



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Exm^a Senhora Conselheira
Procuradora Geral da República
Exm^{os} Senhores
Conselheiros do CSMP

DIVISÃO DE APOIO ÀS COMISSÕES	
Comissão de Transparência e Estatuto dos Deputados	
N.º Único	CTED 679141
Entrada/ data - n.º	160
Data	11 / 06 / 2021

I.

Foi solicitado ao Conselho Superior do Ministério Público a emissão de parecer sobre:

- O **Projeto de Lei n.º 798/XIV/2.ª** (apresentado pelo Partido Comunista Português) relativo à criminalização do enriquecimento injustificado (52.ª alteração ao Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março e 7.ª alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho);

- O **Projeto de Lei n.º 807/XIV/2.ª** (apresentado pelo CHEGA), que altera o Código Penal e cria o artigo 335.º-A, definindo o crime de enriquecimento ilícito ou injustificado, clarificando os seus pressupostos objetivos e subjetivos de aplicação, bem como a moldura penal aplicável, distinguindo ainda consoante o agente seja ou não titular de cargo político;

- O **Projeto de Lei n.º 805/XIV/2.ª** (apresentado pelo Bloco de Esquerda), que cria o crime de enriquecimento injustificado e ocultação de riqueza (2.ª Alteração ao regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos);

- O **Projeto de Lei n.º 816/XIV/2.ª** (apresentado pelo Partido Socialista), que se propõe alterar a Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, procedendo ao alargamento das obrigações declarativas e à densificação do crime de ocultação de enriquecimento; e

- O **Projeto de Lei n.º 843/XIV/2.ª** (apresentado pelo PAN), que alarga as obrigações declarativas dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos e cria o crime de ocultação intencional de enriquecimento, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.



Por determinação de V^a Ex^a fui designada relatora, em representação do Conselho Superior do Ministério Público, pelo que passarei a analisar cada um dos diplomas antes mencionados.

Todos estes projetos de Lei têm em comum o combate ao denominado enriquecimento ilícito ou injustificado, pelo que se entendeu proferir a emissão de um só parecer unitário, que debata, de forma uniforme e coerente, as questões por todos eles suscitadas. O que se passa a efetuar:

1. A criminalização do enriquecimento ilícito

O fenómeno do enriquecimento ilícito ou injustificado é, nas conceções sincréticas do quotidiano, definido como um acréscimo patrimonial, decorrente da prática de crimes e, em geral, revelado por uma significativa desproporção entre o rendimento declarado para efeitos fiscais e o património, de facto, detido. Às formas «normais» de enriquecimento, licitas e até estimuladas pela sociedade hodierna, contrapõem-se às formas «anormais», baseadas na prática de factos ilícitos, que não podem ser toleradas e devem ser intransigentemente combatidas. Nenhum crime deverá ser causa de enriquecimento (*Commodum ex injuria sua non habere debet*). O Estado de direito jamais o poderá admitir: altos níveis de enriquecimento ilícito podem mesmo pôr em causa a sua própria sobrevivência. De facto, «os sinais exteriores que revelam uma situação de riqueza desproporcionada aos rendimentos normais da atividade conhecida do seu titular são causa de descrédito das instituições de que resulta a anarquia, o desalento dos que cumprem, o estímulo à evasão, à fraude, ao crime em geral»¹. Devido ao mau exemplo que gera, à possibilidade de ser reinvestido na prática de novos ilícitos, à capacidade de infiltrar a economia legal e de distorcer ou perverter, quer as regras do mercado, quer mesmo as regras democráticas, o enriquecimento ilícito ou injustificado deve ser prevenido e combatido. Todos

¹ GERMANO MARQUES DA SILVA SILVA, «Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado)», in Paulo Pinto Albuquerque, (coordenador) *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra (2011), p. 51.



os métodos, que sejam compatíveis com o Estado de direito, devem ser convocados para o enfrentar².

Não admira, por isso mesmo, que o artigo 20.º da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de Outubro de 2003, sob a epígrafe «Enriquecimento ilícito» refira que *«sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado Parte deverá considerar a adoção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infração penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo»*³.

