário em função da expansão, organização e complexidade deste tipo de criminalidade, que suscita

problema jurídicos específicos de eficácia processual e de equilíbrio entre interesses conflituantes.

4. Na citada Proposta de Lei, o regime geral (CP e CPP) e o regime especial da matéria (*v.g.* Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, e Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho) são substancialmente aprofundados: por um lado, com o alargamento material e temporal da investigação financeira e patrimonial a cargo do Gabinete de Recuperação de Activos e dos poderes de actuação das autoridades judiciárias e dos órgãos de polícia criminal; e, por outro, com a ampliação material (directa e indirecta) do regime do congelamento e da perda alargada, previstos na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º e ss).

5. Como resultado do aprofundamento do regime e dos poderes das entidades competentes, pode ser equacionada a utilidade de acolher uma formulação mais clara para algumas opções do regime legal. Noutros termos, pode ser este o momento adequado para o legislador resolver algumas dúvidas, equívocos ou imprecisões que o regime legal tem suscitado e que, subsistindo e sendo exploradas no contexto da conflitualidade processual, podem vir a perturbar a eficácia das novas soluções adoptadas.

6. Os poderes de intervenção do arguido relativamente a estes procedimentos correspondem ao conjunto de garantias relacionadas com o regime geral das medidas de garantia patrimonial e a soluções específicas já existentes. Estas traduzem-se, em síntese, na possibilidade de contestar a liquidação apresentada pelo Ministério Público, designadamente provando a origem lícita dos bens (artigo 8.º e 9.º da Lei n.º 5.º/2002), em requerer a modificação ou revogação da apreensão (artigo 178.º, n.º 6 do CPP, na versão actual, futuro n.º 7 na Proposta de Lei) e no direito a interpor recurso do arresto preventivo de bens ou da caução económica fixada (artigo 219.º do CPP e

artigo. 10.º da Lei 5/2002). De igual modo, podem os titulares de bens apreendidos requer a modificação ou revogação da apreensão de bens (artigo 178.º, n.º 7), sendo ressalvadas algumas posições de terceiros, designadamente dos terceiros de boa-fé (artigo 111.º do Código Penal, na redacção da Proposta). Significa isto que o regime legal reconhece poderes efectivos e consequentes na matéria da apreensão e perda das vantagens (em sentido amplo) do crime, articulando-os com diversas garantias do arguido e de terceiros.

7. Acresce ainda ter o Tribunal Constitucional considerado, em 2015, que o regime especial de perda alargada (do património incongruente) não viola garantias constitucionais do processo penal, como a presunção de inocência e o direito ao silêncio do arguido. Solução que se afirmou, entre outras razões, (i) pelo facto de a presunção operar após condenação e (ii) de ter sido aceite a distinção (quanto à natureza e regime jurídico) entre o ónus da prova do crime imputado no processo penal (com o ónus da prova a cargo da acusação) e a presunção legal quanto ao património incongruente (este objecto de um procedimento autónomo de natureza não penal – de acordo com a jurisprudência dominante - em relação ao crime imputado).[1]

Esta tendência, não sendo vinculativa para casos futuros, acaba por ter um valor persuasivo e argumentativo que não pode ser ignorado e, com base nela,

[1] Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 101/2015, de 11 de Fevereiro (Maria Lúcia Amaral), n.º 392/2015. De 12 de Agosto (João Cura Mariano) e n.º 476/2015, de 30 de Setembro (João Cura Mariano). Coincidente, quanto à natureza não penal do regime, Ac. do STJ, de 25-02-2015 (Oliveira Mendes), p. 18-19. Sobre o conteúdo e significado desta corrente jurisprudencial para o tema do congelamento e perda alargada, veja-se a interessante e esclarecedora anotação de JOÃO CONDE CORREIA, «Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 101, 392 e 476/2015», *RMP* 145 (2016), p. 207 e ss.

