



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DO PORTO

COLÓQUIO

RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

DIRETIVA 2014/42/EU

CONCLUSÕES

08/11/2017



A **Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03 de abril de 2014**, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pela **Lei n.º 30/2017, de 30 de maio** que entrou em vigor em 31 de maio de 2017.

A Lei n.º 30/2017, de 30 de maio alterou:

- a) A [Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro](#), que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira;
- b) A [Lei n.º 34/2009, de 14 de julho](#), que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial;
- c) A [Lei n.º 45/2011, de 24 de junho](#), que cria, na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Ativos;
- d) O [Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de fevereiro](#), que remodela o atual sistema de registo da propriedade automóvel;
- e) O [Código Penal](#), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro;
- f) O Código do Registo Predial, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho](#);
- g) O Código do Registo Comercial, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro](#);
- h) O Código de Processo Penal, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 78/87, de 27 de fevereiro](#);
- i) O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro](#);



j) A lei geral tributária, aprovada em anexo ao [Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro](#);

k) O [Decreto-Lei n.º 164/2012, de 31 de julho](#), que aprova a orgânica do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P.

O CONFISCO NUMA PERSPETIVA DE POLÍTICA CRIMINAL

- Em matéria de confisco a UE intervêm por duas ordens de razões:
 - 1.º a circulação de pessoas e bens e a diversidade de soluções jurídicas para o confisco; e
 - 2.º a intervenção da UE, nesta parte, não colide com a essencialidade de cada ordenamento jurídico.
- O reconhecimento mútuo, baseado na harmonização mínima das regras dos diversos Estados-Membros, coloca a UE numa posição privilegiada para atingir os fins do confisco: a sua intervenção nesta área é um correlato das liberdades de circulação estando plenamente justificada.
- Com a publicação da Diretiva 2014/42/UE iniciou-se uma 3ª fase de harmonização, que, além de outros benefícios, serviu para clarificar alguma confusão de conceitos atinentes à definição de instrumentos, produtos e vantagens da atividade criminosa.



- Para completar o percurso feito, de aproximação do direito europeu e de consolidação do reconhecimento mútuo vê-se grande vantagem na adoção de Regulamento sobre esta matéria que, de resto, já está esboçado, conforme proposta apresentada pela UE em 21 de dezembro de 2016 (revista em 17 de setembro de 2017).



PRINCIPAL JURISPRUDÊNCIA DO TEDH EM MATÉRIA DE CONFISCO

- O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem assumindo uma posição manifestamente favorável ao confisco das vantagens. Vem aceitando, de forma pacífica, a necessidade dos Estados assegurarem:

- que o crime não compensa

- que as vantagens da atividade criminosa não serão investidas na economia lícita

- que a sociedade é compensada pelo prejuízo causado pelo crime

- que o confisco é uma forma de desincentivar a prática de crimes que tenham o lucro como objetivo.

- O TEDH tem encontrado o justo equilíbrio entre a necessidade de assegurar que o crime não compensa e o dever imperativo e irrevogável de garantir o respeito pelos direitos fundamentais dos visados.

- O confisco das vantagens assume **natureza civil**, conforme formulação do legislador nacional e comunitário porque assenta no princípio do aniquilamento do enriquecimento injustificado, em suma na reconstituição natural.

- Em 2007, o TEDH afirmou expressamente a natureza civil do confisco nos seguintes termos:

“O confisco das vantagens é mais equiparável a uma restituição do enriquecimento injustificado no âmbito da lei civil, do que a uma pena no âmbito da lei penal, pese embora as normas se encontrem reguladas no Código Penal e no Código de Processo Penal.”



- A natureza civil do confisco não implica que não sejam considerados e aplicados os direitos fundamentais previstos na CEDH, pelo que o TEDH tem vindo a definir as específicas salvaguardas que devem ser aplicadas ao confisco.
- Quanto ao **direito à proteção da propriedade** considera que o crime não é título aquisitivo da propriedade e, por isso, vem aceitando de forma pacífica a compatibilidade das novas formas de confisco: confisco ampliado, confisco de bens de terceiro, confisco sem condenação e confisco civil.
- Na maioria das decisões proferidas pelo TEDH em matéria de confisco discutiu-se a **violação do princípio da presunção de inocência - art. 6º nº 2 da CEDH**. Está, porém, consolidada a posição de que as várias formas de confisco são compatíveis com este princípio.
- Os casos em que o TEDH determinou a incompatibilidade foram motivados essencialmente por razões relativas à ausência de proporcionalidade como foram aplicadas no caso concreto, ou com a violação do direito ao acesso aos tribunais pelos visados, ou ainda por violação do direito à propriedade nos casos em que tenha havido absolvição quanto aos factos que sustentam o confisco.



