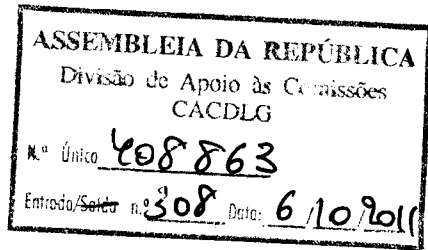




PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA



Exmo Senhor
Presidente da Comissão dos
Assuntos Constitucionais, Direitos,
Liberdades e Garantias
Assembleia da República
Palácio de S. Bento

1249 – 068 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 340/XII/1.ª

SUA COMUNICAÇÃO DE:
20/09/2011

NOSSA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 21229/2011

NOSSA COMUNICAÇÃO DE:
06/10/2011

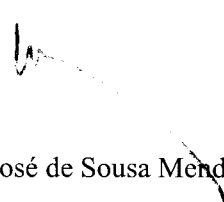
Proc.º n.º 200/2011 - L.º 115

ASSUNTO: **Parecer sobre os Projectos de Lei n.ºs. 4/XII/1.ª (BE), 5/XII/1.ª (BE), 11/XIII.ª (PCP) e 72/XII/1.ª (PSD), CDS-PP).**

Em cumprimento do despacho exarado por Sua Excelência o Conselheiro Procurador-Geral da República, tenho a honra de enviar a V. Ex.ª o *parecer* elaborado no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público.

Com os melhores cumprimentos, *de elevada estima e consideração.*

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA


(Carlos José de Sousa Mendes)

530118_1
/BBF



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PARECER
DO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
SOBRE OS PROJECTOS DE LEI 4/XII/1ª, 5/XII/1ª, 11/XII/1ª e 72/XII/1ª
(tipificação do crime de enriquecimento ilícito)

fund. de co
de iniciativa de Com.
2 = pro proba
e fidel.
4. 10. 2014

95

1. O Conselho Superior do Ministério Público não se pronuncia sobre questões de política legislativa. Assim, saber se a iniciativa de introduzir o direito penal na matéria é ou não fundada em termos sociais e axiológicos é assunto de que não nos ocuparemos. Apenas constatamos que este tema divide e apaixona, mais do que a comunidade jurídica, o todo nacional e que vivemos tempos de excepção, expostos a maiores ameaças e, conseqüentemente, desejosos de mais robusta tutela de interesses como os da probidade, integridade e transparência.

A análise a que mais adiante se procederá vai, portanto, incidir essencialmente sobre:

- a) se os textos apresentados são ou não compatíveis com a Constituição da República e com as normas de "ius cogens" que nos vinculam;
- b) se as formulações adoptadas são passíveis de execução em termos de poderem gerar eficácia e, assim, constituírem mais valia na abordagem repressiva do tema.

2. Antes, porém, seja-nos permitido um breve espaço de apreciação genérica da questão.



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1. A Convenção da ONU contra a corrupção (Convenção de Mérida), já ratificada por Portugal, **não impõe** a criminalização do enriquecimento ilícito em quaisquer circunstâncias, ou seja, a possibilidade de tipificar este crime está sujeita à observância das regras constitucionais e dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico de cada Estado Parte. Quer-se, assim, lembrar que o crime de enriquecimento ilícito, quando obrigue o acusado a justificar razoavelmente o aumento significativo do seu património, pode conflitar, nalgumas jurisdições, com o princípio da presunção de inocência (cfr., neste sentido, *“Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, págs. 86 e 87). Admite-se, contudo, expressamente que não haverá que fixar qualquer presunção de culpa e que o ónus da prova recairá, consequentemente, sobre o Ministério Público, que haverá que demonstrar que o enriquecimento do acusado é superior aos seus proventos legítimos, **podendo** o arguido ou acusado, por seu turno, apresentar uma justificação razoável ou credível para tal discrepância (cfr. *ibidem*).

