



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

VIA EMAIL

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

Email: Comissao.1a-ACDLGXII@ar.parlamento.pt

<i>V/ Referência:</i>	<i>V/ Data:</i>	<i>N/ Referência:</i>	<i>Ofício n.º</i>	<i>Data:</i>
Parecer - Proj. Lei n.º 766/XII/4.ª e 782/XII/4.ª	18/02/2015	GAVPM/Pasta 1.1/ActLegis	2023	30-03-2015

ASSUNTO: **Parecer sobre Projecto de Lei n.º 766/XII/4.ª (BE) e 782/XII/4.ª (PCP) que estabelecem o regime do denominado "enriquecimento injustificado"**

Exmo. Senhor Presidente da
Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias,

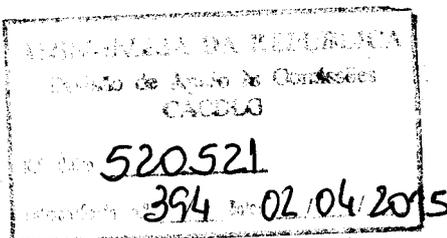
Tenho a honra de remeter a V/ Exa. e em conformidade com o solicitado, parecer sobre os Projectos de Lei n.º 766/XII/4.ª (BE) e 782/XII/4.ª (PCP) que estabelecem o regime do denominado "enriquecimento injustificado", elaborado pelo Exmo. Senhor Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice - Presidente e aos Membros do CSM, Juiz de Direito, Dr. Nuno de Lemos Jorge.

Mais se informa que o Parecer que ora se remete, substitui o anteriormente enviado no dia 26/03/2015.

Com os nossos melhores cumprimentos, *a sua elevada consideração*

O Juiz Secretário do Conselho Superior da Magistratura,

Joel Timóteo Ramos Pereira





S. R.
CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

ASSUNTO: Parecer sobre os Projectos de Lei n.º 766/XII/4.ª (BE) e n.º 782/XII/4.ª (PCP), que estabelecem o regime do denominado “enriquecimento injustificado”

20.03.2015

PARECER

1. Objecto

Pelo senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias foi solicitada a emissão de parecer escrito relativamente aos **Projectos de Lei n.º 766/XII/4.ª (BE) e n.º 782/XII/4.ª (PCP)**, que estabelecem o regime do denominado “enriquecimento injustificado”.

Foi determinada a elaboração de parecer.



2. Enquadramento geral

O fenómeno da corrupção, ainda que (supõe-se) seja quase tão antigo como a própria sociedade¹, tem vindo a ser alvo de atenção crescente por parte de cidadãos e organizações cada vez mais exigentes e, também, em grau muito apreciável, pela ordem jurídica nacional e internacional, destacando-se, neste último plano²:

- (i) A Convenção relativa à luta contra a Corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados - Membros da União Europeia, assinada em Bruxelas em 26 de Maio de 1997;
- (ii) A Convenção sobre a luta contra a Corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, conhecida como Convenção OCDE (adoptada em Paris em 17 de Dezembro de 1997);
- (iii) A Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo em 30 de Abril de 1999;
- (iv) A Convenção da União Europeia relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades, assinada em Bruxelas em 26/07/1995, e seus dois protocolos.

¹ *“Vem da noite dos tempos a propensão do ser humano para a venalidade, para a aceitação de vantagens indevidas pelo exercício de poderes públicos, para recebimento do que, na sugestiva expressão francófona, se designa por “pots de vin”. Porém, só muito recentemente se abandonou o cinismo das teorias funcionalistas, que entendiam a corrupção como “um mal necessário do mercado”, o lubrificante das relações entre o sector privado e os poderes públicos. É lícito afirmar que o interesse pelo tema tem vindo a recrudescer e a ocupar as agendas de todas as instâncias internacionais, que cristalizaram em instrumentos jurídicos diversos a expressão das suas vontades de combate contra o que agora consideram, generalizada e abertamente, como “um fenómeno social, político e económico complexo”, que leva ao enfraquecimento do estado de Direito e que “viabiliza práticas que aumentam as tensões sociais, diminuem a oferta de serviços, facilitam a actuação do crime organizado e comprometem o desenvolvimento” – Euclides Dâmaso Simões, “Contra a Corrupção (Propostas terapêuticas para uma endemia antiga)”, Revista Julgar online, 2014, disponível em www.julgar.pt.*

² Últ. A. e ob. cit.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

- (v) A Convenção Inter-Americana contra a Corrupção, adoptada em Caracas em 29 de Março de 1996;
- (vi) A Convenção da União Africana para prevenir e combater a Corrupção, adoptada em Maputo em 11 de Julho de 2003;
- (vii) A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adoptada em Mérida em 31 de Outubro de 2003;
- (viii) A Resolução (99) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 1 de Maio de 1999, que estabeleceu o grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO); e
- (ix) A Resolução (97) 24 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 6 de Novembro de 1997.

*

Entre aqueles instrumentos, sobressai a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adoptada em Mérida em 31 de Outubro de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de Setembro, cujo artigo 20.º estabelece o seguinte: *“sem prejuízo da Constituição e dos princípios fundamentais do respectivo ordenamento jurídico, cada Estado parte deve adoptar as medidas legislativas ou de outro tipo que se revelem necessárias para criminalizar o enriquecimento ilícito, quando praticado intencionalmente, ou seja, o aumento significativo do património de um funcionário público não explicável tendo em conta os rendimentos declarados”*.

O direito penal não é, todavia, o único domínio em que o combate à corrupção se desenvolve: há medidas implementadas, em diversos ordenamentos jurídicos, em matéria civil e fiscal.



Considerando que um dos Projectos de Lei sob apreciação se centra em medidas no plano do direito criminal, importa, pela sua grande relevância, recordar as linhas que, no acórdão n.º 179/2012, o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de traçar quanto à criminalização do “enriquecimento injustificado”.

3. Linhas gerais do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012

No referido acórdão, apreciaram-se as seguintes normas do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República:

“Artigo 1.º

27.ª alteração ao Código Penal

1 - É aditado à secção II do capítulo I do título V do livro II do Código Penal (...) o artigo 335.º-A, com a seguinte redacção:

“Artigo 335.º-A

Enriquecimento ilícito

1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o activo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o 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 títulos, 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.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

2 - A secção VI do capítulo IV do título V do livro II do Código Penal (...) passa a denominar-se “Enriquecimento ilícito por funcionário”, sendo composta pelo artigo 386.º, que passa a ter a seguinte redacção:

“Artigo 386.º

Enriquecimento ilícito por funcionário

1 - O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o activo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o 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 títulos, 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.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-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 determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.



5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.”

3 -A actual secção VI do capítulo IV do título V do livro II do Código Penal passa a ser a secção VII, sendo composta pelo actual artigo 386.º, que passa a ser o artigo 387.º.

(...)

Artigo 2.º

Quinta alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho

É aditado à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (...) o artigo 27.º-A, com a seguinte redacção:

“Artigo 27.º-A

Enriquecimento ilícito

1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos 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 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o activo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o 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 títulos, 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.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-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 determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”

(...)