CONFISCO DE PATRIMÓNIO INCONGRUENTE / CONFISCO DE PATRIMÓNIO ALARGADO

- A Diretiva 2014/42/EU visou padronizar os conceitos (definições art. 2 °), a fim de que houvesse uma linguagem comum entre os Estados membros.
- A Lei 30/2017, apesar das alterações introduzidas nos arts. 109° e 110° do Cód. Penal tem algumas divergências ao nível das definições, o que obriga o intérprete a um trabalho acrescido (arts. 374° n° 1 al. c), 355° n° 2 e 347°-A).
- Quando os Estados não cooperam é difícil a harmonização e muito mais difícil a cooperação internacional.
- Aos mecanismos tradicionais de perda clássica vem-se somando outros mecanismos de perda alargada. Na perda clássica está em causa o confisco dos bens (instrumentos, produtos ou vantagens) relacionados com o facto ilícito típico; na perda alargada está em causa o confisco de bens que possam ocasionar benefício económico. Não sendo o facto ilícito típico um meio de aquisição do direito de propriedade, é ilegítima/ilícita a detenção pelo autor do facto ilícito típico dos bens através dele obtidos.
- Nos termos da Diretiva a perda ampliada depende da condenação por determinado tipo de infrações penais, indicadas pelo mínimo – art. 5° n° 2 (eurocrimes) tendo os bens que pertencer à pessoa condenada.
- Optou-se pela criação de um conceito único de perda alargada – art. 5° - a partir de exigências mínimas, no sentido de ampliar de forma rápida e eficiente a recuperação de ativos.
- Todos os mecanismos da Diretiva têm como objeto a **perda em espécie dos bens que podem ocasionar direta ou indiretamente um benefício**



económico (a substituição pelo valor é algo que surge depois quando a apropriação em espécie não é possível).

▪ A transposição para o direito interno podia ter sido feita por uma de duas vias, optando:

- por um sistema da “maior probabilidade” dos bens serem de origem ilícita por derivarem de comportamento criminoso, ou

- por um “sistema de presunções”.

▪ Ora, **a Lei nº 30/2017, introduzindo alterações na Lei nº 5/2002, não transpôs a “perda alargada” prevista na Diretiva**, uma vez que manteve a redação dos artigos 7º e 12º. Continua-se a prever a **perda do valor de vantagem de atividade criminosa**, sem previamente prever o confisco dos bens que nos termos do artigo 5º da Diretiva derivam de conduta criminosa da pessoa condenada por determinados crimes.

▪ A não transposição ou transposição incorreta, além de chocar com o primado do direito europeu, pode implicar que a UE acione o Estado Português com o conseqüente sancionamento pecuniário.



CONFISCO NÃO BASEADO NUMA CONDENAÇÃO NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

- O confisco não é uma sanção penal: tem natureza civil. Destina-se a restituir o património do condenado ao *status* patrimonial anterior à condenação pela prática de um facto ilícito típico, podendo, por isso, existir independentemente dessa mesma condenação.
 - O sistema nacional de confisco contém, desde 1982, exemplos claros de confisco não baseado na condenação.
 - Com a transposição da Diretiva 2014/42/EU, o legislador reforçou esses casos, mantendo e alargando a cláusula geral e especificando duas situações de confisco não baseado na condenação: a morte e a declaração de contumácia.
 - Um legislador criterioso teria enunciado o maior número de casos admissíveis, nomeadamente a amnistia (cfr. AC. de Fixação de Jurisprudência nº 6/1995, de 19/10), a prescrição, as imunidades... assim satisfazendo as exigências de segurança legal.
 - Acresce que a transposição da Diretiva 2014/42/UE não foi acompanhada das normas processuais adequadas ao bom funcionamento prático do mecanismo de confisco não baseado em condenação.