Normas de conteúdo similar foram adoptadas pela Convenção Interamericana Contra a Corrupção (artigo IX) e pela Convenção da União Africana Contra a Corrupção (artº 8º). Como corolário do seu carácter não imperativo em ambas se estabelece que os Estados “que não tenham definido o enriquecimento ilícito como infracção” concedem, se as suas leis o permitirem, assistência e cooperação judiciária a outros Estados que as requeiram, tendo por base as respectivas Convenções.

As Nações Unidas, no supra citado “Guia legislativo” (pág. 86) dão-nos conta de que a tipificação do enriquecimento ilícito como crime deu resultados positivos nalgumas jurisdições, citando a propósito o exemplo de Hong Kong. Vários países da América latina (Colômbia, Peru e Argentina, por ex.) e de África optaram por essa via, provavelmente como tentativa de combater as situações de grave e generalizada venalidade com que se defrontam. Pelo menos a Colômbia estende a



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTERIO PÚBLICO

possibilidade de incriminação por essa via aos simples particulares e não apenas aos servidores públicos (como parece ser mais frequente). Ou seja: cada Estado adequou a previsão legal à gravidade da sua situação interna.

2.2. No âmbito da União Europeia merece alguma atenção a lei francesa que prevê o “Crime de não justificação de rendimentos”. Tal lei evoluiu da simples previsão (em 13 de Maio de 1996) de crime para quem não pudesse justificar os rendimentos correspondentes ao seu modo de vida estando relacionado com uma ou mais pessoas que se dediquem ao tráfico de estupefacientes ou com várias pessoas que se dediquem ao seu uso (o chamado “proxenetismo da droga” - artº 222-39-1 do C. Penal) para (em 23 de Janeiro de 2006) o crime genérico de “não justificação de rendimentos” (artº 321-6 do C. Penal). Aí se incrimina:

“le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l’origine d’un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect ...”.

O caso francês só assume alguma relevância na economia do nosso empreendimento legislativo pelo facto de nele se surpreender a atribuição ao acusado/arguido do ónus de justificar os rendimentos. O que, tratando-se de país de inegável feição democrática e de incontestável apego aos princípios do Estado de Direito e, além disso, de matriz marcadamente continental ou romano-germânica, como nós, não deixa de ser especialmente significativo.

De resto, Dan Wilsher (da City University, de Londres), no seu estudo sobre *“Inexplicable Wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respect human rights in corruption cases”* (in *“Crime, Law & Social Change”*, 2006, 45), sugere que a melhor forma de abordar a criminalização do enriquecimento ilícito é o uso de presunções legais e que, como parece demonstrar o acórdão *“Salabiaku v.*



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

France”, de 1998, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que a Convenção não proíbe, em princípio, tais presunções, desde que confinadas a limites razoáveis, “tendo em conta a importância do que está em jogo e respeitando os direitos da defesa”.

2.3. Vista a vontade política de enveredar pela senda da criminalização, o problema reside em encontrar uma fórmula que, respeitando o princípio da presunção de inocência e a correlativa atribuição do dever de provar os elementos típicos do crime ao Ministério Público, seja passível de aplicação prática, evitando a armadilha da atribuição ao Ministério Público da prova diabólica de factos negativos, que reduziria todo o esforço à produção de uma mera “lei de etiqueta”.

Por outro lado, à questão várias vezes suscitada da falta de definição do “interesse protegido” pela nova incriminação poder-se-á responder, como em 2005 o fez o Ministro de Estado do Controle e da Transparência do Brasil, em proposta de lei sobre o tema, que “o que se visa proteger, fundamentalmente, é o conceito de administração íntegra e honesta, a que têm direito todos os cidadãos, e a imagem de transparência e probidade da Administração e dos que a compõem”.

3. Passemos pois, à análise específica dos projectos de Lei apresentados.

Duma apreciação conjunta permitimo-nos extrair a imediata conclusão de que o Projecto de Lei 4/XII/1^a é o que mais se aproxima dos requisitos que cuidámos de enunciar no ponto 1 deste parecer. Além de que é, salvo o devido respeito por opinião diversa, o que se revela mais bem estruturado do ponto de vista legístico-formal.