Deste ponto de vista, para além de cumprir esta obrigação internacional, desde que cumpra os ditames da Constituição da República Portuguesa e os princípios fundamentais do nosso sistema jurídico, qualquer projeto para o combate ao enriquecimento ilícito ou injustificado será sempre muito bem vindo e terá o nosso vivo aplauso. Esta é a dimensão do problema, tudo o que signifique combater o enriquecimento ilícito será, por nós celebrado, divulgado e utilizado.

2. A existência de tantos projetos de Lei e a sua persistência no tempo, mesmo depois da intervenção do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.º **179/2012**, de 4 de abril e n.º **377/2015**, de 27 de julho), revela algum consenso na sociedade portuguesa sobre os benefícios desta incriminação, a que não será alheio o desfecho de alguns casos judiciais recentes, pelo menos os mais mediáticos.

Com o espírito aberto, reconhecendo o problema e as suas causas, mas também as metodologias comumente usadas para o superar, importa, pois, debater os Projetos de Lei apresentados.

² JOÃO CONDE CORREIA, «O confisco e a "fixação" do enriquecimento ilícito», AA.VV. *Estudos Projeto Ethos: corrupção e criminalidade económico-financeira*, Lisboa, PGR, 2018, p. 250, onde se abordam as causas deste enriquecimento.

³ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, também de 21 de setembro.



2.1. Projeto de Lei n.º 798/XIV/2.^a (PCP) relativo à criminalização do enriquecimento injustificado

O Projeto de Lei n.º 798/XIV/2.^a parte do dever de declaração de património e rendimentos, procurando, assim, criar crimes (art.ºs. 335.º-A e 377.º-A do Código Penal e art. 23.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de junho) de falsidade, resultantes do falseamento ou omissão das declarações de riqueza/património⁴. Qualquer pessoa deverá declarar à Autoridade Tributária o património ou os rendimentos que excedam 400 salários mínimos nacionais mensais que possuir ou detiver (art. 1.º), sendo punido, com prisão de 1 a 5 anos, o incumprimento dos deveres de declaração quanto à aquisição, posse ou detenção de património e rendimentos, bem como a respetiva origem.

O que está em causa não é a punição dos factos geradores do enriquecimento injustificado ou ilícito mas a falta de comunicação do património ou do rendimento. Na fórmula de GERMANO MARQUES DA SILVA: «o crime de enriquecimento ilícito assim configurado não consiste no simples facto de enriquecer, mas no **incumprimento** do dever de declarar a fonte do enriquecimento»⁵. (sublinhado nosso)

Mesmo assim, esta solução não estará isenta de críticas.

Desde logo porque «um dever geral de revelação da proveniência dos bens detidos por cada cidadão – embora se mostre consistente com a atual obsessão pela “transparência” – não é compatível com um Estado que se

⁴ Sobre esta técnica legislativa no contexto do combate ao enriquecimento ilícito, cfr. PEDRO CAEIRO, «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)», *RPCC*, 2011, p. 298 ou GERMANO MARQUES DA SILVA, *Sobre a incriminação...*, p. 52 e ss.

⁵ *Sobre a incriminação...*, p. 53. De todo o modo, segundo PEDRO CAEIRO (*Sentido e função...*, p. 306), a violação do «do pretense dever geral (ou especial) de revelação da proveniência do património, consubstanciada na mera detenção de um património desproporcional com os rendimentos lícitos do agente, cuja origem seja desconhecida, não protege bem jurídico algum e, como tal, é contrária à Constituição, por violação do seu art. 18.º, n.º 2».



reclama do princípio liberal»⁶. Impor este dever a todos os cidadãos, sob pena de responsabilidade criminal, parece ser mesmo ir longe demais. Até porque já existem mecanismos fiscais, de tributação acrescida destes acréscimos patrimoniais e o Fisco já dispõe de informação relevante sobre a generalidade do património individual.

Depois porque, na ânsia de construir uma incriminação compatível com a Lei Fundamental (CRP) , o mecanismo acaba por ter um carácter simbólico e de duvidosa eficácia prática. Difícilmente será possível verificar a conformidade das declarações patrimoniais de todos os cidadãos, assim se contribuindo, mais uma vez, para a ineficácia da lei. Uma lei que não se aplica é sempre uma lei de duvidosa utilidade prática. Para além disso, sendo um crime de falsidade, as penas cominadas serão, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade (pois os bens omitidos podem ter afinal origem lícita), necessariamente insuficientes (1 a 5 ou 1 a 8 anos de prisão, respetivamente) para dissuadir a prática de crimes geradores de enriquecimento⁷.