aumenta-se a eficácia processual das soluções legais, delimita-se a compreensão legal do instituto da perda alargada e clarificam-se as garantias oponíveis pelos visados. O que permite antever um recurso mais intenso ao arresto preventivo de bens e ao regime da perda alargada de patrimónios incongruentes associados a actividades criminosas, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.[2] Tudo ponderado, significa isto que o regime legal foi reforçado com a sequência de decisões do Tribunal Constitucional, será alargado e aprofundado com a Proposta de Lei e terá previsivelmente uma maior utilização no sistema jurídico nacional. Também por isso merecem ser ponderadas as soluções legais agora reconstruídas.

8. A questão do equilíbrio das soluções deste regime e a eventual necessidade da sua clarificação podem ser mais pertinentes quanto ao *arresto preventivo de bens e vantagens* que correspondam *a um património incongruente*, por aplicação da presunção legal consagrada nos artigos 7.º e 10.º da Lei n.º 5/2002.

O arresto preventivo de bens pode naturalmente ocorrer nas fases preliminares do processo (inquérito e instrução) e a presunção de origem ilícita do património incongruente funciona quando tenham sido recolhidos fortes indícios de crime do catálogo, que constitui o objecto do processo (artigo 10.º, n.º 3), diversamente do que acontece com a perda alargada que exige decisão condenatória. Estes fortes indícios, de acordo com a jurisprudência dominante dos Tribunais superiores e do Tribunal Constitucional,[3] referem-se apenas a

---

[2] Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, *RMP* 145 (2016), p.221

[3] Cfr. por exemplo, o Ac. da Relação de Évora, de 06-12-2016 (Ana Barata Brito) e o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, de 12 de Agosto (João Cura Mariano), onde se documentam tendências dominantes sobre estas matérias.

indícios do crime do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, pessoalmente imputado ao arguido, pois quanto à extensão do património incongruente vale a presunção e a verificação das condições legais do artigo 7.º do mesmo diploma.

Neste contexto, o âmbito material do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 é traçado por referência ao conceito (nuclear) de vantagens da actividade criminosa (que se presume terem esta origem quanto ao património incongruente) e o seu âmbito normativo é delimitado agora (na Proposta de Lei) pelos artigos 110.º e 111.º do Código Penal.

O arresto preventivo que incide sobre estes activos (bens do acervo patrimonial incongruente) está previsto no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002. Mas o seu regime integral é, aparentemente, o resultado de uma sequência de reenvios entre diplomas diversos e de algumas condições legais que exigem operações hermenêuticas.

Concretizando: o regime do arresto de bens integrados no património incongruente, determinado pela aplicação da presunção legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei 5/2002, é regulado por este diploma, por uma remissão (artigo 10.º, n.º 4) condicionada - em tudo o que não o contrariar - para o regime do arresto preventivo previsto no Código de Processo Penal (artigo 228.º), que, por seu turno, comporta um regime geral e uma norma especial que faz um novo reenvio para a lei de processo civil. O que, na sua literalidade, significaria invocar o disposto nos artigos 391.º e ss do Código de Processo Civil em vigor e, por força de nova remissão do n.º 1 deste artigo, o regime da penhora, previsto nos artigos 735.º e ss do mesmo diploma.

9. Assim, caso o intérprete pretenda determinar se alguns bens podem ou não ser objecto do arresto preventivo do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, fará essa delimitação pelos artigos 7.º e 9.º do diploma, designadamente através da prova da sua origem lícita, pelo regime dos artigos 110.º e 111.º do Código Penal e, eventualmente, pelos limites do Código de Processo Civil. Mas, para o efeito, será necessário indagar se alguns aspectos do regime cível da penhora contrariam ou não a Lei n.º 5/2002, como exige o seu artigo 10.º, n.º 4: a remissão deste artigo para o regime processual penal do arresto é condicionada à cláusula de não contrariedade, enquanto tal não acontece com a remissão do artigo 228.º do CPP para a lei processual civil.