Artigo 10.º

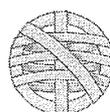
Prova

Compete ao Ministério Público, nos termos do Código do Processo Penal, fazer a prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito.”

*

A posição (maioritária) do Tribunal Constitucional, afirmada no referido acórdão, pode sintetizar-se nos seguintes pontos (todos em transcrição de excertos da decisão):

- a. Inicialmente (no Projecto de Lei), a norma punia apenas o ‘funcionário’ e equiparados e pretendia tratar tal crime como de ‘perigo abstrato’. Na versão constante do Decreto n.º 37/XII, qualquer pessoa pode ser agente do crime de ‘enriquecimento ilícito’ (artigo 335.º, n.º 1-A). Ou seja, o crime deixou de ser específico e a qualidade do agente – funcionário, titular de cargo político ou titular de alto cargo público – passou a ter apenas como consequência a agravação da pena aplicável ao crime.
- b. O tipo legal de crime de ‘enriquecimento ilícito’ está 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 descrição dos elementos típicos supõe que o agente adquira, possua ou detenha património,



entendendo-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do 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 despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro (artigos 335.º-A, n.ºs 1 e 2, 386.º, n.ºs 1 e 2, e 27.º-A, n.ºs 1 e 2); sem origem lícita determinada (artigos 335.º-A, n.º 1, 386.º, n.º 1, e 27.º-A, n.º 1); incompatível com os seus rendimentos ou bens legítimos, entendendo-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 determinada (artigo 335.º-A, n.ºs 1 e 3) ou, tratando-se de funcionário ou de titular de cargo político ou de alto cargo público, 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 determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos (artigos 386.º, n.ºs 1 e 3, e 27.º-A, n.ºs 1 e 3); e que o valor da incompatibilidade exceda 100 salários mínimos mensais (artigos 335.º-A, n.º 4, 386.º, n.º 4, e 27.º-A, n.º 4).

- c. Da descrição típica resulta que o conteúdo do ilícito é o mesmo ainda que o agente da prática do crime de enriquecimento ilícito

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

seja funcionário, titular de cargo político ou titular de alto cargo público. Dela resulta também, numa interpretação que a norma, tal como vem redigida, necessariamente comporta, 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 origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes.

- d. Se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido (v.g., a autonomia intencional do Estado, o património, a liberdade sexual, saúde pública ...). Ora (nesta parte, apelando ao ensinamento de Figueiredo Dias), *“toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional”*.
- e. Por outro lado, a construção do tipo não permite a identificação da acção ou omissão que é proibida, com o que fica violada a exigência de determinação típica do artigo 29.º, n.º 1 da Constituição.
- f. Ademais, o tipo legal de crime, tal como se encontra configurado, não passa indemne ao princípio da presunção de inocência. A formulação do tipo não impede o entendimento de que verificada a



incongruência entre o património e o rendimento, ela é qualificada de enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita.

- g. Sendo o elenco de causas lícitas aberto e potencialmente inesgotável, sempre se poderia entender que a exigência de demonstração positiva da sua ausência afectaria quase irremediavelmente a operacionalidade do tipo. Assim lidas as normas incriminadoras, está-se a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de inocência, determinando, portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa.

Consequentemente, o Tribunal decidiu pronunciar-se pela inconstitucionalidade das 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 32.º, n.º 2, da Constituição.

*

As declarações de voto permitem, ainda, olhar as questões a diferentes luzes, assinalando-se o seguinte (em transcrição de excertos).

- a. O Juiz Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha salientou que, tratando-se de uma incriminação autónoma, a ausência de origem lícita determinada, enquanto elemento constitutivo do crime, não se confunde com a demonstração da prática de qualquer facto ilícito que se encontre já tipificado através da caracterização dos delitos de natureza económica ou fiscal (corrupção, peculato, participação económica em negócio, suborno, tráfico de influência,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

fraude fiscal). O preenchimento do elemento do tipo não exige, por isso, a prova da origem ilícita do património. A criminalização da conduta tem, assim, um carácter subsidiário, visando cobrir situações de acréscimo patrimonial injustificado que, por dificuldades probatórias, não possam ser enquadradas num tipo de crime que implique a própria demonstração da ilicitude da obtenção de património. Neste contexto, não é possível afirmar que existe uma indeterminação ou sobreposição relativamente ao bem jurídico tutelado, porquanto o que está em causa não é a proteção de bens ou valores que fundamentaram já a criminalização de outras condutas, mas a responsabilização penal de situações objetivas de enriquecimento desproporcionado em relação aos rendimentos lícitos conhecidos ou declarados, independentemente da determinação do facto ilícito pelo qual esses rendimentos chegaram à posse do agente.

Não falta, aqui, a legitimidade jurídico-constitucional da incriminação. O bem jurídico que parece pretender tutelar-se, em qualquer dos tipos legais em causa, é o da transparência das fontes de rendimento, que tem já diversas concretizações no sistema legal, (...) sabendo-se que entre os valores e bens consagrados na Constituição e os bens jurídicos dignos de tutela penal não tem de existir uma relação de identidade, mas apenas uma relação de analogia material.

Não pode aceitar-se que a incriminação do enriquecimento ilícito, tal como está concebida, represente uma forma de punição indireta de factos ilícitos geradores do enriquecimento e consagre,



desse modo, uma presunção de ilicitude relativamente a factos que apenas poderiam ser objeto de perseguição criminal por via do preenchimento de outros tipos legais de crime. Na verdade, a incriminação resulta, não da presunção de que o agente obteve por via ilícita um património desproporcionado em relação aos seus rendimentos legítimos, mas antes da falta de determinação da origem lícita desse património, correspondendo a uma incriminação que sanciona o enriquecimento por causa desconhecida.

Afasta-se, por outro lado, a alegada violação do princípio *in dubio pro reo*. A falta de origem lícita determinada, enquanto elemento constitutivo do crime, não implica a existência de dúvida acerca da ilicitude ou licitude da proveniência do património, mas pressupõe unicamente que não tenha sido feita prova (na fase de investigação, para efeitos de ser deduzida uma acusação, ou na fase de julgamento, para efeito de ser proferida uma decisão condenatória) de que o património tem uma origem lícita. Nestes termos, o juiz não poderá deixar de fundar a condenação num juízo de certeza sobre a invocada ausência de proveniência lícita, e, por outro lado, o arguido não está impedido de alegar e provar factos indiciários que coloquem a dúvida sobre a falta de licitude dessa proveniência. Não está excluído, por conseguinte, que o arguido exerça o seu direito de contraprova sobre os elementos de facto que respeitem aos pressupostos do ilícito penal – bastando que alegue que o acréscimo patrimonial passou a integrar a sua esfera jurídica através de meios legítimos, ainda que não



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

mencionados nas declarações apresentadas para efeitos fiscais – e, em caso de dúvida sobre a verificação dos factos, o juiz está vinculado a resolver em sentido favorável ao réu.