Para além destas críticas de carácter geral, este projeto de lei enfrenta ainda um problema: ao prever, sem mais, que «*a condenação por crime de enriquecimento injustificado implica a consideração dos bens e rendimentos não declarados como vantagem patrimonial para os efeitos previstos no artigo 110.º*» (arts. 335.º-A, n.º 4 e 377.º-A, n.º 4), o legislador está a criar um efeito automático da condenação (artº. 30.º, n.º 4, da CRP) e a violar o princípio da proporcionalidade.

Essa solução, desejável do ponto de vista criminal, não pode decorrer da mera condenação num destes crimes. Tanto mais que apenas está em causa o **incumprimento** dos deveres de declaração e não qualquer demonstração da ilicitude do património não declarado (sublinhado nosso). Em vez de decorrer da demonstração (penal ou, mesmo, civil) da relação causal

⁶ PEDRO CAEIRO, *Sentido e função...*, p. 304; em sentido contrário, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Sobre a incriminação...*, p. 53 e ss.

⁷ Em geral, neste sentido, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo nemo tenetur se ipsum accusare*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 501.



entre um crime e um bem ou valor⁸, o confisco passaria a decorrer de um facto que *per si* não gera qualquer valor e, como tal, não pode servir de justificação para esta restrição do direito de propriedade privada (art. 62.º da CRP). Tanto mais que, não obstante a falta de declaração, os bens em causa podem ter, afinal, uma origem lícita.

2.2. Projeto de Lei n.º 807/XIV/2.^a (CHEGA), que cria o artigo 335.º-A do Código Penal (crime de enriquecimento ilícito ou injustificado)

O Projeto de Lei n.º 807/XIV/2.^a, procura criminalizar *«quem por si ou por interposta pessoa ... adquirir, possuir ou detiver, sem justificação atendível, património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados»*.

Este projeto é aquele que maiores problemas jurídico-constitucionais nos suscita. Na verdade, trata-se de uma mera réplica do n.º 1, do artigo 1.º, do Decreto n.º 369/XII, da Assembleia da República (os n.ºs 1, 2 e 3 são iguais), que aditou o **artº 335.º-A ao Código Penal** («Enriquecimento injustificado») e que foi julgado inconstitucional, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º **377/2015, de 27 de julho**).

⁸ Nos termos da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 (sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) «entende-se por: 1) "Produto", qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal» (art. 2.º, n.º 1); nos termos da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (adotada em Varsóvia, em 16 de maio de 2005), o vocábulo «"Produtos" designa qualquer vantagem económica resultante ou obtida, direta ou indiretamente, de infrações penais (art. 1.º, al.^a a); e, nos termos da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de Outubro de 2003, entende-se por «"Produto do crime" os bens de qualquer tipo, resultantes ou obtidos, direta ou indiretamente, da prática de uma infração» (art. 2.º, al.^a e). Desta forma, uma vez que não se trata de produtos do crime, a própria execução internacional destas decisões estaria comprometida. Para o problema, no âmbito do Conselho da Europa, JOÃO CONDE CORREIA, «Cooperação Judiciária para efeitos de Recuperação de Ativos no âmbito do Conselho da Europa», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Ellna Lopes Cardoso/João Conde Correia (coordenadores), *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 412.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Esta decisão seguiu, como se sabe, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, nomeadamente o **Acórdão n.º 179/2012, de 4 de abril**, que tinha julgado inconstitucionais as normas constantes dos artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, e 2.º do Decreto n.º 37/XII, da Assembleia da República, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, e artº 32.º, n.º 2, da Constituição, que, em termos semelhantes, também procuravam criminalizar o «enriquecimento ilícito».

