



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão
de Assuntos Constitucionais, Direitos
Liberdades e Garantias
Dr. Fernando Negrão
Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249-068 Lisboa

N/Referência	Of.º n.º	Data
GAVPV/2011 99-43/D- Comissão Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias	GAVPM/8400/2011	2011.10.24

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

Exmo. Senhor,

Para os fins tidos por convenientes, tenho a honra de informar V.Exa., do teor da deliberação proferida na Sessão Plenária de 11.10.2011. deste Conselho Superior da Magistratura:

“Foi deliberado homologar o Parecer anexo, relativamente ao Projecto Lei nº 4/XII/1ª (BE), 5/XII/1ª (BE), 11/XII/1ª (PCP) e 72/XII/1ª (PSD, CDS-PP).

O Exmº Sr. Dr. Rui Patrício proferiu a seguinte declaração de voto: -----

“Votei favoravelmente o parecer, na medida em que existe um mínimo denominador comum entre o que nele se afirma e o que penso sobre os projectos em causa. Iria, no entanto, bem mais longe nas reservas e na crítica a tais projectos, sem excepção, nomeadamente (mas não exclusivamente) no que respeita à sua desconformidade normativa com a Constituição da República.” -----

Junta-se cópia do referido Parecer.-----

Sem outro assunto, apresentamos os nossos melhores cumprimentos.

O Juiz – Secretário,

(Luís Miguel Vaz da Fonseca Martins)

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA	
Divisão de Apoio às Comissões	
CACDLG	
N.º Único	410980
Entrada/Saida n.º	420
Data	29 / 10 / 11

IT

Sede: Rua Mouzinho da Silveira, nº10, n.º 1269-273 Lisboa · Telefone: +351 213220020 · Fax: +351 213474918
Correio electrónico: csn@csn.org.pt · Internet: www.csn.org.pt



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

Despacho:

PARECER

PARECER

Ref.ª: Proc. n.º 99- 43/D – Gabinete de Apoio

Assunto: Parecer sobre os Projectos de Lei n.º s Projecto de Lei n.ºs 4/XII/1ª (BE) – “Cria o tipo de crime de enriquecimento ilícito”, 5/XII/1º (BE) – “Alteração à lei nº4/83, de 2 de Abril, do Controlo Público da Riqueza dos Titulares dos Cargos Públicos”, 11/XII/1º (PCP) . “Cria o tipo de crime de enriquecimento ilícito” e 72/XII/1ª (PSD, CDS-PP) – “Enriquecimento ilícito”.

1. Objecto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, foram remetidos em 20-09-2011, o Projecto de Lei n.ºs 4/XII/1ª (BE) – “Cria o tipo de crime de enriquecimento ilícito”, 5/XII/1º (BE) – “Alteração à lei nº4/83, de 2 de Abril, do Controlo Público da Riqueza dos Titulares dos Cargos Públicos”, 11/XII/1º (PCP) . “Cria o tipo de crime de enriquecimento ilícito” e 72/XII/1ª (PSD, CDS-PP) – “Enriquecimento ilícito”.

Por despacho do Exmo. Senhor Vice Presidente do Conselho Superior da Magistratura, foi determinada a emissão de parecer.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

2. Âmbito

Estão em causa várias propostas legislativas que contendem com a reiteração da iniciativa legislativa para a criminalização do enriquecimento ilícito.

Importa sublinhar que no dia 23 de Setembro, três dias após a solicitação do presente parecer, em sessão plenária, a Assembleia da República aprovou, na generalidade, os projectos de lei do PSD/CDS-PP, do PCP e do BE que foram alvo de discussão conjunta e relativos aos projectos de lei para criação do crime de enriquecimento ilícito. Foi igualmente aprovado, na generalidade, o projecto do BE que altera a lei do controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos.

Os projectos em causa baixaram à especialidade após a referida aprovação tomada por maioria.

Essa aprovação constitui um elemento novo que, pela sua óbvia repercussão, deve ser referenciada.

3. Apreciação

O Conselho Superior da Magistratura emitiu já parecer no passado dia 9 de Fevereiro de 2011 sobre a criação deste tipo de crime no ordenamento jurídico português na sequência de iniciativas semelhantes ocorridas no passado recente.

O texto então submetido para elaboração de parecer consistia no aditamento ao Código Penal, de um novo tipo de ilícito, com o seguinte teor:

«Artigo 374.º-A Enriquecimento ilícito

1 — Os cidadãos abrangidos pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, com as alterações que lhe foram subsequentemente introduzidas, que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias.

2 — O disposto no número anterior é aplicável a todos os cidadãos relativamente a quem se verifique, no âmbito de um procedimento tributário, que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita.

3 — O disposto no n.º 1 é ainda aplicável aos cidadãos cujas declarações efectuadas nos termos da lei revelem a obtenção, no decurso do exercício dos cargos a que as declarações se referem, de património e rendimentos anormalmente superiores aos que decorreriam das remunerações correspondentes aos cargos públicos e às actividades profissionais exercidas.

