UNIVERSIDADE DE COIMBRA FACULDADE DE DIREITO

Um Dever de Justificação de Património e Enriquecimento Ilícito

A Duty of Justifying One's Property and Illicit Enrichment

Miguel Ângelo da Assunção Martins

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

Orientado pelo Doutor Pedro Caeiro

Coimbra, 2018

Resumo

A presente dissertação visa explorar, entender e questionar criticamente o emergente movimento jurídico-político de criminalização do Enriquecimento Ilícito verificado, nos últimos anos, em Portugal e pelo mundo fora. Na prossecução desse mesmo fim, tencionamos analisar o fenómeno do Branqueamento de Capitais, figura que lhe deu origem, mais concretamente as suas raizes históricas e as motivações políticas e económicas que a despoletaram, os circundantes regimes penais, fiscais e civis ao Enriquecimento Ilícito, como o Confisco das Vantagens do Crime, a Perda Alargada e a Tributação de Rendimentos Ilícitos, terminando com a contemplação da possível existência de um dever de justificação de património. Iremos também analisar brevemente a figura dos Impostos Confiscatórios, tentado responder à pergunta 'Quando é que um Imposto se torna num confisco?'.Explicitaremos, de igual forma, na nossa dissetação, os institutos de confisco civil presentes no sistema jurídico inglês e norte-americano, para reflectir sobre as vantagens e os infortúnios destes mecanismos legais de contorno e facilitação das exigências constitucionais e penais que um Estado de Direito deve inevitavelmente impor.E terminaremos com uma análise e tentativa de resposta à questão central que nos iniciou no estudo das várias figuras abordadas na dissertação, a ponderação da existência de um dever de justicação de património, se este dever é compatível com o nosso ordenamento jurídico e se não será esse o caminho que as correntes políticas internacionais parecem tomar.

Palavras-Chave: Enriquecimento Ilícito; Património Ilícito; Branqueamento de Capitais; Dever de Justificação do Património; Confisco; Perda Alargada; Impostos Confiscatórios; Tributação de Rendimentos Ilícitos.

Abstract

The present dissertation strives to explore, understand and critically question the rising legal and political movement of criminalizing Illicit Enrichment, noticed, in the past years, in Portugal and throughout the world. In the pursuit of that very

goal, we will analyze the Money Laundering phenomenon, which gave birth to the illicit enrichment institute, more specifically, its historical roots and the political and economic motivations that gave it rise, the surrounding criminal, fiscal and civil figures, such as the Confiscation of the Proceeds of Crime, the Extended Forfeiture (our translation), and the Taxation of Illicit Income, finishing with a pondering of the possible existence of a duty of justifying one's property. We shall also analyse briefly the idea of Confiscatory Taxes, trying to answer the question 'When does a tax become a confiscation?'.We shall elucidate, as well, in our dissertation, the civil forfeiture figures present in the English and North American legal systems, to reflect upon the advantages and misfortunes of these legal mechanisms of circumventing and facilitating the constitutional and criminal requirements that a State of Law should inevitably impose.And we shall finish with an analysis and an attempt of answering the central question that set us upon the study of the various figures approached in this dissertation, the pondering of the existence of a duty of justification of property, if this duty is compatible with our legal system and if that is not the path that the international political currents seem to take.

Keywords: Illicit Enrichment; Illicit property; Money Laundering; Duty of Justification of Property; Confiscation; Confiscatory Taxes; Extended Forfeiture; Taxation of Illicit Income.

Índice

Conteúdo

Resumo 1
Abstract 1
Índice 3
Introdução 5
Parte I – A solução penal 9
1. Branqueamento de capitais; 9
1.1. O bem jurídico dos crimes económicos; 13
1.2. Os danos e efeitos do branqueamento de capitais; 14
2. O que a cortina esconde: o problema subjacente ao branqueamento de capitais; 18
3. Tempos difíceis exigem medidas desesperadas (o crime de enriquecimento ilícito); 20
3.1. Contextualização: as pressões internacionais e sociais; 20
3.2 A Primeira tentativa: o Decreto de 2012; 21
3.2.1. O que o Tribunal Constitucional tinha a dizer; 23
3.2.2. Quando o fruto cai longe da árvore (problemas estruturais); 28
3.2.3. Enriquecimento de titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos; 30
3.3. Uma nova tentativa: o Decreto de 2015; 32
4. A perda alargada (artigo 7.º da Lei n.º 5/2002); 36
4.1. A Natureza Jurídica da Perda Alargada 42
4.2. Possíveis conflitos de constitucionalidade 43
5. Retornando ao enriquecimento ilícito (ou Retrocessos lógicos e tiranias); 45
5.1. Articulação de dois institutos; 45
5.2. A aplicação hipotética do Enriquecimento Ilícito e os teóricos abusos; 48
6. O confisco das vantagens do crime (perda de vantagens); 51
6.1. A natureza jurídica do confisco das vantagens do crime; 55
7. O confisco dos instrumentos do crime; 56
Parte II – A resposta fiscal 60
1. Tributação dos Rendimentos Ilícitos; 60
1.1. Tese negativa absoluta; 62
1.2. Tese negativa moderada; 63

1.3. Teses positivas; 64
1.4. A nossa posição; 65
2. Manifestações de Fortuna e Tributações Autónomas; 66
3. O poder para destruir[113]; 68
Parte III – A solução civil 72
1. Modelos de Confisco; 72
1.1. Confisco geral; 72
1.2. Confisco de bens destinados à persecução de fins ilícitos; 73
1.3. Modelos de presunção; 73
1.4. Procedimentos civis; 74
1.4.1. The American Dream 78
Conclusão; 83
Bibliografia; 92

Introdução

A nossa intenção, na presente dissertação, é a de ponderar a existência de um dever de justificação de património, se este pode ser inferido dos princípios constitucionais existentes no nosso ordenamento jurídico e, mesmo se a resposta a essa questão for pela negativa, pela abnegação desse dever, não nos deveremos ficar por aí, mas, também, perguntar-nos, não só se ele existe, mas também se ele deveria existir. Se esse dever é um dever essencial do qual o nosso ordenamento jurídico carencia.

Essa pergunta parece-nos de relativa importância se atentarmos no facto de que pela terceira vez em Portugal, a nossa Assembleia da República voltou a trazer ao debate a criminalização do enriquecimento ilícito, tendo em conta as polémicas que se incendiaram em torno das anteriores tentativas de punir tal "conduta". Ou se aceitarmos o que muitas vozes dizem quanto à elevada falta de transparência na obtenção dos rendimentos por parte dos cidadãos (que se faz sentir a todos os níveis da sociedade)[1] - que, desde há décadas, o controlo do Estado, em relação aos efectivos rendimentos dos cidadãos, não é fiável, e que tem vindo a surgir um orgulho nacional de enganar o Estado[2], no que respeita ao que efectivamente se aufere.

O crime de enriquecimento ilícito, a punição do aumento do património real em relação aos seus rendimentos legítimos (que iremos explicar com maior profundidade mais tarde), é uma figura complexa, porque comporta dentro de si vários níveis, cada um deles com a sua própria densidade axiológica e fundacional. Como uma figura que nasce (ou que pretende nascer) da perspectivada insuficiência dos mecanismos existentes, ele não pode ser visto desligado dessas mesmas origens e analisado por si só, da mesma maneira que uma pessoa não pode ser psicologicamente

---

[1] MATTA, P. SARAGOÇA DA, *Política e Corrupção – Branqueamento e Enriquecimento*, Chiado Editora, 1ª Edição 2005, p. 11.

[2] Não diremos, como o faz SARAGOÇA DA MATTA, que há um orgulho em enganar a comunidade. Talvez o haja por parte do mundo empresarial, mas a nível da generalidade da sociedade, há, desde há muito, uma separação entre o Estado e a comunidade, um sentimento de desconsideração por parte do primeiro em relação à segunda, sentido por esta. Este sentimento é inflacionado por uma percepção (não nos compete a nós dizer se real ou ficcionada) de desconformidade entre a tributação e os serviços públicos. Um sentimento que ao povo português é, já, de facto, uma tradição cultural, do que outra coisa.

analisada sem uma conexão aos seus pais, ou à sua infância (à formação da sua personalidade).

É inútil, para compreender esta figura, ou a necessidade dela, que tão intensamente se tem feito ouvir, tanto a nível internacional, como a nível nacional, sem primeiro nos debruçarmos sobre aquilo que vêm para trás do presente objecto de estudo. Referimo-nos ao branqueamento de capitais, à necessidade de punição de uma tal conduta, e porque é que ele é, hodiernamente, uma figura central para os Estados modernos.

O nosso estudo irá rondar a analise do enriquecimento ilícito, enquanto figura criminal – isto é, o crime de enriquecimento ilícito, na sua conceitualidade geral, e algumas das suas vertentes específicas (queremos com isto dizer que pretendemos analisar o movimento politico-internacional da instituição de um crime de enriquecimento ilícito, na sua forma mais base e primordial, e algumas das suas versões específicas, nomeadamente, as várias formas que a tentativa de criminalização do enriquecimento ilícito tomou no panorama político-legislativo português) e um possível novo dever constitucional ou bem jurídico que possa se ocultar por detrás desta figura: o dever de justificação de património ou um património lícito.

Tentaremos ter uma perspectiva que transcenda tanto quanto seja possível e necessário o direito, já que estamos perante uma conduta que é primeiramente económica e política antes de ser jurídica, e como tal, tentaremos abordar o tema tanto pelo seu lado económico, quando analisaremos os seus efeitos, que poderiam eventualmente justificar uma tutela jurídico-penal, como pela sua componente jurídico-penal.

Sempre com horizontes alargados, não nos cingiremos só à figura do enriquecimento ilícito, mas também às suas origens histórias, institutos antecedentes e paternais, e figuras paralelas, porque muito da possibilidade da criminalização do enriquecimento ilícito está dependente da necessidade ou exigibilidade de um tal mecanismo, que pode ser considerado, por alguns, como excessivo, e, deste modo é necessária uma análise quanto à eficácia destes mecanismos já existentes e o porquê de serem tão clamorosas as vozes que pressionam a favor da criminalização do enriquecimento ilícito, se outros mecanismos já existem que cumprem o mesmo papel.

Se muitos juristas e políticos e economistas da vida prática pedem e defendem um tal mecanismo, talvez exista algum teor substancial às suas vozes.

Neste sentido, iremos analisar na Parte I, os mecanismos jurídico-penais existentes que possam sobrepor-se ou conflituar com o enriquecimento ilícito.

Falaremos primeiro do Branqueamento de Capitais, não tanto na sua vertente penal, isto é, não nos focaremos numa análise do tipo de crime, que tanta tinta já gastou e tantas páginas preencheu, mas iremos abordá-lo de uma perspectiva tanto histórica (as razões subjacentes à sua emergência, a sua evolução conceptual de crime derivado para um crime autónomo e a sua efectividade na vida prática após a criminalização) como económica (abordando os efeitos de uma figura, que não se reduz meramente a um tipo de ilícito, mas se trata verdadeiramente de uma conduta que transcende os códigos penais e que antecede qualquer tipo de criminalização da sua prática), de modo a que possamos entender melhor a necessidade de uma criminalização "complementar" do enriquecimento ilícito.

De seguida, analisaremos o instituto do Confisco nas suas várias manifestações codificadas no ordenamento jurídico português, desde a Perda Alargada da Lei n.º 5/2002, que, segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional, seria afectado, se não mesmo revogado pela criminalização do enriquecimento ilícito, para que possamos entender esta sobreposição, ao confisco das vantagens do crime, e dos instrumentos do crime.

Já sob perspectiva fiscal, na Parte II iremos estudar algumas formas de tributos que excedem a mera obtenção estadual de receitas e assumem uma função sancionatória, na mesma linha e fundamentação que o enriquecimento ilícito, a saber, as Manifestações de Fortuna e as Tributações Autónomas, ponderando um pouco sobre a ética político-estadual nestes tipos de tributos (se o Estado deve, ou pode, tributar rendimentos ilícitos, mesmo que apenas a nível presuntivo), e falando um pouco da fronteira entre a tributação e o confisco, ou melhor, quando é que um imposto deixa de ser imposto e passa a ser um confisco.

Por fim, na Parte III iremos ver como estes problemas são resolvidos lá fora, especificamente, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, Estados com uma

perspectiva muito diferente da nossa no que toca à aplicação do direito, em que são empregados mecanismos que não se encontram por cá, como as *actio in rem*, a *civil forfeiture*, e a *civil recovery*, tentado também perceber como são postos em prática estes mecanismos e possíveis problemas que eles possam manifestar.

Parte I – A solução penal

1. Branqueamento de capitais;

Iremos começar o nosso estudo com um pequeno percurso histórico, que acreditamos ser essencial à temática sob escopo, para que possamos entender como, e porque, surge o branqueamento de capitais.

O branqueamento de capitais é uma medida legislativa que surge como uma medida de combate ao trafico de drogas[3], uma arma usada na "War on Drugs", guerra esta lançada pelos Estados Unidos da América. São os avultados cofres dos Barões da Droga que funcionaram como cataclismo para a criação deste novo crime, e que motivaram uma concertada actuação internacional[4].

Com o passar do tempo, e com os resultados obtidos com a introdução da criminalização do branqueamento de capitais, que originalmente só implicava o branqueamento de capitais derivados do tráfico de droga, o seu campo de aplicação foi ampliado, sendo que, hoje em dia, podemos encontrar sistemas jurídicos que apenas punem o branqueamento de capitais derivados da droga, aqueles que punem o branqueamento de capitais derivados de um catálogo mais ou menos extenso de infracções[5], e aqueles que adoptaram um crime de branqueamento de capitais generalizado.

Mas, independentemente da motivação actual por detrás da criminalização do branqueamento de capitais, é inegável que a dimensão e projecção que, hoje, este tipo de crime tem na nossa sociedade se deve à impulsão que o combate às drogas lhedeu.

---

[3] O tráfico de drogas é, actualmente, reconhecido como a actividade ilícita mais lucrativa, apesar da difícil fundamentação de uma afirmação deste calibre. Dado o enorme número de cifras negras, nos crimes deste género (como o tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, corrupção e branqueamento de capitais), não se pode estimar com grandes níveis de confiança quanto às dimensões destas actividades, sabendo-se só que as quantidades envolvidas são astronómicas. Segundo o GAFI, no seu primeiro relatório, citando dados da ONU, em 1987, estimavam-se que as receitas do tráfico de estupefacientes, a nível mundial, rondavam os 300 biliões de dólares (americanos), que numa conversão para os valores por nós usados, seriam 300 mil milhões. A Convenção de Viena, no seu preâmbulo, reconhece o enorme carácter lucrativo do comércio da droga.

[4] GODINHO, JORGE ALEXANDRE FERNANDES, *Do «branqueamento» de capitais: introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 51.

[5] Os crimes precedentes que compõem o catálogo variam de país para país, visto que é, essencialmente, uma opção política.

Os Estados Unidos da América sempre tiveram uma interessante relação com as 'drogas', desde o seu apoio à China no virar do século XIX, quanto às Guerras do Ópio[6], passando pelo tão emblemático período da Lei Seca[7], até à 'Guerra às Drogas' de Richard Nixon em 1973. A sua política de tolerância zero é mundialmente conhecida.

Tomando "consciência dos circuitos económico-financeiros dos traficantes e das quantias em jogo", foram criadas, em 1970, nos Estados Unidos da América, as primeiras medidas de controlo do branqueamento de capitais, de natureza não penal, que se focavam na movimentação de fundos através do sistema financeiro. A criminalização do branqueamento de capitais só se vem a dar em 1986, exactamente porque o direito penal é um direito de *ultima ratio*[8].

Enquanto que os primeiros passos para o branqueamento de capitais, num lado do Atlântico, estavam a ser impulsionados pelo discurso anti-drogas, já neste lado do

---

[6] As drogas não são uma invenção dos estados modernos, mas um conhecimento da Antiguidade Clássica. O ópio era conhecido pelos gregos e pelos assírios, e foram estas civilizações que viriam a expandir o seu cultivo para o oriente. Aliás, o haxixe, por exemplo, tem fortes ligações a antigas práticas islamitas. No entanto, foi só no século XVIII que as drogas começaram a ter um forte impacto na economia internacional, quando a Inglaterra, através da Companhia das Índias Orientais, começou a produzir e a comercializar ópio em larga escala, com um escopo lucrativo, com o intuito de financiar a colonização da Índia. E a China foi o primeiro país a implementar políticas nacionais de controlo de distribuição de drogas, quando, em 1729, a China proibiu o ópio, e, em 1800, fechou Cantão ao comércio das drogas, proibindo o consumo, cultivo e importação da droga. Já nesta altura, as políticas de supressão de estupefacientes demonstravam o efeito oposto ao pretendido, tendo apenas impulsionado o consumo da droga. A primeira Guerra do Ópio deu-se em 1839, quando a China confiscou todo o ópio estrangeiro em Cantão, guerra esta que a Inglaterra facilmente venceu, dada o seu vasto poderio militar e naval em relação à China. E, como consequência, o Tratado de Nanquim foi assinado e Hong Kong foi cedido aos ingleses, em conjunto com vários privilégios comerciais. Os Estados Unidos da América utilizaram a luta contra as drogas como uma forma de aumentar a sua influência nas colonias asiáticas, ao mesmo tempo que tentavam diminuir a de outras potências coloniais. Em 1908, os EUA impuseram a proibição total do ópio nas Filipinas e foi por sua iniciativa que se concretizou a primeira conferência internacional proibicionista, de 1909, em Xangai. Cfr. GODINHO, *Do «branqueamento» ...* p. 56 e ss e HARARI, YUVAL NOAH, *Sapiens: A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011 p. 364. [7] Aprovada pela 18ª Emenda à Constituição norte-americana, que vigorou entre 1919 e 1933.

[8] A necessidade da dissimulação dos rendimentos de origem criminosa também não é algo novo. Ladrões, políticos corruptos, raptores e quem comete fraude fiscal sempre tiveram a necessidade de 'lavar' os seus espólios, conscientes de que a detecção dos seus rendimentos ilícitos e da ligação ao delito poderia suscitar uma investigação oficial e constituir um claro indício da sua responsabilidade criminal. Cfr. BLANCO, CORDERO, *El deito de blanqueo de capitales,* p. 31 *apud* GODINHO, *Do "branqueamento" ...*, p. 61. Mas até à explosão do mercado de estupefacientes, as quantias eram toleráveis, elas estavam contidas dentro dos riscos que assumimos no pacto civilizacional. Foi só quando o tráfico de droga se tornou numa empresa lucrativa, quando as quantias em jogo se revelam tão titânicas que o problema da gestão dessas quantias se torna um problema autónomo, que os Estados começaram a prestar maior atenção. Até ao final dos anos 60, as autoridades americanas nem sequer consideravam a lavagem de dinheiro um problema (United States. President's Commission on Organized Crime: *The edge: organized crime, business, and labor unions.*).

oceano, o branqueamento de capitais era uma problemática que estava relacionada com o terrorismo e com o seu financiamento[9][10].

Não é do nosso interesse explicar aqui a evolução legislativa do crime de branqueamento de capitais, as suas várias manifestações a nível internacional, nem falar sobre as inúmeras convenções e conferências internacionais[11] ou debruçarmo-nos sobre o crime propriamente dito[12].

Sucintamente, o branqueamento de capitais pode ser descrito como a actividade pela qual se procurar dissimular a origem ilícita de bens ou produtos, procurando atribuir-lhes uma aparência lícita, e, normalmente, as operações de branqueamento apresentam três fases: a da colocação, onde se procura colocar o dinheiro ilícito no mercado financeiro ou noutras actividades, a fase de transformação, em que se realiza operações para ocultar a proveniência criminosa, a origem, e a da integração, onde os capitais são introduzidos no circuito económico legal.

O branqueamento de capitais é "o lado negro do processo de globalização"[13][14]. Ele é possibilitado pela liberalização das trocas internacionais e dos movimentos de

---

[9] O primeiro instrumento internacional europeu que abordava a questão do branqueamento de capitais foi a Recomendação n.º R(80)10, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 27 de Junho, intitulada *Measures Against the Transfer and Safekeeping of Funds of Criminal Origin*, cuja principal força criadora, motivacional, era o terrorismo.

[10] O terrorismo é um problema social que diz muito para os europeus, apesar de o discurso moderno parecer indicar o contrário. Para os países europeus, o terrorismo é algo que data desde a segunda metade do século XIX, e sempre esteve intimamente ligado aos movimentos separatistas, como a IRA (*Irish Republican Army)*, a *Ordine Nuovo*, entre outros. Não serve isto para dizer que os Estados Unidos eram alheios ao conceito de terrorismo na altura, mas prendiam-se mais com a colonização do continente americano e da subjugação das tribos ameríndias, a indústria da escravatura, e os movimentos da *White Supremacy* (Supremacia Branca). Não eram crimes contra o Estado, mas "crimes" praticados pelo Estado ou implicitamente apoiados pelo Estado, mesmo quando se tratava de direitos sociais, como a igualdade ou os direitos dos trabalhadores. Os países europeus estavam preocupados com o terrorismo e com o seu financiamento porque eram crimes que afectavam o Estado nas suas qualidades mais básicas, o que não viria a acontecer no território americano até muito depois.

[11] Para tal, Cfr. GODINHO, *Do «branqueamento»…* ou CAEIRO, PEDRO, *A decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento de capitais e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa* in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1067- 1132, com especial crítica sobre o poder do Conselho Europeu para legislar sobre matéria penal, e a decisão-quadro que estipula a criminalização do branqueamento de capitais nos vários sistemas jurídicos europeus.

[12] Neste sentido, Cfr. RODRIGO SANTIAGO, *o «branqueamento» de capitais e outros produtos do crime: contributos para o estudo do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no «branqueamento» (Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro)* in EDUARDO CORREIA, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra, 1998-2009.

[13] Cit. BRANDÃO, NUNO, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção,* Coimbra Editora, 2002, p. 16.

[14] Tenha-se em conta que a globalização é um fenómeno relativamente recente. O globalismo, pelo contrário, não é uma coisa assim tão recente. Sim, só passamos a ter uma cultura global há relativamente

capitais, da abertura dos mercados financeiros, da massificação da informatização e do comércio electrónico. O branqueamento de capitais é um problema que actua e tem efeitos a nível internacional, ou mesmo global, e como tal, exige uma resposta ao mesmo nível.

Segundo as estimativas da *Global Financial Integrity*[15], os países em desenvolvimento terão perdido, entre a década de 2000, entre 723 biliões de dólares a 844 biliões por ano[16], devido à circulação ilícita. Estes valores estimados (porque só uma minúscula percentagem deste dinheiro chega a emergir ou a ser detectado como dinheiro ilícito) equivalem a cerca de 1,55% do Produto Bruto Mundial, e metade destes valores estão, provavelmente, ligados à corrupção[17].

Mesmo a recuperação de uma pequena parcela desse dinheiro ilícito era o suficiente para providenciar fundos imensamente necessários para o desenvolvimento dos países em desenvolvimento[18].

Destes valores, o relatório estima que apenas 5 biliões foram recuperados e ainda menos foram devolvidos aos países afectados. Menos do que 1% do dinheiro que circula ilicitamente é detectado e recuperado pelos Estados (0.69% para ser exacto, usando as estimativas enunciadas como referência).

---

pouco tempo, mas já existe um mercado global desde o século XIX. E já nessa altura, a comunidade mundial enfrentava os mesmos problemas que hoje em dia se enfrenta. Só que, em enquanto, naquela altura, se falava em termos de semanas, hoje, já se fala numa actuação em termos de dias (se não mesmo, em horas, quando à dissimulação da informação), pelo menos no que toca ao transporte de mercadorias, e num o aumento do poder de compra dos cidadãos e, consequentemente, do mercado e da economia global.

[15] GFI (Global Financial Integrity) 2011. KAR, DEV e SPANJERS, JOSEPH, *Illicit Financial Flows from Developing Countries Over the Decade Ending 2009*. Washington, DC: GFI. http://iffdec2011.gfintegrity.org/ e PERDRIEL-VAISSIERE, Maud, *The accumulation of unexplained wealth by public officials: Making the offence of illicit enrichment enforceable*, janeiro 2012, publicado online. É necessário ler estes relatórios, e os de qualquer instituição ou organização internacional, cujo um dos fins seja o combate à criminalidade financeira e transnacional, com especial cuidado, já que, em grande parte, elas são um grupo de interesse, ou *lobby*, e têm um incentivo, uma razão político-existêncial para exagerar estes números, comprometendo a nossa percepção da realidade.

[16] Utilizando a escala curta, em oposição à escala longa, em que um milhão equivale a 10^6, um bilião a 10^{12} e um trilião a 10^{18}. Já na escala curta (utilizada pelos americanos), um milhão equivale a 10^6, um bilião a 10^9 e um trilião a 10^{12} e não emprega a designação intermédia de mil milhões/bilião. É importante ter esta distinção entre conceitos numéricos quando se analisa dados fornecidos por entidades de língua inglesa, apesar de o Brasil e muitos países de língua árabe, também a usarem.

[17] Incluindo o 'enriquecimento ilícito' de oficiais públicos.

[18] O World Bank e o United Nations Office on Drugs and Crime, estimam que só o retorno de 100 milhões de dólares para um país em desenvolvimento será o suficiente para 50 a 100 milhões de tratamentos contra a malária, tratamento de primeira categoria contra a Sida a 600 mil pessoas por ano, ou 240 quilómetros de estradas de duas faixas pavimentadas, ou 250 mil casas que passariam a ter água canalizada.

Mas simplesmente falar dos valores que circulam ilicitamente não é suficiente para perceber a razão pela qual a criminalização do branqueamento de capitais é necessária, porque razão são tão barulhentas as vozes internacionais que clamam por este instituto.

1.1. O bem jurídico dos crimes económicos;

Como foi dito anteriormente, a figura do branqueamento de capitais foi inicialmente uma medida de carácter não-penal, só tendo sido elevada ao patamar de crime 16 anos depois, mas o debate quanto ao bem jurídico por detrás do branqueamento não foi tão premente como actualmente o é quanto ao enriquecimento ilícito. Muito se debateu quanto ao bem jurídico por detrás dos crimes económicos, e no fim o debate quanto ao crime de branqueamento de capitais em específico foi resolvido por opção legislativa, ou inserir o crime de branqueamento de capitais no Capítulo III, do Título V do Livro II do Código Penal, relativo aos crimes contra a realização da justiça[19]. Mas nada disto obstou a que o branqueamento de capitais já vigorasse entre nós, e se o bem jurídico não era discernível automaticamente, competia à doutrina e à jurisprudência encontrá-lo nas escolhas politico-criminais do legislador. O crime de branqueamento e capitais é um excelente exemplo de que o bem jurídico muito raramente está na origem da criação do tipo, e que, a sua determinação é feita *a posteriori*, muitas das vezes pela doutrina (outras pelo legislador, através do enquadramento sistemático, ou pela exposição de motivos). O branqueamento de capitais é elevado à figura de crime, não por razões de tutela de bem jurídico, mas por razões político-criminais, como uma forma de perseguir um determinado tipo de criminosos, com a finalidade político-criminal de demonstrar que "o crime não compensa", uma finalidade que tem vindo a ser crescentemente adoptada pela comunidade, ao ponto de hoje em dia, não ser tanto uma finalidade político-criminal, mas uma necessidade social (e estadual), como uma exigência da comunidade.