Justifica-se, todavia, um juízo de inconstitucionalidade, por violação dos direitos de defesa, por considerar que o tipo legal, tal como está construído, impõe ao arguido a iniciativa de alegação e prova em relação a factos que integram os elementos constitutivos do crime, violando o direito ao silêncio em termos que representam uma inversão do ónus da prova. Ainda que o direito ao silêncio por parte do arguido não seja um direito ilimitado e este não possa invocar ter sido prejudicado pelo exercício desse direito quando tenha prescindido de fornecer a sua versão pessoal dos factos ou de prestar esclarecimentos sobre questões que sejam do seu conhecimento, o certo é que, no caso, a ausência de origem lícita determinada corresponde a um elemento do tipo formulado negativamente relativamente ao qual a prova a coligir por parte do Ministério Público ou, em sede de julgamento, pelo juiz apenas poderá basear-se na discrepância entre o rendimento declarado e o enriquecimento verificado. Nesse condicionalismo, o arguido não fica dispensado do ónus da prova, visto que se lhe impõe demonstrar, sob pena de ser penalmente responsabilizado, que o património adquirido tem uma origem lícita determinada, ainda que a sua proveniência não se encontre justificada através dos rendimentos revelados pelas declarações fiscais. Não opera aqui o simples exercício do direito de declaração ou o direito ao silêncio, por parte do arguido, em função de uma estratégia de defesa que



vise favorecer a sua posição processual. O silêncio terá sempre uma consequência desvantajosa na medida em que não permite contraditar a prova negativa da origem lícita, o que significa que ao arguido cabe o ónus da prova pela positiva, ou seja, cabe-lhe demonstrar que o património adquirido, ainda discrepante com os rendimentos declarados, tem uma origem lícita. Dito ainda de outro modo: deduzida uma acusação por enriquecimento ilícito, e não dispondo o juiz de outros elementos que possam favorecer o arguido, é a este que incumbe suscitar o estado de dúvida e prestar os esclarecimentos que permitam provar a sua inocência.

- b. O Juiz Conselheiro Vítor Gomes refere que a comum e porventura enganadora designação de “enriquecimento ilícito”, encobre condutas que, em função da qualidade típica do agente, são suscetíveis de lesar diferentes bens jurídicos, havendo que distinguir a incriminação constante do aditando artigo 335.º-A do Código Penal relativamente às restantes inovações.

Relativamente àquela primeira norma (artigo 335.º-A do CP) acompanha a posição maioritária.

Já quanto às normas respeitantes ao “enriquecimento ilícito” por funcionário (futuro artigo 386.º do CP) e por titular de cargo político e de alto cargo público (futuro artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87), entende dever colocar-se a questão noutros termos.

Como quer que se designe, existe um bem jurídico com evidente dignidade penal, inerente ao princípio do Estado de direito e com afloramentos expressos noutros lugares da Constituição (p. ex. artigo 266.º da CRP), que é a confiança ou credibilidade do Estado



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

(lato sensu) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico mediato da incriminação), que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legitima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação).

Não se lhe afigura que o princípio constitucional da proporcionalidade impeça o legislador de conferir tutela a um mesmo bem jurídico, ou um bem jurídico complexo, mediante uma armadura penal em que um dos crimes tipificados seja funcionalmente ordenado a reprimir ações ou omissões ilícitas que as tipificações já existentes, na prática e numa avaliação pelo legislador democrático que não se apresente como ostensivamente errada, não se revelem idóneas para deter. O reforço da consciência jurídica da comunidade e do seu sentimento de segurança face à efetiva vigência das normas é finalidade primordial da sanção penal e, portanto, também convocável no momento da legitimação da sua cominação abstrata para as ações ou omissões que se escolham tipificar desde que satisfaçam os requisitos do princípio da legalidade penal. Ora, neste género de atuação ilícita, a conduta do agente tem uma forte componente “racional” ou de cálculo (balanço custo/benefício), sendo a previsão de que as dificuldades de prova da origem ilícita do rendimento



não facilitarão o seu aproveitamento factor fortemente desmotivador da violação dos deveres destinados a assegurar a probidade do serviço público.

A transparência da situação patrimonial dos titulares ou agentes do poder público é, por si mesma, fortemente incentivadora da confiança dos cidadãos na imparcialidade ou probidade da sua atuação. A confiança dos cidadãos e nas instituições públicas e, sobretudo, na capacidade do Estado de fazer cumprir as suas regras por parte dos que o servem, é um fator crucial da existência e coesão das sociedades democráticas. A transparência da situação patrimonial dos servidores públicos, a revelação da congruência entre a evolução da riqueza no período de exercício do cargo e os rendimentos lícitos conhecidos, constitui um meio de fomento ou um travão à erosão da confiança na imparcialidade no exercício das funções do Estado. Estamos, assim, perante um bem jurídico coletivo, inerente à organização democrática do Estado, e é isso que legitima que aos titulares de cargos políticos e equiparados e a titulares de altos cargos públicos já há muito se imponha a apresentação no Tribunal Constitucional da declaração de património e rendimentos, nos termos da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, alterada por último pela Lei 36/2010, de 2 de setembro. A confiança da comunidade no são funcionamento das instituições democráticas é um valor constitucional fundamental e, portanto, um bem jurídico com “dignidade penal”.

Não obstante, acompanha o acórdão na conclusão de que a incriminação constante do aditando artigo 386.º do Código Penal,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

mesmo no grau de evidência em que o controlo de constitucionalidade tem de conter-se neste domínio, viola o princípio da proporcionalidade. Está em causa a falta de transparência sobre as causas de enriquecimento, embora conjugada ou revelada por uma situação patrimonial desproporcionada aos rendimentos de origem lícita conhecidos ou declarados. Ora, a imposição desse dever a todo e qualquer funcionário, na lata aceção penalmente relevante do termo “funcionário”, mesmo quando não lhe estejam cometidos poderes suscetíveis de condicionar seja a preparação, formação ou tomada de decisão, seja a conformação da execução desta, ou as opções de prestação do serviço público, é flagrantemente desnecessária (por não existir aí o perigo que se visa prevenir) e excessiva, porque a carga ofensiva que comporta para outros direitos fundamentais, como o direito à reserva da vida privada do próprio e de terceiros, não tem a legitimá-la aquela necessidade.

Porém, o mesmo não sucede relativamente aos agentes sobre os quais já hoje impende o dever de declarar em termos extrafiscais o património e rendimentos, e que são aqueles a que corresponde o âmbito subjetivo de aplicação do artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho. A exigência de transparência sobre as causas do enriquecimento, cujo desrespeito é punido mediante a incriminação do “enriquecimento ilícito” é, aqui, um crime específico de um certo tipo de agentes, a quem a lei legitimamente impõe um dever especial de transparência (cfr. artigo 4.º da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, na redação que lhe conferiu a Lei n.º 38/2010, de



2 de setembro). Há um prévio dever de comunicar com verdade que obriga os sujeitos deste crime a declarar os seus bens e a fonte dos rendimentos e que pelas razões já aduzidas se destina a proteger as condições organizatórias indispensáveis ao viver comunitário. É esse dever que a desproporção entre a riqueza ostentada e os rendimentos lícitos conhecidos demonstra não ter sido cumprido e é essa falta de transparência que agora se pretende punir criminalmente deste modo. Elemento objetivo do tipo é a aquisição, posse ou detenção de património sem origem lícita conhecida, o que objetivamente não implica – contrariamente à interpretação que me parece ter prevalecido – que o tipo presume constitutivamente a origem ilícita do património ou dos meios com que foi adquirido.