10. Não é por isso completamente claro se existem ou não limites (cíveis) ao arresto de bens que são objecto da presunção legal que delimita o património incongruente ou se, diversamente, o arresto pode ser promovido sem limites quanto ao tipo de bens, exactamente por força e efeitos da presunção legal de origem ilícita dos mesmos, dentro dos pressupostos e do regime especial da Lei n.º 5/2002.

A questão é ainda adensada pelo facto de a *ratio* da solução cível e dos regimes penais não ser a mesma: o regime do processo civil procura atingir um equilíbrio entre interesses do credor e alguns interesses do devedor, matéria que não tem correspondência nas finalidades do processo penal e no regime especial (administrativo ou para-penal) do congelamento e da perda alargada. O próprio *objecto* do arresto no Código de Processo Penal (artigo 228.º) e o seu *estatuto* processual são distintos daqueles que a figura tem na Lei n.º 5/2002, apesar do reenvio (condicionado) feito pelo n.º 4, do seu artigo 7.º: no primeiro diploma o arresto tem outro objecto e outras finalidades, sendo subsidiário em relação à caução económica, enquanto na Lei n.º 5/2002 a relação é inversa - o

arresto é figura central e estende-se ao círculo da presunção legal de bens de origem criminosa, enquanto a caução é uma figura secundária.

Em função disto, algumas partes do regime geral das medidas de garantia patrimonial previsto no Código de Processo Penal revelam-se, inclusivamente, pouco congruentes com o regime do arresto previsto na Lei n.º 5/2002:[4] fará sentido, por exemplo, sujeitar o arresto de bens do património incongruente ao princípio da necessidade das medidas de garantia patrimonial (artigo 193.º do CPP) quando tal acervo patrimonial (incongruente) é delimitado pelos critérios que integram a presunção legal de origem ilícita do artigo 7.º e ss da Lei n.º 5/2002? Não é linear a articulação de uma solução com a outra, quando a primeira depende de uma concretização judiciária feita em função do crime imputado no processo e a segunda, pela sua natureza e intencionalidade político-legislativa, opera normativamente através de uma presunção legal feita em função dos critérios da incongruência patrimonial (que, por isso mesmo, não depende da gravidade da actividade criminosa concreta que presumivelmente gerou tais benefícios económicos).[5] Noutros termos: o juízo

[4] Neste sentido, sublinhando a singularidade e autonomia de várias matérias do regime especial da Lei n.º 5/2002, em relação ao regime geral do arresto previsto no CPP, veja-se por exemplo os Acs. do Tribunal da Relação do Porto, de 11-06-2014 (Neto de Moura) e de 16-03-2016 (Elsa Paixão). A questão tem uma grande relevância processual, para aferição do círculo dos valores apreendidos (segundo os critérios de aferição previstos nos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002) e para delimitação da fundamentação do despacho respectivo. Essa fundamentação tem no fundo de corresponder aos critérios da lei especial que aplica e não aos critérios da lei geral (penal ou cível) para onde se fazem reenvios.

[5] Na verdade, as medidas de garantia patrimonial previstas nos artigo 227.º e 228.º do CPP visam preservar a realização de alguns aspectos patrimoniais associados ao processo penal (pagamento de multas, taxa de justiça, reparação do lesado), enquanto o instituto da perda alargada da Lei n.º 5/2002 tem objectivos diferentes: como reconhece o Supremo Tribunal de Justiça, seguindo na matéria o enquadramento de Damião da Cunha, a finalidade deste regime consiste em eliminar lucros presumivelmente ilícitos e destruir as bases económicas das actividades criminosas (cfr. Ac. do STJ, de 25-02-2015 (Oliveira Mendes), p. 18).

de necessidade do arresto de bens do património incongruente no regime da Lei n.º 5/2002 parece ser imanente à própria adopção da solução legal contida no artigo 7.º do diploma.

