

Distribuído às
Juntas Deputadas
em 25.10.2011.

PROJECTOS DE LEI SOBRE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

f. 61

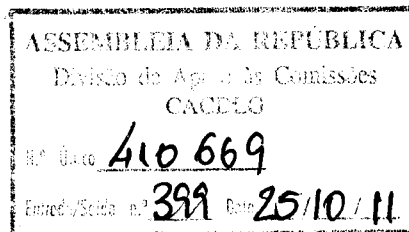
Germano Marques da Silva

I – NA GENERALIDADE

1. Não tenho objecções no plano teórico contra a ideia da incriminação do chamado enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento do património não justificado. As minhas reservas à incriminação respeitam ao âmbito subjectivo e à formulação do tipo incriminador, atentas as dificuldades no que ao tipo concerne de respeitar princípios essenciais do direito e do processo penal que são característicos do Estado de direito.
2. A incriminação do enriquecimento ilícito tem sido geralmente tratada como sucedânea ou complementar da corrupção e por isso configurada como um crime próprio dos funcionários públicos e dos titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos. Não tem de ser necessariamente assim, como, aliás, resulta do Projecto do PCP.

Convém ter presente que a incriminação da corrupção já não é hoje limitada pelo sistema jurídico português apenas aos funcionários e aos titulares de altos cargos públicos. Os arts. 41º-B e 41º-C do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro, incriminam também a corrupção no sector privado. Por isso que fique a interrogação da razão por que se limita subjectivamente a incriminação por enriquecimento ilícito aos funcionários públicos e titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos.

Acresce que há outros crimes de gravidade análoga à da corrupção. Refira-se a mero título de exemplo o *tráfico de influência* (art. 335º do CP). Este crime pode ser praticado por funcionários e titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos, mas não só. Ficam de fora da incriminação por enriquecimento ilícito (salvo no Projecto do PCP) os traficantes de influência.



3. Não me parece que seja inconstitucional a limitação do âmbito subjectivo da incriminação, tendo como finalidade a tutela do aparelho do Estado, mas interrogo-me se não seria mais justo abranger todos aqueles que enriquecem ilicitamente. Os grandes incrementos de património não justificado não são exclusivo dos funcionários públicos e titulares de cargos políticos!
4. Uma das grandes dificuldades até hoje não resolvida satisfatoriamente – e nenhum dos Projectos o faz também – respeita à quantificação do incremento do património não justificado. Recorrer a conceitos vagos e indeterminados atenta contra o *princípio da legalidade*, na vertente de exigência de *lei certa*, remetendo para as autoridades judiciais um poder que compete constitucionalmente à Assembleia da República. Receio pela inconstitucionalidade de todos os Projectos pela indefinição do quantitativo do enriquecimento ou por não se considerar um padrão de referência.

A título de exemplo. Um funcionário que aufero o vencimento mensal de €1 000,00 terá um enriquecimento ilícito se apresenta um incremento patrimonial injustificado correspondente a outros € 1000? E o funcionário que aufero € 5 000,00 só cometerá o crime de enriquecimento ilícito se o seu incremento patrimonial for de € 5 000,00 ou também de €1000? Quando é que o incremento patrimonial é significativo? Qual o ponto de referência? O correspondente ao vencimento de um juiz? Recordo que na vigência originária do Código Penal foi tomado como referência pelos Tribunais para considerar o *valor elevado* o que fosse superior ao vencimento de um juiz.

5. A nossa lei já contempla situações de enriquecimento injustificado no âmbito tributário para efeitos de determinação indirecta da matéria colectável. Como vai compatibilizar-se a norma do art. 89º-A da Lei Geral Tributária com a incriminação do enriquecimento ilícito? Não será que o art. 89º-A pressupõe já o enriquecimento ilícito pelo menos para efeito de tributação?

O nº 1 do art. 89º-A da Lei Geral Tributária considera rendimento desproporcionado 50% para mais em relação ao rendimento padrão e tira as consequências em termos fiscais. Para efeitos da quantificação do incremento patrimonial significativo não deveria considerar-se também um rendimento padrão? Traria segurança ao sistema e evitaria a discricionariedade das autoridades judiciais e o eventual vício de inconstitucionalidade referido em 4.