Quanto à violação do princípio *in dubio pro reo*, recorda que está em causa a impossibilidade de determinar a origem lícita do enriquecimento do agente no período abrangido pelo dever de declarar, e de declarar com verdade, o património e rendimentos. Ora, como enfatiza a norma do artigo 10.º do Decreto, e já decorre dos princípios gerais do processo penal de estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação, incumbe ao Ministério Público (no sentido de que a dúvida se resolve contra a acusação) a prova também deste elemento do tipo. A lei não presume a ilicitude ou a culpa do agente relativamente ao crime que se lhe imputa. O que existe é uma inferência de facto de ocultação da origem dos rendimentos face às declarações prévias obrigatoriamente apresentadas e à incongruência com a situação patrimonial



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

revelada por qualquer das acções típicas (adquirir, possuir ou deter) que, se for abalada em qualquer dos seus pressupostos, conduz à absolvição do arguido quanto a este crime.

Ora, o Tribunal Constitucional tem admitido, como válida a existência de presunções de facto, desde que o arguido possa desmontar o nexó lógico-inferencial em que a presunção se sustenta e baste a contraprova (e não a prova do contrário) para assegurar uma decisão favorável ao arguido.

Não pode considerar-se que a estrutura do tipo colida necessariamente com o conteúdo de sentido do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Nenhuma contribuição se exige ao arguido para a prova dos factos constitutivos do tipo e nenhuma conclusão desfavorável ao arguido se retira do seu exercício do direito ao silêncio. Prestar ou não declarações ou apresentar prova quanto à origem lícita do enriquecimento é opção que o arguido tomará livremente consoante a estratégia de defesa que escolha.

- c. Para o Juiz Conselheiro Rui Moura Ramos, a inconstitucionalidade da norma sindicada não decorre diretamente da invocada inexistência de um bem jurídico claramente definido. Responde afirmativamente à questão de saber se as normas sindicadas asseguram a tutela de bens jurídicos, acrescentando a este respeito que os bens jurídicos que justificam a incriminação serão os mesmos que suportam outras incriminações plasmadas no sistema jurídico. Estaremos assim perante um bem jurídico compósito, cuja legitimidade jurídico-constitucional está assegurada pelos fundamentos que asseguram a legitimidade das normas



incriminadoras cuja direta violação conduziu ao enriquecimento que se pretende sancionar. Tal asserção, sendo em si mesma demonstrativa da observância do património valorativo com assento constitucional, não é afetada pela circunstância de o bem que assim se pretende tutelar surgir aqui numa conceção que resulta da concentração dos bens que justificam as referidas incriminações. O que não implica que esta construção não possa ter repercussões na formulação do tipo, ao impedir a sua necessária concretude, frustrando assim a possibilidade de tornar apreensível o mandamento jurídico-penal inscrito na norma.

*

Em anotação ao referido acórdão, José de Faria Costa (“Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer *por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado*”, RLJ n.º 3973, ano 141.º, Março-Abril de 2012, págs. 249 e ss.) adere aos respectivos fundamentos, considerando, todavia, que “o primeiro e mais profundo problema reside em uma questão *prévia a todas*” as que foram enunciadas na decisão. Em suma, sustenta que a criminalização do enriquecimento ilícito prevista no Decreto n.º 37/XII, “*resulta dificilmente – para dizer o mínimo – harmonizável com a dimensão político-criminal referida à exigência de estrita vinculação da punibilidade a um específico comportamento humano (ação e omissão)*”, desviando-se de um verdadeiro (e desejável) direito penal do facto para um “direito penal do estamento”. Assinala, ainda, que o legislador acabaria por, de um modo incoerente, ser mais exigente para alcançar a sanção jurídica *civil* do enriquecimento sem causa do que para fixar a sanção jurídica *penal* do enriquecimento ilícito, ao prescindir aqui, mas não ali, da identificação de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

uma concreta “vítima” de empobrecimento, reclamando “o menos para o mais”.

*

Analisando o acórdão, Helena Susano (“Da Criminalização do Enriquecimento Ilícito Dentro dos Limites da CRP”, Revista *Julgar online*, disponível em www.julgar.pt), sustenta o seguinte: *“a necessidade da criminalização do enriquecimento ilícito encontra-se em estreita conexão com o bem jurídico a ser tutelado pela respectiva norma, isto é, importa identificar o bem jurídico que se visa proteger a fim de aquilatar a proporcionalidade da tipificação da conduta ilícita”*, identificando esse bem jurídico como a *“transparência da situação económico-financeira dos titulares de órgãos públicos de natureza política que é condição de dignidade e prestígio do Estado”*, concluindo, pois, *“que há um bem jurídico devidamente identificado a ser tutelado pela norma, cuja violação é socialmente intolerável”*, apontando para a necessidade de circunscrever os agentes do crime aos funcionários *“que já possuem o dever de declarar extrafiscalmente o seu património e rendimentos, atentas as funções que exercem, e se encontram abrangidas quer pela Lei n.º 34/87 de 16.07, quer pela Lei 38/2010 de 2.09”* e admitindo o alargamento a algumas pessoas que com eles tenham relações especiais. Defende, por fim, que não haverá violação do princípio *in dubio pro reo* na medida em que ao MP caiba *“o ónus da prova de que se verifica o enriquecimento, o que implica a evolução da situação patrimonial do enriquecido, sendo, pois, necessário, considerar um período temporal razoável que antecede e seja subsequente ao exercício das funções; bem como a prova de que esse enriquecimento é desconforme com a declaração exigida, que esta*



omissão foi intencional e que o enriquecido bem conhecia a ilicitude da sua conduta”.

*

Vozes mais críticas (Helena Morão e Inês Ferreira Leite, “Enriquecimento Ilícito: Crime Chinês para Inglês Ver”, Boletim Informativo do IDPCC, ano IV, n.º 1) afirmam que, com a criminalização do enriquecimento, poderá perder-se a oportunidade de construir uma via efetiva de combate à corrupção, simultaneamente útil e em plena conformidade com a Constituição. *“Uma hipótese que mereceria ser seriamente ponderada, tendo em atenção os valores da confiança dos cidadãos no Estado e da transparência dos processos de decisão pública, seria o alargamento do dever de declaração de acréscimos de património de valor substancial, quer por titulares de cargos políticos, quer por funcionários dirigentes. A punição poderia então basear-se na omissão de uma tal declaração ou na prestação de falsas declarações. A pena correspondente, em virtude do princípio da proporcionalidade, teria de ser claramente inferior à da corrupção ou do tráfico de influência e não poderia ser cumulada com a destes crimes, caso viessem a ser também provados”.*

*

Tendo em mente a discussão (aberta e ainda actual) dos limites à incriminação do denominado enriquecimento injustificado, analisemos, pois, os projectos relativamente aos quais foi solicitado parecer.