11. As várias soluções equacionáveis em função do sistema de reenvio não coincidem quanto ao seu fundamento e alcance e todas têm vantagens e inconvenientes que podem justificar alguma atenção. No plano dos princípios, afigura-se que os aspectos essenciais de um regime jurídico que possam ser antecipadamente esclarecidos merecem ser considerados e resolvidos com técnicas legislativas que diminuam o campo da incerteza.

Concluindo: pode equacionar-se a possibilidade de a Lei n.º 5/2002, enquanto lei especial, *regular integralmente o arresto preventivo de bens para efeitos de perda alargada subsequente*, evitando-se a delimitação do seu regime através de uma sucessão de operações hermenêuticas e reenvios legais para soluções de natureza, fundamento e alcance distintos. Para o efeito, pode ser decisivo conhecer a experiência judiciária na matéria: se as autoridades judiciárias têm delimitado com segurança o alcance dos reenvios pode ser desnecessário modificar o regime em vigor; se, diversamente, existirem problemas carentes de uma resposta legislativa (como se passou com o regime dos prazos da investigação financeira e patrimonial) afigura-se preferível resolver antecipadamente tais questões.

III.

Clarificação de conceitos fundamentais subjacentes à perda de vantagens, ao congelamento e à perda alargada

12. A jurisprudência nacional tem admitido que alguns conceitos essenciais do regime legal suscitam dúvidas de interpretação, designadamente por existirem diferentes soluções propostas pela doutrina que apontam formas e critérios distintos para a concretização das soluções legais. A Proposta de Lei enfrenta uma parte dos problemas, ao reformular normativamente a extensão dos conceitos de produtos e vantagens do crime, no artigo 110.º do Código Penal, nele incluindo a transformação, reinvestimento, ganhos indirectos e quantificáveis, recompensas e promessas de recompensa. Noutros casos a reformulação do texto legal não resolve algumas dúvidas judiciais pendentes ou pode mesmo criar novos problemas jurídicos de interpretação da lei.

Deixa-se, por isso, à boa consideração do Legislador a oportunidade de a Proposta de Lei assumir posição sobre as questões que adiante se referem.

13. A título de exemplo: parece decorrer da lei actual que a extensão do património incongruente resultará da aplicação das condições e limites da presunção legal do artigo 7.º (completado com o artigo 8.º) da Lei n.º 5/2002 e não, ao contrário do que sugere uma parte da jurisprudência, de uma prova suplementar de desconformidade dessa massa de bens com o património lícito do requerido.[6]

14. De igual modo, a jurisprudência faz eco de uma divergência metodológica quanto à delimitação negativa do património incongruente, em termos de saber se do mesmo se exclui apenas o que foi obtido ou também o que se poderia durante o período legalmente considerado ter sido obtido por

[6] Cfr. Ac. da Relação de Évora, de 06-12-2016 (Ana Barata Brito), p. 14.

uma actividade lícita.[7] O texto legal e o regime da inversão do ónus da prova quanto à origem lícita parece apontar no primeiro sentido referido.

15. Finalmente, a questão de saber se é ou não necessário, para fazer operar a presunção do citado artigo 7.º, documentar a existência de indícios de uma actividade criminosa distinta do crime do catálogo (pois só o crime do catálogo é pessoalmente imputado ao agente)[8] tem merecido explicitamente uma resposta negativa da jurisprudência[9] e da doutrina mais recente.[10]

16. Noutro plano, algumas passagens do novo texto legal proposto podem ser objecto de alguma reponderação e eventual correcção, a saber:

17. A Proposta de Lei separa o regime da perda de instrumentos do crime (artigo 109.º do Código Penal) do regime de perda de vantagens (artigo 110.º do Código Penal), mantendo - e bem - o conceito nuclear de vantagens do crime no nosso sistema penal, apesar de o mesmo não surgir com essa designação no texto da Directiva 2014/42/EU, pelas razões apontadas na Exposição de Motivos.

