

PLC OK

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIA


Exmo. Senhor  
Dr. Fernando Negrão  
Ilustre Presidente da  
Comissão de Assuntos Constitucionais,  
Direitos, Liberdades e Garantias da  
Assembleia da República

V/Ref. Ofc.199/XII/1ª-CACDLG/2015 de 19/02/2015  
N/Ref. EDOC 4610 de 25/02/2015

Assunto: Solicitação de parecer sobre o Projecto de Lei nº 782/XII/4ª (PCP)

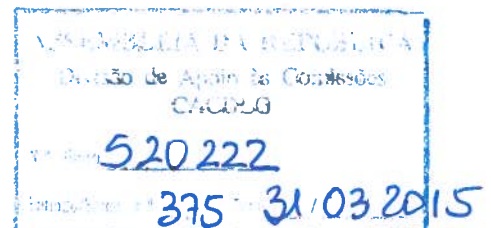
Conforme solicitado pelo V/ofício acima referido, junto envio o Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Lei em assunto.

Com os melhores cumprimentos, e elevada consideração.

  
Elina Fraga  
(Bastonária)

Lx.26/03/2015

B209/15



Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa

T. 21 882 35 56 . Fax: 21 888 05 81

E-mail: gab.bastonaria@cg.aa.pt

www.aa.pt

Distribuído em 31.03.2015



## PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre o Projecto de Lei n.º 782/XII/4.ª (PCP) – “Enriquecimento injustificado (35.ª alteração ao Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, 4.ª alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho e 6.ª alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de Abril).

### PARECER:

Depois de, desde 2007, vários projectos de lei terem sido apresentados por diversos Grupos Parlamentares no sentido da criminalização do denominado ENRIQUECIMENTO ILÍCITO ou ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO, sucessivamente rejeitados na Assembleia da República;

E depois de, finalmente, ter sido aprovado, em 10 de Fevereiro de 2012, um texto final da 1.ª Comissão que aglutinou os contributos de três projectos de lei (do BE, do PCP e dos PSD e CDS-PP) e que originou o Decreto da Assembleia da República n.º 37/XII;

E depois de o Tribunal Constitucional, por seu Acórdão n.º 179/2012, ter declarado a inconstitucionalidade daquele Decreto da AR n.º 37/XII por violação do dispostos nos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP);

Novamente surge um novo projecto de lei insistindo na questão, isto é, na criminalização do ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO, procurando evitar as objecções encontradas e declaradas pelo Tribunal Constitucional,



nomeadamente a falta de um claro e bem definido bem jurídico-penal que conduzirá sempre à nulidade da norma incriminatória por ser materialmente inconstitucional (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), a falta de identificação da acção ou omissão que se pretende proibir o que acarretará a violação da exigência constitucional de determinação do tipo legal de crime (artigo 29.º, n.º 1, da CRP), e a não observância do princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP).

Pensamos, porém, que também este novo projecto de lei não resolve nem consegue torner as objecções elencadas pelo Tribunal Constitucional, acrescentando-lhe ainda outras dificuldades.

Analisemos o texto do Projecto de Lei, sobretudo, e para já, os respectivos artigos 1.º e 2.º e, quanto a este último, o artigo 335.º - A que se pretende aditar ao Código Penal.

Diz-se assim:

### **«Artigo 1.º**

#### **Dever de declaração de património e rendimentos**

1. Quem, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, possuir ou detiver património e rendimentos que excedam o montante de 400 salários mínimos nacionais mensais tem o dever de o declarar à administração tributária no prazo previsto para a primeira declaração de rendimentos para efeitos fiscais após o início de produção de efeitos da presente lei.
2. Quem, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir património e rendimentos que excedam, em montante superior a 100 salários mínimos nacionais mensais, o património pré-existente e os bens e



rendimentos brutos constantes da última declaração apresentada para efeitos fiscais, ou que dela devessem constar, ou o montante constante da declaração efetuada nos termos do número anterior, tem o dever de o declarar à administração tributária no prazo previsto para a primeira declaração de rendimentos para efeitos fiscais após a ocorrência da aquisição, posse ou detenção, indicando concretamente a respetiva origem.

3. Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais de capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

4. Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita e determinada.