3.1. Muito sucintamente (e atendo-nos apenas aos aspectos nucleares):



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

a) O Projecto de Lei 11/XII/1ª coloca rotunda e inaceitavelmente o encargo de justificar a origem lícita do património ou rendimentos sobre o arguido ou pessoa investigada.

b) No nº 2 do projectado artº 374º-A pretende estender-se a previsão legal a todos os cidadãos, mas aqui com referência às declarações que tenham prestado para efeitos fiscais, criando diversidade de tratamento em relação aos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, que se reportariam a declarações de cariz diverso e, por certo, de diferente abrangência.

Se se pretendem também abranger os cidadãos em geral, porque é que, em homenagem a maior uniformidade de tratamento, não se tomam como marco ou referência, em ambos os casos, as declarações efectuadas para efeitos fiscais?

c) O nº 3 afigura-se redundante, face ao teor dos pretendidos nºs 1 e 2.

d) Desnecessário será, também, o nº 4, já que as regras do C. Penal (artigos 109º a 111º), bem como os artigos 7º e seguintes da Lei 5/2002 (cujo regime se sugere seja aplicado a esta matéria) estipulam, em termos amplos e suficientemente explícitos, o perdimento dos "*instrumenta sceleris*" e dos "*producta sceleris*".

e) O Projecto de Lei 72/XII/1ª, pretendendo seguir a tradição de tratar paralela e simetricamente os actos praticados por funcionários em geral (na ampla previsão do artº 386º do C. penal) e por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos (na acepção do novo artigo 3º-A da lei 34/87), apresenta formulação complexa para o nº 1 dos projectados artº 386º do C.P. e artº 27º-A da Lei 34/87. Com efeito, há nesses normativos uma profusão conjugada de conceitos indeterminados que os tornarão de muito difícil e onerosa praticabilidade, fonte de infundáveis discussões jurisprudenciais a vários níveis das jurisdições nacionais e europeias: "incremento significativo", "que não possam razoavelmente", "em manifesta desproporção", "com perigo manifesto". Parece particularmente perturbadora da



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

eficiência que afinal se pretende a invocação do “perigo manifesto” da proveniência ilegítima.

f) Assinala-se, contudo, como harmoniosa a solução encontrada para a definição de rendimentos legítimos, reportando-a, quer no caso de funcionários em geral quer no de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos às declarações para efeitos fiscais (nº 4 de ambos os artigos).

g) A fórmula extensivamente descritiva adoptada para os nºs 2 e 3 corre o risco de, ao não utilizar a tradicional chave de flexibilização (o advérbio “nomeadamente”) deixar de fora algumas situações também carecedoras de tutela. Parece-nos, pois, que seria preferível uma redacção mais abstracta e generalizante. Permita-se um exemplo: “Constituem património ou rendimentos [fórmula preferível a “património ou despesas”] os bens ou vantagens de qualquer natureza:

a) que estiverem na titularidade das pessoas mencionadas;

b) ou na titularidade de outra pessoa, singular ou colectiva, mas de que tenham, por qualquer forma, disponibilidade ou fruição”.

h) Compreende-se a intenção dos projectados nºs 5: afastar quaisquer dúvidas quanto à não inversão do denominado ónus da prova. Parece, contudo, que a norma é desnecessária, redundante, desusada até, face às regras constitucionais vigentes, “*maxime*” as que fixam a estrutura acusatória do processo penal (artº 32º, nº 5) e o princípio da presunção de inocência (artº 32º, nº 2).