---

[19] Para uma análise crítica e mais aprofundada quanto aos bens jurídicos protegidos pelo crime de branqueamento de capitais veja-se CAEIRO, PEDRO, *A decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento de capitais e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa* in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1067- 1132, p.1081 e seguintes.

Estamos no campo do direito penal secundário, pelo menos nos primórdios da história deste ilícito. E como tal, não existe propriamente uma autoridade cultural, representada pela "consciência comunitária", que impõe precisamente a criminalização, mas por uma escolha política (pela autoridade político-legislativa), que entendeu ser necessária a instituição desta figura. E, com o tempo, as comunidades internacionais, jurídicas e sociais, vieram a dar razão e a validar essa inicial escolha.

Ninguém, hoje, põe em causa a necessidade deste crime, e muito menos se põe em causa uma possível inconstitucionalidade.

Muito raramente se encontra nos vários ensaios sobre este tipo criminológico, exactamente quais os efeitos que a existência de um património ilícito, e a sua 'lavagem', implica para a sociedade em geral. Geralmente se debate quais são os bens jurídicos em causa, mas, mesmo que os bens jurídicos em causa coincidam com os efeitos, tende-se a passar uma imagem tranquila daquilo que é, potencialmente (e que, na nossa perspectiva, é) um dos maiores problemas da civilização moderna.

1.2. Os danos e efeitos do branqueamento de capitais;

Inicialmente, o branqueamento de capitais servia como um meio de combater, mediaticamente, o tráfico de estupefacientes, impedindo os traficantes de usufruírem os proveitos das suas actividades ilícitas e de o reinvestir na sua indústria, de minimizar a influência/poder que os enormes lucros do tráfico lhes proporcionavam. A minimização da influência é um interesse puramente político, e, como tal, não justifica a criminalização de uma conduta. Mas se o branqueamento de capitais é uma medida complementar na luta contra o tráfico de droga, faz sentido que, como se inicialmente se pensou, que estava em causa, em relação aos dois crimes, o mesmo interesse ameaçado pelo comércio da droga, o da saúde pública[20].

No entanto, o branqueamento de capitais revelou-se um instrumento idóneo no combate aos mais variados tipos de crime, como a fraude fiscal, a corrupção, peculato, extorsão, tráfico de armas, entre outros, e, hodiernamente, o branqueamento de

[20] Cfr. CAEIRO, PEDRO, *A decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento de capitais e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa* in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias,* Coimbra Editora, 2003, p. 1067- 1132, p. 1081 e seguintes.

capitais, por si só, é capaz de produzir, autonomamente, "efeitos extremamente nefastos"[21], tanto a nível político, social e económico, indo para além do simples facto de ocultar o rasto do dinheiro (*hide the money trail*).

Duma perspectiva sociocultural, a 'lavagem de dinheiro' bem-sucedida significa, pura e simplesmente, que o crime compensa[22] e os criminosos sentem-se, então, encorajados a continuar com os seus esquemas ilícitos porque sabem que podem gozar dos seus lucros sem repercussões. O que conduz a mais fraudes fiscais, mais desfalques (com a consequente afectação dos cidadãos, como despedimentos quando a empresa falir), mais droga, mais crimes ligados à droga e uma geral perda de confiança daqueles que seguem a lei, que não ganham o mesmo que os criminosos e que terão de pagar por aquilo que os outros não pagam.

Economicamente falando, os países mais prejudicados com o branqueamento de capitais são os países em desenvolvimento, que ainda estão no processo de regular os seus sectores financeiros, recentemente privatizados. Uma suspeita de lavagem de dinheiro, ou de uma mera presença de 'dinheiro sujo', num determinado banco pode levar a que muitos sujeitos económicos e investidores (que valorizam acima de tudo a transparência e o respeito pelas regras e códigos de conduta) levantem os seus depósitos com medo de os perderem se o banco for investigado e perderem as suas garantias. Isto causa, em último caso, o colapso de bancos (ou até mesmo crises financeiras), como sucedeu com os Países Bálticos na década de 90. Estamos a falar dos mercados emergentes, que ainda têm uma economia muito vulnerável.

Para referir outro exemplo, veja-se a Federação Russa, considerada um país em transição, pelos parâmetros das Nações Unidas. Muitas transacções legalmente válidas feitas por estrangeiros com entidades russas tornam-se cada vez menos desejáveis, dada a associação dessas mesmas entidades com o branqueamento de capitais, mesmo

---

[21] Cit. Brandão, *Branqueamento de capitais…*, p. 20

[22] A ideia de que o crime não compensa vai mais fundo do que uma mera crença de que os criminosos serão sempre punidos pelos crimes que praticaram. A 'compensação' do crime simboliza um triunfo daquilo que é ilícito sobre aquilo que é justo, daquilo que é lícito, que uma pessoa honesta e seguidora das leis tem que sofrer (ou suportar) mais do que um criminoso, simplesmente porque um cumpre as leis e o outro não. Significa que os crimes só são crimes para alguns ou que certos crimes só são crimes no papel. E que, mesmo que uma pessoa seja punida (normalmente uma pena de prisão), essa pena é mínima ou nula comparada com o que ela virá beneficiar quando estiver livre, inutilizando o sistema sancionatório do Estado. Se o crime compensa, se "eu-cidadão" ganho mais em ser criminoso do que em ser honesto, em cumprir as leis, então toda a estrutura jurídica do Estado está posta em causa, a minha confiança no Estado está posta em causa, e, consequentemente, a minha obediência a ele e aos seus mandatos deteriora-se.

que meramente alegada[23]. Isto porque a mera suspeita de branqueamento de capitais causa uma erosão da confiança nos mercados, um dos pilares basilares do capitalismo.

O branqueamento de capitais causa erros na política económica, resultantes da inflação artificial dos sectores financeiros. Uma entrada gigantesca de 'dinheiro sujo' numa área económica específica cria falsa procura, e os oficiais públicos actuam com base nesta nova procura, ajustando as políticas económicas. Quando o branqueamento atinge uma determinada fase, ou se as forças de autoridade começam a demonstrar interesse, todo esse 'dinheiro sujo' desaparece sem nenhuma previsível causa económica e pode colapsar esse sector financeiro inteiro. Já para não falar na instabilidade monetária dos efeitos que a entrada dessa exorbitante quantia produz nas taxas de câmbio e de juro, o que consequentemente distorce mercados e coloca em causa o desenvolvimento económico do país.

Já em termos locais encontramos problemas de taxação e competitividade de pequenas empresas. Dinheiro lavado não é normalmente sujeito a imposto (mesmo dinheiro lavado por razões outras que não fraude fiscal é rendimento que tende a fugir aos impostos[24]), e cabe ao resto de 'nós' cobrir o buraco deixado na receita fiscal. As pequenas empresas não conseguem competir com as empresas de fachada do 'dinheiro sujo' que podem praticar preços mais baixos porque o seu fim não é ter lucros, mas lavar dinheiro[25]. Elas têm tanto dinheiro que podem até praticar preços abaixo do custo de produção.

Os focos primários das forças globais de branqueamento de capitais estão centrados no terrorismo e nas drogas. E os efeitos da lavagem de dinheiro são claros.

---

[23] Cfr. QUIRK, PETER J., *Macroeconomic Implications of Money Laundering*, Working Paper, Washington, DC: International Monetary Fund, 1996, p. 12.

[24] Ver, *infra*.

[25] Daí a escolha preferencial pelos países em desenvolvimento, porque a escolha dos pontos de passagem e destino dos capitais carentes de lavagem é feita em função das expectativas de deteção da origem criminosa, e não em função da sua rentabilidade. Crf. BRANDÃO, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, p. 21.

Mais drogas, mais crimes, mais violência[26][27]. E ela representa um factor crucial na sustentabilidade das organizações terroristas, um dos grandes problemas da modernidade.

O branqueamento de capitais está inserido naquilo que se intitulou de "cultura da corrupção". Ele potencia esta mesma cultura, amplifica-a, ao mesmo tempo que corrói o sistema democrático e as estruturas sociais, e impede o desenvolvimento económico[28]. Ele conduz à transferência do poder económico dos mercados, governos e cidadãos em geral para os criminosos[29].

---

[26] O efeito de potenciador do crime que o branqueamento de capitais não pode ser desconsiderado nem menosprezado. Ele é, lado a lado com os seus efeitos económicos, um dos principais problemas dos patrimónios ilícitos, se não mesmo *o* principal, já que tem em si a capacidade para exponenciar os outros efeitos, pela multiplicação da prática. Fazê-lo seria agir como o monarca indiano na lenda do xadrez. De acordo com uma lenda antiga, o jogo de xadrez foi inventado na Índia, no ínicio do século V, por Sissa. Algumas versões contam que Sissa pretendia mostrar ao seu soberano que um monarca não era nada sozinho, por mais talentoso que fosse, sem os seus soldados, outras contam que o monarca estava farto de jogos que se resumiam à sorte e pretendia que Sissa inventasse um jogo que valorizasse as qualidades de sabedoria, paciência e virtude do jogador. Quando Sissa inventou o jogo de xadrez, o monarca quis recompensa-lo, e, a contragosto, Sissa pediu que lhe dessem o número de grãos de trigo multiplicado pelo número de casas do tabuleiro contando um único para primeira, dois para a segunda, quatro para a terceira, e duplicando assim o número de grãos, sucessivamente, a cada casa, até chegar à sexagésima casa. E o monarca, não tendo feito as contas, exclamou: "Ah, alguns grãos de trigo!".

[27] Em sentido contrário, quanto ao efeito potencializador de violência, veja-se ANDREAS, PETER, *Illicit Globalization Myths and Misconceptions*, in *Globalization, Criminal Law and Criminal Justice: Theoretical, Comparative and Transnational Perspectives*, Editado por MITSILEGAS, VALSAMIS, ALLDRIDGE, PETER e CHELIOTIS, LEONIDAS, Hart Publishing, 2015, p. 45-64. PETER ANDREAS argumenta que a violência causada pelo tráfico de droga, apesar de real (que os agentes de mercado ilícito têm uma tendência para recorrer à violência, já que não podem socorrer-se de tribunais), tem sido imensamente inflacionada pelas instâncias políticas e pelos *media sociais*, uma protensão selectiva, que tanto acentua os episódios de violência, como quanto às drogas em questão (com um grave prejudico contra drogas pesadas como a heroína e cocaína), muito por questões políticas e económicas (agentes políticos usam, especialmente, o discurso anti-drogas, inflacionando os seus efeitos negativos, para angariar votos e simpatias e os *media* acentuam a violência por uma questão de audiências). Muito do comércio ilícito rege-se pelas mesmas regras económicas que os restantes mercados de bens. Violência excessiva é "péssima para o negócio", já que disturba o mercado e atraí atenção indesejada da polícia e dos *media*.

A violência na economia global ilícita é, tipicamente, selectiva e instrumental, invés de aleatória e gratuita. A violência, ou mais especificamente, as guerras, causam incerteza no mercado, e insegurança nos consumidores (pelo menos nos que vivem mais perto da guerra), levando-os a reduzir o consumo, por medo de serem afectados, já para não falar que uma guerra tende a focar os agentes do próprio comércio ilícito, pudendo implicar que, mesmo que a guerra seja ganha, não restará uma rede suficientemente grande para beneficiar dos espólios. Uma única possível excepção será quando a polícia desmantela uma rede de droga, removendo agentes ilícitos, os novos agentes que surgem para tomar o seu lugar recorrem, muitas das vezes, a competições violentas, mas o mesmo pode ser dito da desmantelação de qualquer poder político (i.e. Estado).

Em relação à criminalidade organizada, o autor adverte contra as tendências hiperbólicas e alarmistas que, na sua perspectiva, impregnam a literatura sobre o tema, apesar de reconhecer que a "globalização ilícita" é um problema, mas que o problema não é tão premente quanto se tem feito crer.

[28] Cfr. Brandão, *Branqueamento de capitais*, p. 23.

[29] E quem diz poder económico diz também poder político. "In this country, you gotta get the money first. Then when you get the money, you get the power." Tony Montana, *Scarface* (1983).

Devemos repetir que o branqueamento de capitais é uma conduta que antecede toda a problemática jurídica e política que se levantou nas últimas décadas. Mas ele só se tornou um verdadeiro problema quando os valores em circulação ilegalmente eram de tal ordem que eram capazes de criar estes problemas e efeitos mencionados por si. Daí a sua elevação a um crime autónomo, e o abandono da concepção de um branqueamento de capitais como um ilícito derivado do tráfico de drogas ou do terrorismo.

2. O que a cortina esconde: o problema subjacente ao branqueamento de capitais;

O branqueamento de capitais é uma conduta que tem, na sua génese, um factor, um elemento: o património ilícito (mantendo de fora todas as problemáticas que estão subjacentes à determinação e precisão deste conceito). É o facto de se deter património ilícito que motiva esta necessidade de se legalizar, ou atribuir a aparência de legal, o dinheiro de origem criminosa, especialmente porque a própria detenção de dinheiro e património ilícito é um forte indício de que o seu detentor está envolvido em actividades criminosas. E o problema tem apenas vindo a aumentar, e claramente só vai piorar.

Há cada vez mais dinheiro no mundo. Quando se começou a tomar medidas contra a lavagem de dinheiro, quando os montantes em causa ainda não eram tão exorbitantes como o são agora (mas já grandes o suficiente para exigir a intervenção dos Estados), o Produto Bruto Mundial estava na casa dos 15 mil biliões[30] de dólares. Agora (ou melhor, em 2014), estamo-nos a aproximar dos 80 mil biliões de dólares. E as previsões da OCDE apontam para os 220 mil biliões em 2060. Os valores monetários em causa só iram aumentar com o passar do tempo, e isto pressupondo que ainda estamos nas primeiras casas da explosão exponencial[31].

Estamos perante um conjunto de actividades ilícitas, criminosas, que são impulsionadas pelo simples facto primordial de existir um património ilícito.

[30] Segundo a escala longa.
[31] E sem ter em conta as dificuldades que os avanços tecnológicos terão para a detecção dos rendimentos ilícitos e o seu controlo, ou o resultado do movimento de protecção de dados virtuais.

Obviamente que estes patrimónios ilícitos têm uma causa original, um facto criminoso, que providencia estes rendimentos. Se pensarmos no tráfico de droga vemos que para chegar ao património ilícito é necessário passar por uma vasta rede de crimes, já que estamos perante uma indústria que é, toda ela, ilegal, significando que, desde a produção, passando pela transformação, distribuição, até ao acto final de compra, encontramos um enorme leque de pequenos e individuais actos ilícitos (não vamos falar aqui do problema da internacionalização do crime nem da problemática das redes como acto de crime). O que pretendemos dizer é que, para que surja um património ilícito, é necessário que haja, a montante, pelo menos, um único crime, capaz de gerar um lucro, um rendimento, independentemente de qual seja o crime.

Desta forma, é fácil de afirmar e defender a posição de que não há necessidade de se atingir esse património ilícito directamente. Se o que causa o património ilícito é um crime, então é esse mesmo crime que se deve visar no exercício do poder punitivo, porque, a contrário, estaríamos a subverter o sistema, a desvirtuar o direito.

E se o património ilícito já existe, criando esses problemas todos que referimos anteriormente, porque não foi possível à Justiça, ao sistema penal, desvendar esses crimes iniciais, então o problema está na fase de investigação, ou de condenação. Não há necessidade de maior tutela. Bastar-nos-ia resolver o problema da eficiência do sistema actual, aperfeiçoá-lo de modo a que permita uma "melhor descoberta e condenação" dos criminosos.

E tudo isto é verdade. De certa forma… Se há crimes lucrativos que escapam ao sistema, que ficam por punir, ou mesmo por descobrir, isto pode ser um problema do sistema actual, sem necessidade de novas medidas.

Mas a verdade é que estamos perante um conjunto de crimes que apresentam uma peculiar característica. Estes crimes, segundo os estudos que se faz, segundo as teses que sobre eles incidem, os relatórios das instituições, são crimes com uma enorme margem de 'cifras negras'. É virtualmente impossível precisar o exacto montante envolvido, ou a quantidade de factos típicos e ilícitos que estão envolvidos, mas sabe-se, e todos os indícios parecem apontar nesse sentido, que são astronómicos. Da mesma forma, estamos perante crimes que dificilmente se deixam vislumbrar, existe um enorme cuidado na sua prática, como uma prática estudada, que não permite que emirja indícios da sua existência, se não apenas em eventuais erros e deslizes, e

quanto estes surgem, rapidamente esta comunidade criminosa aprende com eles. São também crimes que são de extrema dificuldade de se provar, a um nível suficientemente elevado para justificar uma condenação.

E se provar o crime é difícil, então provar que os rendimentos foram por ele gerados é quase sisífico.

Este facto, imensamente constatado pelos autores, é uma das principais causas motivadoras por detrás do que é internacionalmente apelidado de 'enriquecimento ilícito'[32]. A necessidade de reforçar a tutela jurídico-penal destes crimes que se apresentam tão lucrativos. Porque, para além do facto de que maior parte das possíveis testemunhas destes crimes serem normalmente, elas próprias, também cúmplices, o facto de serem crimes extremamente lucrativos implica que eles podem aplicar esses próprios rendimentos a se assegurarem que o sistema de justiça falhe quando este se foque neles, aumentando assim a sua já longa lista de crimes, e começando a embrenhar-se em práticas que afectam bens jurídico-penais fundamentais para o Estado.

3. Tempos difíceis exigem medidas desesperadas (o crime de enriquecimento ilícito);

3.1. Contextualização: as pressões internacionais e sociais;

O crime de enriquecimento ilícito, como dissemos anteriormente, nasce da insatisfação sentida com os resultados da punição do branqueamento de capitais, uma proposta penal por parte de várias vozes no panorama internacional (autores, fóruns e instâncias formais) que pretendem manter a mesma direcção e intencionalidade que a punição do branqueamento de capitais, mas mais radical.

A própria Convenção contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de Dezembro de 2003, vem, no artigo 20.º, dizer que «sem prejuízo da sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adoptar as medidas

[32] Ignorando qualquer tipo de problemática quanto à designação mais correcta do conceito.

legislativas e de outras que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do património de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele». Este artigo é muitas vezes explicado, de maneira simplificada, como quem dispuser de bens desproporcionados ao seu rendimento líquido deverá ser punido criminalmente. Pretende-se, desta forma, transferir o dever de demonstrar ou justificar a licitude dos bens para o arguido, facilitar a prova e evitar a acumulação de fortunas provenientes da prática de crimes

Propostas como estas atearam um grande debate na doutrina portuguesa, um confronto entre partidários incondicionais (na sua grande maioria, pessoas que vêm da vida prática), que destacam a importância deste instrumento como indispensável na luta contra o crime[33], e opositores, que arrogam a violação de princípios constitucionais, como o da presunção de inocência ou do *nemo tenetur se ipsum accusare*, e que concluem pela incompatibilidade constitucional deste novo instrumento.

3.2 A Primeira tentativa: o Decreto de 2012;

O legislador português tentou introduzir, através do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República), o crime de enriquecimento ilícito nos artigos 335.º-A e 386.º do Código Penal e no artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, nos seguintes termos essenciais: "quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível

[33] Na perspectiva de LOPES, José Mouraz, o enriquecimento ilícito é fomentado por um "populismo penal", uma corrente dogmática em que a política criminal se fundamenta em finalidades políticas e eleitorais de modo a satisfazer um determinado círculo eleitoral, com o intuito de aumentar o capital político dos autores dessas mesmas políticas criminais, com uma desconsideração da sua eficácia e dos seus efeitos. Um populismo penal exasperado pelos *media sociais*, que utilizam o medo social para condicionar políticas públicas (*the invisible hand of the media*). Ideia que parece ser reforçada pela desconsideração da decisão (ou decisões) do Tribunal Constitucional. Apesar de discordarmos da opinião do autor quanto à intenção subjacente do enriquecimento ilícito (para LOPES, a recuperação financeira de valores devidos ao estado), convergimos quanto à necessidade de um olhar refreado e desligado de populismos quanto a esta temática do enriquecimento ilícito. Cfr. Lopes, José Mouraz, *A contaminação do sistema Penal Português pelo «populismo penal»*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. II, Ed. Institutos Jurídico, Coimbra, 2017 p. 797-811.

com os seus rendimentos e bens legítimos". O decreto pretendia introduzir três variações do crime de enriquecimento ilícito, a saber, um crime de enriquecimento ilícito geral, e dois crimes específicos, quando praticado por um funcionário, e quando praticado por um titular de cargo político ou de alto cargo público.

O enriquecimento lícito, nos termos configurados pelo Decreto n.37/XII da Assembleia da República, encontra-se construído a partir de três modalidades típicas: adquirir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; possuir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; ou deter património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos.

A norma aprovada pela Assembleia da República tem uma redacção diferente daquela que foi apresentada na redacção original do Projecto de Lei n.º 72/XII, onde o crime era específico, em que os únicos que poderiam ser agentes do crime eram os funcionários e os titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos. Na sua versão final, esta especificidade da qualidade do agente tornou-se um agravação da pena aplicável ao crime.

A factualidade típica é, portanto, a aquisição, posse ou detenção de património, de origem incompatível com os seus rendimentos ou bens legítimos.

A própria norma oferece uma definição de património para efeitos do artigo, entendendo-se como tal todo o activo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo património imobiliário, de quotas, acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de título, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efectuadas no país ou no estrangeiro. Por rendimentos e bens legítimos, o artigo estipula que se deve entender todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens legítimos e bens com origem lícita determinada. Caso se trate de um funcionário ou de um titular de cargo político ou alto cargo público, os rendimentos e bens legítimos já serão todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que dela devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita

determinada, designadamente os constates em declaração de património e rendimentos.

A incompatibilidade inferior a 100 salários mínimos mensais não é punível, consistindo assim numa condição objectiva de punibilidade.

Este novo instituto que se pretendia tinha a infeliz consequência de esvaziar parcialmente um outro instituto legal já instituído no nosso sistema jurídico-penal, o confisco alargado. Estes dois mecanismos tem um campo de aplicação que se sobrepõe ao outro, facto que foi aparentemente ignorado pelo legislador, e isso poderia gerar graves problemas de articulação.

3.2.1. O que o Tribunal Constitucional tinha a dizer;

A pedido do Presidente da República, o Tribunal Constitucional procedeu a uma fiscalização preventiva da constitucionalidade destas novas normas, e o Tribunal Constitucional (TC) não hesitou em declará-las inconstitucionais.

Uma das principais motivações para o Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República foi a exigência da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção na estatuição deste novo crime, no seu artigo 20.º, cujo a epígrafe é precisamente "Enriquecimento ilícito". Como nota o TC, no Acórdão n.º 179/2012, a Convenção é um instrumento normativo produtor de efeitos jurídicos vinculativos, e aquilo que ela estipula constituí um dever jurídico para os Estados Partes, neste caso, o dever de criminalizar certa condutas. No entanto, muitos Estados Partes, ao contrário de Portugal, formularam reservas a este artigo, fundamentando-se não só no princípio da presunção de inocência, constitucionalmente consagrado entre eles, mas também no artigo 14.º, n.º 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Mas mesmo a ausência de uma reserva por parte de Portugal não implica necessariamente a obrigatoriedade de criminalizar o enriquecimento ilícito. O próprio artigo 20.º da Convenção contra a Corrupção parece ter tido em conta as impossibilidades constitucionais a tal criminalização, e começa logo por possibilitar a não criminalização do enriquecimento ilícito com fundamento na Constituição ou em

princípios fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos[34]. Acresce que a Convenção também não implica que haja, necessariamente, um crime de enriquecimento ilícito, mas apenas que a legislação permita punir esse enriquecimento ilícito (a conduta base), que pode ser feito através de outros crimes[35].

O que significa que o legislador nacional não está inevitavelmente vinculado a criminalizar o enriquecimento ilícito, ou que a sua não-criminalização implique o incumprimento de uma obrigação convencional internacional. O Estado Parte poderá sempre invocar princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico-constitucional[36].

Este foi um dos vários aspectos que o Tribunal Constitucional abordou no seu acordo. Apesar de não ser um argumento capaz de declarar a inconstitucionalidade do Decreto, ele serviu para esclarecer que a exigência aparente da criminalização do enriquecimento ilícito, é só isso, aparente. Uma leitura cuidada e atenta da própria Convenção levaria a um entendimento de que, caso fosse constitucionalmente impossível, não havia nela nenhuma obrigatoriedade de criminalizar.

Uma das principais críticas feitas ao crime de enriquecimento ilícito, como ele estava consagrado pelo Decreto, era a clara violação da proporcionalidade, constante do artigo 18.º, n. 2 da CRP, na medida em que não são claros os bens jurídicos que a norma e o tipo de crime nela contido visam proteger, e uma tal indeterminação coloca em crise o juízo de proporcionalidade e a possibilidade concreta de definição do tipo legal.

Para melhor se entender esta critica, deveremos explorar um pouco o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, e o que ele reflecte no panorama da legitimidade constitucional das incriminações.

---

[34] A Finlândia veio considerar desnecessária a previsão de um tal crime, já que considera os mecanismos legais e regulamentares existentes suficientes. O Reino Unido e os Estados Unidos justificam a não criminalização no facto de que ela implicaria uma transferência do ónus da prova para o arguido, relativamente à determinação da legitimidade da fonte de rendimento em causa, e, já que a sua constituição prevê a presunção de inocência do arguido torna-se impossível criminalizar o enriquecimento ilícito.

[35] Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 9 de Fevereiro de 2011 que apreciou o Projecto de Lei n.º 494/XI/2ª (PCP). Coisa que Portugal já faz, através do instituto da Perda Alargada, se bem que não com um escopo tão alargado.

[36] Curiosamente, uma visita à página oficial da Convenção revela que esta apenas vê a obrigatoriedade de tipificar como crime o suborno a funcionários públicos, a corrupção activa a oficiais estrangeiros, a fraude e a apropriação indébita, a lavagem de dinheiro e a obstrução de justiça. Os Estados Partes devem apenas *procurar* tipificar as condutas de corrupção passiva de oficiais estrangeiros, tráfico de influências, abuso de poder, enriquecimento ilícito, suborno no sector provado e desvios de recursos no sector privado.