## **Artigo 2.º**

### **Alteração ao Código Penal**

São aditados ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com as alterações que lhe foram introduzidas, novos artigos 335.º-A e 377.º-A, com a seguinte redação:

**Artigo 335.º-A****Enriquecimento injustificado**

1. *Quem não cumprir os deveres de declaração à administração tributária estabelecidos na **lei sobre enriquecimento injustificado** quanto à ocorrência da aquisição, posse ou detenção de património e rendimentos, bem como à respetiva origem, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.*

2. *Se a omissão do dever de declaração referido no número anterior se dever a negligência, o agente é isento de pena se proceder à declaração legalmente devida, incluindo a indicação da origem do património e rendimentos que deveriam ter sido declarados.*

3. *A pena prevista no n.º 1 é especialmente atenuada se a omissão do dever de declaração se dever a dolo mas o agente fizer prova da origem lícita do património e rendimentos que deveriam ter sido declarados.*

4. *Fora das situações previstas nos n.ºs 2 e 3, 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 111.º.» - negrito nosso.*

A «**lei sobre enriquecimento injustificado**» mencionada no n.º 1, do artigo 335.º - A será portanto, fundamentalmente, a que resulta do texto do artigo 1.º do Projecto de Lei, já que as demais normas destinam-se a integrar os diplomas legais aí mencionados, sendo que depois os artigos 4.º, 5.º e 6.º reportam-se a aspectos colaterais (prazo de regulamentação da lei, deveres da administração tributária e produção de efeitos da lei).



Ora, o que resulta do artigo 1.º do Projecto de Lei em análise nada traz de novo ao nosso sistema jurídico-tributário.

Na verdade, em Portugal, toda e qualquer pessoa, singular ou colectiva, que possua ou detenha património e rendimentos tem o dever de o declarar à administração tributária. E, ou já o declarou na última declaração fiscal que apresentou no ano respectivo ou, tendo-os adquirido ou passado a deter depois dessa última declaração, terá que o declarar na próxima declaração fiscal. Sendo certo que, não o tendo feito ou não o fazendo, incorre ou incorrerá em infracção tributária, normalmente de índole criminal.

E tal sucederá desde que a vantagem patrimonial ilegítima seja igual ou superior a € 15.000,00 (cfr. artigo 103.º, n.º 2, do RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias) e não apenas no caso de ser superior a € 202.000,00 ou a € 50.500,00 (ie, respectivamente 400 ou 100 salários mínimos nacionais mensais mencionados nos n.ºs 1 e 2 daquele artigo 1.º do PJJ).

Acresce que, ao fazê-lo, o contribuinte está igualmente a declarar a **origem** desse património, uma vez que tal deverá sempre constar das respectivas declarações fiscais que traduzem factos e/ou valores que sempre estão sujeitos a declaração fiscal. Assim não agindo, o contribuinte incorrerá em infracção tributária e, estando em causa os valores mencionados naquele artigo 1.º do PJJ em causa, de cariz criminal (cfr. artigos 103.º e 104.º do RGIT).

**Mais:** como se diz e lembrou muito bem no acima citado Acórdão n.º 179/2012 do Tribunal Constitucional, havendo incongruência entre o património e os rendimentos declarados, verificando-se que estes são manifestamente



insuficientes para permitirem as «manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo», a lei geral tributária (LGT), a partir do ano 2000 e, depois, de forma mais reforçada do ano 2004, passou a prever o recurso a **métodos indirectos** de cálculo da matéria colectável, o que, a partir do momento em que tal é decidido pela administração tributária, deve ser comunicado ao Ministério Público (cfr. a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Setembro, que aditou à LGT a alínea d) do artigo 87.º e ainda o artigo 89.º - A, nomeadamente n.ºs 4 e 10; a Lei n.º 55 – B/2004, de 30 de Dezembro) – com vista, obviamente, à respectiva investigação criminal.

Dir-se-á que, agora, ao invés do que acontecia anteriormente, estas condutas, quando nos valores elevados ali referidos, passarão a consubstanciar crime, precisamente os crimes de enriquecimento injustificado (**praticados pelo cidadão comum, pelo funcionário e pelo titular de cargo político**) previstos nos «novos» artigos 335.º - A e 377.º - A, do Código Penal (este último com a mesma redacção do primeiro, alterando-se unicamente a pena de prisão que passaria a ser de 1 a 8 anos em virtude da qualidade de **funcionário** do agente do crime) e 23.º - A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, esta para os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos que, por deterem tal qualidade, veriam a pena de prisão também agravada nos mesmos termos do **funcionário**.