4 — O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos dos números anteriores, podem, em decisão judicial condenatória, ser apreendidos e declarados perdidos a favor do Estado.

5 — A Administração Fiscal comunica ao Ministério Público os indícios da existência do crime de enriquecimento ilícito de que tenha conhecimento no âmbito dos seus procedimentos de inspecção da situação dos contribuintes.»



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

À luz daquele contexto, o Conselho Superior da Magistratura sumariamente defendeu então que “de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa¹ «o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso». (...) Ora, conforme foi enunciado pelos representantes do Conselho Superior da Magistratura na audição parlamentar perante a Comissão eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate, em 04 de Fevereiro de 2010, o modelo apresentado é susceptível de ofender princípios básicos do sistema penal: presunção de inocência do arguido, direito à não incriminação, inversão do ónus da prova sobre a ilicitude e culpa¹. Apesar de se pretender elevar a transparência a bem jurídico, esta não constitui um bem jurídico em si, mas um instrumento para a realização de outros bens jurídicos. Esta figura é tratada de modo que não é configurada como *enriquecimento criminoso*, mas como *enriquecimento ilícito*. Ora, o ilícito pode não ser crime; pode ser o ilícito cível, fiscal, administrativo. Por outro lado, o enriquecimento é um *resultado* decorrente de conduta anterior — essa sim, que pode ser penalmente punível —. O enriquecimento em si não é uma *conduta*, mas o acto que está na base desse enriquecimento é que deve ser passível de punição criminal.

Porém, nesse mesmo parecer, já então se alertava que o projecto de lei então em apreço “era passível de uma maior ofensa aos aludidos princípios constitucionais do que o *Projecto de Lei 89/XI-1*, que foi objecto de maior discussão na Assembleia da República e no qual se propôs que a prova da desproporção manifesta que não resulte de outro meio de aquisição lícito, a que se refere o n.º 1, incumbe por inteiro ao Ministério Público, nos termos gerais do art.º 283.º do Código de Processo Penal.

Nestes termos, poderia considerar-se que o princípio constitucional da presunção de inocência seria respeitado, pois caberia *em exclusivo* à acusação a prova dos respectivos elementos do crime — os rendimentos do investigado, o seu património e modo de vida —, e a manifesta desproporção, bem como o nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções públicas e de que aquele enriquecimento manifesto não provinha de um qualquer meio de aquisição

¹ Na aludida audição da comissão parlamentar, um dos Membros do Conselho Superior da Magistratura, Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Faria Costa, assinalou: «[n]o que toca ao enriquecimento ilícito, o que está em causa é a inversão do ónus da prova. Tudo o resto são construções mais ou menos elaboradas, mas que verdadeiramente só vão corresponder “para por em descanso as nossas más consciências”. Todavia, isso está impedido em termos constitucionais, mas também consideraria isso um retrocesso civilizacional». O registo vídeo da audição parlamentar dos representantes do CSM está disponível no Arquivo do Canal Parlamento, no seguinte endereço Internet: <http://80.251.167.42/videos-canal/XI/SL1/02_Comissoes/14_cevc/20100204cevc.wmv>.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

lícito, já que o artigo 283.º do Código de Processo Penal define a forma como se processa a acusação pelo Ministério Público.²”

Concluía-se em conformidade que “suscita-se sérias reservas quanto aos termos constantes do projecto de lei em apreço, particularmente com a “simplicidade” com que no n.º 1 se estabelece a incriminação quando o arguido «*não justifique, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstre satisfatoriamente a sua origem lícita*», atenta a manifesta «inversão do ónus de prova» e a violação do princípio de presunção de inocência que esta consagração implicaria no sistema criminal português.

Numa perspectiva construtiva, aventava-se, finalmente, em nota de rodapé, sobre uma possível forma de ultrapassar os problemas constitucionais subjacentes. Para tanto, invocava-se ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. 2009. “Enriquecimento ilícito”. Diário de Notícias (edição de 10-04-2009), Lisboa: Controlinveste Media, SGPS, SA que escreveu: « (...) Mas este problema pode ser ultrapassado, e tem sido ultrapassado nos países que consagraram esta incriminação da seguinte forma: o Ministério Público mantém o dever de fazer a prova dos elementos do crime, isto é, dos rendimentos lícitos do político, do seu património e modo de vida e da manifesta desproporção entre aqueles e estes e ainda de um nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções políticas. Se o Ministério Público não provar todos estes elementos do crime, não se pode punir o político. Se o Ministério Público provar todos estes elementos do crime, então o político deve ser punido, porque se verifica o referido perigo de o enriquecimento do político provir de crimes cometidos no exercício de funções. O político não tem de fazer qualquer prova, mas pode destruir a prova da acusação, mostrando que os seus rendimentos lícitos são mais elevados, que o seu património e modo de vida são mais modestos ou que o enriquecimento não é sequer contemporâneo do exercício de funções políticas».