O Direito Penal é um ramo do direito cujo principal objectivo é a promoção da subsistência de bens jurídicos de maior dignidade e da liberdade da pessoa humana, objectivo esse que é alcançado através da imposição de penas e de medidas de segurança que implicam, em si, uma restrição de direitos fundamentais. Ora, tal restrição só poderá ser possível e justificada, aos olhos do referido artigo constitucional, se ela pretender proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito. Neste sentido, o direito penal é um direito de *ultima ratio*, só podendo ser chamado em defesa ou protecção de bens jurídicos, e se não houver possibilidade de se recorrer a um outro meio menos gravoso, mas igualmente eficaz.

Desta forma, o artigo 18.º, n. 2, é muitas vezes convocado como parâmetro para aferir dos pressupostos constitucionalmente legitimadores da escolha do legislador ao qualificar determinadas condutas como crime, impedindo que sejam tipificados certos comportamentos que não afectem bens jurídicos.

Um bem com dignidade jurídico-penal é uma concretização dos valores constitucionais. Ele é um valor que existe antes da incriminação e que permite apreciar criticamente o sentido desta. Assim "a Constituição surge como o horizonte que há de inspirar e por onde há de pautar-se qualquer programa de política criminal"[37].

O principal objectivo do direito penal é promover a tutela de bens jurídicos da maior dignidade e, dessa forma, a liberdade da pessoa humana. Esta associação entre o direito penal e os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela é o que se assume como o princípio constitucional da proporcionalidade, presente no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição.

Desta lógica se infere que toda a incriminação na qual não se possa divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque é materialmente inconstitucional.

Para determinar se existe ou não um bem jurídico-penal claramente definido, é necessária uma interpretação das normas em causa, da qual resulta que o que se pretende punir é a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo

[37] Cit. Acórdão n.º 25/84, do TC.

origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial advém da prática anterior de crimes[38].

Se a finalidade da norma é punir, através de uma nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente (não provados através de processo penal), geradores do enriquecimento ilícito, então não há aqui um bem jurídico claramente definido ou então a norma pretende punir apenas a incompatibilidade do património e aqui também não é possível vislumbrar um bem jurídico-penal. E isso revela a inconstitucionalidade da norma, porque toda a norma incriminadora da qual não seja possível identificar nitidamente um qualquer bem jurídico é nula.

Outra questão igualmente importante é a forma como o crime de enriquecimento ilícito está construído. Ele não permite identificar uma acção ou conduta que é tida, pela incriminação, como proibida. Aqui se comporta uma das grandes inconstitucionalidades do crime de enriquecimento ilícito, uma violação do artigo 29.º, n.º 1 da nossa Constituição. É que ninguém pode ser punido criminalmente senão em virtude de uma lei anterior que declare punível *a acção ou omissão*.

---

[38] SARAGOÇA DA MATTA argumenta, contra a posição do Tribunal Constitucional, que o que está em causa, aquilo que se pretende punir, com a norma, não é a incompatibilidade, mas a aquisição, posse ou fruição de património sem origem lícita determinada. A incompatibilidade é apenas a condição que permite indiciar a ilicitude. Definindo o conceito de origem determinada como origem conhecida, o autor defende que podemos estar perante uma miríade de situações que não são necessariamente criminosas, mas situações legais, que preencheriam o tipo de fraude fiscal (falta de declaração), já que a norma previa a aplicação de pena mais grave por força de outra disposição legal.

No entanto, é bom de ver que o crime de enriquecimento ilícito seria como que um fantoche. Iria-se acusar um sujeito de enriquecimento ilícito porque o Estado desconhece a origem lícita (porque nem ela, nem o bem, constam da declaração), e ao sujeito restam, a nosso ver, duas opções: ou os bens são ilegais, e ele é punido pelo crime que os originou (ou pelo menos, oferece uma prova forte para a condenação por esse crime) ou os bens são legais, e está provada fraude fiscal. O sujeito estaria entre a espada e a parede, obrigado a escolher entre o pior de dois males. Não sabemos em que beneficiaria o sujeito do seu direito ao silêncio, e ao Ministério Público só lhe competiria provar que o sujeito possuí esse bem, e que ele não consta da declaração. A legalidade ou não da origem (ou melhor a subsunção noutro crime) está dependente do individuo, porque o crime de enriquecimento ilícito estaria automaticamente verificado assim que se desse a prova de que os rendimentos ou patrimónios não constassem da declaração. E qualquer participação do arguido consubstanciaria numa agravação da incriminação. E a justificação por parte do arguido quanto à origem do património desmantelaria o crime de enriquecimento ilícito assim entendido, porque a origem seria então conhecida.

Numa tal visão, o crime de enriquecimento ilícito seria um chamamento para o arguido justificar o património através de um *processo penal*. Deve-se ter em conta que, neste momento, não existe a consciência de um dever do cidadão justificar o património, e que é ao Estado que compete investigar e provar os factos. Acresce que, por ventura, a abertura de um processo-crime para justificar um rendimento ou património que pode ou não pode ser ilegal pode ser algo excessivo.

O crime está construído para punir uma situação de facto, por a tal incongruência levantar suspeitas de que o agente praticou certos crimes que propiciam esse património incongruente (um *crime de suspeita*), ou por a ilicitude ser a própria incongruência entre o que se possui e os rendimentos lícitos (*um crime de estado*). Estas mesmas modalidades do crime de enriquecimento ilícito violam princípios constitucionais, a primeira pela ausência de um bem jurídico determinado e a segunda pela violação da presunção da inocência (já que qualquer punição advém daquilo que se presume que o agente fez – os crimes não esclarecidos geradores do património incongruente - e não do que ele efectivamente fez)[39].

E, por último, o grande argumento que é levantando para abalar a incriminação do enriquecimento ilícito, a violação do princípio da presunção da inocência, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, também expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 9.º), na Convenção Europeia dos Direitos dos Homens (artigo 6.º, n.º 2) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 11.º, n.º 1). A ideia de que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

Este princípio tem várias concretizações, decorrências do seu sentido e conteúdo, mas apenas nos iremos referir às que são especialmente relevantes para a incriminação que contemplamos: a proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido e o princípio *in dúbio pro reo*, que implica a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado.

Em linha com o pensamento de Figueiredo Dias, todos os factos que não podem considerar-se subtraídos "à dúvida razoável", também não podem ser considerados como provados. E se se exige que o tribunal reúna as provas necessárias à decisão, bem se compreende que a falta delas não possa desfavorecer a posição do arguido[40]. Uma incerteza da prova deverá ser sempre valorada a favor do arguido.

É através deste princípio que se logra o afastamento dos problemas de repartição do ónus da prova decorrentes da afirmação de um princípio de auto-responsabilidade probatória das partes, tal como existe no processo civil, exigindo-se

[39] Cfr. PEDRO CAEIRO, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens* in RPCC 21 (2011), p. 297 e seguintes

[40] Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 145.

uma decisão condenatória em matéria penal assente na demonstração positiva da culpa do arguido.

Para além das suas decorrências a nível das diversas fases processuais, exige-se a nível legislativo que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos.

A formulação do tipo não impede o entendimento de que verificada a incongruência entre o património e o rendimento, esta seja qualificada como enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita[41].

3.2.2. Quando o fruto cai longe da árvore (problemas estruturais);

O crime de enriquecimento ilícito, para além da questão de se saber se um crime deste tipo é compatível sequer com o nosso ordenamento jurídico, sofre graves problemas de construção. E isto descurando mesmo as inconstitucionalidades já mencionadas.

Em primeiro lugar, é de notar um certo desfasamento entre a construção do crime dada pela Convenção e a dada pela Proposta de Lei. É que o artigo 20.º da Convenção prevê uma situação ligeiramente diferente, mas que muda completamente o sentido do enriquecimento ilícito. Na Convenção, o que se prevê é a punição de um aumento significativo nos bens de um *agente público*, quando praticado *intencionalmente*, para a qual ele não consiga apresentar uma justificação razoável em relação aos seus rendimentos lícitos.

O crime estava só previsto para agentes públicos (funcionários e titulares de altos cargos públicos ou de cargo político), indivíduos sobre os quais recai um certo dever de transparência e integridade, uma ideia que merece uma consideração particular (especialmente se tivermos em conta as questões levantadas no único voto de vencido, de Vitor Gomes a decisão de inconstitucionalidade do Decreto n.º 33/XII da AR).

[41] Cfr. Acórdão n.º 179/2012 do TC, p.8.

E previa-se que o enriquecimento ilícito deveria ser punido quando fosse praticado com intencionalidade, quando fosse praticado com dolo. O que significa que temos aqui algo que se afasta mais de uma situação de facto, e se aproxima mais de uma conduta, o aumento consciente e intencional do seu património através de rendimentos ilegítimos ou ilícitos, ou seja, a conduta ilícita em causa será o acto de aquisição dos bens (quando os seus rendimentos lícitos não o justifiquem).

Atentemos agora na construção feita no Decreto em questão, e ponderemos a premissa da qual ele parte. A premissa de que todos os rendimentos e bens de que uma pessoa pode fruir licitamente devem ser por ela declarados, e que, consequentemente, todos os que não devam ser são ilícitos. Esta premissa peca dos dois lados. Primeiro porque o "direito fundamental à propriedade do artigo 62.º, n.º 1, da CRP não está limitado pelos deveres de declaração"[42]. Existem bens, adquiridos legitimamente, para os quais não existe um dever de declarar a fruição, detenção ou recebimento. E, por último, porque, aos olhos do direito fiscal, a origem lícita ou ilícita dos bens é irrelevante, estando ambos sujeitos a tributação, e, em bom rigor, os bens e rendimentos ilícitos deveriam ser declarados (apesar de nunca o serem, obviamente). Assim, é impossível configurar-se qualquer incompatibilidade entre o património ilícito e os rendimentos e bens declarados ou *que devam ser declarados*, porque qualquer aquisição ilícita de bens deverá ser sempre declarada por força da lei tributária.[43]

A verdade é que, em nossa opinião, a versão de enriquecimento ilícito constante do Decreto 37/XII é significativamente diferente daquilo que é a versão internacional do enriquecimento ilícito, presente na Convenção contra a Corrupção.

---

[42] Cit. Caeiro, Pedro, *Sentido e Função do Instituto da Perda de vantagens com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"),* in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, nº 2, Abril- Junho 2011, p. 305.

[43] No mesmo sentido, CAEIRO, PEDRO, "*Quem cabritos vende e cabras não tem…"*, Série Escritos Breves, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 10.

3.2.3. Enriquecimento de titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos;

Quanto ao enriquecimento ilícito como um crime específico, isto é, como um crime para os agentes públicos, a questão deve ser vista de uma perspectiva diferente, isto é, deve ser vista através da dignidade penal do bem jurídico.

Quando o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se acerca da constitucionalidade do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República, este decidiu pela inconstitucionalidade do mesmo, unânime quanto ao enriquecimento ilícito dos cidadãos comuns e dos funcionários. Mas quanto aos titulares de cargos políticos e altos funcionários públicos, houve um único voto contra. Apesar de um único voto contra não ter um grande efeito no panorama universal, a verdade é que a fundamentação de Vitor Gomes contém em si interessantes argumentos (talvez não capazes de conquistar a opinião de um indivíduo, mas de pelo menos levar-nos a questionar a nossa posição), em especial a necessidade de tratar os três tipos legais de crime de enriquecimento ilícito de forma diferenciada.

Apesar de os elementos objectivos do tipo serem essencialmente idênticos nos três tipos, a verdade é que as condutas e a danosidade social destas diferem em função da qualidade típica do agente.

Vitor Gomes vê no enriquecimento ilícito por funcionários e no por titular de cargo político e de alto cargo público um bem jurídico, com evidente dignidade penal para ele, inerente ao princípio do Estado de Direito e com afloramentos expressos na Constituição, que é a *confiança ou credibilidade no Estado* em sentido amplo. Um bem jurídico que é colocado em perigo pela ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos, e isto legitima a incriminação do enriquecimento ilícito, quando praticado por estes indivíduos, aos olhos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, o princípio da proporcionalidade, na sua primeira vertente (que só pode haver lugar a uma incriminação quando estiver em causa algum bem jurídico fundamental[44]).

[44] Acrescenta ainda que o crime não é inadequado porque ele pressupõe que já tenha havido o "mercadejar com o cargo". Nem será ele desnecessário, por a conduta já ser objecto de repressão mediante tipos de ilícito penal autónomos. Para Vitor Gomes, o princípio da proporcionalidade não impede que o legislador construa, em torno de um mesmo bem jurídico, reforçando a tutela deste, uma

O ponto fundamental nas suas considerações é o entendimento da transparência da situação patrimonial dos titulares ou agentes do poder público como um elemento essencial para a confiança dos cidadãos na imparcialidade ou probidade da actuação desses mesmos indivíduos. Essa mesma confiança, nas instituições públicas e na capacidade de o Estado fazer cumprir as suas regras por parte dos que o servem, é um factor fundacional da existência e coesão das sociedades democráticas. A transparência constitui um fomento à confiança na imparcialidade. Estaríamos, assim, perante um bem jurídico colectivo, "inerente à organização democrática do Estado", e seria esse mesmo bem jurídico que legitimaria a exigência, feita aos titulares de cargos políticos e equiparados e os titulares de altos cargos públicos, de apresentar ao TC a declaração de património e rendimentos (nos termos da Lei n.4/83, de 2 de Abril, alterada pela Lei 36/2010, de 2 de Setembro). A confiança no funcionamento das instituições democráticas seria um valor constitucional fundamental, e como tal, um bem jurídico com dignidade penal. E, assim, se encontraria constitucionalmente legitimada a incriminação de enriquecimento por causa desconhecida[45], quando praticado por titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos

No entanto, Vitor Gomes segue a linha do TC quanto à violação do princípio da proporcionalidade. O que se incrimina com o crime de enriquecimento ilícito do Decreto, na sua perspectiva, é a falta de transparência sobre as causas de enriquecimento, conjugada ou revelada por uma situação patrimonial desproporcionada aos rendimentos de origem lícita conhecidos ou declarados. Como este dever de transparência não existe para todo e qualquer funcionário, na ampla concepção penal, a imposição desta incriminação a eles é desnecessária (porque não existe aí o perigo que se pretende prevenir) e excessiva, porque a carga ofensiva que comporta para outros direitos fundamentais não legitima tal necessidade.

Isto não sucede com os agentes sobre os quais a lei impende o dever de declarar em termos extrafiscais o património e rendimentos. A exigência de transparência sobre as causas do enriquecimento, cujo desrespeito é punido mediante o crime de

---

"armadura penal" em que um dos crimes tipificados seja funcionalmente chamado a reprimir condutas ilícitas que as tipificações já existentes não se revelam idóneas para deter.

[45] No mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Sobre a Incriminação do Enriquecimento* Ilícito *(não justificado ou não declarado) – Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal*, in Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, coord. de Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra Editora, 2011.

enriquecimento ilícito é um crime específico de um certo tipo de agentes, a quem a lei impõe legitimamente um dever especial de transparência. Há um dever de comunicação que obriga os sujeitos a declarar os seus bens e a fonte dos rendimentos que não é cumprido, incumprimento, revelado pela desproporção entre a riqueza ostentada e os rendimentos lícitos conhecidos, que se pretende aqui punir criminalmente.

A nossa intencionalidade em trazer ao de cima esta opinião está em iniciar uma, a nosso ver, interessante problemática. Estará justificado o Enriquecimento Ilícito se ele tiver como destinatários apenas os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos? É que é exactamente isso que se previa na Convenção contra a Corrupção, e que não foi reflectido no Decreto n.º 37/XII. Eles sãos originais destinatários daquela norma incriminadora. O Decreto faz esta especificidade soar mais como uma agravante, e falha em captar o que ela verdadeiramente é, o real Enriquecimento Ilícito. Haverá verdadeiramente aqui um bem jurídico-penal, digno de tutela penal? É que, a haver manutenção desta incriminação no nosso ordenamento jurídico, esta seria a sua única modalidade exequível.

3.3. Uma nova tentativa: o Decreto de 2015;

Em 2015, a Assembleia da República volta a aprovar um Decreto que procura instituir, desta vez, o crime de enriquecimento injustificado, pretendendo superar e corrigir os seus erros anteriores. O Decreto n.º 369/XII foi remetido para o Tribunal Constitucional para fiscalização preventiva de constitucionalidade, da mesma forma que o seu precedente[46] o foi.

Comparativamente à anterior tentativa de criminalização do enriquecimento ilícito, este novo decreto apresenta algumas diferenças. Abandona-se a incriminação autónoma do crime de enriquecimento injustificado quando praticado por funcionário; Há uma diferença na terminologia usada na epígrafe dos preceitos legais, passando-se agora a falar de «enriquecimento injustificado», invés de «enriquecimento ilícito»; houve algumas modificações na construção frásica e no uso de certos elementos

[46] Falamos aqui em precedente porque decorre da estrutura e do conteúdo do Decreto da Assembleia da República n.º 369/XII, bem como dos seus trabalhos preparatórios que este se encontra em linha de continuidade com o anterior Decreto da Assembleia da República n.º 37/XII.

(deixou-se de se fazer referência à ausência de origem lícita determinada, eliminou-se a expressão «se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal», e substituiu-se o conceito «bens legítimos» pelo de «bens declarados ou que devem ser declarados»); o legislador introduziu um preceito, no número 2, do artigo 335.º-A, do Código Penal (o crime de enriquecimento injustificado, geral, que o Decreto pretende introduzir), onde ele enuncia os vários bens jurídicos que o novo crime pretende proteger; e, por último, eliminou-se o preceito que impunha ao Ministério Público o dever de provar os vários elementos do crime de enriquecimento ilícito.

O facto de o legislador, num acontecimento inédito e inovador[47], ter identificado os vários valores que, no seu entender, a conduta tipificada lesa, não impede que se verifique se esses valores legitimam a constitucionalidade da norma. A disposição não pode ter outro alcance se não o de expor e identificar os objectivos que motivam a incriminação (tarefa que é normalmente deixada para os preâmbulos e para as exposições de motivos que antecedem as disposições legais. O número 2 servirá apenas para auxiliar o intérprete na sua compreensão do regime legal[48].

O enquadramento sistémico do enriquecimento injustificado no conjunto de «crimes contra o Estado», mais especificamente, nos «crimes contra a realização do Estado de Direito», revela certamente o gigantesco peso axiológico do bem jurídico que esta nova incriminação pretende proteger. "Os valores que, de acordo com o decreto, se pretendem preservar, e para cuja preservação se recorre à instância pela, são os da própria subsistência da arquitectura penal essencial da ordem constitucional"[49].

Apesar das modificações operadas nesta nova tipificação do enriquecimento ilícito, muitos dos problemas persistem. Continua-se a violar o princípio da legalidade, desta vez de uma forma mais flagrante – por se punir uma situação de facto, a verificação de uma mera incompatibilidade patrimonial entre o património adquirido, detido ou possuído, e o património declarado – e, como foi dito, a Constituição exige que ninguém pode ser sentenciado senão em virtude de uma lei que declare punível a

[47] Na opinião de PEDRO CAEIRO, risível. Cfr. CAEIRO, *Quem cabritos vende…*, p. 10.
[48] A enumeração dos valores que se pretende proteger com a norma, das razões pela qual se entendeu que se deveria criminalizar esta conduta será só reveladora da ponderação feita pelo próprio legislador, quer quanto à necessidade do crime e da pena quer quanto ao modo pela qual se procede à previsão típica. Cfr. Acórdão 377/2015 do TC, p. 8.
[49] Cit. Acórdão 377/2015 do TC, p. 9.

acção ou omissão. A criminalização de uma situação de facto é uma clara inconstitucionalidade. No acórdão, também se pondera que a construção legal do enriquecimento injustificado não oferece suficiente clareza para determinar quando estão verificadas as condições que devem estar reunidas para o preenchimento do tipo de crime. E muito menos o que se deve entender por tal "incompatibilidade" e quando esta se verifica (se é uma variação patrimonial de ordem quantitativa ou se é de ordem normativa, contendo em si já um juízo de desvalor[50]).

Apesar do número 2 do artigo 335.º-A, relativamente às motivações da incriminação do enriquecimento injustificado, a formulação do tipo de crime não permite que se vislumbre qual o bem jurídico, digno de tutela penal protegido pela norma.

Quanto ao enriquecimento injustificado geral, quando praticado pelo cidadão comum, o Tribunal Constitucional continua a achar que não existe aí nenhum bem jurídico digno de tutela penal, e muito menos carente do mesmo (princípio da necessidade da pena). Sobre o cidadão comum, o agente típico do crime previsto no artigo 335.º-A, não impendem especiais poderes de decisão que afectem a vida da sociedade como um todo. Como tal, ele não se encontra sujeito a quaisquer deveres de desvelar perante a comunidade as vicissitudes que afectem o seu património.

Mas a mesma afirmação não se pode fazer *a priori* quanto aos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos. Pretendia-se que o crime de enriquecimento injustificado viesse integrar o elenco dos crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, contido na Lei n.º 34/87.

Os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos assumem especiais deveres e responsabilidades perante a comunidade. A própria Constituição reconhece a existência de um estatuto dos titulares de cargos políticos, no seu artigo 117.º. Estes

[50] O Tribunal Constitucional considerou, sendo o critério da incompatibilidade um de desvalor jurídico, que ele oferece um âmbito de incriminação de tal forma amplo que poder-se-á abranger situações da vida heterogéneas, e às quais não seria legitimo associar um único e indiferenciado juízo de desvalor jurídico. Acompanhado os exemplos descritos no acórdão, a variação patrimonial pode suceder de uma prática ilícita, traduzida na prestação de declarações fidedignas, ou não correspondentes com a realidade, e assim estaríamos presentes uma censura de um comportamento típico, similar ao crime de fraude fiscal (artigos 103.º e 104-º do RGIT). Ou por uma variação patrimonial reveladora de acréscimos de riqueza obtidos por práticas que, por envolverem corrupção, enquanto fenómeno lato de captura privada de bens que pela comunidade deveriam ser fruídos, lesem o valor da "confiança", desvalor da acção que poderá decorrer da previsão do crime de branqueamento de capitais (artigo 368.º -A do Código Penal). Cfr. Acórdão 377/2015, p. 10.

sujeitos, sobre os quais foi confiada uma determinada função, devem prestar contas pelos actos que pratiquem no exercício das suas funções, de forma mais exigente do que aquela que é prevista para quem não detém quaisquer poderes de decisão sobre a sociedade. E compete à lei, como legislador ordinário, regular, no seguimento das ordens constitucionais, os deveres, responsabilidades e incompatibilidades e as consequências do seu respectivo incumprimento, e determinar os crimes de responsabilidade e as sanções que lhes sejam aplicáveis.

Devido à especial posição ocupada por estes sujeitos, sobre eles recaí um dever geral de transparência, quanto às formas de condução da sua vida pessoal, dever este que só é exigido de quem detém poderes de decisão pública. Dever este, de incidência especialmente patrimonial, que encontra fundamento no mencionado artigo 117.º da CRP. "Se ao legislador incumbe evitar que a confiança[51] (...) sofra erosão por causa da disseminação de práticas que se traduzam no aproveitamento privado de bens ou vantagens que a toda a comunidade pertenceria usar ou fruir, sobre quem disponha de poderes de decisão (…) deve pesar um especial ónus de «transparência» patrimonial, sem que com isso se deva entender que injustificadamente se invadem esferas reservadas de vida, própria ou de terceiros"[52]. Neste sentido se insere a imposição da Lei n.º 4/83, de 2 de Abril (alterada por último pela Lei n.º 38/2010, de 2 de Setembro) de os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos apresentarem no Tribunal Constitucional declarações de rendimento, património e cargos sociais, para controlo da sua riqueza.

Todas estas considerações poderiam legitimar a introdução de um crime de enriquecimento ilícito, mas o crime do Decreto n.º 369/XII, no artigo 27.º-A, permanece com os mesmo defeitos e violações que se considerou anteriormente para o crime de enriquecimento injustificado. É possível que haja aqui, nesta especificidade

[51] Entendida com um elemento ético que sustenta o Estado de Direito democrático. Num ordenamento como o nosso, com os seus princípios essenciais, como a limitação de poderes públicos e a protecção da liberdade individual, cada membro da colectividade política tem o direito de poder confiar na possibilidade da máxima efectividade dos princípios constitucionais ou que existe uma correspondência entre a sua previsão jurídica e a sua concretização na vida real. Num Estado de Direito Democrático, não existe nenhuma autoridade superior ou exterior à Constituição que seja capaz de impor coactivamente o cumprimento de uma ordem instituída por ela. A confiança na verificação de tal cumprimento da ordem consubstancia um pressuposto de realização do Estado de Direito. Actos ilícitos, como os de corrupção, por exemplo, são um fenómeno que lesa, ou que têm a possibilidade de virem a lesar, a confiança depositada na ordem constitucional.

[52] Cit. Acórdão 377/2015, p. 12.

do agente, um bem jurídico-penal digno de tutela penal, mas a principal questão será se ele será carente dela. Não serão já os mecanismos existentes suficientes? Não se revelam eles adequados a proteger a "confiança"? E se não o são, não será talvez por falta de aplicação ou por uma fraca aplicação? É realmente necessária a criação de uma forma de contornar esses mecanismos já existentes só porque eles são difíceis de serem aplicados, ou os crimes que o enriquecimento injustificado pretender ultrapassar (o crime de corrupção, de fraude fiscal, de branqueamento de capitais) são de difícil prova e necessita-se de uma maneira mais simples e fácil?

Independentemente da resposta que se possa dar quanto à dignidade jurídico-penal da eliminação do património ilícito, é-nos claro que é esse o interesse por detrás das novas normas, tanto internacionais como nacionais. Não há melhor forma de explicar estas normas. O pilar principal, aquilo que realmente se pretende punir com esta incriminação é, precisamente, a manutenção de um património ilícito, com todas as suas consequentes ramificações danosas, quer seja nas mãos de um sujeito normal, ou num sujeito investido com deveres e poderes próprios que reforçam o valor negativo deste "bem jurídico".

Desta forma, parece curioso que, nas duas tentativas de punição do enriquecimento ilícito, se deixe de lado esta temática por completo, no que toca à sanção. O tipo legal de crime visa claramente tutelar a ideia de um património lícito, ao proibir todo o incremento e manutenção do património ilícito, e, no entanto, a sanção não toca nem se foca nesse sentido.

No Decreto nº 37/XII, as sanções são penas privativas da liberdade, até três anos para o enriquecimento ilícito geral, e de um a cinco anos para as suas vertentes específicas, quando praticada por um funcionário ou por um titular de cargo político ou de alto cargo público. Em 2015, com o Decreto n.º 369/XII, nada mudou nas sanções, excepto o limite mínimo da pena para os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos.

