

PRONÚNCIA EM SEDE DE CONSULTA PÚBLICA | ANTEPROJETO DE LEI E O RELATÓRIO FINAL SOBRE PERDA DAS VANTAGENS DA ATIVIDADE CRIMINOSA

O FORUM PENAL – ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS PENALISTAS (doravante apenas designado “*FORUM PENAL*”), associação cultural sem fins lucrativos, que tem por objeto debate de questões da advocacia criminal, da vida forense criminal, do fenómeno criminal, da política criminal, do Direito Penal, do Direito Processual Penal e do Direito Penitenciário, vem apresentar os seus comentários ao Anteprojeto de Diploma sobre a perda de vantagens de atividade criminosa (doravante apenas designado “*Anteprojeto*” ou “*Anteprojeto sob consulta*”), que surge como ato de transposição da Diretiva (UE) 2024/1260, de 24 de abril de 2024 (doravante apenas designada “*Diretiva*”).

I. INTRODUÇÃO

Segundo a informação disponibilizada no portal de consultas públicas do Governo¹, o anteprojeto de lei, elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado por Sua Excelência a Senhora Ministra da Justiça, visa assegurar a “*transposição da Diretiva (UE) 2024/1260, de 24 de abril de 2024, quanto às modalidades de perda alargada de bens em espécie (artigo 14.º), perda de bens não baseada numa condenação (artigo 15.º) e perda de bens identificados numa investigação penal (artigo 16.º)*”.

No anúncio da abertura da consulta pública sobre o anteprojeto e o relatório final (doravante apenas designado “*Relatório Final*”) elaborados pelo referido Grupo de Trabalho, informa-se que um dos seus objetivos centrais na transposição foi “*dotar os mecanismos substantivos de perda de bens de um enquadramento processual adequado, procurando colmatar lacunas existentes*”, sendo que, “[p]articular atenção foi dada aos direitos das pessoas afetadas por decisões de perda, nomeadamente a sua intervenção no processo”.

O FORUM PENAL adere à consulta pública com a presente pronúncia, manifestando a sua total disponibilidade para futuras auscultações, sobre esta e outras matérias relacionadas com a prática da advocacia penalista.

A presente pronúncia é dividida em três segmentos: *um* que denuncia a falta de competência da União Europeia (doravante apenas “*UE*”) para adotar as normas previstas nos artigos 14.º, 15.º e 16.º da Diretiva; *outro* onde se apresenta o contributo do FORUM PENAL em relação ao Anteprojeto do Diploma sobre perda de vantagens de atividade criminosa; e, por fim, um *terceiro e último ponto*, onde se sublinha a necessidade de articular os novos mecanismos de perda resultantes da transposição da Diretiva com o direito vigente, em particular, com o atual artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

¹ Cfr. www.consultalex.gov.pt.



II. QUESTÃO PRÉVIA: A FALTA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA ADOTAR AS NORMAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 14.º, 15.º E 16.º DA DIRETIVA

Merece elogio a questão prévia identificada no Ponto I do Relatório Final, através da qual o Grupo de Trabalho assumiu como seu dever alertar as instâncias responsáveis quanto à falta de competência da UE para adotar (e, assim, impor) as normas previstas nos artigos 14.º, 15.º e 16.º da Diretiva, com fundamento nas normas estatuídas nos artigos 82.º, n.º 2, 83.º, n.ºs 1 e 2, e 87.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante apenas “TFUE”).

Com efeito, a competência da UE, *seja* para adotar “regras mínimas” em matéria de processo penal, com vista a facilitar o reconhecimento mútuo, e que devem incidir sobre o catálogo taxativo de matérias previsto no artigo 82.º, n.º 2, do TFUE, *seja* para adotar “regras mínimas” relativas à definição das infrações penais e das sanções em certos domínios da criminalidade, nos termos do artigo 83.º, n.ºs 1 e 2, do TFUE, parece estar, em larga medida, extravasada pelo objeto e teor da Diretiva.

Assim, o FORUM PENAL partilha das preocupações veiculadas pelo Grupo de Trabalho, no Relatório Final, sobre a eventual invalidade da Diretiva e a conseqüente suscetibilidade da invalidade do direito nacional que a implemente.

Em face do exposto, é convicção do FORUM PENAL que o ato de transposição da Diretiva que, não obstante os riscos acima assinalados, se pretenda executar, não pode ser alheio às referidas vicissitudes e, como tal, deve procurar conformar ao máximo o seu teor em face dos limites e das garantias constitucionalmente impostas ao processo penal.

III. O CONTRIBUTO DO FORUM PENAL RELATIVAMENTE AO ANTEPROJETO SOB CONSULTA

Neste ponto, são elencados os pontos do Anteprojeto que, no entender do FORUM PENAL, se revelam problemáticos ao nível da constitucionalidade, propondo-se que a sua (eventual) transposição seja operada em termos que, efetivamente, respeitem os limites e as garantias constitucionais vigentes no ordenamento português.

(a) Da necessidade de consagração de direitos da pessoa afetada nos mesmos termos previstos para o arguido

Na linha daquilo que se avançou no capítulo que antecede, questiona-se a competência da UE para criar um novo sujeito processual, *a pessoa afetada* – sujeito processual que se situa “a meio caminho” entre as figuras do arguido, do suspeito, e da testemunha. “A meio caminho”, entre aspas, porque, a nosso ver, a figura da *pessoa afetada* está muito mais próxima da figura do arguido, pese embora se verifique a tendência (contrária e, em nosso entender, errada) de a aproximar mais da figura da testemunha, sobretudo no que respeita à conformação, ou limitação, dos seus direitos.