Não é assim. Ou melhor, não é necessário legislar-se com este fito. Porque já hoje essas condutas constituem e estão previstas na lei como crime; crime de fraude fiscal qualificada (artigos 103 e 104.º, do RGIT).



Com efeito, não declarar à administração tributária a posse ou a detenção de património e rendimentos que excedam o montante de 400 ou de 100 salários mínimos nacionais mensais, isto é, respectivamente, de € 202.000,00 ou de € 50.500,00, significa **«ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável»** (alínea a), do n.º 1, do artigo 103.º, do RGIT);

Ou **«ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária»** (alínea b), do n.º 1, do artigo 103.º, do RGIT);

Sendo que **«se a vantagem patrimonial for de valor superior a € 200 000,00, a pena é a de prisão de 2 a 8 anos...»** (n.º 3, do artigo 104.º, do RGIT), **se de valor situado entre € 50.000,00 e € 200.000,00, a pena é de 1 a 5 anos de prisão** (n.º 2, alínea b), do artigo 104.º, do RGIT), **se de valor situado entre € 15.000,00 e € 50.000,00, a pena é a de prisão até 3 anos** (n.ºs 1 e 2, do artigo 103.º, do RGIT).

Além de que, não indicar a **«origem»** do património ou rendimentos, consubstancia indubitavelmente **«ocultação alteração de factos ou valores»**.

Daí que, e atento o carácter subsidiário das normas em causa que se pretendem aditar aos diplomas legais referidos (artigos 335.º - A, n.º 1 e 377.º - A, n.º 1, do Código Penal, e 23.º - A, n.º 1, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho) – resultante da expressão constante da parte final do n.º 1 - **“...é punido com**





pena de prisão de 1 a 5 anos, **se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal**" - estas condutas seriam sempre punidas com a pena de 2 a 8 anos de prisão (se a vantagem patrimonial fosse superior a € 200.000,00) ou com a pena de prisão de 1 a 5 anos (se a vantagem patrimonial fosse superior a € 50.500,00 e inferior a € 200.000,00).

Ou seja sempre seríamos reconduzidos às penas especificamente previstas para o crime de fraude fiscal qualificada.

Porque, na verdade, estamos e estaríamos sempre perante a prática de crime de fraude fiscal qualificada.

Daí que no que respeita ao **bem jurídico** protegido não haja também qualquer diferença entre o que agora se pretende erigir a bem jurídico-penal protegido pelas «novas» normas e o bem jurídico-penal que as normas contidas nos artigos 103.º e 104.º do RGIT já protegem: a **verdade, a transparência** que o contribuinte deve sempre inculcar nas suas relações com a administração tributária.

Sendo assim, como é facilmente perceptível, **«a transparência da aquisição de património e de rendimentos de valor significativamente elevado (acima de 200 salários mínimos nacionais mensais)»** referida na Exposição de Motivos do P.J.L em análise, integra já, sem quaisquer dúvidas, o bem jurídico protegido pelas citadas normas previstas no RGIT.

Daí que, se no Decreto da AR n.º 37/XII, o Tribunal Constitucional não encontrou qualquer **bem jurídico** devidamente identificado e, (também) por



isso, declarou a referida inconstitucionalidade, agora, neste novo PJI encontramos o mesmíssimo **bem jurídico** já protegido por outras normas já constantes do nosso ordenamento jurídico.

Em consequência, não se mostra necessária nova normatização penal dos comportamentos em causa. A menos que se pretenda, porventura, agravar as penas previstas naquelas citadas normas do RGIT e, então, o que deverá ser feito será exclusivamente promover-se a respectiva alteração.

O Projecto de Lei em referência mostra-se, assim, despido de qualquer utilidade, o que se evidencia logo na análise das questões acabadas de elencar.