A remoção do património ilícito deve ser feita na sanção do próprio crime, neste caso, porque são esses mesmos rendimentos de origem 'ilícita' que se pretende atingir e que causam o dano que a norma-crime pretende prevenir. O recurso a uma pena privativa da liberdade, por muito pequena que seja, é desproporcional ao desvalor da

acção, e à culpa, na nossa opinião. É um excesso de pena, já para não falar que é ineficaz, em relação à conduta proibida.

É obvio que o legislador não pretende deixar todos aqueles rendimentos na posse dos 'criminosos' do enriquecimento ilícito. Porque fazê-lo era retirar todo o possível sentido, oportunidade e eficácia de uma tal criminalização.

E, nesse sentido, ambos os decretos previam a implementação do enriquecimento ilícito no número 1 do artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, a lista que previa que condenações accionavam o mecanismo do que se intitula de perda alargada.

É que, de forma a se obter algum efeito útil desta incriminação, da forma como se tentou estruturá-la, era necessário um segundo processo que viesse possibilitar o confisco dos bens, um processo que exige os seus próprios pressupostos e presunções.

4. A perda alargada (artigo 7.º da Lei n.º 5/2002);

Vamos despender algum tempo para explorar autonomamente a perda alargada, de modo a melhor a compreender os seus fins e os seus pressupostos, para que depois possamos tentar perceber como se enquadra estes dois institutos, tanto na sua sobreposição de âmbitos, como na sua complementaridade pretendida pelas tentativas de criminalização do branqueamento de capitais.

Apesar dos vários instrumentos tradicionais do confisco que a lei confere, do seu progressivo alargamento e fortalecimento, eles continuam a ser tidos como insuficientes para fazer frente às exigências da criminalidade moderna. Os resultados que estes instrumentos alcançaram são pequenos e insatisfatórios - muito devido às elevadas exigências probatórias que o confisco geral acarenta. Desta forma, o dogma de que o crime compensa dificilmente será abandonado pela sociedade se o Estado "pune o crime, mas permite a conservação dos seus benefícios". Estabelecer que uma determinada coisa ou vantagem provem, directa ou indirectamente, de uma determinada conduta ilícita jurídico-criminal é uma tarefa difícil. É necessária a prova do crime e da existência de uma correlação entre este e o determinado benefício auferido.

É com estas dificuldades em mente que o legislador tem vindo a consagrar robustos mecanismos de confisco alargado. Mecanismos esses que tendem a prescindir da demonstração da relação crime-vantagem, e afirmar com maior veemência que o crime não compensa. Só pela anulação do lucro será possível qualquer tipo de sucesso contra o crime económico-financeiro, o qual é insensível à pena de prisão[53].

Tendo sido já, por diversas vezes, instigado por instâncias supranacionais, e sancionado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Portugal consagrou um regime de perda alargada, baseado na diferença entre o património do arguido e aquele que seria compatível com o seu rendimento lícito, estabelecido na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Como a própria Exposição de motivos da Proposta de Lei n.94/VIII, que esteve na origem da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, veio explicar, "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal o condenado poder ainda assim conservar, no todo ou em parte os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa"[54].

O confisco alargado traduz-se na presunção de vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Parece então que um mecanismo como estes não pode ser deixado ao livre arbítrio judicial, já que as suas consequências podem ser gravosas: pode estar em causa todo, ou uma parte considerável do património do visado, ficando em risco quer a sua subsistência, quer mesmo a subsistência dos seus familiares. Daí que a sua aplicação esteja condicionada a uma série de requisitos.

É imprescindível que tenha havido uma condenação pela prática de um dos crimes previstos no catálogo que a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro refere[55]. Caso não

---

[53] Insensível à pena de prisão no sentido em que a possível aplicação da pena de prisão é tida pelos praticantes deste tipo de crime como um custo que é equacionada na sua lógica de mercado aquando da ponderação do crime.

[54] Cit. CORREIA, JOÃO CONDE, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, 2012, p. 101.

[55] Os crimes previstos no catálogo são: Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro; Terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; Tráfico de armas; Tráfico de influência; Recebimento indevido de vantagem; Corrupção activa e passiva, incluindo a praticada nos sectores público e privado e no comércio internacional, bem como na actividade desportiva; Peculato; Participação económica em negócio; Branqueamento de capitais; Associação criminosa; Pornografia infantil e lenocínio de menores; Dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, e ainda o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º daquela lei, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º

esteja em causa um desses crimes, independentemente da sua gravidade, ou lucratividade, o confisco alargado não poderá ser-lhes aplicado, visto que a sua aplicação analógica seria uma violação do princípio da legalidade, já que a lei só prevê a sua aplicação em relação àquele catálogo. Questão diferente, e muitas vezes apontada como critica à referida lei, é saber se não foram deixados de parte do elenco crimes susceptíveis de gerar grandes proventos económicos e se no elenco não foram incluídos outros que não têm um grande potencial lucrativo.

Por condenação, o legislador refere-se a uma sentença condenatória transitada em julgado. Só quando a sentença for insusceptível de recurso ordinário é que o confisco alargado poderá ser eficaz.

A natureza da pena aplicada pela prática do crime e o seu *quantum* concreto é, obviamente, irrelevante. Se se pudesse restringir o âmbito de aplicação do confisco alargado, invocando-se adequação ou proporcionalidade, poder-se-ia assim subverter a política criminal pretendida pelo legislador, a de lograr uma ordenação patrimonial conforme ao direito. Os bens confiscados podem ser independentes do crime que acciona o confisco alargado. Como tal, não faz sentido associar a natureza da pena com a possibilidade da perda.

É necessário que, para haver confisco, o visado tenha património[56]. Sem a existência de um qualquer património do qual o visado disponha ou tenha disposto, o confisco não pode ser aplicado. Não se pode confiscar aquilo que não existe.

O valor do património confiscável deverá ser avaliado (através de peritos, documentos, índices de preços), ou, se tal não for possível (caso os bens tenham sido destruídos, consumidos ou não se sabe o paradeiro, e outra formas não serem possíveis, através de estimativa pelo valor a preço de mercado, por exemplo), estimado, sendo o

---

2 do mesmo artigo; Tráfico de pessoas; Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda; Lenocínio; Contrabando; e Tráfico e viciação de veículos furtados.

[56] Para efeitos deste mecanismo, o património é composto pelo conjunto de bens que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio ou benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; transferido para terceiros a titulo gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino (artigo 7.º, n.º 2). São também consideradas vantagens da actividade criminosa os juros, os lucros e outros benefícios, obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do CP (artigo 7.º, n.º3 da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Esta formulação ampla, uma noção meramente económica, foi escolhida com o propósito de alargar o conceito de património confiscável e evitar obstáculos jurídicos à sua perda alargada. Ela inclui tudo aquilo que materialmente possa ser imputado ao visado, mesmo que, no plano formal, não lhe pertença (é o caso de bens propriedade de sociedades *offshore*).

cálculo o mais rigoroso possível. Deve-se evitar o risco de subavaliações, que beneficiam o condenado ao impedir ou diminuir o justo alcance da presunção, ou sobreavaliações, que fazem funcionar a presunção injustamente, prejudicando o visado. Só uma justa avaliação pode trazer uma boa aplicação deste mecanismo.

O momento determinante para a fixação do valor do património é o da liquidação na acusação ou em acto posterior que a complemente (artigo 8.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro). Tudo o que o arguido, directa ou indirectamente, tiver ganho através do crime até esse momento deverá ser contabilizado. Tudo o que venha depois que valorize ou desvalorize o valor real é processualmente irrelevante.

Os bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória e os recebidos pelo arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino, só gozam da presunção se tiverem sido transferidos ou recebidos nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. Esta limitação temporal para efeitos da determinação da incongruência é exigida pelo princípio da proporcionalidade, já que a prova da origem ilícita dos bens torna-se quase impossível ou demasiado onerosa.

O confisco só incidirá sobre os bens que sejam incongruentes com o seu rendimento lícito[57]. Se o sujeito só tem bens provenientes daquele concreto crime dever-se-á aplicar as regras gerais do confisco, presentes no CP ou em legislação avulsa) ou se todos os seus bens são congruentes com os seus rendimentos lícitos o confisco alargado não se aplica. Tem que haver uma desproporção entre o património e os seus rendimentos lícitos.

Os bens ou vantagens, directa ou indirectamente provenientes do crime do catálogo que está na origem do confisco alargado, não podem ser abrangidos no montante global. A eles cabe o regime geral das perdas dos instrumentos, produtos ou vantagens do crime, já que eles resultam daquele crime concreto, não havendo necessidade de presunção de proveniência de actividade criminosa. Estando determinada a sua origem ilícita, está justificada a sua perda.

---

[57] A lei não oferece qualquer tipo de definição deste conceito, mas deve-se "considerar como tal aquele que resulta da sua manifestação e registo público e declaração fiscal nos termos dos regimes legais respectivamente aplicáveis" Cit. BRAVO, JORGE DOS REIS, *Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade: Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade* organizada, in *Polícia e* Justiça, 8, 2006, p. 128, apud CONDE CORREIA, p. 108.

O montante da incongruência deverá ser um valor líquido. O valor bruto pode não corresponder à verdadeira situação do visado (por exemplo, o objecto foi comprado a crédito), gerando-se aqui uma ficção de enriquecimento que não corresponde à realidade. Com o confisco pretende-se retirar aquilo que o arguido efectivamente tem e não deveria ter, não o que ele aparenta ter. Caso assim fosse, estar-se-ia a reduzir inadmissível e injustificavelmente o património lícito do arguido.

A maioria da doutrina nacional tem acrescentado que, para além destes pressupostos legais, o Ministério Público deve igualmente demonstrar a probabilidade de uma anterior actividade criminosa, "da mesma espécie dos crimes previstos no catálogo, por tal forma que se possa dizer que o património incongruente tem uma fonte substancialmente análoga". Só depois de demonstrada, é que pode haver lugar à inversão do ónus da prova.

Conde Correia defende que tal exigência "não tem (..) grande justificação". Trata-se de impor ao MP uma *diabolica probatio*, quase impossível demonstrar a probabilidade de uma anterior actividade criminosa quando se investigou e não se recolheram indícios suficientes da sua prática[58].

Impor ao arguido que justifique a incongruência entre o seu património e o seu rendimento lícito não é um ónus desproporcionado. "Ninguém melhor do que ele pode explicar a origem daquele e a inconsistência da suspeita"[59].

Uma vez verificados estes pressupostos, e com base neles, o legislador presume que a diferença entre o valor do património detectado e aquele que seria congruente com o seu rendimento lícito oriunda de actividade criminosa. É por se basear numa presunção que se diz que este mecanismo é uma *non-conviction based confiscation*.

Mas esta presunção tem um valor limitado. Não se pode através dela concluir que o arguido cometeu o crime pressuposto ou qualquer outro. A presunção só afecta o património do visado, só serve para justificar a sua perda. Concluir através dela a prática de mais crimes (para além do crime do catálogo que faz accionar o instituto da perda alargada, claro), é uma violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

---

[58] A decisão de acusar não é fundada num juízo de probabilidade probatória. Havendo indícios da prática do crime, o MP tem o dever de deduzir acusação, não pudendo prescindir da acusação a favor da liquidação do respectivo património incongruente. O confisco alargado não serve nem pode servir para contornar situações de difícil investigação e prova.

[59] Cit. CONDE CORREIA, *Da perda alargada…,* p. 111.

Trata-se aqui de uma mera presunção *iuris tantum*, e, como tal, pode ser ilidida. E pode sê-lo demonstrando que o património não tem nada de incongruente, que a desconformidade pode ter uma explicação simples. "Nem tudo o que é obscuro, estranho ou irrazoável é, necessariamente, ilegal"[60].

Uma das formas de ilação será a demonstração de que os bens provêm de rendimentos de actividades lícitas, através de documentos, testemunhas. Ou seja, dever-se-á fazer prova directa de que os bens ou parte deles nada tem a ver com aquele ou com outros crimes.

Tendo em conta que o próprio mecanismo do confisco alargado impõe sobre si próprio uma limitação temporal, da qual o arguido pode fazer uso. Ele pode demonstrar que os bens estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido. Já que se considera que se o mecanismo recuasse a sua aplicação para um momento anterior a esses cinco anos seria onerar demasiado a tarefa da defesa. O arguido pode fazer uso desta limitação a seu favor, associando a aquisição dos bens a um momento anterior, a um momento em que o confisco não consiga alcançar.

O arguido pode também demonstrar que os bens foram adquiridos com rendimentos obtidos há mais de cinco anos, independentemente da sua origem, por exemplo, demonstrando que adquiriu o bem com o dinheiro depositado numa conta há mais de cinco anos.

É obvio que, se o Ministério Público comprovar que ele já se dedicava à actividade criminosa pela qual ele foi condenado e que adquiriu esses bens ou rendimentos através dessa actividade, de nada lhe servirá demonstrar que detém os bens ou estes foram adquiridos com rendimentos obtidos há mais de cinco anos. Mas neste caso, provando que o crime do catálogo já decorria, o confisco que terá lugar não será alargado, mas sim o regime geral de confisco.

[60] Cit. *Idem*, p. 112.

4.1. A Natureza Jurídica da Perda Alargada

Uma das questões mais controvertidas deste instituto prende-se com a definição da sua natureza jurídica. E nesta senda, vêm se emergindo diversas teses, que variam entre o carácter penal e a natureza administrativa do confisco alargado.

Num polo, temos a tese de que o confisco de bens tem uma finalidade político--criminal igual à da perda de bens e vantagens relacionadas com a prática do crime, e, por isso, a sua natureza será "eminentemente penal"[61]. O confisco alargado será então um efeito da pena, já que pressupõe uma condenação e que, enquanto medida excepcional, deve ter pressupostos mais apertados do que a perda das vantagens do crime. O que significa que, caso haja absolvição do crime que despoleta o instituto, a perda alargada não poderá ter aplicação.

Por outro lado, há quem considere que se trata de uma medida de carácter não penal, análoga a uma medida de segurança. "Uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal"[62].

Entre estas duas teses antagónicas, existe uma concepção intermédia que defende que o confisco deve ser configurado como uma reacção penal análoga a uma medida de segurança, mantendo o carácter penal do confisco. A posse injustificada de bens de origem injustificada por pessoas que tenham praticado determinados crimes é uma conduta susceptível de desencadear a aplicação de uma reacção penal, sendo o confisco desse valor injustificado a reacção aplicável.

A questão da natureza jurídica de um instituto pode parecer algo meramente teórico, sem qualquer reflexo no plano prático. Mas tal pensamento é incorrecto, já que a determinação do seu carácter penal implicará a sujeição do confisco a inúmeras objecções jurídico-constitucionais, mas se se determinar que não tem carácter penal, a aplicação do confisco será mais facilitada, sem se esquecer determinadas condicionantes que o legitimam à luz de um verdadeiro Estado de Direito.

---

[61]Cit. AUGUSTO SILVA DIAS, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, in AA. VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 39 e 40.

[62] Cit. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Perda de bens a favor do Estado*, in AA. VV, *Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 124-156, p. 134.

4.2. Possíveis conflitos de constitucionalidade

É natural que um mecanismo como o confisco alargado ponha em causa alguns princípios constitucionais, e esses princípios constitucionais têm sido convocados como argumentos contra a utilização prática do modelo legal. Princípios como o princípio da culpa, da presunção de inocência, do *nemo tenetur se ipsum accusare*, do *in dúbio pro reu* ou da propriedade privada, todos eles são afectados, de uma maneira ou de outra, pelo confisco alargado.

No entanto, apesar da intensidade e profundidade destes argumentos, alguns autores reiteram que não são insuperáveis e que são compatíveis com as exigências constitucionais. Vejamos um por um.

O confisco alargado é uma consequência jurídica do crime que é aplicada sem prévia demonstração de culpa e do facto, constituindo uma pena de suspeita, incompatível com a nossa CRP. Se o facto e a culpa não estão determinados, não pode haver uma pena, muito menos, o efeito de uma.

Mas o confisco não é uma reacção penal, destinada a censurar um crime precedente. Ele é uma medida de carácter não penal que procura lograr uma ordem patrimonial conforme ao direito. O que está em causa é impedir a manutenção e consolidação de um património incongruente, do qual se suspeita uma origem ilícita, e cuja posse possa aliciar à prática de novos crimes. Não há aqui nenhuma censura ético-jurídica de uma pena ou de um efeito dela, e, assim, o princípio da culpa não pode ser invocado para justificar a inconstitucionalidade do mecanismo. Lembre-se que, embora ele surja em conotação ao processo penal, o confisco alargado "gravita noutro universo dogmático, sendo alheio a muitos dos seus princípios e valores fundamentais"[63].

Como foi elaborado anteriormente, o confisco alargado pressupõe que o arguido praticou outros crimes para além daquele pelo qual foi condenado, e, com base nessa presunção confisca se a parte incongruente do património do arguido. Ora isto soa a uma violação a presunção da inocência do sujeito (art. 32.º, n.º 2, da CRP, e artigo 6.º, n.º, da CEDH).

[63] Cit. CONDE CORREIA, *Da perda alargada…,* p .116

Mas, como já foi também explicado, o confisco não pressupõe a determinação da culpa, pelo que não pode ser abrangido por este princípio. Acresce que o confisco alargado não é uma condenação pela prática de hipotéticos crimes, que não foram demonstrados, mas uma medida contra uma situação patrimonial inexplicável.

Ao obrigar-se o arguido a justificar a sua situação patrimonial, sob pena de perder o seu património incongruente, pode se colocar em causa a manutenção do princípio constitucional contra a auto-incriminação.

A invocação deste princípio como objecção é improcedente. O visado não tem que se pronunciar sobre os crimes precedentes nem quaisquer outros para impedir a concretização do confisco. Ele não tem que contribuir para a sua própria condenação e o seu silêncio também não têm consequências processuais. Isto porque em causa não está um qualquer tipo de crime, nem uma punição.

Outro dos princípios que o instituto afrontaria é o princípio *in dubio pro reo*. A dúvida corre contra o arguido, fazendo funcionar a presunção e o confisco do património incongruente, invés de resultar na absolvição do sujeito.

Em defesa do confisco alargado, relembramos que este não se trata de um efeito da condenação. Ele não é uma medida penal, e como tal, nada impede o legislador de resolver, por outras formas, as regras probatórias.

Por último, o confisco alargado não afecta o direito de propriedade privada. Este direito fundamental não tutela patrimónios incongruentes com o rendimento lícito do visado, que muito provavelmente provêm da prática de crimes. Proteger estas situações seria salvaguardar formas ilegítimas de aquisição, e "o crime nunca é título legítimo de aquisição"[64].

Na grande maioria das vezes, os negócios jurídicos subjacentes ao património incongruente nem sequer são válidos aos olhos do direito civil. O direito não tutela negócios jurídicos contrários à lei, à ordem pública (v.g., compra e venda de estupefacientes) ou aos bons costumes, pelo que o confisco só vem repor a legalidade, e não restringir de forma inadmissível o direito de propriedade.

Mesmo quando o património incongruente gozar de tutela civil, mesmo tendo sido adquirido de forma ilícita, o direito de propriedade não é algo absoluto. A ideia

[64] Cit. SIDÓNIO REIS, *in* Actas *das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, 2, Lisboa, AAFDL, 1979 p. 200 *apud* CONDE CORREIA, *Da perda alargada…,* p. 120.

do direito de propriedade como um direito absoluto é uma ideia burguesista, ancestral e ultrapassada. Não se pode tutelar formas de aquisição que coloquem em causa o conteúdo essencial de outros direitos ou que atinjam intoleravelmente valores comunitários. O enriquecimento decorrente da prática de crimes não pode nem deve perdurar.

5. Retornando ao enriquecimento ilícito (ou Retrocessos lógicos e tiranias);

5.1. Articulação de dois institutos;

A fundamentação da perda alargada, o principal factor da sua existência, é a dificuldade sentida em fazer-se prova directa nos termos do confisco de vantagens do crime[65], e de que, havendo a certeza de que certos crimes foram praticados, dada a condenação judicial, uma "mancha" firma-se, que se estende sobre os bens do sujeito e os coloca em causa. A suspeita da actividade criminosa é forte e fundada, se bem que só de acordo com regras gerais e estatísticas. A perda alargada existe porque, além das dificuldades práticas do confisco geral, os tipos legais em si só prevêem a pena de prisão[66], e não o confisco dos bens que se obtêm através desses crimes, porque a questão do património ilícito obtido é supérflua em relação ao crime em concreto.

A função do confisco, e da perda alargada, é provar que o crime não compensa, tarefa que tem sido hercúlea para os Estados, porque, no caso concreto destes crimes, a maior observação dos direitos dos arguidos, dos cidadãos, não consubstancia uma situação óptima, ela tende a ser mais obstrutiva da Justiça do que propriamente garantidora[67].

---

[65] Ou nos termos dos confiscos específicos de cada crime, nos casos em que é o próprio regime específico a estipular para aquele crime em concreto, como é o caso do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, a Legislação de Combate às Drogas, que nos seus artigos 35.º e 36.º, prevê a perda de bens e vantagens relacionada com os crimes nele previstos, em especial, o tráfico de droga e a associação criminosa para prática de tráfico.

[66] Salvo algumas excepções. Ver nota anterior.

[67] Muitas das vezes a Liberdade (e os direitos individuais dos cidadãos) conflitua com a Segurança (neste caso, a realização da Justiça). Esperar que estas duas grandezas se harmonizem sem que se tenha que abdicar um pouco de cada uma delas é utópico. Compete ao legislador escolher qual o ponto óptimo que pretende alcançar e que melhor se adequa às necessidades da sua própria sociedade e do seu ordenamento.

Não é isto que está na génese do Enriquecimento Ilícito. O Enriquecimento Ilícito não é, verdadeiramente, uma demonstração de que o crime não compensa. Ele reporta-se ao Património Ilícito, à sua eliminação ou supressão, ao impedimento dos efeitos nocivos da sua manutenção. A sua finalidade teleológica é paralela, se não mesmo idêntica, à da criminalização do branqueamento de capitais.

O dogma "o crime não compensa" é um mero derivado seu, uma consequência positiva da criminalização do enriquecimento ilícito (e do branqueamento de capitais), mas não o motiva ou, pelo menos, não devia o motivar.

Como se pode, então, compaginar estes dois institutos?

A perda alargada tem requisitos mais apertados quanto à presunção. Não basta a mera incongruência entre rendimentos legítimos e património revelado. Ou, pelo menos, é isso que a maior parte da doutrina nacional exige[68], com a necessidade de demonstração de que há uma probabilidade de uma anterior prática criminosa da mesma espécie que os crimes do catálogo.

Em bom rigor, o Enriquecimento Ilícito não tem cabimento no catálogo da Lei n.º 5/2002, já que todos os crimes lá contidos são crimes "lucrativos", crimes que envolvem transacções *enormes* de dinheiro. E o Enriquecimento Ilícito não é nada disto. Ele não é lucrativo (o que é lucrativo é o crime que se presume que tenha dado origem ao património incongruente), o que se pretende punir é apenas uma fase transitória, por assim dizer, dentro do processo de circulação financeira dos mercados ilícitos.

Vindo um individuo a ser condenado por enriquecimento ilícito, o montante desse enriquecimento, determinado na condenação, pode vir a ser superior ao montante de que depois se irá confiscar aquando do procedimento de perda alargada, por causa do limite temporal.

Na nossa opinião, é incorrecta a inclusão do Enriquecimento Ilícito no artigo 6.º da Lei n.º 5/2002. Nem sequer devia haver necessidade de aplicação do instituto da perda alargada, porque uma correcta criminalização do enriquecimento ilícito preveria, em si, a perda dos bens em causa, invés de aplicar uma pena de prisão de 1 a 5 anos, quando a consequente perda alargada pode nem vir a ter lugar, uma vez condenado por enriquecimento ilícito.

---

[68] Apesar de concordarmos com a crítica de CONDE CORREIA. Ver *supra*.

Por muito que se debata quanto ao bem jurídico subjacente ao Enriquecimento Ilícito ou quanto à construção do tipo legal, e as suas inconstitucionalidades, é latente que qualquer tipificação hipotética ou eventual deste crime exige uma sanção confiscatória dos bens, porque a posse dos bens é que consubstancia o cerne do crime, a génese da problemática. Até porque a pena de prisão, a ser aplicada a uma conduta destas, em que nenhum dos crimes lucrativos de que falamos foram dados como provados, é claramente excessiva. Quanto muito, dever-se-ia aplicar, a título principal, uma pena de multa. Mas sem a obrigatória perda dos bens como sanção deste crime, qualquer tentativa de criminalização, e consequente punição, será fútil.

Pode-se argumentar que os bens seriam, numa óptima aplicação do sistema, de qualquer das formas, confiscados, através, precisamente, da perda alargada. Mas não é a mesma coisa.

A perda alargada não é uma sanção, na nossa perspectiva. É, como foi dito anteriormente, uma reacção penal análoga à medida de segurança. Ela aplica-se para demonstrar que o crime não compensa (e tudo o que essa ideia político-criminal acarenta), e para suprimir as insuficiências da lei (i.e., o confisco das vantagens do crime[69]), já que os crimes a que se reporta são, em grande parte, crimes graves, inseridos na criminalidade grande. Crimes gravosos o suficiente, dotados de um desvalor jurídico e social tal que exigem a pena de prisão, como pena única[70]. Mas o Enriquecimento Ilícito é diferente. Ele pode ser tão danoso, ou mais até, como os outros crimes do catálogo, mas não nos parece que se deva aplicar a ele uma pena privativa da liberdade. Ele não acarenta, nem de perto, o mesmo desvalor jurídico e social, quanto à sua prática. Ele comporta um desvalor do resultado, sim, mas não um desvalor da acção ao ponto de se exigir uma pena de prisão.

Gostávamos de puder dizer que os argumentos que sustentam a constitucionalidade da Perda Alargada se poderiam transportar para o campo do Enriquecimento Ilícito, mas a verdade é que não são a mesma coisa e por isso qualquer transposição argumentativa será ineficaz. Quanto à Perda Alargada estamos a lidar com uma reacção penal, enquanto que no Enriquecimento Ilícito estamos a lidar com

[69] Que abordaremos *infra*.

[70] Sem desconsiderar a possível substituição da pena de prisão, tanto por pena de multa (artigo 43.º, número 1, do CP), quando a pena de prisão que seria aplicada não seja superior a um ano, como por pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade (número 3 do mesmo artigo), quando a pena de prisão não exceda os três anos, ou qualquer incidente de execução da pena que possa ter lugar.

um crime, o que implica que haja necessidades axiológicas mais restritas que devem ser cumpridas para este, mas já não para a primeira.