A opção afigura-se correcta, mas a sua concretização no texto legal do artigo 110.º, n.º 1, alínea b) não parece ser a melhor. Na realidade, é pouco esclarecedor afirmar que se consideram *vantagens do facto ilícito típico* «todas

---

[7] Cfr. Ac. da Relação de Évora, de 06-12-2016 (Ana Barata Brito), p. 15.

[8] Exigência formulada no importante estudo de PEDRO CAEIRO, «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime, no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (...)», *RPCC* n.º 21 (2011), p. 267 e ss, *concretamente a* p. 314-318, onde sustenta essa exigência como condição de funcionamento da presunção legal, de forma a evitar uma dupla extensão da presunção.

[9] Cfr. Ac. da Relação de Évora, de 06-12-2016 (Ana Barata Brito), p. 17 e ss.

[10] JOÃO CONDE CORREIA, *RMP* n.º 145 (2016), p. 219-220, com mais informação sobre o problema.

as coisas, direitos ou *vantagens* que constituam *vantagem económica*, directa ou indirectamente resultante desse facto». A dupla repetição do definido na definição ilumina pouco o alcance do conceito normativo. A questão é ainda relevante pelo facto de o conceito de vantagens do ilícito típico ter relevância sistemática, surgindo por exemplo noutras normas, como o artigo 178.º do CPP.

O que parece estar em causa no conceito de vantagens é, no fundo, delimitar uma realidade empírica e normativamente equiparável a coisas e direitos para efeito de apreensão e eventual perda subsequente, o que poderia incluir *todos os benefícios com valor económico suscetíveis de quantificação e apreensão, incluindo os prejuízos evitados*. É, por exemplo, esse o conteúdo que o conceito de vantagens patrimoniais tem no artigo 308.º-A, n.º 1 e 2, do Código dos Valores Mobiliários.

18. Por último, importa referir apenas três aspectos de pormenor:

19. A epígrafe do artigo 178.º do CPP («Objectos suscetíveis de apreensão e pressupostos desta») não é alterada pela Proposta de Lei, mas como o texto do artigo é modificado (passando a referir-se no n.º 1 não apenas a objectos, mas também a instrumentos, produtos ou vantagens e outros objectos deixados pelo agente no local do crime) a epígrafe torna-se limitada e deixa de estar em sintonia com o regime que acolhe. Talvez a epígrafe possa ganhar mais alcance se ficar simplesmente «Objecto e pressupostos da apreensão».

20. As apreensões cautelares por órgão de polícia criminal, previstas no n.º 5 do artigo 178.º do CPP, têm pressupostos algo limitados, quando se refere apenas o receio de desaparecimento, ocultação ou transferência. Tendo em conta o valor económico dos bens apreendidos, a sua heterogeneidade e o seu

destino, deveria a previsão normativa abranger actos que desvalorizem os bens em causa. A descrição normativa do crime de dano (artigo 212.º do Código Penal) poderia inspirar uma reformulação dos pressupostos destas apreensões cautelares, designadamente por razões sistemáticas: a apreensão é posta em causa sempre que os bens possam ser objecto de um crime desta natureza. A título ilustrativo, a norma poderia permitir as apreensões por órgão de polícia criminal perante o «fundado receio de desaparecimento, *destruição, danificação, inutilização*, ocultação ou transferência (...)».

21. O texto do n.º 5 do artigo 186.º refere-se apenas a objectos, quando outras normas da Proposta de Lei usam uma expressão mais ampla, designadamente o próprio artigo 10.º da Lei n.º 5/2002. Assim, o citado n.º 5 do artigo 186.º deveria abranger «instrumentos, produtos, vantagens e outros objectos».

São estas as sugestões que, sem prejuízo de outras e salvo melhor opinião, podem ser ponderadas nesta reforma legislativa.

Lisboa, 14 de Fevereiro de 2017