Insistir nesta mesma via, pese embora eventuais virtualidades práticas deste tipo de mecanismo e a sua fidelidade ao arquétipo proposto pelas Nações Unidas, afigura-se-nos, assim, insistir ou persistir no mesmo erro. Depois daquelas duas decisões, difícil será que o Tribunal Constitucional inverta agora a sua posição. Tanto mais que não está em causa uma singularidade da jurisprudência (e da doutrina) Portuguesa, mas uma conclusão óbvia do Estado de direito, compartilhada noutras latitudes: a célebre sentença de 9-17 de fevereiro de 1994 (n.º 48/1994), da *Corte Costituzionale Italiana*, também declarou a ilegitimidade constitucional do crime previsto no artigo 12-quinquies, do decreto-legge n.º 306, de 8 de junho de 1992, segundo o qual aqueles que *«anche per interposta persona física o giuridica, risultino essere titolari o avere là disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al próprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività económica, e dei quali non possano giustificare le legittima provenienza, sono puniti com la reclusione da due a quattro anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati»*⁹.

A solução para estes problemas, como a evolução legislativa italiana em matéria de confisco depois demonstrou, não passa, pois, por aqui.

Não será por isso necessário, convocar todos os argumentos plasmados naquelas decisões e na doutrina que os sustenta, para concluir pela inviabilidade deste projeto de Lei. Ao contrário de todos os outros, que embora não resolvam totalmente o problema, podem ser, pelo menos, total ou

⁹ Os argumentos da *Corte Costituzionale italiana* são, aliás, muito semelhantes aos argumentos depois utilizados pelo Tribunal Constitucional, tendo assim valor heurístico acrescido.



parcialmente, aproveitados, este projeto está, necessariamente, votado ao insucesso.

2.3. Projeto de Lei n.º 805/XIV/2.^a (BE), que cria o crime de enriquecimento injustificado e ocultação de riqueza

O Projeto de Lei n.º 805/XIV/2.^a¹⁰ procura criminalizar a não apresentação intencional das declarações patrimoniais, após (art. 18.º-A, n.º 1) ou mesmo sem notificação prévia (art. 18.º-A, n.º 1).

Tal como o Projeto de Lei n.º 798/XIV/2.^a, este projeto parte assim do dever de declaração de património e rendimentos, procurando criar o crime de desobediência qualificada e ocultação intencional de riqueza (art. 18.º-A da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho¹¹). Desta forma, mais uma vez, não está em causa a punição dos factos geradores do enriquecimento injustificado ou ilícito mas a falta de declaração do património ou do rendimento.

O regime proposto é, todavia, muito diferente daquele. Em vez de um dever geral de declaração do património, está em causa apenas um número restrito de pessoas: os titulares de cargos políticos e equiparados e os titulares de altos cargos públicos (art. 13.º, n.º 1, daquela Lei). Apenas esses serão contemplados com esta norma, omitindo-se assim que os crimes de corrupção e afins (subliminares à punição do enriquecimento ilícito) são, em geral, crimes bilaterais ou de encontro e que, portanto, uma parte importante dos que enriquecem à custa da prática de factos ilícitos continuará a poder gozar dos seus benefícios incólume. O âmbito de aplicação desta norma será muito restrito, criando apenas um dever especial de declaração, compatível com a lei fundamental. Pelas funções que desempenham, a fim de garantir a sua «transparência patrimonial»¹² compreende-se (ao contrário da *supra* debatida proposta) que os titulares de cargos políticos e equiparados e os titulares de

¹⁰ Embora a proposta para o artigo 14.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, proponha a introdução dos números 5 e 6, uma vez que o atual número 5 não consta entre as normas revogadas (art. 4.º), deverá entender-se que estão em causa os números 6 e 7.

¹¹ Esta Lei foi, entretanto, alterada pela Lei n.º 52/2020, de 9 de novembro.

¹² PEDRO CAEIRO, *Sentido e função...*, p. 305.



altos cargos públicos sejam obrigados a declarar o seu património e que a omissão ou falsidade dessa declaração possa ser sancionada.

Por isso mesmo, muito embora não afronte a Constituição da República Portuguesa, esta norma acabará por (como sempre referiu a doutrina) ter um impacto prático reduzido, sendo um pequeno paliativo para todo este grave problema. Mais uma vez será uma norma simbólica, que, apesar de poder ser útil, não enfrenta a raiz do problema [as causas do enriquecimento ilícito (v.g. a ineficácia do sistema de justiça)], nem usa as metodologias mais adequadas à sua profilaxia (v.g. a exasperação dos mecanismos de ablação do património, *maxime* a criação de verdadeiros mecanismos *in rem*).