5.2. A aplicação hipotética do Enriquecimento Ilícito e os teóricos abusos;

Deve-se ter em conta que, num rigor de sentido, o Enriquecimento Ilícito é um crime autónomo, com um bem jurídico distinto e individualizado. Se a intenção da sua criminalização for tutelar melhor os bens jurídicos subjacentes aos crimes de corrupção, tráfico de droga, só para enunciar alguns, então são esses crimes já existentes que deverão ser aplicados, e o crime de enriquecimento ilícito não é mais do que um novo instituto de perda alargada como uma sanção e valoração negativa agravadas. O enriquecimento ilícito não pode, nem deve ser chamado como um crime de mais fácil ou provável condenação. Porque a ser assim, o crime de enriquecimento ilícito não passaria de um mero "corta-mato", um atalho legal, para evitar um problema que não queremos confrontar. Isto é, a incapacidade sistémica para encontrar, julgar, condenar e punir essas condutas, com o consequente dilema de que, em primeiro lugar, o crime de enriquecimento ilícito não é idóneo para tutelar esses mesmos bens jurídicos, já que estamos perante uma condenação por crimes presumidos, isto é, uma condenação que se baseia numa discrepância entre o património detido e os rendimentos legítimos que faz presumir a prática de outros crimes, de uma actividade criminosa contínua e inerente.

Se assim é, não há outra escolha! O sujeito deve ser julgado pelo crime que se presume ter cometido e aplica-se depois a perda alargada. Não o fazer seria uma desvirtualização do sistema.

Porque, por muito genérica que tenha sido a edificação do tipo de crime, é notório que ele contém um "público alvo", um "*target market*", i.e., os crimes de corrupção, tráfico de droga e armas, e mesmo o branqueamento de capitais. E estes são, todos eles, crimes com uma moldura penal abstracta relativamente elevada: o branqueamento de capitais tem uma moldura penal de dois a doze anos[71] (artigo 368º-

[71] Com a agravante de um terço se for praticada de forma habitual (número 6 do artigo 368º-A do CP), passando a ter um limite máximo de 16 anos.

A, número 2 do CP); o crime de tráfico de estupefacientes pode ir de 4 a 12 anos (Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro), a associação criminosa para tráfico de drogas pode ir de 10 a 25 (artigo 28.º do mesmo decreto-lei), e a corrupção passiva é de 1 a 8 anos (art. 374º do CP)[72].

É em relação a estes crimes fulcrais que realmente se nota a desvirtualização do sistema de que falávamos. Estar-se-ia a deixar de punir *crimes graves*, com um elevado valor negativo para a sociedade e instâncias políticas, em troca de uma pena de 1 a 5 anos, que dificilmente ultrapassará os 3 anos, e sabendo que as penas de prisão até aos 3 anos podem ser substituídas[73][74]. E se a pena é determinada em função da culpa, se a culpa é limite da pena, como se determina a pena num crime em que se pune uma situação de facto, ou a mera detenção de bens 'ilícitos'? Como se mede o grau da culpa num tal caso?

Logo, porque não podemos ou não conseguimos ou é demasiado difícil punir pelos crimes concretos, pelos quais dever-se-ia, verdadeiramente, punir, com todo o peso e resultado de uma tal condenação, vamos preferir por um crime de suspeita, em que nem sequer é necessário levantar a possibilidade de uma carreira ou actividade criminosa, com a consequente diminuição da moldura penal. É natural que a pena possível seja menor, já que se trata só de uma suspeita de origem ilícita, não a prova concreta do verdadeiro crime que se queria (e deveria) atacar.

Faz sentido que, só porque não conseguimos provar que este juiz "venda" sentenças, ou que aquele sujeito, desempregado, e que conduz um Lamborghini, é, na verdade, um barão da droga, leve apenas uma pena de prisão diminuta, que depois será substituída por uma pena de multa? Só porque o sistema é fraco, ineficaz para punir os verdadeiros crimes subjacentes? Este tipo de práticas do sistema não é mais do que

---

[72] A corrupção activa tem uma moldura penal de 1 a 5 anos, tal como a do enriquecimento ilícito teria, mas não é de estranhar a diferença da moldura penal da corrupção activa para a passiva, já que, nesta última, o agente é um funcionário, sobre o qual recai um especial dever de integridade, sobre ele ronda um bem jurídico essencial, de confiança, de transparência nos órgãos públicos.

[73] Veja-se a nota 58.

[74] No CP (artigos 45.º, n.º 1, 50.º, n.º 1, 58.º, n.º 1, 60.º, n.º 2 e 70.º), é possível identificar um critério geral de escolha da pena, em que o tribunal dá preferência à pena não privativa da liberdade, desde que estejam verificados os pressupostos formais de aplicação desta pena, sempre que esta realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (as finalidades preventivas – artigo 40.º, n.º 1 e 2). Trata-se de um poder-dever do tribunal, esta substituição por uma pena não privativa da liberdade, sendo que o tribunal tem também o dever de fundamentar a não aplicação da pena privativa da liberdade, ou a sua preferência pela pena privativa da liberdade no caso concreto. O tribunal está incumbido num dever de substituição por assim dizer. Cfr. ANTUNES, MARIA JOÃO, *Consequências jurídicas do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 80 e ss.

a ideia de punir "só porque sim", condenar alguém só para tentar passar a ideia de que o Justiça ainda funciona. O que apenas irá adiar o problema para o futuro, com a possibilidade de nessa altura já ser demasiado tarde[75].

Já para não falar que a remoção dos lucros seria remetida para a perda alargada! Ora, isto, para nós, é um claro indício de que o enriquecimento ilícito era, ou pretendia-se que fosse, uma muleta.

É da nossa opinião que o enriquecimento ilícito é um mecanismo autónomo, mais próximo do branqueamento de capitais do que da corrupção ou do tráfico de estupefacientes. Ele é o combate ao património ilícito em si. Obviamente que ele não merece, ou carece de uma pena como a do branqueamento de capitais. Este último é uma conduta que cria os efeitos nocivos de que falamos antes, enquanto que o enriquecimento ilícito, em regra, é um "crime" que se pretende focar nos bens *antes* do seu branqueamento, na fase intermédia entre o crime gerador dos lucros (que deverá sempre ser investigado e acusado quando hajam provas ou indícios suficientes do seu cometimento) e a fase de lavagem e reintrodução no sistema, no mercado[76].

Desta forma, é excessivo e inadequado aplicar-se uma pena de prisão a um tal crime. Uma violação do princípio da proporcionalidade. A ele apenas poder-se-ia aplicar o confisco, ou perda de bens, e, quanto muito, já que o confisco não é, ainda, tido como uma pena principal, uma pena de multa. Até porque ele é, de certa forma, uma medida preventiva, antecipatória do branqueamento de capitais, que será sempre uma inevitável consequência da detenção de riqueza ilícita. O dogma "o crime não compensa" significa que o sujeito deve ser recolocado na mesma situação patrimonial que estaria se não tivesse cometido o crime, e qualquer instrumento que se assente neste princípio, deve conter em si mesmo este ideário. As sanções de multa e perda serão suficientes, com o possível acréscimo de uma pena acessória, dependendo da função ou posição do agente.

---

[75]"Ao princípio, uma doença é fácil de curar, mas difícil de diagnosticar; mas com o passar do tempo, não tendo sido reconhecida nem tratada desde o despoletar, torna-se fácil diagnosticar, mas difícil de curar." NICCOLÒ MACHIAVELLI, *O Príncipe*.

[76] Esta linha de pensamento apenas se aplica *qua tale* para o enriquecimento ilícito geral. Para os casos de enriquecimento ilícito de funcionário ou para titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, é necessário ter também em consideração os valores de transparência e de confiança nas instituições do Estado.

6. O confisco das vantagens do crime (perda de vantagens);

Sabendo que nada se compreende sem se estudar as suas origens, as razões da sua origem, e as constelações vizinhas, deveremos agora analisar o instituto do confisco das vantagens do crime, vertido no artigo 110.º e 111.º do Código Penal.

Este (e o confisco dos instrumentos do crime) é a forma primordial do confisco, no sistema penal[77]. Todas as outras formas e medidas de confisco e aproximações são decorrências suas, são mecanismos criados e instituídos para o complementar ou corrigir.

O confisco de vantagens é o puro correlato óbvio e inicial da afirmação de que o crime não compensa, procurando retirar ao arguido os benefícios resultantes ou alcançados através da prática de um facto ilícito típico. É devido a esta base

[77] Desde a reinstituição do confisco no ordenamento penal. O confisco é um instrumento jurídico que remonta aos tempos do Império Romano, desde a sua passagem da vingança privada para uma reacção estadual organizada. As raízes etimológicas da actual designação do confisco parecem ter tido origem aí, no instituto do *Fiscus*, a devolução dos bens ao fisco. Durante a época imperial (27 a.C. a 284 – a tomada de poder de Augusto é utilizada pelos historiadores para marcar o começo desta fase imperial, apesar de Roma ser um império desde 146 a.C., aquando da anexação da Grécia e da destruição de Cartago da civilização romana), o confisco era considerado uma pena principal para os crimes de lesa-majestade e como pena acessória da pena capital.

Mesmo depois da queda do Império Romano do Ocidente, o confisco permaneceu na Europa, apesar de ser um espaço politicamente fragmentado e instável. Era um mecanismo imprescindível para o poder político, tendo um uso mais político do que jurídico. Ele estava configurado como uma pena acessória para os crimes mais graves, mas era também visto como um importante instrumento de gestão económica e de enriquecimento das autoridades.

Passando de um extremo para o outro, o jusracionalismo iluminista veio alterar profundamente a trama política, social e cultural. Com os trabalhos Benthan e de Beccaria (entre outros) o humanismo, o princípio da personalidade da pena e muitos outros direitos começavam a se impor, que destacavam o quão excessivo e aberrante era o confisco e o seu carácter perverso, penalizando inocentes. Politicamente falando, a Europa encontrava-se dominada pelos Estados absolutistas, propensos a "algumas" tiranias e abusos de poder, o que não podia continuar a ser permitido. O confisco não podia ser uma arma arbitrária, nem podia ser uma arma política com vestes jurídicas. O surgimento das liberdades individuais e da responsabilidade pessoal não podiam ser compaginados com o confisco, pelo menos o entendimento que todos estes conceitos tinham na altura. "Numa sociedade que tanto privilegiava a propriedade privada (…), o confisco geral só podia ser veementemente repudiado". Cit. CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco…*, p. 35 e JUNIOR, ALCEU CORRÊA, *Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos económicos*, IBCCRIM, São Paulo, 2006, p. 55 e ss.

No entanto, com o advento da pós-modernidade, e com as suas específicas exigências, a globalização e a explosão económica, o confisco torna-se cada vez mais uma necessidade. A própria sociedade não é a mesma que era no século XVIII ou no século I, onde as principais motivações do crime muito raramente eram económicas, e quando eram, não tinham a capacidade para afectar uma civilização ou um Estado inteiro. As preocupações politico-criminais do nosso tempo ligam-se com a demonstração de que o crime não compensa, e de que nenhuma pena poderá alcançar o seu fim se permitir a conservação da fortuna criminosamente gerada. Da mesma forma, a criminalidade actual exige a reformulação da dicotomia clássica das penas (prisão e multa), já que a elas é esta criminalidade moderna insensível.

fundamental que se justifica ou explica a amplitude do seu conceito de vantagens, abrangendo as recompensas dadas ou prometidas ao autor ou a terceiros, as coisas, os direitos ou vantagens adquiridas[78] através do facto ilícito típico por aquele ou outrem, que representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie (artigo 111º, n.º 1 e 2 do CP).

As vantagens são benefícios directos ou indirectos que o agente retira de um crime, os produtos que resultam do crime surgem *ex novo* com a sua prática. Os benefícios podem consistir num aumento do activo, numa diminuição do passivo, no uso ou consumo de coisas ou direitos alheios ou na mera poupança ou supressão de despesas. Estão em causa todas as coisas, assim como direitos ou benefícios decorrentes da fruição de um determinado objecto ou os custos evitados (v.g. os decorrentes da não realização das obras necessárias ao cumprimento das disposições legais nos crimes ambientais). Por outras palavras, está incluído tudo aquilo que corresponda a um enriquecimento patrimonial.

Se a intencionalidade é assegurar que o crime não compensa, que o crime nunca poderá ser lucrativo, então, o conceito deve conter em si todos os proventos ou benefícios, directa ou indirectamente, provenientes do crime. Os bens puramente imateriais, sem qualquer valor comercial estão, necessariamente, excluídos. Também parece ser de se excluir as vantagens que não foram usufruídas, ou as vantagens que foram entregues (sem qualquer contraprestação) a um terceiro, antes de ter sido retirado dela qualquer benefício e sem o intuito de evitar o confisco[79].

O confisco das vantagens visa alcançar toda e qualquer vantagem patrimonial que tenha surgido através do crime praticado. É indiferente se a vantagem é instantânea, continuada ou diferida. O benefício pode manifestar-se na esfera patrimonial do arguido ou de um terceiro. As vantagens podem ser adquiridas pelo agente ou por outrem (artigo 111.º, n.º 2, do CP), quer seja porque o arguido pretende

---

[78] A Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro veio suprimir o vocábulo "directamente", constante da versão anterior do CP, passando a abranger agora, de forma clara, as coisas, os direitos ou as vantagens que através do crime tenham sido, directa ou indirectamente, adquiridos. Assim, passa-se a incluir no confisca as vantagens também os juros, os lucros e outros benefícios obtidos mediante a rentabilização da vantagem inicial, como era previsto no regime do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 15 (DATA), de 22 de Janeiro.

[79] No combate à corrupção (artigo 372.º e 374.º do CP), o legislador nacional vai mais longe, abrangendo quer as vantagens patrimoniais, quer as vantagens não patrimoniais, que estão excluídas do regime do artigo 111.º: inclui-se qualquer prestação que melhore o *status quo* do funcionário. Ainda que apenas do ponto de vista pessoal.

escondê-las, deseja ganhar ascendente, agradar, impressionar ou influenciar o beneficiário, ou porque quer demonstrar verdadeira filantropia.

O legislador distingue as vantagens do crime em recompensas dadas ou prometidas das restantes vantagens, aplicando a cada uma delas um regime diverso[80]. Todas as recompensas (toda a retribuição ou remuneração dada, ou prometida, por causa de um crime, passado ou futuro, ou de parte deles) são confiscadas, independentemente da efectiva prática do crime, das pretensões do ofendido e da qualidade do beneficiário. Já a perda das vantagens directas ou indirectas está dependente da prática de um crime e não pode prejudicar os direitos do ofendido ou de terceiros de boa fé. PEDRO CAEIRO defende que, por via interpretativa, a protecção dos terceiros deverá ser igual em ambos os casos[81].

O legislador, pretendendo facilitar a perda das vantagens patrimoniais do crime, alargou o regime às coisas ou direitos obtidos mediante transacção ou troca com a vantagem resultante do crime (artigo 111.º, n.º 3, do CP)[82][83]. Não há um número delimitado ou restrito de negócios jurídicos relevantes, nem está em causa a sua validade jurídica.

A lei prevê ainda a possibilidade de se substituir o confisco das coisas ou dos direitos pelo seu valor (artigo 111.º, n.º 4, do CP, e artigo 36.º, n.º 4, do Decreto Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro). Contudo, é uma temática que "não tem sido muito desenvolvida pela *praxis* quotidiana, nem, muito menos, pela doutrina"[84]. Ao contrário

---

[80] Esta distinção acarreta algumas dificuldades. Pode haver casos em que é difícil ou impossível separar o que é uma recompensa e do que é uma vantagem.

[81] Cfr. CAEIRO, PEDRO, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens* in RPCC 21, 2011.

[82] Estão em causa os bens em que os objectos ou direitos adquiridos com a prática do crime se transformaram (vantagem indirecta). Se o corrompido vender um quadro, que recebeu para praticar um crime, por outro objecto qualquer, dever-se-á decretar a perda desta coisa em substituição da vantagem inicial, agora na posse de um terceiro de boa fé.

[83] Algumas dificuldades poderão surgir desta possibilidade de substituição. Por exemplo, como deveremos tratar os casos em que o condenado investiu a vantagem, multiplicando ou perdendo o seu valor? Ou se apenas uma parte indivisível do valor do sucedâneo for proveniente da prática do crime ou se ele for muito menos valioso do que a vantagem inicial (por causa, v.g., de um negócio ruinoso)?

Um dos maiores problemas desta possibilidade estará na necessidade de demonstrar a proveniência do bem (o tracto sucessivo da coisa) e a sua aparente ineficácia prática. Se já é difícil provar a origem de um objecto directamente obtido através de um crime, muito mais complicado será demonstrar a sua proveniência indirecta em substituição do objecto inicial. A solução do legislador arrisca-se a conduzir o juiz para problemas jurídico-processuais irresolúveis, agravados pela precedência obrigatória da perda do sucedâneo sobre a perda do valor (ao contrário do sistema alemão, no direito português não é possível optar logo pela perda do valor em detrimento da perda da própria coisa.

[84] Cit. CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco…* p. 86.

do que se verifica em outros sistemas jurídicos, como o germânico, onde 90% dos casos de confisco se baseiam na perda do valor da vantagem[85].

O regime da perda das vantagens do crime constitui o melhor instrumento jurídico para demonstrar que o crime não compensa. As vantagens devem ser, tanto quanto possível apagadas, colocando o arguido na situação patrimonial em que estaria se não estivesse cometido o crime. Situações antijurídicas não podem ser toleradas. A sua perpetuação apenas contribui para a descrença na máquina oficial de realização de justiça (e não só), tornando-se imprescindível impedir a sua consolidação e restaurar ou restabelecer uma ordem económica conforme ao direito. Citando SIDÓNIO REIS, "o crime nunca é título legítimo de aquisição"[86].

A base deste regime, e dos seus afloramentos, encontra-se impregnada de motivações de prevenção da criminalidade geral, seja como prevenção especial, direccionada contra um agente concreto, seja como prevenção geral, enquanto factor da validade e da vigência da norma jurídica violada[87]. O efeito da anulação directa ou indirecta dos proventos do crime é essencial para a prevenção da criminalidade económica (já que uma das principais motivações por detrás desta categoria de crimes é, precisamente, a lucratividade). Pretende-se a supressão dos benefícios do crime, cuja manutenção na esfera do visado poderia induzi-lo à prática de novos ilícitos e criar sensações de impunidade na comunidade.

Actualmente, a principal motivação do crime é o lucro, que tem um papel fundamental na iniciativa de praticar um crime, e os ganhos deste modo gerados são reinvestidos na prática de novos ilícitos (um capitalismo do crime). É crucial, na luta contra o crime económico, que estes lucros sejam negados, e o confisco das vantagens do crime tornou-se um elemento fundamental e imprescindível nessa luta, sendo que o confisco é, em alguns tipos de criminalidade, uma consequência "natural", onde as

---

[85] Para maior desenvolvimento sobre a substituição pelo valor da vantagem, cfr. CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, p. 86 e ss. e 138 e ss.
[86] Cit. AA. VV., *Actas …*, p. 200.
[87] Tutela-se aqui uma perigosidade abstracta, mediata ou latente. As vantagens do crime são, por natureza própria ou pelas circunstâncias concretas, perigosas. A sua perigosidade é muito mais abstracta, decorrendo da possibilidade de estimularem a prática de novos crimes, no intuito de gerar lucros e de subverter a economia legal e as suas regras, como referimos *supra*.

sanções penais clássicas (pena de prisão e de multa) se revelaram ineficazes[88]. Não se pode proibir uma conduta e ao mesmo tempo permitir-se que alguém beneficie dela.

Este mecanismo do confisco das vantagens do crime implica, para a sua aplicação poder ter lugar, primeiramente, a prática de um crime. Basta que o facto tenha sido cometido, mesmo que o agente não tenha actuado culposamente ou não possa ser punido. A condenação não é imprescindível, podendo ser uma *non-conviction based asset confiscation*[89]. Mas é necessário que o facto típico ilícito seja imputado a uma pessoa concreta.

6.1. A natureza jurídica do confisco das vantagens do crime;

A natureza jurídica do confisco das vantagens do crime continua a ser um assunto algo controverso.

Segundo uma primeira concepção, baseada numa maior separação entre os dois mecanismos patrimoniais preventivos (o confisco das vantagens do crime e o confisco dos instrumentos e dos produtos do crime, do artigo 109.º do CP), a perda de vantagens é uma pena acessória dependente da aplicação da pena principal. Sem uma condenação prévia, não poderá haver confisco de vantagens decorrentes da prática do crime.

Esta tese é, hoje, legalmente insustentável, uma vez que o confisco das vantagens não pressupõe a condenação pelo cometimento de um crime, ele pode ser aplicado como uma *non-conviction based asset confiscation*. Ele é um mecanismo que pode ser activado apenas com prática de um facto típico ilícito, sem que haja necessariamente uma condenação pelo facto. Portanto, não se pode dizer que se trata de uma pena acessória ou de um efeito da pena, se não há pena principal.

Uma outra concepção, unitária das sanções patrimoniais, argumenta que a perda das vantagens tem uma natureza de providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança. O seu intuito é o de prevenir o cometimento de

[88] Estas sanções clássicas são, dentro da lógica do crime económico e empresarial, vistas como custos, e são equacionadas numa pura lógica de mercado, de custo/benefício.
[89] Expressão e mecanismo dos direitos anglo-saxónicos, que se traduz para "confisco de bens não assente em condenação".

futuros crimes demonstrando, quer ao condenado, quer à comunidade, que o crime não compensa.

Muitos argumentam, em jeito de crítica, que o confisco das vantagens do crime não depende de uma perigosidade das recompensas do crime, e que, assim, dificilmente poderia ser análoga à medida de segurança se ela é aplicada sem perigosidade. Mesmo de uma perspectiva finalística, o confisco das vantagens do crime está mais próximo da pena do que da medida de segurança, já que a ideia de que o "crime não compensa" é uma ideia de prevenção geral, dirigida à comunidade, e só em segundo plano é uma prevenção especial. PEDRO CAEIRO conclui que se trata de um "*tertium genuis* dentro da panóplia das reacções penais"[90].

A determinação da natureza jurídica não tem só interesse académico, exclusivo ao papel despendido. Ela tem consequências ao nível dos efeitos da amnistia, da proibição da *reformatio in pejus*, da suspensão da execução da pena e da inexistência de culpa. "Ela é, em suma, a chave mestra que permite superar uma visão clássica e retributiva, decorrente das concepções iluministas restritivas e fazer face às actuais necessidades práticas"[91].

7. O confisco dos instrumentos do crime;

Em conjunto com a perda das vantagens do crime, o ordenamento jurídico português prevê outra forma de confisco: a perda de instrumentos do crime, estipulada no artigo 109.º do Código Penal. Não é nossa intenção, nem é este o melhor local para aprofundar e estudar este mecanismo, e iremos ser breves.

Segundo este mecanismo, os objectos que tiverem servido ou que estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito ou que por este forem produzidos devem ser declarados perdidos a favor do Estado. Este confisco só pode ter lugar depois de ter sido cometido um facto ilícito típico, mesmo que só na forma tentada ou por negligência.

No entanto, nos termos deste regime, não são quaisquer objectos destinados à prática de um crime ou os produtos do crime que poderão ou deverão ser confiscados.

---

[90] CAEIRO, *Sentido e Função…* p. 308

[91] Cit. CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco…* p. 97. Talvez seja a necessidade da negação das vantagens do crime que será o cataclismo para a alteração do paradigma das penas.

É necessário que os objectos em si contenham uma certa qualidade, que esses objectos sejam perigosos. Esta ideia de perigosidade[92] é legalmente definida como uma capacidade de colocar em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou de oferecer sérios riscos de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.

Uma coisa será determinada como perigosa ou como inofensiva dependendo das suas próprias características intrínsecas ou das especificidades do caso concreto. Dificilmente se poderá justificar o confisco de um objecto que seja considerado inócuo ou inofensivo, especialmente atendendo-se às teorias político-criminais preventivas. Se o objecto não configura em si um qualquer risco de vir a ser utilizado na prática de crimes, nem põe em causa a segurança comunitária, não haverá qualquer sentido para que seja decretado o seu confisco[93].

---

[92] Poder-se-ia aplicar vários critérios para averiguar ou determinar a perigosidade de um determinado objecto nestes termos, e o resultado poderá variar consoante o que seja aplicado pelo intérprete. O critério objectivo, em que se atende às características intrínsecas do objecto, o subjectivo, onde estará em causa a utilidade do objecto para um determinado sujeito, o concreto, onde se analisa a perigosidade à luz do caso concreto, o abstracto, onde se a considera em termos gerais, ou o misto, que aplicará uma conjugação de vários critérios.

O instituto no nosso sistema legal emprega o critério objectivo, como forma de determinação da perigosidade. O objecto tem de ser capaz de, dada as suas características, causar aqueles riscos. Este critério deverá excluir, desde logo, as coisas inofensivas, independentemente de puderem ser perigosas nas mãos de determinada pessoa (que estariam abrangidas pelo critério subjectivo – dado que nestes casos é a perigosidade do sujeito que estaria em causa e não a perigosidade da coisa).

A perigosidade do objecto deverá também ser determinada pelas circunstâncias do caso concreto. Este critério pode funcionar para negar o perigo de determinados objectos que abstractamente são considerados perigosos ou para afirmar a perigosidade de objectos que seriam por si só inofensivos. No primeiro caso, teríamos um objecto que objectivamente é perigoso, como uma arma, que se revela concretamente inutilizável, quer pelas circunstâncias do caso concreto ou por vicissitudes posteriores – não haveria aqui necessidade de proceder ao confisco do objecto, ou melhor, nem seria justificável o confisco. Por outro lado, pode se dar a situação de que um determinado objecto, como um químico, por exemplo, que seja de uso comum e inofensivo, se converta em algo perigoso se o agente tiver os conhecimentos necessários para o converter num explosivo, por exemplo (como seriam os casos das "bombas caseiras", onde sujeitos sabem como tornar objectos do mundo comum, como fertilizantes ou até champôs, numa arma de destruição, num explosivo). O critério do caso concreto, quando empregado para afirmar a perigosidade de um objecto, especialmente nos casos em que a perigosidade depende da forma como o agente utiliza o objecto, ou se o sabe transformar ou converter, não é nada mais do que um critério subjectivo, pois a perigosidade daquele objecto dependerá sempre da utilidade do objecto para um determinado sujeito.

[93] Utilizado o exemplo de FIGUEIREDO DIAS, como se poderá justificar o confisco de uma caneta que é utilizada para falsificar um documento, ou mesmo de uma mala onde se transporta droga? Estes objectos em si não apresentam as tais capacidades de pôr em perigo a segurança das pessoas ou da moral e ordem públicas. A sua danosidade está dependente do uso conferido pelo sujeito. Só poderá esta restrição ao direito de propriedade ser válida se ela for proporcional, se as finalidades de prevenção básica se verificarem, sendo por contraste desproporcional se elas não estiverem em causa, situação esta que se verifica no caso dos objectos inofensivos.

Pode-se afastar, inicialmente, a consideração do confisco dos instrumentos ou dos produtos do crime como uma pena acessória. Isto porque pode ele ser aplicado mesmo que nenhuma pessoa possa ser punida pela prática do facto, apenas em função da perigosidade concreta. Não está em causa a culpa do agente, mas a perigosidade da coisa.