4. Projecto de Lei n.º 782/XII/4.^a (PCP)

O Projecto de Lei em causa cria uma obrigação de declaração de património e rendimentos acima de certo montante à administração



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

tributária, criminalizando a omissão desse dever em geral, para funcionários e para titulares de cargos políticos.

*

Na respectiva exposição de motivos, pode ler-se o seguinte: “No projecto de lei do PCP, o valor jurídico-penal tutelado é a transparência da aquisição de património e de rendimentos de valor significativamente elevado (acima de 200 salários mínimos nacionais mensais), sendo estabelecido o dever da sua declaração à Administração Tributária dentro de um prazo legalmente estabelecido, sendo igualmente estabelecido o dever de declaração da origem desse acréscimo anormal de rendimentos e de património. O acréscimo patrimonial não constitui, em si mesmo, qualquer presunção de ilicitude. O que se sanciona como ilícito é a ausência de declaração ou da indicação de origem do património e rendimentos, o que a ser corrigido implica a dispensa de pena”.

*

Artigo 1.º

O artigo 1.º do Projecto de Lei, sob a epígrafe “*dever de declaração de património e rendimentos*”, tem a seguinte redacção:

“1. Quem, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, 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 colectiva, 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 efectuada 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 respectiva origem.

3. Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por património todo o activo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, acções 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 efectuadas 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”.

*

O n.º 1 cria a obrigação de declarar o património e o rendimento já existentes à data de entrada em vigor do diploma.

O limiar relevante, ultrapassado o qual a obrigação de declaração se constitui, é de 400 “salários mínimos nacionais”, o que suscita três observações.

Em primeiro lugar, o rigor terminológico e a harmonia do sistema recomenda, o uso da expressão “remuneração mínima mensal garantida”, constante dos artigos 273.º e ss. do Código do Trabalho.

Em segundo lugar, não se esclarece se o valor em causa (correspondente, nos dias de hoje, a 202.000,00 euros) diz respeito a cada um dos segmentos (património / rendimento) ou ao conjunto de ambos.

Em terceiro lugar, quanto ao rendimento, não é evidente o período temporal de referência (mensal, semestral, anual...). Ademais, parecem



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

relevar os rendimentos brutos: o n.º 2 assim o sugere (com evidente identidade de razão) e o n.º 4, pese embora se restrinja à definição dos rendimentos “legítimos”, reforça a conclusão, mas poderia clarificar-se esse aspecto também no n.º 1 (tal como se faz no n.º 2).

Não releva, claro está, que o património ou rendimento sejam tributáveis. A obrigação abrange todo o património (na acepção do n.º 3) e todo o rendimento, o que apenas se pode compreender por não estar em causa directamente cobrar os impostos, mas ter a oportunidade de, através do conhecimento global do património e do rendimento, apurar o que está ou não sujeito a tributação e, numa outra dimensão, para além da fiscalidade, afirmar uma obrigação de transparência, o que coloca o foco, em particular, naqueles que ocupam (pelo menos alguns) cargos públicos e, em particular, nos titulares de cargos políticos.

É precisamente neste ponto que a Proposta pode merecer alguma reflexão adicional (o que, note-se, não significa que tal reflexão conduza ao seu afastamento): se a obrigação de declaração serve (também) interesses extrafiscais, há que ponderar se, para a sua satisfação, se justifica abranger todas as pessoas, ainda que não interfiram com os ditos interesses.

A resposta não pode deixar de ser negativa.

A obrigação de declaração abrangeria todos os cidadãos, indistintamente, desde que ultrapassassem o limiar de rendimentos e/ou património previsto na lei. O mesmo é dizer que imporia a revelação dos rendimentos e do património a todas as pessoas nas sobreditas condições, ou seja, sem distinguir entre aquelas sobre as quais repousam especiais obrigações de transparência e quaisquer outras. Ora, se a sobredita obrigação se compreende ali, já carece de fundamento aqui.



Ela apresenta-se, com tais contornos, manifestamente desproporcionada (aliás, *duplamente* desproporcionada, na medida em que atinge um número muito elevado de pessoas não apenas por desatender às suas funções, mas também por fixar um limiar de rendimentos e património que está ao alcance de um universo assinalável de cidadãos), desconforme ao fim do diploma (porque desviante dos fins da tutela da transparência) e desconforme também ao sentido (de relevância fiscal) das declarações perante a autoridade tributária.

Por tal desproporção e desconformidade aos interesses a proteger, a solução não é razoável nem aceitável.

*

O n.º 2 estabelece uma segunda obrigação declarativa, relativamente ao incremento do património pré-existente superior a 100 vezes a remuneração mínima mensal garantida (actualmente, 50.500,00 euros).

Valem, aqui, com as devidas adaptações, os comentários que se deixaram consignados a respeito do n.º 1.

*

Os números 3 e 4 definem o “património” e os “rendimentos e bens legítimos” para os efeitos previstos no diploma.

*

Artigos 2.º e 3.º

Os artigos 2.º e 3.º do Projecto de Lei aditam ao Código Penal dois novos artigos (335.º-A e 337.º-A) e à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, um novo artigo (23.º-A), com a seguinte redacção:

“Artigo 335.º-A

Enriquecimento injustificado

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

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 respectiva 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.*

Artigo 377.º-A

Enriquecimento injustificado de funcionário

1. *O funcionário que, durante o período de exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, 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 respectiva origem, é punido com pena de prisão de 1 a 8 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.

Artigo 23.º-A

Enriquecimento injustificado

1. O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício das suas funções, ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, não cumprir os deveres de declaração à administração tributária estabelecidos na lei sobre enriquecimento injustificado quanto à ocorrência da aquisição, posse ou detenção, bem como à respectiva origem, é punido com pena de prisão de 1 a 8 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 do Código Penal.”

*

As normas, muito próximas, obedecem a uma construção que, como é evidente, escapa a algumas dificuldades explicitadas no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012.

No entanto, alguns pontos merecem ponderação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

a) Admitindo a existência de um bem jurídico com dignidade bastante para merecer a tutela penal que se reconduz à ideia de *“transparência da situação económico-financeira dos titulares de órgão públicos de natureza política que é condição de dignidade e prestígio do Estado”* (palavras de Helena Susano, loc. cit.), algo que, aliás, as declarações de voto apostas naquele acórdão do Tribunal Constitucional realçaram em maior ou menor grau, impõe-se desde logo a observação de que não é nele que assenta a incriminação do proposto artigo 335.º-A, no qual se prevê um crime que pode ser praticado por qualquer pessoa (já não assim relativamente aos demais artigos aditados).