6. Parece-me que é muito difícil estruturar o crime de enriquecimento ilícito sem violação dos princípios da não auto-incriminação e da inversão do ónus da prova. Mesmo a exigência de declaração generalizada de rendimentos – à semelhança das sociedades – terá de resolver a questão da não auto-incriminação. Os rendimentos provenientes de actos ilícitos têm também de ser declarados?
7. Tomando-se por base as declarações de rendimentos e considerando que o incremento do património não respeita apenas ao declarante, até onde se admite a devassa do património dos terceiros (interpostas pessoas)? Parece-me que apenas o projecto do PCP contempla o incremento do património de que seja titular o próprio ou por interposta pessoa.
8. Concursos com outros crimes, nomeadamente da corrupção e crimes fiscais (fraude em sentido amplo). Provado o enriquecimento ilícito e algum ou alguns outros crimes que são sua causa, verifica-se concurso real ou aparente? Qualquer das soluções acarreta problemas teóricos e práticos complexos, nomeadamente no que respeita ao *bis in eadem* e à perda dos bens que constituam o enriquecimento ilícito. Parece-nos tratar-se de concurso aparente – o projecto do PSD/CDS ao considerar o crime como crime de perigo aponta claramente nesse sentido, mas por prudência legislativa talvez se justificasse que o legislador formulasse expressamente a ressalva (salvo se pena mais grave for aplicável por força de outra disposição legal ou semelhante).
9. Se se considerar o alargamento do âmbito subjectivo (conforme Projecto do PCP) não parece adequado que o crime seja incluído no Capítulo do Código Penal relativo aos crimes cometidos no exercício de funções públicas.
10. Julgo que seria mais adequado que o combate directo ao enriquecimento ilícito ou não declarado fosse feito no âmbito do direito tributário, quer pela via simplesmente tributária (a mais fácil e mais eficaz) quer pela via da fraude fiscal ou de incriminação autónoma no âmbito do direito penal tributário.
11. A avaliação do acréscimo do património e dos rendimentos ilicitamente obtidos só poderá fazer-se pela via de factos indiciários. É impossível determinar com o mínimo de rigor as despesas correntes do suspeito e até do seu património real. Terá necessariamente de recorrer-se a factos indiciantes como sucede já de modo

limitado com a avaliação indirecta do rendimento colectável. Será a partir desses factos e tomando em conta apenas os conhecidos (excluídos off-shores, valores líquidos, valores titulados por terceiros, etc.) que se poderá apurar dos incrementos patrimoniais injustificados.

12. Receio que a incriminação do enriquecimento ilícito possa vir a servir para perseguição política – basta a notícia na comunicação social que alguém está a ser investigado – mas muito pouco eficaz. Serão processos que se arrastarão durante anos com graves consequências para os suspeitos.
13. Tomando como referência o mau costume português de pôr sempre em causa os responsáveis precedentes no cargo, a incriminação poderá vir a constituir mais uma arma de arremesso, mas também um instrumento privilegiado para a politização das magistraturas que acabarão por ser impetradas pelas denúncias e testemunhas anónimas.

II – NA ESPECIALIDADE

A – PROJECTOS DE LEI N°S 4 E 5/XII/1° (BE)

1. Valem as considerações feitas na apreciação na generalidade quanto ao conceito indeterminado de «*património e rendimentos manifestamente superiores*» aos declarados. Qual o padrão? Remete-se simplesmente para a discricionariedade das autoridades judiciárias?
2. Por coerência não se deveria obrigar a que as declarações abrangessem também o património dos terceiros próximos? Não parece que seja suportável e praticável uma declaração com tal âmbito, mas não o sendo como vão as autoridades judiciárias apurar o incremento desses patrimónios que, não obstante, hão-de ser considerados no incremento por interposta pessoa? A mera suspeita? É possível, mas de realização difícilima.
3. Julgo importante a norma do n° 4 ao estabelecer o dever de apresentar declarações de rendimentos e património durante um lapso de tempo após a cessação da função. 5 anos parece-me um período razoável. Não é previsível que a manifestação da fortuna se faça no período do exercício do cargo, pelo menos no que respeita a cargos de exercício temporário.
4. O n° 3 do projecto, ao estabelecer a perda do património incrementado ilicitamente a favor do Estado parece-me uma consequência lógica. Se o enriquecimento é ilícito, o produto da ilicitude deve ser perdido a favor do Estado. Não é líquido que essa consequência resulte já do Código Penal (arts. 109° e seguintes)
5. O Projecto n° 5/XII adapta simplesmente a Lei 4/83 às alterações propostos pelo Projecto n° 4, com especificações nas alíneas b) e d) do n° 1. Valem as observações anteriores.

B – PROJECTO DE LEI N° 11/XII (PCP)

6. Valem também para este Projecto de Lei as considerações feitas na apreciação na generalidade quanto ao conceito indeterminado de «rendimentos

anormalmente superiores» aos declarados. O que é um rendimento anormalmente superior? O dobro ou o décuplo do rendimento mensal declarado?

7. Como resulta das observações na generalidade, agrada-me neste Projecto o alargamento do âmbito subjectivo. Não são apenas os funcionários e os titulares de cargos políticos a serem punidos por enriquecerem ilicitamente, mas todos. Sendo todos, então o crime não é um sucedâneo da corrupção e não deve ser incluído no Capítulo IV, do Título V do Código Penal porque não será sempre um crime cometido no exercício de funções públicas. Será um crime contra o Estado, mas não necessariamente cometido no exercício de funções públicas. Parece-me de aplaudir este alargamento do âmbito objectivo e subjectivo.
8. A formulação do nº 2 do Projecto suscita-me muitas reservas. A que declarações se refere o nº 2? É às declarações fiscais? As declarações fiscais respeitam geralmente a rendimentos e não a património. Nos termos em que está formulado o nº 2 parece-me fazer recair sobre o suspeito o ónus da prova da aquisição do seu património por meios lícitos.
9. A formulação do nº 4 também me suscita reservas no plano da formulação. Os bens que constituem o incremento patrimonial (rendimentos anormais) devem ser perdidos a favor do Estado ou não. Se deverem, como parece, então deve dizer-se simplesmente que «são perdidos a favor do Estado...». Não se trata, ao que julgo, de uma pena acessória nem de um poder discricionário.