E consequentemente, deve-se afastar a sua consideração como um efeito da pena ou da condenação. Se para que este regime seja aplicado não é necessário a punição com uma pena, então ele não pode ser um efeito da pena.

Poder-se-ia considerar o confisco dos instrumentos ou produtos do crime como uma medida de segurança. O que seria errado. Na medida de segurança está em causa a perigosidade do autor do facto ilícito típico, enquanto que aqui o que está em causa é a perigosidade dos instrumentos ou produtos do crime. E porque o confisco pode suceder mesmo quando a medida de segurança não possa ser aplicada, por exemplo porque não houve queixa ou qualquer outro pressuposto indispensável à aplicação de uma medida de segurança.

Tendo em conta a sua índole preventiva do instituto, vários autores apontam, no mesmo sentido que o fazem para o confisco das vantagens do crime, para uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança". Isto porque um dos pressupostos do confisco é a prática de um facto ilícito típico, o que implica uma natureza penal. E porque a perda só poderá ser declarada se a coisa for perigosa, de acordo com os critérios mencionados *supra*, o que afasta os mecanismos baseados na culpa e numa pena. E porque está em causa a prevenção desse mesmo perigo, através da aplicação de medidas necessárias a o fazer.

Os objectos confiscados podem ser, total ou parcialmente, destruídos ou colocados fora do comércio jurídico. Se consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual pertencente a um terceiro de boa-fé procede-se à sua restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integram o facto ilícito típico, ou, quando isso não for possível, procede-se, igualmente, à sua destruição. Soluções estas que não nos parecem viáveis no "combate ao património ilícito", com efeitos tão desastrosos quanto a sua manutenção.

Ao contrário do que sucede em relação ao confisco das vantagens do crime, à perda alargada, ou ao enriquecimento ilícito, este confisco não se prende com a comprovação da não-compensação do crime, mas com uma ideia de perigosidade intrínseca do objecto ou da coisa.

Parte II – A resposta fiscal

Todas as nossas considerações anteriores partem de um pressuposto único primacial, cuja resposta é crucial para os futuros desenvolvimentos do problema. A questão de saber se o "património ilícito" é ou merece ser um bem-jurídico penal e se carece dessa mesma tutela jurídica. A resposta que se possa dar ou conceber a essa mesma pergunta levar-nos-á por diversos ramos, ou caminhos.

Porque a solução penal, a invocação do Direito Penal para tutelar este problema, pode não ser a única forma concebível e eficaz, e o princípio da subsidiariedade implica que se por outra via, menos obstrutiva ou restritiva das liberdades do indivíduo, se consiga alcançar o mesmo resultado, ou que seja igualmente eficaz para tutelar esse bem jurídico, esse meio deve ser preferido em relação ao meio penal.

Um dos meios possíveis para atacar os proventos do crime, problema estrutural da sociedade moderna e global, pode ser através do sistema fiscal, que também nos oferece métodos para solucionar esta questão.

1. Tributação dos Rendimentos Ilícitos;

Para a lei tributária, é irrelevante se os rendimentos têm uma origem lícita ou ilícita (art. 10.º da LGT, art. 1.º do CIRS e art. 1.º do CIRC). O que importa é que os rendimentos das pessoas (singulares ou colectivas) sejam tributados da mesma forma. O próprio princípio da igualdade[94] aponta neste sentido no que toca à tributação. Não

[94] Entenda-se aqui o princípio da igualdade na sua vertente material. A igualdade fiscal é uma igualdade material que se pauta pela capacidade contributiva. Segundo este critério, um imposto deve ser igual para todos os que dispõem da mesma capacidade contributiva (igualdade horizontal), e diferente para os que disponham de diferente capacidade, na proporção desta diferença (igualdade vertical). NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Direito Fiscal*, 9ª Edição, Almedina, 2016, p. 151. O princípio da igualdade fiscal implica que todos os cidadãos estão adstritos ao pagamento de impostos, sem qualquer distinção entre eles, uma ideia de universalidade que na sua vertente subjectiva, impede a exclusão desse dever (princípio da universalidade em sentido estrito), e na sua vertente objectiva impõe que todos os cidadãos paguem impostos por todas as manifestações da capacidade contributiva (princípio da totalidade). Cfr. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 2015, p. 435 e ss.

deve haver um tratamento fiscal desigual e mais desfavorável para os cidadãos honestos, do que para os cidadãos desonestos, que estariam livres de qualquer carga fiscal, por os seus proventos terem uma origem ilícita, ilegal, criminosa. Porque é que um criminoso, que goza de resultados avultados de uma actividade proibida, deverá também ainda ter o privilégio de não pagar impostos?[95]

Esta questão da tributação dos rendimentos ilícitos (ou melhor dizendo, a tributação dos rendimentos provenientes de actividades ilícitas) não é tanto uma questão propriamente jurídica como uma questão ético-política.

A capacidade contributiva pode ser dividida em capacidade jurídica e capacidade económica. Para o tema em questão, apenas a capacidade contributiva económica nos interessa e esta pode ser definida como toda e qualquer manifestação de riqueza por parte de um determinado sujeito económico[96]. Estamos perante um conceito de tal forma extenso e vago que atinge uma grande variedade de realidades.

Mas nem todas as manifestações factuais da capacidade contributiva económica importa no contexto do Direito Fiscal. O legislador escolhe ou selecciona que factos deverão estar sujeitos a tributação e não é qualquer manifestação de riqueza que revela capacidade contributiva e que despoleta a sua tributação.

É obvio que, quanto aos rendimentos provenientes de actividades ilícitas, estamos perante claras manifestações de riqueza. Mas a resposta quanto à possível tributação das mesmas pode ser problemática.

Por um lado, temos a ideia de que o Estado se torna aqui num receptador, num branqueador[97], deste tipo de riquezas, legitimando e validando estes rendimentos que têm origem numa *árvore envenenada*, que são frutos de actividades que nem sequer deveriam ter lugar, para começar. Ao tributar estes rendimentos, o Estado converter-se-ia num cúmplice da actividade ilícita, o que deverá ser evitado, já que é inconcebível, pela própria concepção teórica de 'Estado' que este possa pactuar com

---

[95] CASALTA NABAIS defende a tributação das manifestações da capacidade contributiva desde que esta "não se constituísse em disfunção do direito penal". Cfr. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Direito Fiscal*, p. 108.
[96] Cfr. ROCHA, JOAQUIM MANUEL FREITAS DA, *As modernas exigências do princípio da capacidade contributiva: sujeição a imposto dos rendimentos provenientes de actos ilícitos*, Coimbra, 1996, p. 57.
[97] Sem olvidar que o branqueamento de capitias é um crime, tanto a nível internacional como a nível nacional. Como pode uma conduta, com todos os efeitos negativos que o branqueamento de capitais tem (e que analisamos *supra*) ser agora permitido se for praticado pelo Estado, em nome de receita fiscal, e uma meramente consequente e parcial tutela dos bens jurídicos envolvidos?

actividades ilícitas. Não deveria sequer haver tributação porque a conduta correcta seria a confiscação desses rendimentos, na sua totalidade.

Para além de que a sujeição a imposto destes rendimentos, através da máquina fiscal, seria uma silenciosa validação, ou autorização, das condutas ilícitas. "A partir do momento em que o Estado lhes reconhece efeitos jurídico-fiscais, está-lhes a dar cobertura, a revesti-las falsamente com o manto da licitude, por conseguinte, atornar-se cúmplice dos agentes infractores"[98].

Por outro, a não tributação destas riquezas poderá significar um incentivo ao escoamento e concentração destes rendimentos nestas actividades, e na sua perpetuação.

Focando-nos apenas no problema levantado pela questão da tributação dos rendimentos provenientes de factos ilícito-penais[99] (actividades criminosas), podemos dividir as posições doutrinárias entre aquelas que defendem a não tributação por completo, as posições que defendem a tributação absoluta, e as teses mitigadas ou de encontro.

1.1. Tese negativa absoluta;

Quanto à não tributação total dos rendimentos de actividades criminosas, os seus defensores argumentam que o Estado, como entidade suprema e moralística da sociedade, o depósito axiológico dos valores comunitários, não pode sustentar a sua actividade financeira em riquezas imorais. Estes rendimentos não chegam sequer a ser considerados, pelo Estado, como verdadeiros rendimentos, em sentido económico. O Estado não pode nem deve reconhecer estes rendimentos, pelo menos no que toca à sua actividade fiscal e financeira, exceptuando, claro, a reacção penal, em que os deverá reconhecer desvaliosamente.

Os fins sociais, culturais e políticos do Estado mal se compreenderiam se fossem suportados com dinheiro ilícito. Como exemplifica FREITAS DA ROCHA, não é completamente impensável que se considere chocante uma pensão de reforma ou uma bolsa de estudante custeada com proventos do contrabando ou da prostituição. A

[98] Cit. *Idem*, p. 114.
[99] Deixando, assim, de parte os ilícitos civis e administrativos.

actuação do Estado, converter-se-ia numa actuação maquiavélica, em que os fins do Estado justificariam sempre todo e qualquer meio adoptado. "A moralidade da actividade política (…) passará, necessariamente, por uma purificação de meios"[100]. "Nem tudo o que é indiferente ou permitido em termos jurídicos é moralmente correcto. É de salutar que assim seja, porque isso conduz a que o agente possa escolher entre a realização ou não realização da conduta moralmente censurável, mas juridicamente indiferente ou permitida"[101].

Na mesma direcção, mas por caminhos diferentes, argumenta-se que a não tributação dos rendimentos oriundos de actividades criminosas não poderá ter lugar pela ideia de que existe um princípio de unidade do ordenamento jurídico, que justifica uma actuação jurídica coerente do Estado. Cingindo-nos ao tópico presente: como poderia o Estado exigir impostos de uma conduta que ele proíbe e sanciona? Fazê-lo seria como uma "bipolaridade" da pessoa moral que é o Estado.

Consequentemente, como se pode, logicamente, defender a tributação de condutas proibidas se estamos a validar e a por em causa os próprios princípios e valores que o Estado compreende em si, valores estes que são considerados como fundamentais para a vivência comunitária do ser humano?

A questão é completamente remetida para o Direito Penal, sendo que enquanto este ramo jurídico considerar uma determinada conduta ilícita, nunca os seus proventos poderão ser tributados pelo Estado. A haver esses tais proventos, a solução jurídico-estadual teria que ser, forçosamente, resolvida pelo do Direito Penal, pela *ius puniendi*.

1.2. Tese negativa moderada;

Numa perspectiva mais flexível, pode-se reservar a proibição da tributação de rendimentos ilícitos para o que se define como ilicitude absoluta, onde se enquadram as situações que uma determinada conduta é ilícita porque ofende disposições legais, a ordem pública ou os bons costumes, sendo absolutamente condenada pela comunidade, porque lesiva dos interesses fundamentais desta[102].

---

[100] Cit. *Idem*, p. 109.
[101] Cit. SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 80.
[102] Desta forma, a tributação dos rendimentos provenientes de actividades criminosas será, na sua grande maioria, se não mesmo na sua totalidade, sempre excluída *a priori*, exactamente porque ao Direito Penal

Desta forma, já haveria tributação dos rendimentos gerados por condutas que comportassem a ilicitude relativa, em que as condutas não são ilegais ou contrárias à lei, mas a ilicitude do facto é exterior à própria conduta, o que permita que haja uma maior tolerância por estes factos[103]. Para estes casos, a tributação será admissível por se fundamentar numa ideia de equiparação da actividade ilícita à correspondente actividade lícita.

1.3. Teses positivas;

Já a favor da total tributação do rendimento, os autores argumentam que a tributação dos rendimentos ilícitos é necessária, tanto porque não existe qualquer razão lógica para diferenciar estas duas realidades fácticas, e que, num Estado Fiscal justo, a tributação dos rendimentos ilícitos é uma exigência. Deve-se evitar criar uma situação ou zona de não-tributação, que incentivaria tanto a prática desses crimes, por motivos de poupança fiscal, como geraria uma violação do princípio da igualdade. A ordem jurídica (e consequentemente, a ordem tributária) não pode promover ou beneficiar um comportamento ilícito, o que sucede se o isentar de imposto. A lógica da ordem jurídica estaria afectada por "uma errada perspectiva tributária"[104].

O rendimento é um conceito económico, não jurídico, e, como tal, deve ser entendido pelo Direito Fiscal como ele é definido pelos ramos da Economia, desligado de qualquer conotação que o Direito lhe possa vir a atribuir. O Direito Fiscal dá foco à substância económica dos factos, uma vez que apenas a interpretação dos factos segundo a sua natureza económica poderá permitir-nos vislumbrar a realidade que o legislador valorava e apreciava para efeitos tributários[105].

Deve-se denotar que o imposto não tem qualquer tipo de natureza sancionatória de um acto ilícito. A obrigação tributária decorre automaticamente da verificação dos

---

está reservada a tutela dos bens jurídico-penais, os bens ou valores fundamentais para a vida comunitária.

[103] FREITAS DA ROCHA dá o exemplo do exercício de uma determinada profissão sem a respectiva habilitação legalmente exigida. O exercício da profissão não é uma conduta ilícita, mas só se torna ilícita a partir do momento em que os requisitos legais, do qual a validade e eficácia depende, não se encontrarem preenchidos. *Idem.* 115.

[104] Cit. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Tributação dos rendimentos e factos ilícitos* in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa, Vislis Editores, 1999, p. 11.

[105] MARQUES, PAULO, *A tributação de rendimentos ou actos ilícitos: a necessidade não conhece a lei*, in *Revista do Ministério Público*, ano 36, nº 144, Outubro: Dezembro 2015, p. 169.

pressupostos da lei, com a mera verificação do facto tributário (artigo 8.º e 36.º da LGT[106].

Esta técnica fiscal revela resultados insatisfatórios, só alcançando uma pequena percentagem dos rendimentos ilícitos. Nem tudo é capturado pela *longa manus* do Estado e, mesmo os que são, são tributados segundo as taxas de imposto que forem aplicáveis ao tipo de rendimento de que se trata, significando que o remanescente de um património ilícito passa a estar livre deste mecanismo.

E o que acontece a este remanescente de um rendimento ilícito? Uma vez feita a tributação deste rendimento, deverá o resto ser considerado lícito? O facto de ter sido alvo de tributação não elimina a sua origem, a sua proveniência de actividades criminosas. Mas o direito fiscal, não tem mais interesse neste património uma vez que já foi tributado. E por isso, não nos oferece mais respostas a esta problemática, sendo que, qualquer problema que possa surgir com o rendimento ilícito após ter sido efectuada a tributação caberia forçosamente a outro ramo jurídico. Ao indivíduo bastar-lhe-ia suportar a sua parte da carga fiscal e ele será livre para gozar do resto dos proventos das suas actividades ilícitas.

1.4. A nossa posição;

Uma tese intermédia, entre a tributação e a não tributação de rendimentos ilícitos, a qual nós subscrevemos, se o método para suprir os rendimentos ilícitos for o fiscal e não o penal, defende que sempre que for possível a determinação da origem do património, deverá haver lugar à punição do arguido pelo respectivo crime e as vantagens desse mesmo crime confiscadas. Nos casos em que não seja possível a determinação da origem do bem e tenham sido omitidas[107] as correspondentes

[106] Cfr. *Idem*, p. 171.

[107] Um claro problema que se coloca na tributação dos rendimentos ilícitos prende-se com o princípio da proibição da auto-incriminação. Até que ponto a declaração destes rendimentos não comportam em si uma confissão dos factos, e como se compagina essa declaração com os princípios do Direito Penal. A não declaração destes factos consubstancia uma fraude fiscal, o que coloca o agente numa posição algo constrangedora, entre ocultar os rendimentos das declarações e a possível condenação por fraude fiscal (contando que os valores em causa ultrapassem os 15 000€) ou declarar esses mesmos rendimentos em sede fiscal e estar a contribuir para a sua própria incriminação, ao explicitar os rendimentos e a sua origem. Curiosamente, SALDANHA SANCHES refere um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, que foi chamado a pronunciar-se sobre este mesmo conflito, US v Sullivan (1927), onde um sujeito foi condenado por tráfico de bebidas alcoólicas, e o Tribunal decidiu que era um excessivo prolongamento do princípio da proibição da auto-incriminação

declarações tributárias, poderá recorrer-se aos delitos fiscais, subsidiariamente ao confisco. Um abandono da tributação de patrimónios ilícitos em prole do confisco[108].

A tributação dos rendimentos provenientes de actividades criminosas será suplementar do confisco das vantagens do crime. Assim, se tiver lugar à aplicação das regras gerais do confisco (artigo 110.º e 111.º), ou se as legislações avulsas preverem o confisco ou perda dos lucros do crime que elas prevêem, não se poderá ser exigido imposto ao agente, porque não existe riqueza a tributar, visto que esta já foi ou será retirada pelo Estado.

Neste sentido, e articulando os dois ramos do Direito, o Fiscal e o Penal, a tributação dos rendimentos provenientes de actividades criminosas, em bom rigor, nunca poderia existir, visto que a lei penal é expressa quanto ao confisco desses valores. Só poderá haver tributação para os casos em que o direito penal "falha" em ligar os rendimentos ao crime, ou quando não detecta ou não logra condenar o agente pelo crime, casos em que o Direito Fiscal poderá cobrir, fora questões se deverá ou não ser aplicado o Direito Fiscal. Mas o Direito Fiscal nunca estaria verdadeiramente a ser chamado para tributar rendimentos oriundos de actividades criminosas, porque uma vez provada a origem desses rendimentos (isto é, o crime gerador do rendimento e a conexão entre crime e rendimento), será sempre o Direito Penal que deverá responder, e não o Direito Fiscal.

2. Manifestações de Fortuna e Tributações Autónomas;

É de referir, também, que o nosso sistema fiscal prevê uma tributação agravada de certos actos que revelem um padrão de rendimentos que possam permitir as

---

a atribuição de um direito a não declarar o rendimento só porque foi adquirido através de práticas ilícitas, e que não constituía auto-incriminação compulsória a declaração de rendimentos voluntária. Posteriormente, em Garner v United States (424 U.S. 468 1976), o Supremo Tribunal veio revogar a sua doutrina estabelecida, afirmando que não constituía uma renúncia à protecção constitucional contra a auto-incriminação a declaração de rendimentos ilícitos, mas que o Estado não poderia usar essas mesmas declarações em processos crime que não comportassem um ilícito fiscal. Cfr. Self- Incrimination and the Use of Income Tax Returns in Non- Tax Criminal Prosecutions, 30 Wash. & Lee L. Rev. 182 (1973) e FRANK M. KEESLING, *Illegal Transactions and the Income Tax*, 5 UCLA L. Rev. 26 (1958).

[108]Cfr. CORREIA, JOÃO CONDE, *Da Proibição do confisco à perda alargada* e SILVA, GERMANO DA SILVA, *«Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito….*

manifestações de fortuna, quando o rendimento declarado em IRS se afastar significativamente, para menos, desse valor, sem qualquer razão justificada (artigo 87.º e artigo 89.ºA da LGT). Está em causa situações em que um individuo revela, através de certas compras[109], que ele possui um rendimento superior àquele que ele declara. Esses mesmo actos, as manifestações de fortuna, são taxados de forma agravada, porque delas se presume que os rendimentos têm uma origem ilícita.

"Trata-se de um importante instrumento ao dispor da administração tributária para efectivar uma maior equidade fiscal, combatendo a fraude e a evasão fiscal, ao confrontar o contribuinte com o acervo informativo que ele próprio forneceu ao Estado, desconhecendo o Estado a natureza da origem concreta e efectiva do rendimento evidenciado"[110]. Ela é um importante meio de combate à fraude e evasão fiscal e mesmo ao crime económico-financeiro associado, como a corrupção, o branqueamento de capitais, entre outros.

As manifestações de fortuna têm uma componente similar ao enriquecimento ilícito e à perda alargada, na medida em que aplicam uma "sanção" (neste caso, uma tributação agravada) com base numa presunção de ilicitude dos bens ou rendimentos em causa e assente numa inversão do ónus da prova. Da mesma forma, compete ao sujeito o ónus da prova quanto à comprovação de que os rendimentos declarados são verdadeiros e da fonte das manifestações de fortuna em causa. Desta forma, pode o sujeito passivo livrar-se da tributação deste imposto, através da própria contribuição para a sua incriminação[111]. É de notar que, no regime de tributação das manifestações de fortuna, tal como no enriquecimento ilícito, o que está em causa é a diferença entre a capacidade contributiva manifestada e os rendimentos declarados

No mesmo sentido, o legislador consagrou o regime das tributações autónomas, incindo sobre encargos de sujeitos passivos, que se traduz num pagamento autónomo

---

[109] Estas manifestações estão tipificadas no artigo 87.º alínea d) e alínea f) e artigo 89.º -A da LGT e são: 1) a aquisição de imóveis de valor igual ou superior a €250.000,00; 2) a aquisição de automóveis ligeiros de passageiros de valor igual ou superior a €50.000,00 e motociclos de valor igual ou superior a €10.000,00; 3) a aquisição de barcos de recreio de valor igual ou superior a €25.000,00; 4) a aquisição de aeronaves de turismo; 5) a realização de suprimentos e empréstimos feitos no ano de valor igual ou superior a €50.000,00; 6) o acréscimo de património ou despesa efectuada, incluindo liberalidades, de valor superior a €100.000,00, verificados simultaneamente com a falta de declaração de rendimentos ou com a existência, no período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados.

[110] Cit. MARQUES, *A tributação de rendimentos ou actos ilícitos*, p. 176.

[111] Ver nota 88.

(independente da existência de matéria colectável – artigos 88.º, do CIRC e 73.º do CIRS). Estes encargos são tributados pelo legislador pelo facto de que estamos perante uma "zona de elevado risco de evasão e fraude fiscal"[112] ou até de outras formas de crime.

Estes dois mecanismos tributários demonstram que o Direito Tributário não está isento de finalidades sancionatórias e anti-abuso. No entanto, a tributação autónoma, ao contrário do que sucede no Direito Penal, com a perda alargada e (poderá acontecer) com o enriquecimento ilícito, assentam numa presunção inilidível de abuso, que nem pelo mecanismo para evitar a dupla tributação pode ser afastado.

3. O poder para destruir[113];

Uma pergunta que pudemos hoje em dia colocar, muitos, se calhar, sem a exteriorizar, é exactamente até onde pode o imposto ir? Quando é que o imposto que o Estado nos exige se muta? Se converte em confisco[114]?

O imposto enquanto confisco é algo significativamente diferente do que é o confisco enquanto sanção. Este último é uma medida de combate a um tipo de criminalidade, se bem que às vezes presumida, e o primeiro é uma injustiça, que já por diversas vezes levou povos e civilizações à revolução e à mudança de paradigma político-sociais, como qualquer análise histórica poderá confirmar[115]. Não está em causa uma exigência de um tratamento igual daquilo que é igual e um tratamento desigual para aquilo que é desigual.

O princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo tem como postulado os (sub)princípios da adequação, conformidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. E de acordo com este princípio, é considerado

---

[112] Cit. *Idem*, p. 175.
[113] Parte da expressão do Chief of Justice JOHN MARSHALL, no caso McCulloch v Maryland (1819). "The power to tax envolves the power to destroy"
[114] A expressão "impostos confiscatórios" implica, para Casalta Nabais, uma contradição, já que algo não pode ser ao mesmo tempo, um imposto e uma sanção privativa de bens, ou seja, um confisco. Cfr. NABAIS, *Direito Fiscal.*
[115] Do qual os Estados Unidos da América são exemplo clássico e relativamente recente.

excessivo tudo o que não é apropriado aos fins cuja prossecução é proposta ou tudo o que não é necessário para atingir os mesmos fins.

Os impostos correspondem ao "preço que pagamos pela sociedade que temos"[116]. É por essa razão que não é concebível que paguemos um preço qualquer, excessivamente elevado, pondo em causa a liberdade que esse mesmo preço visa servir. Qualquer imposto é uma intromissão constante do Estado na esfera pessoal e patrimonial dos contribuintes, afectando liberdades e direitos fundamentais.

É claro que consubstancia um excesso qualquer tributo que exceda a capacidade económica do contribuinte, que lhe consuma o rendimento ou a propriedade com tal intensidade que é preferível para o contribuinte desfazer-se dos bens, impedindo o desenvolvimento económico da actividade do contribuinte, a sua capacidade de permanecer no mercado, a sua própria sobrevivência ou o seu normal desenvolvimento da personalidade[117]. Um imposto confiscatório, por definição, é uma violação do direito de propriedade privada do contribuinte (as outras violações já dependem do grau do excesso).

A capacidade económica de um contribuinte começa apenas quando ainda lhe sobra alguma riqueza subjectiva, após descontar-se os gastos necessários à aquisição, produção e manutenção do rendimento e do património, assim como à sobrevivência do sujeito e da sua família. Um imposto confiscatório existirá quando aquela dimensão intocável, o mínimo existencial, que, embora seja capacidade económica, não significa uma capacidade contributiva, seja tributada.

Pode se fazer decorrer este princípio da não confiscalidade do imposto, como muitos autores o fazem, do princípio constitucional da protecção da propriedade privada. Deve se salvaguardar o direito à propriedade (vertido no artigo 62.º, n.º 1, da CRP), que tem uma dimensão fundamental de liberdade, incluindo-se nele o direito a

[116] Cit. PALMA, CLOTILDE CELORICO, *Tributo e Confisco: algumas reflexões*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 5, n.º 3, 2012, p. 111-132.
[117] No direito americano, falar-se-ia num direito à procura da felicidade (*pursuit of happyness*), que está até consagrado na Constituição dos Estados Unidos da América.

não ser expropriado do título ou da posse, a liberdade de uso, fruição e disposição, sem limites ou intromissão de terceiros e, especialmente, do Estado[118].

Para estabelecer um aproximado e estimativo patamar, CASALTA NABAIS fala da aproximação da verificação da 'lei de bronze do imposto', segundo a qual um sujeito "deve ser deixado só com o mínimo necessário para o seu consumo de modo que junto dele não se possa constituir qualquer energia económica potencial"[119], para a qual o autor aponta o momento em que a carga fiscal atingir uma quota superior a 50% do PIB, como presunção de que estamos perante um imposto confiscatório, que colocaria em causa o próprio Estado Fiscal.

Ao imposto, e ao Direito Fiscal, não compete sancionar a obtenção de rendimentos. E concordamos com MANUEL FAUSTINO[120] quando diz que o legislador, ao ficar-se pela taxa de 45% se aproxima perigosamente desse limiar da confiscatoriedade dos 50%. Deve-se, no entanto, acrescentar que este tecto é, digamos, relativo. Em países como o Canadá, a Finlândia, a Suécia e o Reino Unido, a taxa máxima encontra-se bem assim desses 50%[121]. Mas não se pode falar concretamente que estamos perante impostos confiscatórios nestes casos específicos. Estes países tributam elevadamente os rendimentos dos seus cidadãos, mas, em contrapartida, a Suécia, por exemplo, tem um ensino superior público gratuito, e algumas das melhores prisões a nível mundial[122].

---

[118] Bem se compreendendo assim a razão pela qual os direitos fundamentais norte-americanos são um direito dos cidadãos contra o Estado, já que na génese está quase sempre uma actuação excessiva por parte do Governo, seja o Inglês, aquando da Revolução, seja o Americano, nas subsequentes consagrações de direitos e liberdades constitucionais.

[119] Cit. CASALTA NABAIS, *Estado Fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas* in *Por um Estado fiscal suportável,Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, 2005, p. 52 e 53. Estas intricadas palavras significam tão-só que a lei de bronze verificar-se-ia quando o imposto roubasse de tal forma os rendimentos do sujeito que ele não teria capacidade para qualquer outra escolha/acção económica.

[120] MANUEL FAUSTINO, *Retroactividade, Retrospectividade e alguma serenidade* in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, n.º 3.

[121] Respectivamente, 58.75% (dos quais 33% são federais, e 11.5% a 25.75% a nível provincial) para o Canadá, 62% para a Finlândia (dos quais 31.75% são nível nacional, entre 16.5% a 22.5% a nível municipal e cerca de 8% para a segurança social), 62% para o Reino Unido (para rendimentos entre as cem mil libras e cento e vinte e três mil, aplicando-se uma taxa de 45% para os rendimentos acima dos cento e cinquenta mil) e 60% para a Suécia (dos quais 25% são tributados a nível nacional, e 29 a 35% a nível municipal).

[122] Especialmente tendo em conta o alto "sucesso" que o sistema prisional sueco demonstrou, com apensa uma pequena taxa de encarceração e uma grande percentagem de ressocialização do agente.

A questão não se prende com a simples imposição de um patamar máximo de tributação acima do qual qualquer imposto se converte num imposto confiscatório[123], mas com um balanço entre aquilo que é exigido pelo Estado aos seus cidadãos, e aquilo que o Estado Social devolve à população, não só em termos de uma maior quantidade de serviços públicos, suportados pelo Estado, mas também em termos de uma maior *qualidade* desses mesmos serviços.

Mas o problema, certamente, agrava-se quando o Estado falha em satisfazer todos esses serviços que lhe competem. Ou quando do povo se exige pesados sacrifícios em tempos de crise, como as políticas de austeridade, tão idealizada pelos poderes públicos, sem que, contudo, esses mesmos sacrifícios toquem quem nos os impõe[124].

Os impostos confiscatórios, cuja única finalidade é meramente fiscal (ou seja, a obtenção de receitas estaduais, através da excessiva e opressiva tributação), têm efeitos graves sobre a sociedade, implicando um desgaste patrimonial e depauperação da actividade económica do contribuinte, impedindo a manutenção das fontes sobre as quais incidem os tributos, tendo efeitos perversos sobre os próprios interesses financeiros do Estado. Eles impedem o próprio desenvolvimento económico do Estado e implicam a degradação da qualidade de vida dos cidadãos.

---

[123] Faze-lo seria de um extremismo formalista, que não resolveria a questão.

[124] Em tempos de crise, é crucial que os poderes públicos sejam honestos quando exigem esses sacrifícios. Não podem os políticos se converter numa casta privilegiada, escolhida por algum "Deus", onde os seus membros, independentemente das ideologias políticas que os separam, se protegem mutuamente, pelo estatuto superior que partilham entre si. Como se pode tolerar abusos deste tipo, quando se exige sacríficos ao povo, mas eles não o exigem de si mesmos? Não lideram por exemplo. Talvez a culpa seja das histórias que contamos desde os primórdios dos tempos, em que não havia mal nenhum em sacrificar as filhas virgens do povo, mas só quando o vulcão/deus/monstro exigia a bela princesa é que já é necessário chamar algum cavaleiro ou herói para matar o tirano. Histórias como estas transmitem subliminarmente a ideia de que os sacrifícios podem ser exigidos como se queira do povo (aqueles que suportam toda a estrutura económica, política e social de uma civilização), mas quando alguém importante é chamado a verter o seu próprio sangue é que nos lembramos a questionar se faz sentido estar a apaziguar deuses.

Parte III – A solução civil

Em Portugal, não são muitas as formas de se atingir os proventos do crime. Temos apenas na vertente penal, o confisco dos instrumentos do crime, o confisco das vantagens do crime, a perda alargada e, na vertente fiscal de certa forma, as manifestações de fortuna. A introdução de mais mecanismos similares fracassou, como vimos, com as duas tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito.

Mas, lá fora, existe uma vasta panóplia de institutos que procuram impedir a compensação do crime, e pouco ou nada nos impede de nos inspirarmos nas suas práticas e culturas para resolver os nossos problemas. Desde mecanismos penais a mecanismos administrativos ou civis, com as mais variadas construções.

1. Modelos de Confisco;

1.1. Confisco geral;

Comecemos por falar nos mecanismos que apresentam um modelo de confisco geral de bens, como são a *Vermögenstrafe* alemã (§43a do StGB)) *confiscation général* francesa ou a *criminal confiscation* dos EUA (título IX do *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*). Estes são mecanismos que se caracterizam por ser um procedimento *in personam*. A condenação implica uma sanção patrimonial suplementar, uma pena acessória. No entanto, dado o seu carácter penal, estes mecanismos revelam graves problemas de legitimidade jurídico-constitucional, nomeadamente de compatibilidade com o princípio da proporcionalidade[125].

Estes mecanismos tinham uma aplicação indiscriminada, desligados da pessoalidade da pena. A *Vermögenstrafe* foi declarada inconstitucional, por que constituía uma verdadeira pena patrimonial e não um instrumento de subtracção dos

[125]Cfr. CORREIA, *Da proibição...*, p. 46 e ss.

lucros ilícito, por violação do princípio da determinabilidade das penas, especialmente pela ausência de um limite máximo fixado na lei.

Estes mecanismos são diferentes do confisco português, que é limitado aos bens ligados ao crime, ou aos bens sem origem licita justificada, como é o caso da perda alargada.

1.2. Confisco de bens destinados à persecução de fins ilícitos;

Um outro modelo é o de confisco de bens destinados à persecução de fins ilícitos, do qual são exemplos a secção 13 do *Prevention of Terrorism Act* inglês, de 1989, ou o §72.º do Código Penal Suíço.

Trata-se aqui de retirar os bens de organizações criminosas que sejam susceptíveis de servir para fins ilícitos. É irrelevante a sua origem criminosa nestes mecanismos O que realmente importa é a utilidade que se poder retirar do bem, ou a sua intencionalidade. O facto de que uma organização está envolvida "faz presumir que os bens foram adquiridos através dessa actividade e que podem ser por ela utilizados no futuro para a prossecução dos seus fins ilícitos". Está aqui em causa o presuntivo destino ilícito dos bens, e não a sua origem ilícita, permitindo a superação das tradicionais dificuldades de comprovação judicial da conexão entre o património e o facto ilícito subjacente à aplicação do mecanismo. No entanto ainda se deve estabelecer o elo entre o bem e o crime que se pretende praticar.

Este mecanismo pode atingir todo o património de uma organização criminosa que obtém os seus lucros através de uma actividade empresarial ilícita, o torna o seu campo de aplicação significativamente mais amplo do que o confisco clássico.

Contudo, este tipo de mecanismo não é carente de conflitos com princípios constitucionais, como o da presunção de inocência e da proporcionalidade, dado que ele assenta na ficção do destino do património.

1.3. Modelos de presunção;

Outro modelo de configuração é o que assenta na presunção da origem ilícita dos bens, uma vez cumpridos determinados requisitos legais, como a *confiscation*

inglesa, contida no *Drug Trafficking Act*, ou o *Erweiterter Verfall* alemão, e a nossa perda alargada. Esta presunção tanto pode incidir sobre a totalidade do património (como é o caso alemão) como apenas sobre uma parte temporalmente limitada (como sucede no caso inglês[126]).

Esta presunção assenta na suspeita de que o visado cometeu outros crimes, para além daquele pelo qual ele foi condenado, e dos quais resulta aquele património injustificado ou incongruente com os seus rendimentos. A condenação e o património inexplicado fazem presumir, razoavelmente, que foram cometidos outros crimes e que aqueles bens resultam deles.

Como já foi dito, os mecanismos deste modelo tendem a ser construídos através de uma inversão do ónus da prova, transformando o confisco numa mera consequência da condenação, ou através de uma presunção subordinada à comprovação de determinados requisitos.[127] Comparativamente ao confisco geral, estes mecanismos não demonstram uma eficácia tão elevada, mas oferecem mais garantias, tanto em termos de proporcionalidade, como em termos do direito de propriedade do visado.

1.4. Procedimentos civis;

Muito comum nos sistemas jurídicos da *common law* é o confisco assente numa *actio in rem*, que se dirige contra o património ilícito (invés de contra o individuo, como no modelo de confisco geral, ou na *criminal confiscation*), de índole administrativa ou civil. Trata-se de um processo autónomo contra uma propriedade que se acha 'contaminada', desprovido de qualquer culpabilidade do titular da coisa. É o caso paradigmático e pioneiro da *civil forfeiture* norte americana (contido no *Civil Asset Forfeiture Reform Act* de 2000) e da *civil recovery* inglesa (no *Proceds of crime Act* de 2002).

Neste tipo de mecanismos, a maior parte das garantias jurídico-constitucionais do processo penal não têm aplicação (tais como o *ne bis in idem*, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, o princípio do *in dubio pro reu*, o princípio da culpa, a presunção de

[126] O *Drug Trafficking Act* presume que os bens possuídos pelo arguido depois da condenação ou nos seis anos anteriores à instauração do processo foram recebidos como pagamento ou recompensa do tráfico de droga.
[127] Cfr. CONDE CORREIA, *Da perda alargada…*, p. 49.

inocência, ou até mesmo as proibições de prova[128]) e o grau de certeza exigido para a decisão judicial é significativamente menor (passando-se do *beyond a reasonable doubt* para *preponde-rance of evidence/balance of probabilities*[129]).

O confisco aqui é muito mais célere, mais eficaz e simples, o que parece justificar a grande utilização e favor que têm nestes ordenamentos jurídicos.

No entanto, é um instituto que comporta uma eventual incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Ele pode ser completamente desvirtuado dos objectivos a que se propõe alcançar, e necessita de claros limites legais[130], correndo-se o risco de regressar aos abusos do passado e descredibilização do instituto.

Há muito que corre a ideia de que o direito penal é insuficiente, inadequado, para responder a certas formas de danosidade social. Estes mecanismos civis, como a *civil recovery*, originam de uma preocupação de que aqueles que se dedicam à criminalidade organizada (os chamados *Mr. Bigs*, na Inglaterra) estavam para além do alcance penal, que os tradicionais métodos de investigação, procuração, condenação e punição não surtiam o efeito desejado.

A resposta foi uma aproximação civil à apropriação da propriedade gerada pelo crime sem a necessidade de uma condenação penal prévia assente nos parâmetros decisórios civis, o balanço de probabilidades. Vários argumentos são trazidos para justificar a adopção de uma *non-conviction based confiscation*, dizendo que ela permite remover os lucros do crime, apropriar propriedades adquiridas através de actos criminosos, que ela funciona como um factor dissuasivo para a prática do crime (*deterence*), que impede a prática de novos crimes ao remover os recursos financeiros (e consequentemente, uma forma de prevenção), que permite a restauração da propriedade às vitimas, destabiliza as organizações criminosas, entre outras.[131]

---

[128]O direito inglês não permite, no processo penal, a admissão de provas de carácter, de prova testemunhal indirecta ou até de provas obtidas por meios ilícitos. No entanto, estes meios de prova já são admitidos no direito civil.

[129] Nos ordenamentos da C*ommon Law*, os parâmetros decisórios são diferentes no direito penal e no direito civil. Para uma condenação penal, é necessário que a culpa do agente esteja estabelecida para além da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*), enquanto que no direito civil a decisão é tomada segundo um balanço de probabilidades, em que o juiz deverá confrontar as posições e alegações de cada parte, e decidir de acordo com a qual parece-lhe mais provável que tenha acontecido, de acordo com as provas demonstradas durante o processo.

[130]Limites legais que os EUA tentaram impor com o *Forfeiture Reform Act* de 2000, sem grande sucesso.

[131]Cfr. KING/HENDRY, *Expediency, Legitimacy and the Rule of Law: A Systems Perspective on Civil/Criminal Procedural Hybrids.* Publicado online, 2016.

Os defensores destes mecanismos afirmam que é uma necessária resposta proporcional ao aumento da criminalidade organizada, que ela se mantém conforme com todos os direitos humanos e que existem limitações que impedem um uso abusivo da mesma.

Um dos grandes problemas do combate à criminalidade organizada está na sua estrutura hierárquica. Muitas das principais figuras criminosas tornaram-se intocáveis a nível de penal. Eles organizam e financiam as actividades criminosas de outros e beneficiam dos resultados, mantendo-se, no entanto, isolados da prática dos crimes. Isto impossibilita que as forças de autoridade construam um caso contra eles.[132] Isto releva uma certa inadequação por parte do sistema penal tradicional para lidar com as estruturas criminosas organizadas.

A *civil recovery*, e o modelo que ela representa, é um processo civil, desligada de carácter penal, que não incide sobre a culpabilidade do agente, apesar de ter a capacidade para ser usada como um insatisfatório substituto do processo criminal (o que é algo severamente e amplamente criticado).

Do mesmo modo, a *forfeiture* representa, no direito norte-americano, uma acção civil que incide sobre a propriedade, uma *actio in rem*, e por isso são poucas as garantias constitucionais que se aplicam. Não há presunção de inocência ou direito a um advogado (i.e. pago pelo Estado. O sujeito continuar a ter o direito de ser representado por um advogado). A inversão do ónus da prova é permitida e nem sequer é requerido uma conexão a uma actividade criminosa anterior. Mesmo se o proprietário tiver sido absolvido do crime, a *forfeiture* é admissível.

Não é certo se se trata de um puro mecanismo civil. A jurisprudência inglesa foi chamada a pronunciar-se sobre a natureza destes mecanismos e ela têm reiterado a sua posição de que estamos perante um mecanismo civil, posição que é sustentada por três critérios: a classificação legislativa do mecanismo, a natureza da ofensa e a natureza e severidade da sanção que é impingida[133]. No entanto, a posição da jurisprudência não é sufragada por todos. Existe quem acredite que a *civil recovery* não é um mecanismo civil, propriamente dito, visto que ela é um instrumento que visa alcançar claros objectivos penais através do processo civil, e que ela foi criada para

[132] Proceeds of Crimes Bill, HC Deb, 30 de Outubro de 2001, vol. 373, c.760.
[133]Cfr. *Walsh v Director of the Assets Recovery Agency*, [2005] NICA 6 e *Re the Director of The Assets Recovery Agency* [2004] NIQB 21 (Queen's Bench Division).

ignorar as garantias processuais inerentes ao processo penal. Ou que, mesmo sendo havendo uma pronunciação sobre a culpa do agente pela prática de um determinado crime (o segundo critério empregado pela jurisprudência), continua em causa uma alegação de criminalidade, uma inespecificidade que nunca sobreviveria num tribunal penal. E mesmo que a *civil recovery* se foque na recuperação de bens ilegitimamente obtidos, ela funciona, na sua essência, como uma sanção por uma actividade penalmente ilícita. O visado deste mecanismo não só verá a privação dos seus bens, mas também terá que carregar o estigma de ser um criminoso (se não aos olhos da lei, aos olhos da sociedade).[134]

A nosso ver, não estamos perante mecanismos civis, segundo a dicotomia penal/civil, mas, antes, perante um instrumento híbrido.

É de relevar, contudo, que, apesar das criticas que lhe são dirigidas, a tendência internacional é a de enveredar por este caminho, como o revela a Convenção contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no artigo 54.º, n.º 1, alínea c), segundo o qual cada Estado Parte deverá, em conformidade com o seu direito interno, considerar a adopção de medidas que se revelem necessárias para permitir a declaração de perda desses bens na ausência de sentença criminal quando contra o autor da infracção não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados[135]. Estas novas tendências demonstram a insatisfação com os resultados que os métodos tradicionais têm alcançado.

Caminha-se para uma autonomização do procedimento patrimonial face ao procedimento penal, conferindo ao confisco, gradualmente, independência. Um procedimento patrimonial que tanto pode se configurar como um procedimento patrimonial *in persona*, acessório ou autónomo, ou como uma verdadeira *actio in rem*

---

[134]Cfr. KING/HENDRY, *Expediency*... p. 17.

[135]No mesmo caminho parece seguir a União Europeia, com o artigo 1.º, da Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, onde se estipula que «cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias que o habilitem a declarar perdidos, no todo ou em parte, os instrumentos e produtos de infracção penais puníveis com pena privativa da liberdade por período superior a um ano, ou bens de valor equivalente a esses produtos», sem que seja pressuposto das mesmas o trânsito em julgado da decisão pena ou sequer que esteja em causa um tribunal penal, ou o seu artigo 2.º, n.º 4 , que permite que os Estados-Membros utilizem procedimentos não penais para a destituição dos bens em questão, ou a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008, denominada «Produto da criminalidade organizada: Garantir que o 'crime não compensa'» que exalta as vantagens do confisco civil.

contra o património ilícito, completamente desligado do processo penal, e, consequentemente, livre das restrições constitucionais que ele implica. É possível proceder-se ao confisco, mesmo sem condenação penal (seja porque razão for). A solução inversa, fazer a questão patrimonial depender da decisão da questão penal, seria, na grande maioria dos casos, injustificável. "As duas questões podem, e respondendo às suas necessidades específicas, devem ser tratadas em separado"[136].

A separação do confisco do processo penal permite adaptar este procedimento às necessidades específicas do nosso tempo, tornando a aplicação das sanções patrimoniais mais eficazes. No entanto, PEDRO CAEIRO argumenta que uma solução, entre nós, segundo este arquétipo seria inconveniente porque são "procedimentos construídos e mobilizados como um *sucedâneo* dos mecanismos penais". Estes procedimentos civis não comportam um visível fundamento sobre o qual estruturar a acção do Estado, se forem desconectados da prática dos crimes[137].

1.4.1. The American Dream

Não podemos falar, em boa consciência, das vantagens do confisco (na sua vertente cível), de como ele é uma excelente solução para dar azo à politica-criminal e provar que o crime não compensa, sem nos referirmos também aos seus perigos e aos seus abusos. É que, para além dos problemas referidos aquando das nossas predilecções à cerca da história deste mecanismo, o confisco ainda é uma poderosa arma nas mãos do Estado. E nada prova esta ideia melhor do que a história estadunidense.

Não é nosso intuito neste trabalho explorar a evolução histórica desta posição ideológica, tão extrema e que nos é apresentada tão frequentemente por um mundo dominado pelos *media* americanos. Apenas pretendemos incidir-nos sobre a forma como o confisco é empregado nos Estados Unidos, os fins que ele pretende servir (tanto na lei, como na realidade), de modo a tornar claro que estamos perante um instrumento politicamente sensível, maleável, aditivo e destrutivo, se não estiver

[136]Cit. CONDE CORREIA, *Da perda alargada...*, p. 54.
[137]Cfr. CAEIRO, PEDRO, *Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens…* p. 293.

assente numa estrutura que o encaminhe para os fins correctos, uma estrutura legal que restrinja estes abusos.

É certo e sabido que os Estados Unidos têm uma política apertada e agressiva no que toca aos crimes relativos às drogas desde que Richard Nixon declarou as drogas 'inimigo público número um'[138]. Em 1997, por exemplo, 15 biliões de dólares americanos, a nível federal, e 33 biliões a nível estadual e local, foram empregues para financiar a sua 'guerra às drogas'. 60% dos prisioneiros nos Estados Unidos estão encarcerados por crimes relativos a drogas[139].

Todo este financiamento astronómico levou a uma enorme quantidade de confisco de bens, apropriação de drogas e acusações. Mas mesmo assim, a missão

---

[138] Sabendo que não é este o local mais indicando para explorar a temática da utilização do direito ou do confisco como uma arma contra o tráfico de estupefacientes, singularidade criminal que é, aproveitaremos apenas para dar um pequeno enquadramento temático. A Guerra às Drogas é considerada um imenso fracasso, com consequências inesperadas, na qual são injectados biliões e biliões de dólares anualmente, que têm apenas o efeito de impulsionar cartéis, e o objectivo inicial torna- se cada vez mais inalcançável.

A estratégia central da Guerra seria "sem drogas, sem problemas". E desta forma, os esforços principais desde a sua génese estavam focados na irradicação da oferta e na apreensão dos traficantes. Mas isto ignora as leis fundamentais do mercado e da economia, a da oferta e da procura. A redução da oferta sem uma primeira redução da procura, implica o aumento do preço do bem em causa. Esta técnica pode diminuir as vendas de muitos produtos, mas não a das drogas. As drogas comportam um mercado que não é sensível ao preço, sendo que elas serão sempre consumidas independentemente do preço a que são vendidas (isto é, as drogas são um bem inelástico). Assim, esta estratégia apenas encoraja a produção de mais drogas, o recrutamento de mais traficantes, o que aumenta a disponibilidade. Tudo porque o preço das drogas aumentou. Isto é o que é chamado de efeito balão: mesmo que uma zona de produção de droga ou uma rota de tráfico seja destruída ou desmantelada, a oferta para o consumidor final não diminui. A luta através da oferta é inútil. Isto apenas torna as drogas mais acessíveis, e mais puras, a procura continua a mesma. Esta táctica americana significou uma taxa de sucesso de menos 1% da DEA (*Drug Enforcemente Agency*) no que toca a parar a importação de estupefacientes para o território norte-americano, com um orçamento que ronda os 30 biliões de dólares.

Muitos dos problemas que associamos às drogas, são na verdade causados pela luta estadual contra elas. Por exemplo, a proibição torna as drogas mais potentes. Quanto mais drogas potentes se conseguir armazenar no menor espaço possível, maior será o lucro. O mesmo aconteceu com a Lei Seca, que levou a um maior consumo de licores fortes em detrimento de cerveja. Pelo simples facto de estarmos perante um mercado proibido, os traficantes não têm acesso a tribunais para resolver possíveis conflitos, restando-lhes apenas o uso de violência (começando a incessante espiral crescente de brutalidade a que assistimos hoje em dia).Ver também *nota 25*. Estima-se que 164,000 pessoas foram assassinadas, entre 2007 e 2014, no México, devido ao comércio das drogas. Cfr. BENJAMIN POWELL, *The Economics Behind the U.S. Government's Unwinnable War on Drugs*, Acedido a 07/02/2018 http://www.econlib.org/library/ Columns/y2013/Powelldrugs.html. As drogas ou o álcool não foram os primeiros exemplos de que, na grande maior parte das vezes, a proibição da venda ou da compra (que apenas afectam o lado da procura do mercado) revelou ter efeitos contrários aos pretendidos. O mesmo sucedeu em 14 AD, quando o Senado Romano declarou a proibição do uso da seda pelos seus cidadãos, como resposta ao pesado peso que o mercado da sena chinesa estava a ter sobre a economia romana. O "vício da seda" estava a dar demasiada influência político-económica à civilização chinesa, que detinha o monopólio da produção da seda, e a criar um desequilíbrio mercantil. Esta proibição não surtiu qualquer efeito sobre o mercado da seda, que continuou a florir.

[139]Cfr. BLUMENSON/ NILSEN, *Policing for Profit. The Drug War's Hidden Economic Agenda*, University of Chicago Law Review, Revista 35, 1998.

americana fracassou. As drogas estão cada vez mais baratas, mais refinadas e, acima de tudo, mais acessíveis. A droga, para os americanos, pelo menos para a sua política, é algo que deve ser purgado, isso é irrefutável. Tanto pelos danos sociais que ela implica, como para os custos que impõe sobre o Estado e para a sociedade (custos médicos, o *overcrowding* das prisões, a propagação do HIV/Sida, a destruição das comunidades citadinas, corrupção, destabilização política e violência na América Latina, Ásia e África, e sistémicas violações de direitos humanos por todo o globo).

A ideia de confisco foi trazida para o combate às drogas como uma forma de exterminar o tráfico atacando-se a sua viabilidade económica, e ainda hoje é vista como uma das armas de preferência para o fazer[140].

Mencionamos estas questões, que aparentemente nada têm a ver com o confisco, para tentar explicar o porquê de ainda se insistir numa guerra assim, se é tão flagrante o seu fracasso. É que, para além do que se passa no interior do seu Estado, os EUA continuam a ser uma das grandes influências internacionais quanto a esta problemática social. Porque, analisando a situação americana, por debaixo do véu político que se ergueu, o confisco no sistema jurídico norte-americano, comporta um claro exemplo moderno dos perigos que o confisco pode criar. Um retrocesso aos paradigmas do absolutismo, à sua vertente político-económica de financiamento da máquina estadual.

A resposta é simples, se bem que não seja propriamente óbvia, oculta que está por detrás de razões políticas e princípios morais alegados. Tudo na vida é sobre poder. Neste caso, sobre dinheiro.

Para além dos apoios e benefícios financeiros conferidos às forças de autoridade estaduais e locais, destinados ao combate às drogas, estas forças são também financiadas, indirectamente, pelas regras do confisco, na lei americana, que autorizam as forças policiais a confiscar todos os bens relacionados com a droga (desde a droga até à casa onde se planta marijuana ou o carro onde se transportou, ou qualquer coisa que possa ter uma ligação ao tráfico de droga, como objectos alegadamente comprados com os rendimentos desse comércio), e usar esses mesmos bens para os

[140] *Idem*, p.55

seus fins orçamentais[141][142]. Estas duas formas de funcionamento asseguram que existe sempre uma especial motivação para polícia no combate às drogas, ao permitir-lhes uma quantia financeira inigualável, regalia que as outras vertentes das forças policiais não disfrutam.

No entanto, são programas que distorcem 'os melhores de nós'. A possibilidade de confiscar bens desta forma levou a que as forças de polícia o fizessem sempre que se vissem confrontadas com insuficiências orçamentais. Isto conduz a uma política policial que prefere se direccionar especialmente a bens em vez de crimes, ou que 80% das confiscações não sejam sequer procedidas de acusação criminal, ou a uma preferência por capturar compradores em vez de vendedores (uma preferência que contradiz a estratégia política da *War on Drugs*), só para dizer algumas das consequências negativas de tal política, um uso do confisco essencialmente pela sua capacidade económica nas mãos da autoridade[143].