Na exposição de motivos, sobressai o problema, afirmando-se como bem jurídico, genericamente, a transparência da aquisição de património e de rendimentos de valor significativamente elevado.

Em bom rigor, o bem jurídico ali mencionado parece estar em causa no proposto artigo 335.º-A, mas apresenta-se com outra densidade nas demais normas propostas, onde o seu desenho se aproxima já da descrita ideia de transparência da situação económico-financeira dos funcionários ou titulares de órgão públicos.

Fica a dúvida (e daí a necessidade de ponderação) sobre a suficiente densidade do bem jurídico, na sua configuração minimalista (sobre a qual se ergue o artigo 335.º-A), a ponto de justificar a tutela penal, atento o princípio da intervenção mínima do direito penal, sendo certo que *“a primeira obrigação do*



legislador em matéria criminal é a de elaborar o tipo legal de crime de forma a denominar ou, ao menos, a deixar reconhecível o bem jurídico através dele tutelado” (José de Faria Costa, ob. cit., pág. 253).

- b) A inserção sistemática do artigo 335.º-A é, aliás, reveladora de alguma ambiguidade na sua construção. Arrumar a incriminação na secção dos “crimes contra a realização do Estado de direito”, ao lado da alteração violenta do Estado de direito, do incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito, do atentado contra o Presidente da República, da ofensa à honra do Presidente da República, da sabotagem, do incitamento à desobediência colectiva, das ligações com o estrangeiro, do ultraje de símbolos nacionais e regionais, da coacção contra órgãos constitucionais, da perturbação do funcionamento de órgão constitucional e do tráfico de influência não parece assegurar coesão sólida.
- c) As dificuldades acabadas de expor prendem-se, em parte, com alguma ambiguidade do bem jurídico, no caso do artigo 335.º-A, mas não só. Ao contrário do que acontecia com o crime sobre o qual versava o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, não pode afirmar-se que a construção do tipo não permite a identificação da acção ou omissão que é proibida. Pelo contrário, a conduta proibida é clara e objectiva: a omissão da declaração devida, com o que fica respeitada a exigência de determinação típica que decorre do artigo 29.º, n.º 1 da Constituição. Ora, é precisamente no momento em que centramos a nossa atenção na

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

conduta proibida que somos transportados a duas observações suplementares.

- d) À primeira vista, a conduta que se visa, em primeira linha, evitar (omissão da declaração à administração tributária) parece ter mais atinência com o RGIT do que com o Código Penal, sendo ali (e não aqui) que se encontra a incriminação da ocultação de factos à administração tributária, designadamente no artigo 103.º (fraude fiscal). Compreende-se, claro está, o motivo de a norma não ter sido inserida naquele diploma: a intenção do legislador não é, afinal, a protecção do património da Fazenda Nacional, mas antes a “transparência” na aquisição de bens e percepção de rendimentos. No entanto, precisamente porque a obrigação de declaração perante a administração tributária constitui um *instrumento* para alcançar aquele *fim*, acabamos reconduzidos a condutas típicas análogas àquelas cujo lugar “natural” é o RGIT.
- e) A observação não tem interesse meramente teórico, já que nos conduz, precisamente, ao problema do concurso aparente entre o crime previsto no artigo 335.º-A e o crime de fraude fiscal qualificada previsto no artigo 104.º, n.º 2 e n.º 3 do RGIT, levando a questionar se, aqui (ou seja, não se tratando de conduta de funcionário ou de titular de cargo político), não seria mais razoável introduzir alterações na norma do RGIT, ou articular melhor ambos os regimes, desde logo para lograr melhor harmonização sistemática das soluções de dispensa e atenuação especial da pena.
- f) A previsão do n.º 3 do artigo 335.º-A pode suscitar dúvidas quanto ao respeito pelo princípio *in dubio pro reo*, ao impor ao arguido o



ónus da prova da origem lícita dos bens ou rendimentos para beneficiar da atenuação especial da pena. Na verdade, funcionando essa origem lícita como *atenuante*, cabe notar que o princípio *in dubio pro reo* se aplica não apenas quanto aos elementos fundamentadores e agravantes da incriminação, mas também quanto às causas de exclusão da ilicitude, de exclusão da culpa, da exclusão da pena, bem como a todas as circunstâncias atenuantes sejam modificativas ou simplesmente gerais. Em todos os casos de persistência de dúvida razoável após a produção da prova o tribunal tem de decidir no sentido mais favorável ao arguido (Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, vol. I, pp. 215), o que se afigura de difícil compatibilidade com uma exigência de *prova* (a expressão “fizer prova” implica um convencimento para além da dúvida razoável). Melhor seria estabelecer simplesmente a atenuante, deixando funcionar os princípios gerais do direito penal.

- g) Parece ser inócua a previsão do n.º 4 do artigo 335.º-A, já que a remissão para o artigo 111.º implica que a perda da vantagem ou direito exige sempre a prova de que, *na sua origem*, esteve um facto ilícito típico. Ora, o facto ilícito típico do artigo 335.º-A (omissão de declaração), por si mesmo, nunca constitui *origem* do direito ou vantagem ocultado.
- h) Relativamente aos crimes previstos nos propostos artigos 377.º-A do Código Penal e 23.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, as observações indicadas em “a)” permitem, desde logo, afirmar em seu favor a maior densificação do bem jurídico (e a atinência bem

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

mais clara ao risco da corrupção) e mais defensável inserção sistemática, sem prejuízo de valerem, relativamente a eles, as observações constantes das duas alíneas anteriores.

Não obstante, incriminando-se uma conduta que pode estar (mas não está necessariamente) relacionada com a corrupção, não se afigura equilibrada e ajustada a opção por uma moldura penal igual à do crime de corrupção passiva praticado por funcionário e quase igual (com ligeira diferença no mínimo) à do crime de corrupção passiva praticado por titular de cargo político ou de alto cargo público – cfr. artigos 373.º do Código Penal e 17.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho. Recuperando as palavras de Helena Morão e Inês Ferreira Leite (ob. cit.), *“a pena (...), em virtude do princípio da proporcionalidade, teria de ser claramente inferior à da corrupção ou do tráfico de influência e não poderia ser cumulada com a destes crimes, caso viessem a ser também provados”*.

- i) De todo o modo, a opção pela incriminação daquelas condutas pressupõe a vontade política – que não cabe a este Conselho comentar – de prosseguir os interesses de combate à corrupção através da via da obrigação declarativa. Se assim for, pode ser melhor escolha introduzir alterações nas normas que já prevêm as obrigações declarativas para titulares de certos cargos.

*

As demais normas do Projecto não suscitam comentários.

5. Projecto de Lei n.º 766/XII/4.ª (BE)



O Projecto de Lei em causa visa reagir ao denominado “enriquecimento injustificado” por via exclusivamente fiscal, estabelecendo que toda a valorização patrimonial imobiliária e mobiliária e outros rendimentos do contribuinte que tenham sido considerados injustificados serão tributados autonomamente, para efeito de IRS ou IRC, conforme o caso aplicável, a uma taxa de 100%.