3.2. Quanto ao Projecto de Lei 4/XII/1ª:

a) A referência à Lei 4/83 e alterações subsequentes só faz sentido se apenas se quiserem abranger na previsão tipificadora titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos. Se, além disso, se quiserem também abranger funcionários



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

em geral (na lata acepção do já citado artº 386º do C. Penal), mais correcto se nos afigura que a referência seja a declaração de rendimentos para efeitos fiscais.

b) Considera-se que o texto do nº 1 do projectado artº 371º-A ganharia maior precisão e mais facilmente se eximiria à arguição de inconstitucionalidade (pelo sempre presente espectro da violação do princípio da presunção de inocência) se adoptasse formulação do género: "... estejam na posse de património ou rendimentos sem origem lícita determinada manifestamente superiores aos apresentados nas respectivas e prévias declarações ...". Daqui resultaria que sobre o Ministério Público, investigando "*à charge et à décharge*", como é das suas matriciais atribuições, com a isenção e objectividade que deve usar no exercício da acção penal, recairia o encargo de apurar a origem do património e rendimentos em causa, designadamente se resultaram de trabalho, de investimento, de doação, de herança ou de jogo. A resposta negativa a este "protocolo investigatório" permitiria concluir pela inexistência de origem lícita determinada e, conseqüentemente, pela hipótese de preenchimento do tipo de ilícito em apreço. A menos que o arguido/acusado, no uso do seu direito de defesa, queira enfim revelar a génese do que lhe é encontrado.

c) O texto ganharia explicitude se mais claramente se afirmasse a responsabilização não só de titular de cargo político, de alto cargo público ou de funcionário que exerça funções no momento como também do que as tenha exercido anteriormente (por ex., nos cinco anos anteriores).

d) A melhor forma de evitar a arguição de violação do princípio "*ne bis in idem*" será estabelecer, no texto legal, uma relação de concurso aparente entre este crime e outros que estejam subjacentes ao mesmo. Sugere-se, respeitosamente, a utilização da fórmula tradicional "se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal" no segmento final do nº 1.

e) Caso venham a ser acolhidas estas sugestões perderá sentido e tornar-se-á desnecessária a norma projectada para o nº 2. Isto é: nos termos gerais, a



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

justificação da origem lícita excluirá a responsabilidade pelo crime de enriquecimento ilícito, mas poderá subsistir infracção de outra natureza (mais frequentemente, crê-se, um crime de natureza tributária, como a fraude fiscal).

f) A regra projectada para o nº 3 é despicienda, pelas razões já aduzidas supra [ponto 3.1. d)].

3.2.1. Do conjunto de observações que vimos de formular poderia desenhar-se, em aparente sintonia com a lógica dos Projectos de Lei em apreço, uma norma de teor aproximado ao seguinte:

“Quem exerça ou tenha exercido, nos cinco anos anteriores, cargo político ou de funcionário e possua património ou rendimentos sem origem lícita determinada desproporcionais [incongruentes] com os rendimentos declarados para efeitos fiscais é punido com prisão de ... a ... anos se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

4. Normas instrumentais:

Os níveis de eficácia almejados tornam aconselhável (ou mesmo indispensável) a inscrição do novo tipo de ilícito no âmbito da previsão de diversas normas de carácter instrumental, potenciadoras do sistema repressivo, a saber:

a) No conceito de “criminalidade altamente organizada”, consagrado no artº 1º, m) do C. P. Penal.

b) No artº 1º, nº 1, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

c) No artº 2º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.



CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

d) No artº 7º da Lei de Organização da Investigação Criminal, atribuindo competência reservada para a sua investigação à Polícia Judiciária.

e) No artº 26º da Lei 93/99, de 14 de Junho, respeitante à protecção de testemunhas, como consta já do projecto de lei 72/XII/1ª.

5. Em prol do conseguimento de maior segurança jurídica e visando, em especial, evitar a excessiva alocação de meios à resolução de maior número de actos impugnatórios, permitimo-nos aconselhar que, qualquer que venha a ser a formulação aprovada pela Assembleia da República, se faça submeter a lei a fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional.

É o que, em prazo consentâneo com a exigência de “maior brevidade possível” formulada, se nos oferece representar sobre o assunto.

Coimbra, 29 de Setembro de 2011

Euclides Dâmaso Simões