Um confisco assim estruturado produz forças policiais com capacidade para se auto-financianciarem, sem qualquer tipo de *accountability*. Forças policiais que não se preocupam em manter ou salvaguardar os direitos ou as vidas dos seus suspeitos. A própria natureza do trabalho das forças policias foi alterada, comprometendo-se os objectivos de prevenção do crime e do *due process*, quando salários, equipamentos, modernização e orçamentos dependem de quanto dinheiro se consegue gerar através do confisco.

Este sistema todo não é livre de objecções, como obviamente se lê pela voz cínica com que relatamos o instituto americano, havendo várias vozes que falam na

---

[141]As leis modernas da *forfeiture* (confisco) na América remontam a 1970, ao *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Controlo Act* (Pub L No 91-513, 84 Stat 1242 (1970)), que autorizava o governo a apreender e a confiscar drogas, equipamentos de produção e armazenamento de drogas, e meios de transporte, de forma a impedir a propagação das drogas de uma forma que as penas criminais não conseguiam fazer. É que quando se se captura e condena um vendedor de droga, outro virá e ocupará o seu lugar, mas se se retirar os meios de produção e outras formas de capital há uma forte possibilidade que isso irá terminar aquele negócio em concreto. Mas com o passar dos anos, as leis aumentaram a sua lista de bens que podiam ser confiscados e a exigência de uma ligação a uma actividade ilícita cada vez mais ténue. O Congresso Americano até permite que se confisque um substituto de igual valor aos bens confiscáveis quando estes não estejam disponíveis (Anti-Drug Abuse Act, de 1986). Hoje em dia, tudo é *fair game*, tudo é permitido, desde carros e barcos, a casas e joias.

[142]A permissão do uso dos bens confiscados foi introduzida com a emenda de 1986 ao *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, contida no *Anti-Drug Abuse Act*, invés de se exigir o depósito dos bens num fundo do Tesouro, como era inicialmente.

[143] No mesmo sentido, CAEIRO, *Sentido e Função do instituto da perda de vantagens…*, p. 294 e seguintes.

violação de ditames constitucionais, como o princípio da separação de poderes, do *due processo of law*, tão fundamental nos sistemas jurídico anglo-saxónicos, o latente conflito de interesses e responsabilidade governamental.

O Supremo Tribunal norte-americano já foi chamado a ponderar sobre estas questões, decisões que apontam para a ideia de que uma auto-financiável e potencialmente independente força policial é constitucionalmente questionável, mas, de todas as vezes, o Tribunal ficou aquém de tomar o passo seguinte, que implicaria entrar por caminhos até agora inexplorados. Reconhece, e bem, que um uso injusto do confisco é devastador[144] e que é logico que se deve submeter a escrutínio sério as actividades governamentais quando o próprio Estado pode vir a beneficiar das mesmas[145], mas todas as reformas das leis de confisco fracassaram.

Este problema inerente do confisco não é algo novo ou inesperado. Ele é algo que sempre esteve presente na história dos Estados[146]. Relembramos um caso histórica e literariamente popular: quando Filipe IV de França, vendo o seu Tesouro a definhar e tendo que recorrer a vários empréstimos com a Ordem do Templo, comummente designada por Templários, exterminou a Ordem e confiscou todos os seus bens, de modo a se apropriar das vastas e lendárias riquezas da ordem religiosa e de eliminar a obrigação creditória que tinha para com eles. Ou mesmo a grande operação de confisco que o Estado Nazi lançou contra a comunidade judaica, só para mencionar alguns.

---

[144] *Caplin & Drysdale, Chartered v United States*, 491 US 617, 634 (1989).
[145] *United States v James Daniel Good Real Property*, 510 US 43, 56 (1993).
[146] Ver nota 61.

Conclusão;

A Era do Homem, desde a sua ascensão ao topo da cadeia alimentar até aos dias de hoje, não se deve à nossa força ou destreza, nem ao nosso cérbero e capacidade intelectual. O Homem não é o Senhor da Terra porque algum Deus lhe concedeu esse título, nem porque fomos abonados com os dotes da Razão. Nós somos o que somos hoje porque somos criaturas sociais com uma imaginação fértil.

O que nos permitiu subir ao trono foram, na verdade, as nossas capacidades sociais. A nossa habilidade de comunicar eficientemente com outros humanos, avisar perigos, entre outras coisas. E, mais importante do que a capacidade para falar, a nossa capacidade para criar ficções nas quais cremos. Estas ficções serviram, e ainda servem, para criar um elo de ligação entre um largo número de seres humanos sobre o qual é possível estabelecer, facilmente, confiança, de modo a que possamos agir em conjunto, um 'algo em comum' referencial sobre o qual edificaremos as nossas futuras.

A confiança é uma ponte que requer muito tempo para que se a possa construir. E, assim, inventamos ficções (deuses, nações, ideologias políticas, seja o que for) para que uma ligação de confiança fosse estabelecida mais rapidamente, permitindo a cooperação entre um largo número de indivíduos.

A confiança é um elemento central da sobrevivência humana[147] e da forma como nos organizamos politica e economicamente, desde tempos imemoriais, até aos dias de hoje.

Uma nação/Estado só consegue existir enquanto houver uma crença colectiva na sua existência abstracta, e confiança na sua capacidade para cumprir as funções que lhe incumbimos.

Da mesma forma, o comércio, a troca ou a economia, se centra numa ideia de confiança. Todo o sistema económico assente no uso do dinheiro, se foca em, e se possibilita por, uma confiança, na crença de que a pessoa com a qual se troca bens ou

[147] Para uma perspectiva e evolução histórica veja-se, HARARI, *Sapiens…*,p. 36 e ss.

serviços acredita no valor do dinheiro que se usa como moeda de troca, e que esse mesmo dinheiro poderá ser usado com outra pessoa qualquer, porque também acreditamos que essa outra pessoa acreditará nesse dinheiro.

O comércio pode parecer uma actividade paradigmática, uma que não precisa de recurso a uma base fictícia. Mas a verdade é que só os seres humanos (Homo Sapiens) praticam trocas. Nenhuma outra espécie comercializa. O comércio não consegue existir sem confiança. O nosso mercado global só é possível porque existe confiança na moeda, nos bancos, nos Estados e nas suas leis, e nas corporações (todas estas entidades fictícias que carecem de confiança da nossa parte para serem um referente intersubjectivo). Todo o nosso progresso e as nossas conquistas evolucionárias, sobre as outras espécies, até de outras espécies humanas[148], deve-se ao simples facto de sermos capazes de cooperar em larga escala. Obviamente que não é por causa da actual criminalidade económica e dos "senhores do crime" que vamos colocar em causa todo o nosso progresso evolucionário. Mas é por causa dela que a actual "Ordem Mundial" pode ser posta em causa.

Claro, apresentamos, de momento, uma forma algo simplificada da confiança, que poderia ser um objecto de estudo de imensas áreas do saber.

As coisas complicaram-se, certamente, com a introdução e massificação do crédito no século XVI. Um mecanismo financeiro que só se torna possível com a alteração da forma como se entendia a Economia, que até então via-se como algo estável (tudo o que podia existir já existia e não se poderia aumentar o que se tinha sem que isso implicasse necessariamente uma perda para alguém). A economia era vista como uma equação de resultado zero. Mas a perspectiva mudou, devido a vários factores, e passou-se a crer na possibilidade de uma situação de mútuo benefício, de que podia e iria haver mais no futuro (a 'tarte' não estava determinada, podia ser aumentada). E é com essa crença no futuro, essa confiança no crescimento económico que se passa a poder recorrer ao crédito (se bem que ele já era usado antes, mas usado muito cautelosamente e em raras ocasiões – não suportado por uma ideia de crescimento, mas por uma ideai de 'roubar' a fatia do outro).

[148] Humanos é uma designação de membros pertencentes ao género (*Genus) Homo*, e não uma referência à nossa espécie, *Homo Sapiens.*

Hoje em dia, altura em que o crédito e a crença por detrás dele formam um pilar fundamental da economia e da sociedade (investimento científico, industrial, social e político), essa confiança pode ser vislumbrada por toda a sociedade: quando se compra o café, quando se usa o cartão de crédito (especialmente quando 90% do dinheiro em circulação no mundo já não é físico, mas digital), quando o Estado providencia educação básica, quando se financia um projecto qualquer, ou no financiamento de instituições públicas, até quando se vota.

Tudo isso é uma manifestação da confiança política, social e económica. As próprias leis carecem de confiança para funcionar, seja uma norma-crime, seja uma norma comercial, fiscal, ou outra qualquer. Essas leis só são operacionais porque existe uma confiança colectiva na instituição que as emana e uma confiança de que se se infringir as normas, sofrer-se-á as consequências daí resultantes, sejam elas quais forem.

Sem essa confiança nas instituições políticas ou nas instâncias judiciais ou nas forças policiais, a lei é fútil. A confiança torna-se uma necessidade ainda maior se atentarmos na crescente separação do Estado Português e a sua população (no orgulho nacional em enganar o Estado, de que falamos *supra*), como alguns dizem ser um dado desde há muito vincado e crescente entre nós. Quanto mais forte for a diferenciação entre 'Nós' (os cidadãos) e 'Eles' (o Governo), quanto maior for a fenda que os separa, menor a será 'nossa' a confiança neles, e a sua estabilidade, já que o Estado dependerá sempre dos seus cidadãos.

Para se compreender melhor esta ideia de confiança e a sua importância, veja-se o seguinte caso. Imaginemos um individuo com imenso dinheiro para investir, viver e negociar e tem a possibilidade de o fazer no País A, um país em paz, com boas instituições políticas e judiciais capazes de garantir a sua segurança e a condução estável dos seus negócios, ou no País B, em guerra civil, com instâncias políticas e judiciais frágeis, e corruptas. Em qual deles irá ele investir ou viver? Em qual terá ele confiança na protecção da sua segurança e dos seus negócios?

A ideia de confiança impregna a mentalidade capitalista dos nossos dias[149], mentalidade esta que é perfilhada pela criminalidade económico-financeira. Os investidores irão investir o seu rendimento onde haja uma maior expectativa de retorno económico, mesmo que seja ilegal. E não o irão fazer, ou irão retirar o investimento feito, quando essa expectativa (essa confiança futura) for baixa (isto é, uma confiança de não retorno). Podemos ver isto na preferência de lavagem de dinheiro em países com fracas instituições políticas, onde é mais fácil subornar oficiais e onde existe uma menor probabilidade de detecção destas actividades, ou, já no lado legal, quando os investidores retraem os seus investimentos quando há uma mera suspeita (forte) de corrupção, ou de ligações a lavagem de dinheiro, que aumenta a probabilidade (a probabilidade não é nada mais do que o grau da confiança ou convicção) de desvio dos seus investimentos, ou de que o seu investimento será manchado ou confiscado pelas autoridades.

Claro que não nos devemos focar meramente numa confiança económica, já que ela não justifica ou descrimina a legitimidade do património e do rendimento. A confiança deve ser vista sob as suas várias manifestações: política, social e económica. É o conjunto, o fruto da sua convergência, que nos deverá guiar. A confiança que depositamos no Estado, nas suas instituições e representantes (e funcionários), a confiança na segurança do Estado, dentro do Estado, na vigência das suas normas, e, acima de tudo, a confiança de que os valores que o Estado protege serão os mesmos que a comunidade que o legitima se convergem (se é que não são, necessariamente, os mesmos).

A confiança é um 'bem-jurídico' por coroar. É um pilar fundamental de qualquer sociedade humana, mas pouco foco lhe é dado. Muitos economistas têm vindo a falar cada vez mais na fundamentalidade da Confiança, mas, como já elaboramos, ela não é um mero pilar da Economia, ela é um pilar fundamental de tudo. E, de modo a que se possa tutelar a confiança *lato sensu*, é necessário, para o ponto em questão, tutelar o Património, restringi-lo[150]. Dividir esta figura em património lícito e património ilícito.

---

[149] *Idem*, p. 200 e ss.
[150] Se bem que não seja a única forma, é, na nossa perspectiva, uma medida necessária.

Um seria um património conforme ao Direito, que se rege por princípios jurídicos (e éticos) válidos, por um capitalismo restringido (sabendo que não foram idealismos políticos que levaram à escravatura e ao colonialismo e a tantos outros terríveis acontecimentos que a História nos relata, se bem que foram politicamente permitidos). O Património Lícito é a ideia de um património ético, que beneficiaria a sociedade em geral (pela sua origem, tributação e manutenção).

Já o Património Ilícito seria um património que corroe o próprio Estado, o descredibiliza e o deteriora. Ele nasce de uma violação dos ditames das leis estaduais, de um desrespeito e afronta ao poder do Estado. É um património que tende a não ser tributado, não criando qualquer benefício para a sociedade em geral (e quando é tributado, é numa menor percentagem da que deveria ser) e que será tendencialmente empregue na sua lavagem ou em reinvestimento em actividades criminosas, e na corrupção de funcionários do Estado (deteriorando ainda mais a confiança depositada no Estado e na sua capacidade). A mera manutenção do Património Ilícito é uma perpetuação dos efeitos da sua adquisição.

É uma desmedida valoração do património em geral, não dividido como nós o fazemos, o puro capitalismo, que leva a abusos sociais e humanitários.

A própria Constituição tem em conta uma ideia de licitude quando versa sobre o direito à propriedade privada, estipulando que este existe apenas "nos termos da Constituição" (artigo 62.º da CRP), isto é, que ele é garantido dentro dos limites e com as restrições previstas pela Constituição, seja no próprio artigo que consagra o direito ou noutros, e pela lei, nos casos em que a Constituição para ela remeta ou quando se trate de revelar limitações constitucionalmente implícitas. A Constituição não é impérvia a uma ideia de um património lícito. Para ela, o direito à propriedade não é um direito absoluto[151].

Obviamente que seria uma tarefa sisífica exigir que a lei estipulasse e tutelasse toda e qualquer forma de adquisição de património. O que defendemos é a simples ideia de que o crime não é título legítimo de aquisição. O que o Direito já o reconhece. É devido a essa ideia que temos institutos como o confisco das vantagens do crime, a

[151] Cfr. CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 801.

perda alargada, e porque as instâncias internacionais insistem na criação e implementação de outros meios jurídicos.

A existência de um dever de justificação de património implica que haja um património que se procure e que se pretenda afastar. Uma regulação de modo a que se possa separar as boas sementes das más. E um valor fundamental ou de tal forma elevado que justifique a sua tutela. O património ilícito como um património violador da Constituição, porque é criado fora dos termos desta, e, como tal, um 'anti-bem' jurídico.

Um princípio da 'protecção da confiança'[152] poderá justificar um maior apeto às medidas de combate ao Património Ilícito. Mas daí a justificar um dever *penal* de justificação de património para qualquer tipo de suspeita?

Especialmente se este dever se consubstanciar no crime de enriquecimento ilícito, um colocar do indivíduo entre a espada e a parede, que oprime *demasiado* as garantias constitucionais do arguido e, pior de tudo, potencializa uma tirania política do Estado, dando a este o poder para se fortalecer economicamente e atacar politicamente cidadãos, tudo por uma mera suspeita. Um crime que a única forma de se absolver será se o Ministério Público acusar por uma discrepância que não existe.

Podemos achar a ideia de um Património Lícito um valor importante, mas daí a merecer tutela penal? A ter uma necessidade de protecção penal através de uma criminalização? Ou que ele mereça sequer uma pena de prisão? Talvez isso seja algo excessivo (e o é, na nossa opinião).

Acreditamos que, a haver medidas de tutela da licitude do Património, este valor será melhor servido pela via administrativa (com as devidas restrição do poder estadual), isto é, uma mera sanção contra-ordenacional que preveja o confisco desse património não-lícito (já que a prova da sua ilicitude deverá *sempre* implicar a acusação pelo crime que o originou em detrimento do "enriquecimento ilícito"), ou a aplicação de uma coima por não lograr justificar, já que se poderá considerar excessiva

[152] Protecção da confiança entendido com a tutela do pilar fundamental de qualquer comunidade humana, a confiança, como a definimos *supra*.

a sanção de confisco à mera não-licitude (isto é, a uma ilicitude não comprovada), ou seja, por não ter logrado o arguido justificar o património.

Poder-se-ia ponderar a via de se instituir um confisco como o anglo-saxónico, em que se abria a possibilidade de confiscar os bens sem uma necessária condenação nos tribunais penais, bastando apenas que se estabeleça que os rendimentos e/ou património em questão provêm de um determinado crime. No entanto, nesta construção, o regime iria esvaziar de sentido um outro instituto jurídico, o confisco das vantagens do crime, que não exige a condenação de um sujeito pelo crime, mas tão-só que se possa imputar a ele o facto. A vantagem do mecanismo anglo-saxónico está na possibilidade de uma *action in rem*, o que não é possível entre nós, em matéria penal.

No entanto, continua a ser difícil superar as claras dificuldades do enriquecimento ilícito (mesmo que o estruturemos como uma contra-ordenação), especialmente porque ele deverá sempre se cingir por uma sanção pela não justificação da licitude (em sentido inverso, a não comprovação da ilicitude) do património, e porque a prova da ilicitude do património deverá, voltamos a frisar, sempre implicar o abandono desta acusação, em prole da acusação pelo crime (ou crimes) que deu origem ao património em causa.

No entanto, este instituto (seja ele edificado pela via penal ou pela via contra-ordenacional), tem uma componente tirânica, já que a mera acusação feita implica, para o arguido, um verdadeiro dilema, preso entre escolher o menor de dois males (ou melhor, três males): justificar o património, que poderá ser lícito e ele será acusado de fraude fiscal (tendo contribuído para a sua própria auto-incriminação), ou poderá ser ilícito e ele terá contribuído para a sua incriminação pelo crime que o originou, ou ele não se pronuncia, recorrendo ao seu direito ao silêncio, e este o prejudica, porque o seu silêncio consubstancia a verificação do tipo, e terá que ser sancionado por ter falhado em justificar o património.

E o instituto do enriquecimento ilícito permanece um sancionamento pelo facto de o Estado não conhecer a origem do património, o que muito dificilmente e com extremas ginásticas intelectuais se poderá justificar à luz do Direito Penal.

Claro que, no direito contra-ordenacional, os princípios penais (como a presunção de inocência, a proibição da auto-incriminação e o direito ao silêncio) não terão forçosamente o mesmo peso.

Por muito que as vozes se levantem a clamar a necessidade deste instituto, sejam elas da comunidade jurídica (em particular, os juristas da vida prática), ou da comunidade em geral, a verdade é que nós permanecemos impregnados de sérias dúvidas quanto a este mecanismo. Não quanto à necessidade política e jurídica de uma tutela do Património Lícito, que defendemos veementemente, mas quanto à exequibilidade deste mecanismo ou quanto à própria necessidade extrema do mesmo. Não estaremos nós a nos precipitar? A condenar a humanidade a longos anos de miséria, como o foi a Revolução Agrícola[153], a abusos do Estado, como se faz nos Estados Unidos, com a *civil forfeiture*.

Não seria melhor um aprimoramento dos mecanismos jurídicos já existentes? Se o problema, muita das vezes, é uma deficiência do sistema, não deveremos, primeiro, arranjar uma cura à enfermidade, invés de passar logo para um extremismo? Teremos verdadeiramente tentado todas as vias possíveis antes de chegar à possibilidade do Enriquecimento Ilícito? Não nos teremos enamorado desta ideia que, à primeira vista, resolveria todos os nossos problemas, quando é bem possível que ele seja um adiamento do problema, com a agravação dos seus efeitos nocivos "possíveis"?

Não será o crime de enriquecimento ilícito algo absurdamente excessivo que se possa exigir do cidadão comum? Não desacreditamos do facto de que o tráfico de drogas seja um crime absurdamente lucrativo, mas, a julgar pelo caminho que os ventos correm, as drogas (na sua totalidade ou só em parte) poderão muito bem ser legalizadas[154], e nada impede que o Estado imponha sobre elas um regime semelhante ao do tabaco ou do álcool ou do jogo, serviços e bens de consumo que para o Estado, numa atitude paternalista, faz incidir um imposto especial de consumo (uma tributação

[153] "A capacidade para manter mais gente viva sob piores condições". Segundo HARARI, uma das piores fraudes da humanidade. HARARI, *Sapiens*, p. 94.
[154] A tendência moderna segue para a legalização das drogas leves, o que terá o efeito de diminuir em grande parte o consumo das drogas pesadas, como muitos estudos parecem indicar.

agravada), como forma de desencorajar o seu consumo, em conjunto com imposições de consciencialização.

É, então, necessário que haja um crime de enriquecimento ilícito nestes casos? Qual dos dois mecanismos não seria mais eficiente e "democraticamente estável" (no sentido em que garante um maior número de direitos e liberdades do indivíduo sem implicar necessariamente uma perda da execução da Justiça)? Acrescentando o facto de que uma possível legalização implicaria um enorme decréscimo do branqueamento de capitais, já que ele não seria necessário na indústria de estupefacientes legais, e o crime de associação criminosa para tráfico de droga não existiria (excepto para as drogas pesadas, obviamente[155]).

Mesmo que se pretenda focar nos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, e nos seus rendimentos ilícitos, porque originariam de uma violação dos seus deveres jurídico-democráticos, será o crime de enriquecimento ilícito a melhor forma de actuar nestes campos? É que já existe uma forma de controlo dos rendimentos e patrimónios destes indivíduos, feito pelo Tribunal Constitucional, implicando para esta categoria de sujeitos um dever de justificação de património, e um dever jurídico-penal, já que uma falsa declaração é punida como crime de falsas declarações, podendo-lhe ser aplicado uma pena de prisão até um ano ou pena de multa. (artigo 348.º-A do CP). Se o que está em causa é uma insuficiência deste mecanismo ou de outros, porque não passarmos primeiro por um aprimoramento destes, antes de saltarmos para o crime de enriquecimento ilícito.

Ou será que existem ainda mais vias que nós, na nossa limitada capacidade intelectual não as vemos, não as conseguimos inventar ainda?

[155] Veja-se nota 148.

Bibliografia;

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Consequências jurídicas do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2015.

BENJAMIN POWELL, *The Economics Behind the U.S. Government's Unwinnable War on Drugs*, Acedido em: 15/02/2018 http://www.econlib.org/library/Columns/y2013/Powelldrugs.html/

BLUMENSON/ NILSEN, *Policing for Profit. The Drug War's Hidden Economic Agenda*, University of Chicago Law Review, Revista 35, 1998.

BRANDÃO, NUNO, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra Editora, 2002.

CAEIRO, PEDRO, "*Quem cabritos vende e cabras não tem…"*, Série Escritos Breves, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

CAEIRO, PEDRO, *A decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento de capitais e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa* in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1067- 1132

CAEIRO, PEDRO, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens* in RPCC 21, 2011.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Tributação dos rendimentos e factos ilícitos* in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa, Vislis Editores, 1999.

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CASALTA NABAIS, *Estado Fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas* in *Por um Estado fiscal suportável,Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, 2005.

CORREIA, JOÃO CONDE, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, 2012.

CUNHA, JOSÉ DAMIÃO DA, *Perda de bens a favor do Estado*, in AA. VV, *Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

DIAS, AUGUSTO SILVA, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, in AA. VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010.

FAUSTINO, MANUEL, *Retroactividade, Retrospectividade e alguma serenidade* in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, n.º 3.

FRANK M. KEESLING, *Illegal Transactions and the Income Tax*, 5 UCLA L. Rev. 26 (1958)

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Sobre a Incriminação do Enriquecimento* Ilícito *(não justificado ou não declarado) – Breves considerações nas perspectivas dogmática e de politica criminal*, in Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, coord. de Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra Editora, 2011.

GODINHO, JORGE ALEXANDRE FERNANDES, *Do «branqueamento» de capitais: introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001.

HANZEL, JOHN FRANCIS, *Self-Incrimination and the Use of Income Tax Returns in Non- Tax Criminal Prosecutions*, 30 Wash. & Lee L. Rev. 182 (1973), Acedido em 6/03/2018 em: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/waslee30&id =1&collection=journals&index=

HARARI, YUVAL NOAH, *Sapiens: A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal Português – Parte Geral II: Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

JUNIOR, ALCEU CORRÊA, *Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*, IBCCRIM, São Paulo, 2006

KAR, DEV e SPANJERS, JOSEPH, *Illicit Financial Flows from Developing Countries Over the Decade Ending*. Washington, DC: GFI, 2009. Acedido em

26/02/2018 em https://www.ciponline.org/images/uploads/publications/illicit_financial_flows_from_developing _countries_over_the_decade_ending_2009.pdf.

KING/HENDRY, *Expediency, Legitimacy and the Rule of Law: A Systems Perspective on Civil/Criminal Procedural Hybrids.* Publicado online, 2016

Lopes, José Mouraz, *A contaminação do sistema Penal Português pelo «populismo penal»,* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade,* Vol. II, Ed. Institutos Jurídico, Coimbra, 2017 p. 797-811

MARQUES, PAULO, *A tributação de rendimentos ou actos ilícitos: a necessidade não conhece a lei*, in *Revista do Ministério Público*, ano 36, nº 144, Outubro: Dezembro 2015, p. 167 – 184, 2015.

MATTA, P. SARAGOÇA DA, *Política e Corrupção – Branqueamento e Enriquecimento*, Chiado Editora, 1ª Edição, 2015.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Direito Fiscal*, 9ª Edição, Almedina, 2016.

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo,* Almedina, 2015.

NICCOLÒ MACHIAVELLI, *O Príncipe*.

PALMA, CLOTILDE CELORICO, *Tributo e Confisco: algumas reflexões*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 5, n.º 3, 2102.

PERDRIEL-VAISSIERE, Maud, *The accumulation of unexplained wealth by public officials: Making the offence of illicit enrichment enforceable*, janeiro 2012.

QUIRK, PETER J., *Macroeconomic Implications of Money Laundering*, Working Paper, Washington, DC: International Monetary Fund, 1996.

ROCHA, JOAQUIM MANUEL FREITAS DA, *As modernas exigências do princípio da capacidade contributiva: sujeição a imposto dos rendimentos provenientes de actos ilícitos,* Coimbra, 1996.

RODRIGO SANTIAGO, *o «branqueamento» de capitais e outros produtos do crime: contributos para o estudo do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no*

«branqueamento» (Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro) in EDUARDO CORREIA, *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra, 1998-2009.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA, *Introdução ao Direito,* Almedina, Coimbra, 2012.

United States. President's Commission on Organized Crime: *The edge: organized crime, business, and labor unions.*

Jurisprudência

Nacional

Acordão n.º 25/84, do TC

Acórdão n.º 179/2012 do TC.

Acórdão 377/2015 do TC

Americana

McCulloch v Maryland (1819)

Caplin & Drysdale, Chartered v United States, 491 US 617, 634 (1989).

United States v James Daniel Good Real Property, 510 US 43, 56 (1993)

Britânica

Re the Director of The Assets Recovery Agency [2004] NIQB 21 (Queen's Bench Division)

Walsh v Director of the Assets Recovery Agency, [2005] NICA