O CONFISCO DE BENS DE TERCEIROS

- Em regra não há lugar a perda de bens de terceiro – art. 111º nº 1 do Cód. Penal.
- Exceções:
 - 1 – quando o terceiro tiver contribuído, de forma censurável, para a prática do crime, ou do facto tiver retirado benefícios;
 - 2 – quando o terceiro conhecia ou devia conhecer a sua proveniência;
 - 3 – quando os bens tiverem sido transferidos para terceiro com a finalidade de não ser declarada a sua perda (simulação)
- Também esta perda pode ser substituída pelo valor se não se puder concretizar a apropriação em espécie.
- Relativamente aos crimes de catálogo da Lei nº 5/2002, quando o terceiro é um “*testa de ferro*”, os bens são declarados perdidos como se ainda estivessem na esfera patrimonial do agente do crime – “os transferidos para terceiros, a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição de arguido.”
- Os direitos dos ofendidos nunca podem ser prejudicados pela perda – garantia do direito à indemnização – art. 130º do Cód. Penal.
- Quem é terceiro? Não é o agente de um crime exceto se for absolvido.
- Herdeiros – são ou não terceiros? Não, porque sucedem na posição do agente do crime.
- Legatários – serão abrangidos por similitude com os donatários.
- Adquirente simulador – o negócio é nulo, logo é como se o bem estivesse na posse do agente do crime.



- Cônjuges casados em comunhão de adquiridos – não há transmissão. O bem ingressa no património comum, mas o cônjuge beneficia do crime, portanto não é terceiro.
- Instrumento do crime pertencente à comunhão conjugal – pode ser declarado perdido mas o cônjuge inocente pode pedir indemnização ao arguido nos termos da lei civil.
- Honorários pagos a mandatário do agente do crime com origem criminosa, não podem ser declarados perdidos por pôr em causa o direito de defesa, exceto se forem “excessivos”.
- Direitos reais sobre os bens declarados perdidos mantêm-se apesar da perda.



ALTERAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS EM MATÉRIA DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS:

1. Regular o **exercício das garantias processuais de terceiro** em fase de julgamento (era “a tarefa mais urgente do julgador”).

- O art. 347º-A do Cód. Proc. Pen., introduzido pela Lei nº 30/2017 garantiu o exercício do direito de contraditório e o direito de audição (art. 20º da Const. Rep. Port.), mas não se concretizaram que direitos de “pertença” de terceiros são salvaguardados. João Conde Correia sustentava que apenas o direito de propriedade podia ser objeto de salvaguarda. Hoje não será assim, uma vez que a Diretiva 2014/12/EU expressamente alude a “outros direitos reais” (art. 8º, nº 9)
- A lei nada diz sobre o estatuto processual deste terceiro. Pela inserção sistemática do artigo 347º-A parece equivaler a um demandado civil.
- Não está prevista a representação por advogado.
- O terceiro está sujeito ao dever de verdade, o que é problemático posto que pode ser constrangido a fazer declarações que o prejudiquem a si ou aos seus familiares (remissão do nº 2 do art. 347º-A para os nºs 2 e 4 do art. 145º e nº 3 do artigo 345º, todos do Código de Processo Penal).

2. Confisco e declaração de contumácia – art. 335º nº 5 C.P.P.

- Nas situações de declaração de contumácia não se regularam os termos do *“prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”*, o que suscita múltiplas dificuldades:



- A norma aplica-se aos processos pendentes?
- Quid juris nos casos de conexão em que a declaração de contumácia determina a separação de processos?
- Este confisco sem condenação abrange bens de terceiros?
- E o impulso processual para o “prosseguimento do processo” é do juiz ou do Ministério Público? (a lei espanhola diz que deve ser instaurado processo autónomo)
- Parece que a *declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado* não poderá ser por mero despacho, mas haverá audiência em todos os casos (por exemplo quando esteja em causa a perda de bem ou valor irrisório)?
- E quanto à responsabilidade tributária?
- E qual a relevância da cessação da contumácia?

3. Arresto prévio à liquidação

- Antes da transposição da Diretiva 2014/42/UE era controvertido se o arresto podia ser decretado antes da liquidação. Defendia alguma doutrina que não porque limitava a liberdade patrimonial do arguido e outra que sim porque tal decorria da expressão “*a todo o tempo*”.
- Na jurisprudência, no Ac. do TRG, de 12 de junho de 2016 (proferido no processo n.º 384/14.3JABRG-A.G1; Rel. Desemb. Cruz Bucho) decidiu-se pela admissibilidade do arresto antes da liquidação também com fundamento na



previsão legal de arresto “*a todo o tempo*”. Este mecanismo é similar a uma providência cautelar anterior à interposição da ação. Só dessa forma se garante o risco de dissipação do património.

- Na sequência da transposição da Diretiva, aditaram-se dois requisitos à previsão anterior. Conforme decorre da nova redação do art. 10º nº 2 da Lei nº 5/2002, o requerimento de arresto “*a todo o tempo*” depende agora de que já esteja apurado o montante da incongruência e da verificação cumulativa:

- da existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e de
- e de fortes indícios da prática de crime.

- O requisito dos *fortes indícios* já é pressuposto do próprio arresto independentemente do momento em que é decretado e *a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais*, para além de excessivamente garantístico e de prejudicar a eficácia da medida, é contraditório com o nº 3 do artigo 10º, onde se afirma que “*o arresto é decretado pelo juiz, independentemente da verificação dos pressupostos referidos no nº 1 do artigo 227º do Código de Processo Penal*”, ou seja independentemente do “*fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias*” da perda dos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico ou do pagamento do valor a estes correspondente. É aparente a contradição porque parece que o periculum in mora só é exigido para o momento anterior à liquidação.

- Certo é que o arresto só pode ser requerido quando o montante da incongruência já estiver apurado.



O GABINETE DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS (GRA) e OS NOVOS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS (GAB)

- A recuperação de ativos, no modelo português, é o processo pelo qual, o aparelho de justiça, através do Ministério Público e do **GRA**, identifica, localiza e apreende, bens ou produtos relacionados com crimes, tanto a nível nacional como internacional - Lei nº 45/2011, de 24 de junho, com as alterações introduzidas pela Lei nº 30/2017, de 30 de maio
- Competências do GAB - Lei nº 45/2011, de 24 de junho, alterada e republicada pela Lei nº 30/2017, de 30 de maio:
 - administrar e gerir os bens recuperados/apreendidos/arrestados, no âmbito de processo de nacionais ou de atos de recuperação judiciária internacional;
 - intervém a pedido do GRA ou das autoridades judiciárias, quando valor do bem apreendido exceda as 50 unidades de conta (cinco mil e cem euros);
 - procede à avaliação dos bens, para efeitos de sua administração, entrega contra depósito ou de fixação do valor eventual de indemnização.
 - assegura a destinação após a declaração de perda.
- Na proposta de lei orçamental para 2018 prevê-se uma alteração ao 11º da Lei nº 45/2011, de 24/06, alargando o âmbito das competências do GAB para administração de todos os veículos automóveis, embarcações e aeronaves, independentemente do seu valor.



- O GRA e o GAB mantêm uma plataforma informática – art. 18º - para registo e troca de informação relativa a bens que sejam objeto das atividades de investigação financeira ou patrimonial e de administração de bens.
- Os principais constrangimentos de atuação do GAB respeitam às elevadas despesas de manutenção dos bens e a falta de informação processual em tempo útil.



QUE FUTURO PARA A RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NA UNIÃO EUROPEIA?

- A recuperação de ativos é uma dimensão essencial do espaço de liberdade, segurança e justiça europeu: se a criminalidade não tem fronteiras também as entidades encarregues da sua perseguição não podem ter limites.
- Apesar da harmonização já existente, de que a Diretiva 2014/42/UE é apenas o último exemplo, o Parlamento Europeu e o Conselho mandataram a Comissão Europeia para que «na primeira oportunidade e tendo em conta as diferentes tradições e sistemas jurídicos dos Estados-Membros, analise a viabilidade e as eventuais vantagens de introduzir novas regras comuns para o confisco de bens decorrentes de atividades de natureza criminosa, inclusive na falta de condenação de uma ou mais pessoas especificamente por essas atividades».
- Será por isso espetável que num futuro próximo surjam novas propostas de harmonização, maxime no que respeita ao confisco não baseado numa condenação.
- Para além da harmonização, também o reconhecimento mútuo permite a circulação das decisões de congelamento e de confisco tomadas nos diversos Estados-Membros, contribuindo para a consolidação daquele espaço de liberdade, segurança e justiça europeu;
- Em dezembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho Relativo ao Reconhecimento Mútuo das decisões de congelamento e de confisco. (revisto em setembro de 2017)