De qualquer modo, e no que concerne aos n.ºs 2, 3 e 4 das citadas normas (artigos 335.º - A, 377.º - A, do Código Penal, e 23.º - A, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), suscitam-se-nos ainda algumas considerações de não menor importância e que a seguir sintetizaremos:

**Quanto ao n.º 2:**

Desde logo, insiste-se, não pode esquecer-se que a falta de declaração e de indicação da origem do património e dos rendimentos consubstancia **crime de fraude fiscal (simples ou qualificada)**;

Depois, e sendo assim, há que ter em devida nota o disposto no artigo 22.º, do RGIT.



Aí se prevê a **dispensa de pena** apenas para os casos em que o crime seja punível com pena de prisão igual ou inferior a 2 anos e desde que se verifiquem os pressupostos cumulativos das três alíneas do n.º 1 desse inciso legal; por isso, há que perceber se se pretenderia aqui um regime especial e mais favorável para estas «novas» situações previstas nos n.ºs 2 dos incisos em causa, quando se tratasse de negligência...

Por outro lado, a atenuação especial da pena está já prevista no n.º 2, do citado artigo 22.º, do RGIT, para as situações em que o agente reponha a verdade fiscal e pague a prestação tributária e demais acréscimos legais até à decisão final ou no prazo nela fixado. E quer tenha havido dolo ou negligência na actuação do agente. Não apenas dolo.

### **Quanto ao n.º 3:**

Aqui, sem dúvida, regressamos às mesmas questões que conduziram à declaração de inconstitucionalidade pelo citado Acórdão n.º 179/2012 do Tribunal Constitucional.

Diz-se no n.ºs 3 daquelas «novas» normas que, em caso de dolo na omissão do dever de declaração, se o agente fizer prova da **origem lícita** do património e rendimentos que deveriam ter sido declarados, a pena prevista no n.º 1 será especialmente atenuada.

Novamente a violação do **princípio da presunção da inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP)**, a obrigação de o agente fazer prova de um determinado facto para que, no caso, possa beneficiar de uma atenuação especial da pena;



novamente, portanto, a previsível inconstitucionalidade no horizonte. Bastará ler o citado Acórdão n.º 179/2012 do Tribunal Constitucional para se perceber que estas normas (n.ºs 3 das normas do P.J.L. em análise) merecerão as mesmas, ou pelo menos, parte das objecções já opostas ao mencionado Decreto da AR n.º 37/XII no que concerne à respectiva conformidade com as ali citadas normas e princípios constitucionais.

**Quanto ao n.º 4:**

Diz-se aí: «Fora das situações previstas nos n.ºs 2 e 3, 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 111.º.» - **negrito nosso.**

Um ordenamento jurídico não pode conter normas que, em si mesmas, sejam contraditórias.

O **artigo 111.º, n.º 2**, do Código Penal, dispõe que **«são perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.»**

«Através do facto ilícito típico»...

Qual é aqui o **facto ilícito típico**? O enriquecimento injustificado? Obviamente que não. Porque não foi através do «enriquecimento injustificado» que se adquiriu o património ou os rendimentos em causa. O enriquecimento



representa o **resultado** proveniente da prática de um facto criminoso que, não se provando – de acordo com as regras constitucionais e processuais penais -, não pode ser tido como provado ou pré-existente. Até porque no caso previsto nestas normas «novas», a conduta punível traduz-se na falta de declaração de aquisição de património ou de indicação da respectiva origem.

Se não se demonstra de que facto ilícito típico provém o património ou o rendimento, não pode aplicar-se a norma em causa e, em consequência, não podem declarar-se perdidos a favor do Estado aqueles bens ou rendimentos.

Não pode, por isso, pretender aplicar-se o disposto no artigo 111.º, do Código Penal, sem que se verifiquem os respectivos pressupostos. O princípio da legalidade assim o impede.

\*

\*

As restantes normas previstas no P JL, como se deixou já dito, preveem o «enriquecimento injustificado» quando o agente é um **funcionário** ou um **titular de cargo político** ou **alto cargo público**, agravando unicamente as penas e mantendo todo o restante normativo do «novo» artigo 335.º - A do Código Penal, única e exclusivamente em função da qualidade do agente. Daí que nos mereçam as mesmas considerações atrás explanadas.

\*

\*



**V - CONCLUSÃO:**

O P JL em análise não merece, assim, a concordância da Ordem dos Advogados.

Lisboa 26 de Março de 2015

A Ordem dos Advogados

**Elina Fraga**

**(Bastonária)**