Penso que o Projecto quis ressaltar os casos em que os bens tenham já sido declarados perdidos a favor do Estado em razão de outra condenação. Se for essa a ideia, que é pertinente, é conveniente clarificá-la.
10. O nº 5 do Projecto parece-me supérfluo, mas não prejudica. Constitui um desenvolvimento do nº 10 do art. 89º-A da LGT. Pode ser importante manter se se quiser alargar a obrigação de participação.

C – PROJECTO Nº 72/XII (PSD/CDS)

11. Relativamente ao nº 1 do projectado art. 386º valem as considerações já feitas sobre o conceito indeterminado de «manifesta desproporção relativamente aos seus rendimentos legítimos».
12. Acresce agora também o «perigo manifesto» daquele património provir de vantagens obtidas de forma ilegítima no exercício de funções. Receio que se suscitem muitas dúvidas sobre o que seja um «perigo manifesto»! Se se pretender alargar o âmbito subjectivo do crime esta exigência do tipo tem de ser eliminada.
13. Acresce ainda a imposição de justificação das despesas (que não possam razoavelmente ser por ele justificadas) ao funcionário, o que representa uma inversão do encargo da prova. É ao funcionário que incumbe a prova da razoabilidade do seu património e despesas? Como conjugar este nº 1 com o nº 5? O que é que verdadeiramente se pretende com este elemento do tipo? Admitir ou impor a prova da licitude da aquisição do património por parte do funcionário? A imposição representa a inversão do ónus da prova.

É claro que se terá sempre de admitir que o suspeito prove que os seus rendimentos e património foram obtidos por meios lícitos.
14. Parece-me que o nº 5 é de realização impossível. Não é possível ao Ministério Público provar que o incremento do património ou as despesas realizadas «não provêm de aquisição lícita comprovada». Tal só seria possível se houvesse uma prévia obrigação de declaração do património do funcionário. Ex. Como pode o MP provar que o incremento do património é real no caso em que o funcionário era possuidor de quadros valiosos ou moedas ou barras de ouro que tinha aferrolhados? A prova da negativa é de realização impossível e convida o suspeito a fazer prova da legitimidade do seu património. Parece que ao exigir-se que o MP prove que os bens do funcionário não provêm de aquisição lícita se lhe está a exigir que prove que provêm de aquisição ilícita, mas se assim for e a proveniência for de aquisição ilícita não será necessária nova incriminação.

NOTAS FINAIS

1. Penso que é razoável e político-criminalmente necessário combater o enriquecimento ilícito, mas parece-me que a via fiscal é a mais adequada e que suscita menos questões jurídicas. Esta via admite mais facilmente as presunções legais a partir de indícios objectivos. Sugiro:

1.1. Aprofundar a previsão da determinação indirecta da matéria colectável, por uma parte, e a incriminação da fraude fiscal, por outra.

1.2. No que respeita à determinação indirecta da matéria colectável há apenas que rever o art. 89º-A da LGT, alargando os pressupostos da avaliação indirecta do rendimento colectável e agravando significativamente o imposto a pagar ou aplicando uma coima de valor elevado.

1.3. Relativamente à incriminação da fraude fiscal, rever os comportamentos típicos que constituem fraude fiscal, deixando claro que a falta de declaração de rendimentos constitui fraude fiscal (quando dolosa) ou contra-ordenação muito grave.

1.4. Caminhar no sentido de obrigar todos os cidadãos a fazer uma declaração de património. A partir desta declaração inicial, o incremento de património não declarado ficaria sujeito a determinação indirecta da matéria colectável com tributação substancialmente agravada. É uma via que deparará com muitas dificuldades burocráticas, donde que seja eventualmente inviável a curto ou médio prazo.

2. Sempre que se proceda a determinação indirecta da matéria colectável seria feita participação ao Ministério Pública para investigar a fonte dos rendimentos e a eventual prática de ilícitos criminais, considerando que os pressupostos da determinação indirecta da matéria colectável constituem indícios de prática de crimes, desde

logo a fraude fiscal. É o mero desenvolvimento do art. 89º-A, nº 10, da LGT.

A partir do momento em que há um facto indiciador de não declaração de rendimentos, pode justificar-se uma investigação alargada para determinar a composição do património do suspeito.

- 3. Desenvolver a obrigação de declaração de património referida em 1.4 e incriminar a falta de declaração ou omissão. Constituiria o crime de fraude fiscal por enriquecimento não declarado.**