Do ponto de vista sistémico o projeto de Lei opta por punir quem, depois de devidamente notificado, não apresentar as declarações previstas nos artigos 13.º e 14.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho (art. 18.º-A, n.º 1) ou quem, com intenção de ocultar elementos patrimoniais, rendimentos ou promessas de vantagens patrimoniais futuras não apresentar a declaração prevista no artigo 14.º, n.º 2 ou omitir tais elementos das declarações apresentadas (art. 18.º-A, n.º 3). Trata-se de uma opção formal que, no segundo caso, suscita a sempre difícil necessidade de demonstrar a intenção de ocultar elementos patrimoniais, rendimentos ou promessas, bem como os problemas da consciência da ilicitude, decorrentes, nomeadamente desta neocriminalização.

Mas, o ponto mais polémico deste Projeto, que parece reconhecer a dificuldade de articular a punição do dever de declarar com o confisco das vantagens *supra* mencionadas (2.1.), consiste, todavia, na tributação, em sede de IRS, dos acréscimos patrimoniais não justificados, de valor superior a 50 salários mínimos mensais, à taxa de 100%. Em causa está um confisco por via fiscal, dificilmente conciliável com a Constituição da República Portuguesa (art. 62.º), designadamente quando, afinal, os acréscimos tiverem uma origem lícita e estiver apenas em causa a omissão ou a falsidade da declaração¹³. Se estes bens consubstanciam as vantagens da prática de um

¹³ A tributação das manifestações de riqueza já é uma realidade, sendo efetuada nos termos do artigo 89.º-A da Lei Geral Tributária (Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, que, entretanto, sofreu inúmeras alterações).



crime devem ser confiscados; se estes bens são lícitos não se compreende a sua tributação à taxa de 100% pelo simples facto de não terem sido declarados, o que nos parece manifestamente exagerado.

2.4. Projeto de Lei n.º 816/XIV/2.^a (PS), que altera a Lei n.º 52/2019, alargando as obrigações declarativas e densificando o crime de ocultação de enriquecimento

À semelhança do anterior este Projeto de Lei parte, igualmente, da violação do dever especial de declaração: «a não apresentação intencional das declarações ... após notificação» (art. 18.º-A, n.º 1) ou a omissão das declarações apresentadas, com intenção de ocultar certos elementos patrimoniais ou o «aumento dos rendimentos, do ativo patrimonial ou da redução do passivo, bem como os factos que os originaram» (art. 18.º-A, n.º 2).

Mesmo assim, relativamente ao Projeto de Lei n.º 805/XIV/2.^a (BE), apresenta algumas vantagens, dignas de menção. Com efeito, a incriminação depende sempre da prévia notificação para apresentação da declaração, assim evitando os referidos problemas relacionados com a demonstração da intenção de ocultação ou a falta de consciência da ilicitude. Para além disso, embora também utilize a via da tributação como forma de confiscar os proventos do crime, propõe, não uma taxa de 100%, mas apenas uma taxa de 80%. Taxa que será insuficiente quando se trate de bens efetivamente provenientes da prática de um crime, mas que já será mais conforme ao princípio da proporcionalidade quando estiverem em causa bens lícitos não declarados.

Desta forma a legitimidade constitucional do mecanismo é mais clara, embora a sua eficácia prática continue a ser pequena. Mais uma vez, estando em causa crimes bilaterais ou de encontro, ficam de fora os rendimentos de quem enriquece à custa dos crimes cometidos pelos titulares deste dever especial de declarar. Também aqui se trata afinal de uma norma simbólica, que é apenas um paliativo, mas que não resolverá o problema na sua globalidade.



Serve antes, para criar a falsa e perigosa sensação de que o problema está, enfim, resolvido, quando tudo continuará, quase na mesma. O grosso do enriquecimento ilícito continuará a passar incólume na malha da justiça penal.

2.5. O Projeto de Lei n.º 843/XIV/2.ª (PAN), que alarga as obrigações declarativas dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos e cria o crime de ocultação intencional de enriquecimento

O Projeto de Lei n.º 843/XIV/2.ª é, muito semelhante ao Projeto de Lei n.º 805/XIV/2.ª (BE) ponto (2.3), sendo, por isso, aqui inteiramente aplicável tudo aquilo que ali foi dito, sem necessidade de repetição.

3. O confisco dos proventos do crime

O crime de enriquecimento ilícito tem (como fomos, aqui e ali, acentuando) suscitado sérias críticas da doutrina nacional e internacional, movendo-se entre a inconstitucionalidade e a escassa eficácia prática.

Na esclarecedora síntese de SANDRA OLIVEIRA E SILVA: *«seja qual for a formulação encontrada para a incriminação do enriquecimento ilícito – crime de falsidade, crime de Estado ou crime de suspeita –, o legislador navega fatalmente "entre Cila e Caríbdis", ou seja, no estreito que medeia entre dois perigos de idêntica magnitude: ou enfrenta o turbilhão da inconstitucionalidade das soluções (entre o mais, por violação da prerrogativa contra a autoincriminação) ou, caso pretenda escapar-lhe ileso arrisca na direção do rochedo, editando "normas desnecessárias e, na parte em que resistam ao crivo da inconstitucionalidade, meramente simbólicas"»¹⁴.*

Para fazer face ao problema, que (insistimos) carece de urgente resolução, devemos portanto (sem prejuízo destas soluções) adotar outros mecanismos de que já dispomos, nomeadamente, o confisco intransigente dos instrumentos, produtos e vantagens decorrentes da prática do crime.

¹⁴ *O arguido...*, p. 500.



Com efeito, o confisco, ainda que não baseado numa condenação, não suscita aquelas dúvidas constitucionais¹⁵, tem recebido o beneplácito do TEDH¹⁶ e teria outra eficácia prática¹⁷.

Em vez de ser um mecanismo penal *in persona* são mecanismos *in rem* e, como tal, menos agressivos para os direitos individuais¹⁸. O visado não é condenado numa pena mas perde tudo aquilo que o motivou à prática de crimes, assim se demonstrando que «o crime não compensa».

Tudo isto se torna ainda mais premente num momento em que já está em curso a revisão da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do

¹⁵ Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 101/2015, de 11 de fevereiro, 392/2015, de 12 de agosto, 476/2015, de 30 de setembro, e 498/2019, de 26 de setembro.

¹⁶ Veja-se o paradigmático caso *Gogitidze and Others v. Georgia* (Application n.º 36862/05, de 12 de maio de 2015). O TEDH conta já com um grande acervo de decisões, em geral, favoráveis, ao confisco dos Instrumentos produtos e vantagens decorrentes da prática do crime, ainda que fora do direito penal. Para essa rica jurisprudência: FERNANDO TORRÃO, «Direito de propriedade e o confisco», in Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, III, p. 2139 e ss.; HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «O Confisco das Vantagens do Crime: Entre os Direitos dos Homens e os Deveres dos Estados: A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Matéria de Confisco», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei que a Transpõe*, Lisboa, INCM, 2018, p. 39 e ss.; MICHELE SIMONATO/MICHAËL FERNANDEZ-BERTIER, «Confiscation and Fundamental Rights: the quest for a consistente european approach», in Alessandro Bernardi (edited by), *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, Napoli, Jovene Editore, 2019, p. 13 e ss.; ANNA MARIA MAUGERI, «La Tutela della Proprietà nella C.E.D.U. e la Giurisprudenza della Corte Europea in Tema di Confisca», in Mariangela Montagna (a cura di), *Sequestro e Confisca*, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 3 e ss.; JOHAN BOUCHT, «Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Art. 6 (2) ECHR», in Rui/Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, p. 151 e ss.

¹⁷ A implementação de mecanismos *in rem* para fazer face ao flagelo do enriquecimento ilícito foi, entre nós, preconizada por: JOSÉ DE FARIA COSTA, «Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado», *RLJ* (2012), p. 253/4 249; MARIA DO CARMO DIAS, «Enriquecimento Ilícito/Injustificado», *Julgat* (2016), 28, p. 309; DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, «Sobre a admissibilidade do confisco civil in rem de vantagens do crime», *Anatomia do Crime*, 2017, pp. 187 e ss.; JOÃO CONDE CORREIA, *O confisco...*, p. 254 e ss.; ou BARIN, ÉRICO FERNANDO BARIN, «Alargar a perda alargada: o projeto fenix», *Revista de Concorrência e Regulação* (2013), 16, p. 64.

¹⁸ Neste sentido, fazendo a distinção entre estes dois mecanismos, por exemplo, MICHELE PANZAVOLTA, «Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction» in Katalin Ligeti/Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money — Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*, Hart, Oxford, (2017), pp. 48/9.



Conselho, de 3 de abril de 2014 e segundo o entendimento da Comissão Europeia¹⁹ o confisco não baseado numa condenação deverá ser ainda fortalecido. Se assim for, mais tarde ou mais cedo, Portugal será confrontado com esta política criminal europeia que, mais do que insistir na criação de crimes de enriquecimento ilícito pouco eficientes, **insiste no desenvolvimento de mecanismos de confisco não baseados numa condenação**. Não será por acaso que os sistemas onde as regras do confisco estão mais desenvolvidas prescindem normalmente deste tipo de incriminações ou que a Itália, depois de ver negada a pretensão da criação de um crime de enriquecimento ilícito efetivo, enveredou antes pelo fortalecimento dos mecanismos de confisco *in rem*.

Entretanto é, todavia, urgente proceder à correta transposição da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, *maxime* no domínio da perda alargada²⁰ bem como a

¹⁹ Claramente consagrado, para além de outros instrumentos, na Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025 {SWD(2021)74 final}, que pode ser encontrada em https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/pdf/14042021_eu_strategy_to_tackle_organised_crime_2021-2025_com-2021-170-1_en.pdf ou no Report From The Commission To The European Parliament And The Council, denominado Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay COM(2020) 217 final, que pode ser consultado em: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20200602_com-2020-217-commission-report_en.pdf

²⁰ A inexistência de um sistema de perda alargada, tal como prevista no artigo 5.º da Diretiva 2014/42/EU já foi identificada por: JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Medidas de Combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 25, e pp. 41-42; MARIA DO CARMO DIAS, «A perda alargada» prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º) e a «perda do valor de vantagem de atividade criminosa» prevista na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º a 12.º)», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, INCM, Lisboa (2018), p. 106 e ss; DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, «Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/EU em matéria de confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes, in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, INCM, Lisboa p. 119 e ss.; JOÃO CONDE CORREIA, *O confisco...*, p. 267 e ss.; ou JOÃO PEDRO DOS SANTOS COELHO, «A presunção de ilicitude prevista na perda de bens a favor do



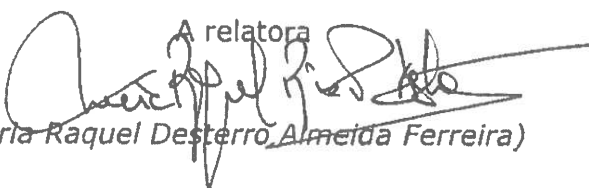
criação de um conjunto de garantias da exequibilidade futura do confisco (o arresto do património de quem é suspeito da prática de um crime reditício não pode estar sujeito às mesmas exigências do arresto de um mero devedor civil).

4. Conclusões

O Conselho Superior do Ministério Público nunca terá nada a opor à criminalização de mecanismos de luta contra o enriquecimento ilícito ou injustificado. No entanto, além dos mecanismos antes apontados, reduzidos estes à categoria de meras normas penais simbólicas para afastar o espectro da inconstitucionalidade e, logo, com um reduzido âmbito de aplicação e eficácia prática, dever-se-ia antes estar a falar de mecanismos de confisco do património ilícito *in rem*, robustecendo a sua aplicação.

Tais mecanismos, esses sim, são capazes de contribuir para a criação de uma ordem patrimonial conforme ao direito. Atento o estado atual da ciência jurídica será aí que está a chave do problema, e que se deveria reforçar.

Porto, 4 de junho de 2021

A relatora

(Maria Raquel Desterro Almeida Ferreira)