*

Na exposição de motivos, pode ler-se o seguinte: “O combate ao enriquecimento injustificado é um combate por uma cidadania responsável e pela dignificação do Estado. Mas para a efetivação desse combate não bastam palavras de consternação e de censura. São precisas medidas concretas e assertivas. O Estado, através da administração tributária, pode e deve ser mais pró-ativo nessa luta, que é, no fundo, uma luta pela sua própria existência enquanto Estado de Direito. O Bloco de Esquerda propõe, assim, uma série de medidas que visam dotar o Estado, e a administração tributária de armas concretas para essa tarefa. Assim, define-se como enriquecimento injustificado toda a situação em que se verifique um desvio de valor igual ou superior a 20% entre os rendimentos declarados e os incrementos patrimoniais do contribuinte, sempre que o valor do rendimento for superior a 25.000 euros. A administração tributária, sempre que detectar uma disparidade susceptível de ser enquadrada como enriquecimento injustificado, notifica o contribuinte para justificar a origem daquele enriquecimento. O contribuinte disporá do prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30, para justificar esse enriquecimento. Caso não o faça, o enriquecimento injustificado, será tributado autonomamente a uma taxa de 100%. Além disso, propõem-se alterações no âmbito da Lei Geral Tributária, visando uma maior eficácia da



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

actuação da administração tributária, que passará, de forma inequívoca, a ter a obrigação de enviar ao Ministério Público todos os indícios que no âmbito da sua actividade tenha apurado e que sejam susceptíveis de constituir crime, nomeadamente sempre que estiverem em causa factos susceptíveis de determinar o levantamento do sigilo bancário. A nosso ver, isto conduzirá a uma ainda mais apurada atenção da administração tributária e, por outro lado, a um apuramento mais efectivo de possíveis condutas criminosas, que vão além da justiça tributária. Por fim, e uma vez que, no âmbito dos seus poderes, a administração tributária, perante a detecção de factos indiciadores de enriquecimento injustificado, ou ilícito, pode pedir esclarecimentos aos contribuintes relativamente a esses factos, entendemos que sempre que se provar que houve falsas declarações, ou omissão de informações e de dados, bem como recusa em colaborar por parte de um agente de um crime de corrupção ou outro, previsto e punido pela legislação penal portuguesa, deverá haver uma agravação da pena na medida de um terço nos seus limites mínimo e máximo”.

*

Como se assinala no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, “o facto de o chamado “enriquecimento ilícito” ter uma expressão praticamente nula no contexto jurídico-penal europeu contrasta, no domínio do direito fiscal, com um conjunto de institutos normativos que pretendem atingir ‘determinados acréscimos patrimoniais não justificados’ que são desvelados a partir da existência de uma desproporção entre o rendimento declarado e certas “manifestações de fortuna”, os quais, assim, se encontram funcionalmente dirigidos “à deteção de situações anómalas onde se verifique uma dissonância entre a capacidade contributiva revelada pelo contribuinte



na aquisição de determinados bens e aquela outra que é possível extrair a partir dos rendimentos por ele declarados” (cf. E. DE MITA, *Fisco e Costituzione II*, Milão, 1993, pp. 1174 e ss., MARIO TRIMELONI, “Le presunzioni tributarie”, in AA. VV. (dir. ANDREA AMATUCCI), *Tratato di diritto tributario, II*, Pádua, 1994, p. 235; JOÃO RODRIGUES, *Critérios normativos de predeterminação da matéria tributável*, Coimbra, 2003, pp. 37 e ss.). Assim sucede, v.g., em Espanha (cfr. artigo 39.º da *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*), em França (cfr. artigo 168.º do *Code Générale des Impôts*) e em Itália, (com o redditometro instituído pelo Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600). Já, entre nós, podemos encontrar, no mesmo âmbito, não só iniciativas ao nível do direito fiscal como, ainda, no domínio de previsões não fiscais. No que ao primeiro se refere, temos, desde logo, a avaliação indiciária do rendimento tributável em função do confronto com certas manifestações de fortuna a qual veio a ser introduzida, sob proposta do Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal de 1996, pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Setembro, que aditou à Lei Geral Tributária (LGT) a alínea d) do artigo 87.º e o artigo 89.º-A, passando a prever-se o recurso aos métodos indirectos quando “os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo nos termos do artigo 89.º-A” (sendo estas: 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; e, por fim, a realização de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

*suprimentos e empréstimos feitos no ano de valor igual ou superior a € 50.000,00, como resulta da conjugação da alínea d) do artigo 87.º, com o n.º 4, do artigo 89.º-A da LGT). E, mais tarde, a Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, aditou ao artigo 87.º da LGT a alínea f), onde actualmente se dispõe haver lugar a avaliação indirecta quando se verificar um “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 mesmo período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados”, de modo a abranger outras “manifestações de fortuna” para além das tipificadas no n.º 4 do artigo 89.º-A da LGT (cf., sobre a questão, CASALTA NABAIS, “A Avaliação indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal”, em *Direito e Cidadania*, n.º 20/21, 2004, Cabo Verde). De notar, por pertinente à análise do problema de (in)constitucionalidade que nos ocupa, dois aspectos que decorrem desse regime legal. Em primeiro lugar, a tributação decorrente das referidas manifestações de fortuna não é automática, dependendo sempre da ausência, por parte do contribuinte, de razões justificativas para o desvio. Para esse efeito, dispõe-se no artigo 89.º-A, n.º 3, da LGT, que “cabe ao sujeito passivo a prova de que correspondem à realidade os rendimentos declarados e de que é outra a fonte das manifestações de fortuna ou do acréscimo de património ou da despesa efectuada” (a redação inicial da norma contemplava a seguinte exemplificação: “herança ou doação, rendimentos que não esteja obrigado a declarar, utilização do seu capital ou recurso ao crédito”). Por outro lado, resulta do n.º 10 do artigo 89.º-A, da LGT, que “a decisão de avaliação da matéria colectável com recurso ao método indirecto constante deste artigo, após tornar-se definitiva, deve ser comunicada pelo director de*



finanças ao Ministério Público e, tratando-se de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, também à tutela destes para efeitos de averiguações no âmbito da respectiva competência”. Como se compreende, tal preceito leva imanente, ao nível da sua configuração teleológica, que o rendimento desvelado pela existência das manifestações de fortuna resultantes da lei pode resultar da prática de actos penalmente censuráveis, não apenas na esfera dos crimes fiscais, mas também no âmbito de certos crimes contra o Estado, com o que se permite o desencadear de eventuais investigações nesses âmbitos”.

*

Definindo o objecto do diploma, o artigo 1.º do Projecto prevê que ali se estabelecem os procedimentos a seguir pela administração tributária sempre que esteja em causa a evidência de existência de situações de enriquecimento injustificado, fixando-se a taxa de tributação dos rendimentos que venham a ser apurados no âmbito desses procedimentos, alterando a Lei Geral Tributária e o Código Penal, visando a promoção de medidas de combate à corrupção.