A criação da figura da “*pessoa afetada*” não pode importar o defraudamento da proteção própria do arguido inerente ao processo penal num Estado de Direito Democrático, sob pena de subversão daquela figura e das garantias do processo penal, previstas no direito europeu, constitucionalmente asseguradas no artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (doravante apenas “*CRP*”) e dos direitos do arguido estabelecidos no artigo 61.º do Código de Processo Penal.

Assim, cabe, desde logo, destacar a especial atenção que a consagração dos direitos da “*pessoa afetada*” mereceu por este Grupo de Trabalho no Anteprojeto e que se encontra também espelhada no Relatório Final.

Não obstante o trabalho meritório desenvolvido nessa sede, o FORUM PENAL vem propor uma maior extensão desta consagração nos seguintes termos:

i. Do direito ao silêncio

O FORUM PENAL acompanha a declaração de voto de VÂNIA COSTA RAMOS e defende a consagração de um direito ao silêncio e à não autoincriminação para a “*pessoa afetada*” nos mesmos termos previstos para o arguido.

Atendendo às razões então expostas por VÂNIA COSTA RAMOS, o fundamento desta proposta é a “*proximidade da posição da pessoa afetada com a da pessoa arguida, bem como a circunstância de, em número relevante de casos, os factos que sustentam a aquisição da posição de pessoa afetada poderem ser coincidentes com a suspeita da prática de crime, nomeadamente de branqueamento ou de receptação*”.

ii. Do direito de intervenção na primeira instância

Quanto ao direito de intervenção na primeira instância, o FORUM PENAL não adere à limitação desse direito de intervenção à fase da investigação (seja esta no inquérito criminal ou na investigação patrimonial e financeira) e à fase do julgamento.

No entender do FORUM PENAL, deve ser também consagrada a legitimidade da “*pessoa afetada*” para participar na fase instrução, sob pena de violação do direito a um processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante apenas “*CEDH*”) e com reflexo no artigo 20.º, n.º 4, da CRP.

O fundamento desta posição tem respaldo (i) no entendimento segundo o qual a figura da “*pessoa afetada*” está próxima da figura do arguido (aspeto já acima salientado), (ii) na contradição inerente a esta limitação em face do direito da “*pessoa afetada*” a *ser ouvida pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente a afete* (cfr. artigo 67.º-D, n.º 1, b), das alterações ao Código de Processo Penal do Anteprojeto), e, por fim,



(iii) na abrangência dos poderes do juiz de instrução, cujas decisões podem afetar a esfera da “*pessoa afetada*” (cfr. artigo 268.º, n.º 1, e), das alterações ao Código de Processo Penal do Anteprojeto).

(b) Da caducidade do direito de promover o processo autónomo de perda

Por outro lado, o FORUM PENAL considera que o prazo de caducidade de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão que põe termo ao procedimento criminal ou do momento em que ela se torne definitiva, para a promoção do processo autónomo de perda é excessivo e injustificado, onerando a “*pessoa afetada*” desproporcionadamente e colocando em causa a própria segurança jurídica que deve advir do trânsito em julgado da decisão proferida no âmbito do processo penal.

IV. DA NECESSIDADE DE ARTICULAR OS NOVOS MECANISMOS DE PERDA RESULTANTES DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA COM O DIREITO VIGENTE, EM PARTICULAR COM O ATUAL ARTIGO 7.º DA LEI N.º 5/2002.

O FORUM PENAL partilha da opinião dos elementos do Grupo de Trabalho que defenderam a revogação do instituto da perda do valor incongruente, prevista no atual artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, dada a “*extensa margem de sobreposição com os restantes mecanismos, pondo em perigo, não só a operacionalidade e a racionalidade do sistema, mas também o objetivo de harmonização prosseguido pela Directiva com vista ao reconhecimento mútuo destas decisões*”.

Algumas das preocupações, ao nível da constitucionalidade, referentes ao regime previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, tal como as cautelas a ter na regulação do instituto de perda alargada de vantagens, já haviam sido avançadas pelo FORUM PENAL, em ocasião da sua Auscultação sobre a Agenda de Prevenção e Combate à Corrupção (V/ Ref. n.º 2984/2024, Proc. 9650/2019, de 19.04.2024).

Sem prejuízo do sobredito, e como o FORUM PENAL já teve oportunidade de defender no contexto da Eventual Revisão Constitucional e na resposta apresentada à solicitação para auscultação já mencionada, o regime de perda alargada previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência e com a distribuição do ónus da prova que daí deve derivar, não devendo ter passado no crivo da constitucionalidade. Concretamente, o mesmo, de forma (entende-se, inconstitucional) permite que a perda seja pedida apenas com recurso a uma diferença aritmética, para que, depois, seja o arguido a ter que provar, para cada um dos movimentos praticados, num período temporal assaz alargado, a respetiva origem justificada, ilidindo, assim, a presunção de ilicitude que é feita *a priori*.

Por ser assim, seria crucial que a transposição da Diretiva não descurasse a necessidade de repensar o regime, corrigindo os vícios de constitucionalidade já patentes na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

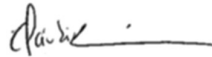
*

O FORUM PENAL espera, através da presente pronúncia, ter contribuído, de forma construtiva, para a transposição da Diretiva (UE) 2024/1260, de 24 de abril de 2024, e para a regulação do regime da perda de vantagens de atividade criminosa.

Sem prejuízo do contributo que ora se apresenta, o FORUM PENAL gostaria de reiterar que se encontra totalmente disponível para futuras discussões que este Governo entenda dever desenvolver, acerca das questões acima abordadas ou de outras consideradas importantes.

Com cordiais cumprimentos,

Pela Direção do FORUM PENAL – ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS PENALISTAS



Cláudia Amorim
(Presidente)