² Cfr. o referenciado por Sua Excelência o Senhor Presidente do Conselho Superior da Magistratura, Juiz Conselheiro Dr. Noronha Nascimento, na audição da comissão parlamentar (*ibidem*): «(...) E a questão em relação ao enriquecimento ilícito é se há coragem ou não há em fazer a inversão do ónus da prova, porque todo o Ocidente tem o princípio que no crime não há inversão do ónus de prova; a prova cabe à acusação, não é como no cível em que há repartições entre autor e réu. Porque se o arguido não falar o que vai acontecer? Ele tem o direito de não falar. Ele é acusado de ter este património e não se saber como apareceu e ele diz: “não falo”; ... quem é que vai provar isto? Se houver inversão, ele tem que provar de onde aquilo lhe veio, mas não há inversão nem ninguém quer fazer! Porquê? Porque existe outro princípio constitucional inscrito nas constituições europeias: presunção de inocência. Portanto, com a presunção de inocência inscrita na Constituição não pode haver inversão e este é o grande problema de toda esta discussão. Os saxónicos têm um sistema onde fazem uma inversão mas num momento posterior, ou seja, em casos de corrupção, obedece aos parâmetros clássicos de ónus de prova: a acusação tem de provar, mas uma vez provado o crime de corrupção, é o arguido condenado que aqueles bens não lhe vieram por acto corruptivo, ou seja (e isto em termos de sanção patrimonial efectiva), o que fazem é uma inversão do ónus de prova para os efeitos patrimoniais decorrentes do crime de corrupção que já está provado. Mas em relação ao crime de corrupção em si propriamente dito, não há inversão nenhuma, só havendo nos efeitos civis uma vez provado o crime».



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

O parecer em causa mantém plena actualidade e, por isso, nos permitimos citá-lo em abundância, mantendo-se válidos os seus considerandos em particular se confrontados com a proposta 72/XII/1^a. Relativamente às diferentes propostas apresentadas sendo que todas foram já aprovadas na generalidade, irão seguramente desenvolver-se mecanismos que permitam a sua concatenação para uma eventual redacção final única que reúna os diversos contributos que, no essencial, visam objectivos comuns.

As medidas legislativas propostas, em termos substanciais, implicam com razões de política legislativa que extravasam a nossa apreciação, nelas não se detectando qualquer influência sobre o regular funcionamento das instâncias judiciais e do exercício da função jurisdicional nos termos constitucionalmente previstos.

Assim, não vislumbramos qualquer outra anotação ou sugestão para além daquela já antes feita e que se atem a uma possível violação do princípio de presunção de inocência e de uma indevida inversão do ónus da prova.

Justamente no que concerne a esta situação, anote-se como, em particular, a proposta 72/XII/1^a (PSD, CDS-PP) procurou evitar a imputação ao seu projecto de uma eventual violação desse princípio estruturante do Estado de Direito.

Nesse sentido, lê-se, na respectiva exposição de motivos, justamente de modo a salvaguardar o princípio da presunção de inocência, que se veio a atribuir “à acusação a prova dos elementos do crime, isto é, a manifesta desproporção entre os rendimentos do investigado e o seu património e padrão de vida bem como o nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções públicas e, bem assim, de que aquele enriquecimento manifesto não provem de um qualquer meio de aquisição lícita comprovado. Para tornar clara essa exigência de prova, a proposta introduz uma regra que preceitua “Incumbe ao Ministério Público a prova de que o incremento significativo do património ou as despesas realizadas por um titular de cargo político ou de alto cargo público, relativo aos seus rendimentos legítimos, não provém de aquisição lícita comprovada, nos termos gerais do art.283º do Código do Processo Penal.”

Esta regra surge plasmada no proposto nº5 do art.386º do Código Penal.

Pois bem. Em primeiro lugar suscitam-se dúvidas sobre se o normativo pretendido introduzir no C. Penal configura numa verdadeira criminalização de comportamentos, com a óbvia precedente ilicitude subjacente, ou se, pelo contrário, nos não situamos perante uma criminalização de resultados o que, nesta segunda hipótese, seria altamente contestável perante os princípios vigentes do direito criminal.



S. R.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS DO CSM

Em coerência com o que, em parecer de Fevereiro deste ano, se expressou, como vimos, relativamente à possibilidade de salvaguardar a constitucionalidade de uma norma incriminadora do enriquecimento ilícito através da atribuição à acusação pública de um delimitado e exigente ónus de prova, entende-se ser possível faze-lo conquanto caiba, em exclusivo, precisamente, ao Ministério Público o ónus de provar cumulativamente:

- os rendimentos do investigado;
- o seu património e/ou modo de vida,;
- a manifesta desproporção desse património;
- o nexo de contemporaneidade entre esse enriquecimento e o exercício das funções públicas e;
- que aquele enriquecimento manifesto não provenha de um qualquer meio de aquisição lícito.

Haverá, assim, na perspectiva do Conselho Superior da Magistratura que assegurar estes pressupostos, sob pena de clara violação da Constituição.

Em tudo o demais proposto, nomeadamente no que concerne ao controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos, reitera-se que estão em equação razões de política legislativa que extravasam a nossa apreciação.