O enriquecimento injustificado é regulado nos seguintes termos (artigos 2.º, 3.º e 4.º):

“Artigo 2.º

Enriquecimento injustificado

1 - Para efeitos fiscais, considera-se enriquecimento injustificado, sempre que se verifique uma discrepância significativa entre o rendimento declarado e o valor dos acréscimos e aquisições patrimoniais imobiliários e mobiliários.

2 - Considera-se discrepância significativa uma diferença entre os rendimentos declarados e os acréscimos e aquisições patrimoniais imobiliários e mobiliários, igual ou superior a 20% no caso de rendimentos superiores a vinte e cinco mil euros.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

3 - Consideram-se acréscimos e aquisições patrimoniais todas as valorizações dos bens imobiliários e mobiliários, incluindo, nomeadamente, o património imobiliário, títulos, aplicações financeiras, contas bancárias a prazo, direitos de crédito, quotas, acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis ou bens de consumo.

Artigo 3º

Procedimentos em caso de enriquecimento injustificado

1- Sempre que a administração tributária verifique a existência ou possibilidade de existência de qualquer situação susceptível de integrar o disposto no n.º1 do artigo anterior, notifica o contribuinte para que em 30 dias venha prestar declarações e justificar a origem desses mesmos rendimentos, sendo este prazo prorrogável por mais 30 dias a pedido fundamentado do contribuinte.

2 - Findo o prazo estipulado no artigo anterior se o contribuinte não tiver prestado declarações, ou se a administração tributária tiver motivos fundamentados para crer que se trata de falsas declarações ou que foram omitidos factos ou dados relevantes sobre a origem do património, o processo é remetido, no prazo de 15 dias, ao Ministério Público para apuramento de eventual conduta criminosa, sem prejuízo da averiguação dos crimes de âmbito tributário.

3 - São correspondentemente aplicáveis a este procedimento as normas relativas à protecção e direitos dos contribuintes previstas pelo Código de Procedimento e de Processo Tributário, nomeadamente no que se refere ao direito de impugnação judicial.

Artigo 4º

Taxação

Toda a valorização patrimonial imobiliária e mobiliária, e outros rendimentos do contribuinte que tenham sido considerados injustificados serão tributados autonomamente, para efeito de IRS ou IRC, conforme o caso aplicável, a uma taxa de 100%.”

*



No n.º 1, recomenda-se, em nota meramente formal, a introdução de um verbo: “*para efeitos fiscais, considera-se existir enriquecimento injustificado sempre que se verifique uma discrepância significativa entre o rendimento declarado e o valor dos acréscimos e aquisições patrimoniais imobiliários e mobiliários*”.

Em bom rigor, o que se pretende com o referido artigo 2.º é estabelecer uma verdadeira *presunção de rendimento*. Considerando que tal possibilidade existe já no artigo 89.º-A da Lei Geral Tributária (LGT), afigura-se que qualquer solução deveria ser trabalhada sobre esta mesma norma, que tem já resolvidos alguns problemas que podem decorrer da sua aplicação. Do mesmo modo, os procedimentos inerentes ao estabelecimento da *presunção* (artigo 3.º do Projecto) devem aproveitar (e modificar apenas na parte necessária) o que o artigo 89.º-A da LGT já regula.

A leitura do artigo 89.º-A da LGT acaba por revelar, por comparação, a maior fragilidade do artigo 2.º do Projecto: não se compreender *a medida* do acréscimo.

Ao considera-se “discrepância significativa” uma diferença entre os rendimentos declarados e os acréscimos e aquisições patrimoniais imobiliários e mobiliários, igual ou superior a 20% no caso de rendimentos superiores a vinte e cinco mil euros, esquece-se que a aquisição de muitos bens, designadamente imóveis, resulta, pelo menos parcialmente, da acumulação de rendimentos ao longo de vários anos. É precisamente esse o motivo pelo qual, no artigo 89.º-A da LGT, não se estabelece uma relação de igualdade entre o valor dos incrementos patrimoniais e o *quantum* do rendimento presumido (por exemplo, a aquisição de imóveis de valor de aquisição igual ou superior a 250.000,00 euros faz presumir apenas



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

rendimento de 20% do valor de aquisição; a aquisição de automóveis ligeiros de passageiros de valor igual ou superior a 50.000,00 euros e motociclos de valor igual ou superior a 10.000,00 euros faz presumir um rendimento de 50% do valor no ano de matrícula com o abatimento de 20% por cada um dos anos seguintes).

Não é razoável estabelecer uma relação *de igualdade valor* entre aquisição de bens e rendimento (anual) quanto a imóveis e móveis sujeitos a registo, já que a experiência demonstra que essa relação não existe em tais termos.

De todo o modo, e uma vez que o regime da Proposta prescinde, em absoluto, de qualquer verificação de ilicitude na origem da percepção dos rendimentos ou aquisição do património, é inaceitável o vertido no artigo 4.º (taxação a 100%), já que:

- a. Se a norma tiver natureza fiscal (como parece), violará o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de exigibilidade material, assumindo manifesto carácter confiscatório, contrariando o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa; e
- b. Se a norma se limitar a pressupor um facto ilícito anterior indefinido (embora não dependa da sua verificação) e ainda que se admita que esse facto (desconhecido) pode(ria) constituir crime, na falta da sua definição deparamo-nos com uma sanção criminal sem crime correspondente, em violação do disposto no artigo 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

*



Prevê-se, em aditamento ao artigo 374.º-A do Código Penal, que as penas previstas nos artigos 372º a 374º, 375º, 377º, 379º, 382º a 383 são agravadas de um terço, nos seus limites máximo e mínimo, sempre que o agente, no âmbito de procedimento tributário anterior, pelos mesmos factos, não tenha colaborado com a administração tributária, ou, tendo, colaborado, tenha prestado falsas declarações ou omitido informações ou dados. Afigura-se que a agravação, no caso de falta de colaboração (já não no caso de colaboração desviante), pode interferir com o princípio da proibição da auto-incriminação.

*

As normas de alteração da Lei Geral Tributária não suscitam comentários.

6. Síntese final

Os projectos em análise visam contribuir para o combate ao fenómeno da corrupção, procurando reagir a um resultado (enriquecimento não justificado) que se supõe, de algum modo, concatenado com aquela prática.

A reacção é, assim, indirecta, no sentido em que não se centra no facto ilícito nuclear a combater (ou seja, a solicitação ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo), mas numa ocorrência posterior a ele ligada.

A presunção (implícita) dessa ligação exige algumas cautelas e o carácter inovador das normas não dispensa, antes exige, reflexão detida sobre o seu sentido, utilidade e efeitos, tendo em vista garantir a sua



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

compatibilidade com a lei fundamental, bem como a harmonia do sistema jurídico.

Nesse conspecto, sugere-se que, na respectiva discussão, se atenda às observações *supra* expostas.

Lisboa, 30 de Março de 2015

Nuno de Lemos Jorge

Juiz de Direito/Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM

