

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

DA CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO

MARIA ARMANDA MENESES AGUIAR SANTOS

ORIENTAÇÃO: PROFESSOR DOUTOR GERMANO MARQUES DA SILVA

MESTRADO FORENSE

LISBOA, 29 DE JUNHO DE 2016

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

DA CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO

MARIA ARMANDA MENESES AGUIAR SANTOS

ORIENTAÇÃO: PROFESSOR DOUTOR GERMANO MARQUES DA SILVA

MESTRADO FORENSE

LISBOA, 29 DE JUNHO DE 2016

INDICAÇÕES SOBRE O MODO DE CITAR

1. As obras são citadas, em nota de rodapé, por referência ao nome do autor, título, edição consultada, local de edição, editora, ano e página. Quando numa só nota de rodapé se citam vários autores, a regra é a da sua ordenação alfabética.
2. Na lista de fontes, as obras encontram-se elencadas por ordem alfabética do último apelido do autor e, dentro de cada autor, pela data de publicação, da mais antiga para a mais recente.
3. No texto, em nota de rodapé e na lista de fontes, a jurisprudência é citada pelo Tribunal, pelo número do Acórdão, no caso do Tribunal Constitucional, ou pelo número do processo, no caso de a decisão ser proferida por outro tribunal, e pela data da decisão.
4. Na lista de fontes, a jurisprudência e as outras fontes encontram-se elencadas por ordem cronológica, da mais antiga para a mais recente.

ABREVIATURAS

| | |
|----------------------------|---|
| Convenção de Mérida | Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 31 de outubro de 2003 |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código de Processo Penal |
| LGT | Lei Geral Tributária |
| MP | Ministério Público |
| OCDE | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| Pág./Págs. | Página/Páginas |
| RGIT | Regime Geral das Infrações Tributárias |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TRC | Tribunal da Relação de Coimbra |

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Notas Introdutórias | 5 |
| Da Criminalização do Enriquecimento Injustificado | 8 |
| I. Do combate ao fenómeno corruptivo na ordem jurídica portuguesa | 8 |
| II. Da necessidade de criminalização..... | 14 |
| a) Dos Decretos da Assembleia da República | 16 |
| b) Das inconstitucionalidades detetadas nos Acórdãos do Tribunal Constitucional – apreciação crítica..... | 20 |
| c) Das Orientações Doutrinárias | 32 |
| 1. Orientações Favoráveis | 32 |
| 2. Orientações Críticas | 35 |
| III. Da desnecessidade de criminalização | 39 |
| a) Instrumentos normativos penais | 41 |
| b) Instrumentos normativos fiscais | 43 |
| Conclusão | 49 |
| Lista de fontes..... | 53 |

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Numa sociedade marcada pelo crescimento exponencial da criminalidade organizada e, em concreto, da corrupção torna-se premente a discussão sobre a adoção de novas estratégias e seleção das medidas mais adequadas à luta contra este fenómeno que, ao longo das décadas, foi adquirindo proporções incalculáveis.

O surgimento desenfreado de manifestações de fortuna injustificadas, num quadro de condutas à margem do Direito, fez com que a adoção de medidas atualizadas aos novos comportamentos, mais sofisticados e discretos, fosse absolutamente necessária para que a luta contra aqueles se revelasse como eficaz.¹

A introdução de novas medidas revela-se, assim, como indispensável ao desvanecimento e afastamento do sentimento de impunidade perante a Justiça que perdurou, e perdura, na sociedade, proporcionando o aparecimento de um novo pensamento: o de que o enriquecimento ostensivo, injustificado e ilícito é combatido com eficácia.

Sendo a corrupção um fenómeno que se caracteriza pela sua dimensão transnacional, é imprescindível que os Estados reúnam esforços e se unam no sentido do seu combate, através da criação e utilização de mecanismos de cooperação interestaduais.²

Foi perante este contexto que os Estados sentiram a necessidade de criar novas medidas³, destacando-se, pela importância que teve no ordenamento jurídico português, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 31 de outubro de 2003

¹ Defendendo a adoção de novas soluções de âmbito normativo, veja-se BRAVO, Jorge dos Reis, *Fraude e Corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financeira*, in *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 135.

² Neste sentido, veja-se o preâmbulo da Convenção de Mérida, disponível em http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/2007_UNCAC_Port.pdf.

³ Enumerando diversos instrumentos normativos, veja-se SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, destacando, nomeadamente, a Convenção da União Europeia de 26 de julho de 1995; a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 29 de março de 1996; a Convenção sobre a luta contra a Corrupção da OCDE de 17 de dezembro de 1997; a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 30 de abril de 1999 e a Convenção da União Africana de 11 de julho de 2003, pág. 44.

(“Convenção de Mérida”)⁴, aprovada por Portugal a 19 de julho de 2007, por Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007.⁵

A Convenção de Mérida constitui um exemplo de um instrumento de âmbito internacional que espelha a preocupação com o combate ao fenómeno corruptivo e à obtenção de enriquecimento por meios ilegítimos, procedendo à enumeração de uma série de recomendações aos Estados no que concerne à adoção de medidas intra-estaduais.

A transparência na aquisição de meios legítimos de riqueza é, de facto, uma realidade que se torna cada vez mais necessária na sociedade atual e, neste sentido, Portugal não quis ficar atrás no que toca à criação de instrumentos que zelassem por uma maior transparência na atuação não só dos órgãos administrativos e dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, mas de todos os cidadãos em geral.⁶

A tentativa de introdução do crime de enriquecimento ilícito/injustificado na ordem jurídica portuguesa insere-se precisamente neste âmbito.⁷

Ao longo do presente estudo, procurar-se-á demonstrar, em primeiro lugar, quais as necessidades sentidas no que concerne ao combate a este problema, bem como as motivações de introdução de uma medida desta índole no seio do ordenamento jurídico português, revelando qual a formulação proposta para a mesma. De seguida, procurar-se-á revelar e identificar quais os seus problemas, apreciando criticamente a pronúncia a que foi sujeita pelo Tribunal Constitucional.

Passando pela discussão que surgiu na doutrina, far-se-á uma breve referência às orientações favoráveis e críticas à introdução desta medida, bem como se identificarão

⁴ Disponível em http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/2007_UNCAC_Port.pdf.

⁵ Disponível em <http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexosorgint2/convencoes-da-onu-na/>.

⁶ Em conformidade, veja-se SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, afirmando que “Portugal não tem sido estranho a esta autêntica “movida” internacional em prol de maior transparência, rigor e honestidade no domínio da “res publica” (...)”, pág. 45.

⁷ Assim, DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 32.

as vias alternativas de cunho penal e fiscal existentes na ordem jurídica portuguesa e que permitirão demonstrar, ou não, a sua necessidade.

Procurarei demonstrar, também, se a transparência se revela, atualmente, como um valor com uma importância tal que poderá legitimar a restrição de outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, merecendo uma tutela penal, ou se, pelo contrário, a proteção deste valor deverá ser realizada noutra plano, nomeadamente no campo fiscal, já tendo uma tutela suficiente e adequada no ordenamento jurídico português.

Estas são apenas algumas das questões que serão abordadas e aprofundadas ao longo do presente estudo e mediante as quais me debrucei para chegar à conclusão que considero mais adequada e, inevitavelmente, baseada no espírito do sistema jurídico português.

DA CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO

“ (...) tem se firmado em todo o tecido social a ideia de que também em Portugal a corrupção progride e intercepta, cada vez mais, diversos níveis da administração e de que boa parte da economia portuguesa flui no mercado paralelo. Ciclicamente emanam do interior corruptivo do próprio sistema alarmantes sinais de disseminação do fenómeno corruptivo e de níveis de afectação insuportáveis para o regime democrático.”⁸

I. DO COMBATE AO FENÓMENO CORRUPATIVO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Atualmente os problemas em torno da prevenção e do controlo da criminalidade económico-financeira constituem uma realidade cada vez mais presente na sociedade.

Caracterizado por uma extensa variedade de atuações possíveis e pela sua danosidade ética, social e económica, este fenómeno criminológico exige a utilização de novos métodos de investigação, avaliação e valoração das condutas, em detrimento dos métodos clássicos que, por sua vez, dificilmente se compadecem com os comportamentos discretos e sofisticados atuais.⁹

Tem sido, por isso, considerado da maior importância a procura pela introdução de soluções distintas e adequadas, não só em termos de prevenção, mas também no plano da repressão deste fenómeno, possibilitando, de uma melhor forma, a tutela da integridade e do equilíbrio dos sistemas económico-financeiros estaduais.

Mediante a evolução verificada ao nível internacional e europeu no combate a estes comportamentos, o ordenamento jurídico português deparou-se com a difícil harmonização das soluções divergentes que foram sendo propostas ao longo dos anos e adotadas pelos mais diversos Estados e ordens jurídicas.

⁸ SIMÕES, EUCLIDES DÁMASO, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 46.

⁹ Neste sentido, veja-se BRAVO, Jorge dos Reis, *Fraude e Corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financeira*, in *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, págs. 126 e ss.

Todavia, num quadro marcado pela crescente adoção de medidas legislativas de luta contra a corrupção, Portugal caminhou no mesmo sentido.

a) DA IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

A explosão do número de indivíduos que, aproveitando o cargo exercido ou não, atuavam silenciosa e discretamente à margem das normas jurídicas de âmbito fiscal e tributário, de forma a alcançar vantagens económicas, em benefício próprio ou alheio, revelou como absolutamente necessária e premente uma alteração de configuração na ordem jurídica e no próprio pensamento legislativo.

A obtenção de enriquecimento através de fontes ilícitas tornou-se, cada vez mais, uma realidade de carácter global. Ao consubstanciar o motivo central da atuação dos indivíduos neste tipo de criminalidade, o lucro, entendido como a vantagem económica obtida, a vantagem esperada no futuro e as vantagens competitivas resultantes da prática do facto, exige a adoção de estratégias que constituam instrumentos eficazes de combate à sua obtenção e, portanto, necessariamente adequadas à gravidade da respetiva conduta e à sua repercussão social.¹⁰

Não se pense, porém, que o combate do lucro obtido por meios ilegítimos se ficou pela mera discussão.¹¹ Ao longo dos anos foram sendo introduzidas, quer no contexto nacional quer internacional, diversas medidas de combate.¹²

A crescente introdução de normas anti-abuso no cerne do sistema fiscal e a criação de crimes no âmbito de um recente direito penal tributário espelham precisamente a evolução verificada no ordenamento jurídico português.¹³

¹⁰ Neste sentido, vide DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, in 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 30 e ss.

¹¹ Na ordem jurídica portuguesa, era discutido se deveria ou não fazer-se alguma distinção entre o lucro ilícito e o lucro injustificado. Para SILVA DIAS a resposta era clara: estamos perante duas realidades distintas. Enquanto o lucro ilícito representa “os ganhos que se prova em juízo resultarem da prática de um crime”, o lucro injustificado constitui as “vantagens cuja proveniência o arguido não explica de todo ou não explica satisfatoriamente.” Assim, DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, in 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 32.

¹² Além das medidas previamente referidas, vide também a Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, disponível em www.dgpi.mj.pt.

Mais do que a preocupação com a luta contra o enriquecimento revelado externamente e que se manifestava como legalmente inexplicável, os sistemas jurídicos revelavam a sua preocupação com a transparência económico-financeira necessária no combate à corrupção, à fraude e à evasão fiscal.

A importância de uma relação transparente entre o cidadão e o Estado revelou-se como indispensável à verificação da legalidade dos comportamentos e ao controlo de atuações que defraudavam a *ratio* das normas jurídicas.

Esse controlo poderá, porém, concretizar-se por diversos meios. A adoção de medidas de cunho legislativo deverá passar pelas diversas áreas em que se consideram abrangidos os referidos comportamentos para que o combate seja eficaz.

Nestes termos, a luta contra a corrupção não passará apenas e/ou necessariamente pela previsão de medidas de cunho criminal, mas pela criação de institutos de cariz anti-abusivo no domínio tributário, designadamente, conforme terei oportunidade de identificar e aprofundar *infra*.¹⁴

b) DA POLÍTICA LEGISLATIVA CRIMINAL

A grande problemática que surge no âmbito deste fenómeno prende-se com a legitimidade da criminalização dos comportamentos a ele associados.

Ainda que atuando num campo diferente dos comportamentos tradicionalmente abrangidos pelo Direito Penal clássico, a incriminação deverá respeitar sempre os fins prosseguidos pelo Direito Penal.¹⁵

Embora tenha uma grande margem de discricionariedade na definição de novas incriminações, o legislador ordinário encontra-se vinculado à observância dos padrões

¹³ Sobre a legitimidade das incriminações tributárias, veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, págs. 60 a 64.

¹⁴ Afirmando que “ (...) para defrontar o fenómeno da corrupção as estratégias culturais e de prevenção são mais importantes do que as medidas de direito sancionatório.”, vide SIMÕES, Euclides Dâmaso, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 47.

¹⁵ Assim, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, págs. 50 e ss.

legitimadores da constitucionalidade, tendo, por isso, um poder constitucionalmente vinculado.

Pautando-se um Estado de Direito Democrático pelo valor máximo da liberdade, toda e qualquer incriminação e correspondente pena restritiva das liberdades fundamentais, deverá ser considerada como absolutamente indispensável à salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente tutelados, em observância do artigo 18.º, número 2 da Constituição da República Portuguesa.¹⁶

Nestes termos, as decisões de política legislativa deverão ter necessariamente em consideração se o bem jurídico é digno de tutela penal.¹⁷ Ou seja, se o bem jurídico é intrinsecamente fundamental para a vida em sociedade, constituindo um valor social com a máxima relevância jurídica, no quadro axiológico constitucional.¹⁸

Porém não bastará essa demonstração. A abordagem crítica da incriminação destas condutas não deverá passar apenas pela identificação ou não de um bem jurídico digno de tutela penal, ainda que esse seja o primordial e primeiro passo a ser dado aquando da criação de um novo tipo penal, mas pela sua legitimidade jurídico-constitucional no que se prende quanto à própria necessidade de tutela penal e proporcionalidade da medida. Neste sentido, deverá a gravidade da sanção ser proporcional à gravidade do mal causado.¹⁹

Como reação jurídica à culpabilidade do delinquentes pelo mal do crime, a pena não pode ultrapassar, de forma alguma, a medida de culpa, sendo esta sua condição necessária, nos termos do artigo 40.º, número 2 do Código Penal, corolário do próprio

¹⁶ Em conformidade, vide SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das penas e Medidas de Segurança*, 2.ª Edição, Editorial Verbo, 2008, pág. 26.

¹⁷ Neste sentido, vide SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, págs. 50 e 53.

¹⁸ Neste sentido, vide Acórdão do TC n.º 108/99, de 10 de fevereiro de 1999, ao afirmar que “ (...) cada nova incriminação, «há-de observar-se uma estrita analogia entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais».”, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁹ No mesmo sentido veja-se DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, págs. 129 e 130. Também, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pág. 54.

princípio da culpa e do princípio da dignidade previsto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.²⁰

Veja-se o Acórdão n.º 108/99 do Tribunal Constitucional, de 10 de fevereiro de 1999, ao explicitar que “*o direito penal, enquanto direito de proteção, cumpre uma função de ultima ratio. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos – e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais. É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há-de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à proteção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário (...), já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para a proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão-de constituir sempre o último recurso*”.²¹

Este é o primeiro vínculo do legislador na decisão de criação de um novo tipo criminal, mas não é o único. Não me querendo alargar, neste ponto, ver-se-á *infra* no âmbito da apreciação crítica à análise feita pelo Tribunal Constitucional, de que forma o legislador ordinário se encontra vinculado por outros princípios jurídico-constitucionais aquando da formulação do crime e do modo da sua configuração.

No presente trabalho, abordar-se-á a criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado. Diga-se, desde já, que este crime não foi configurado como um crime a inserir no campo do direito penal tributário, embora a fronteira se revele muito ténue, mas como crime contra a realização do Estado de Direito.²²

Enquanto nos crimes tributários o que se pretende tutelar é a função tributária do Estado, configurada como bem jurídico coletivo, cuja principal legitimação se encontra

²⁰ Vide, neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das penas e Medidas de Segurança*, 2.ª Edição, Editorial Verbo, 2008, pág. 19.

²¹ Acórdão do TC n.º 108/99, de 10 de fevereiro de 1999, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²² Veja-se a sua inserção sistemática no Código Penal.

nos artigos 103.º e 104.º da Constituição da República Portuguesa²³, no crime em apreço no presente estudo, o bem jurídico não é configurado de semelhante modo.

Conforme terei oportunidade de explorar, embora seja dúbia e muito discutida a existência de um bem jurídico concretamente definido e tutelado por este crime, a transparência das fontes de rendimento tem sido identificada como o bem jurídico essencial em causa.

Num quadro marcado pela disseminação de práticas corruptivas, a confiança dos cidadãos e a transparência na adoção de comportamentos conformes e limitados pelos valores constitucionais revelam-se, de facto, prementes. Ora, configurando-se o bem jurídico como um valor social com a máxima relevância jurídica intrinsecamente alicerçado no quadro axiológico constitucional²⁴, é possível afirmar, desde já, que este é um bem abstratamente digno de tutela penal.

Todavia, é extremamente dúbio que este bem jurídico se considere concretamente tutelado pelo crime em apreço, assim como se revela questionável a sua carência de tutela penal. Creio, conforme demonstrarei ao longo do trabalho, que a criação de um tipo autónomo não constitui uma medida de política legislativa, por si só, absolutamente necessária à ordem jurídica portuguesa, atendendo a todas as outras vias já existentes e que poderão ser adotadas de forma mais adequada e respeitadora dos princípios fundamentais de um Estado de Direito Democrático.

Ainda assim, Portugal caminhou nesse sentido apresentando, por duas vezes, propostas de criação de um crime autónomo.

²³ Veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pág. 51.

²⁴ Assim, DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 114 e ss.

II. DA NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Nos inícios de 2007, em alegado cumprimento do dever de criminalização do enriquecimento ilícito prescrito pela Convenção de Mérida no seu artigo 20.º, e no seguimento da sua ratificação, começaram a ser discutidas na Assembleia da República as diversas propostas que foram sendo apresentadas pelos partidos políticos, com o intuito de introduzir na ordem jurídica portuguesa um crime autónomo que punisse o dito enriquecimento ilícito.²⁵

A introdução do crime era considerada como uma medida legislativa essencial à prevenção e punição da corrupção e da criminalidade económico-financeira, enquadrada no âmbito dos crimes contra a realização do Estado de Direito.

Assim, numa iniciativa pioneira em Portugal, o Partido Comunista Português apresentou, pela primeira vez, o Projeto de Lei n.º 360/X com o objetivo de criar o crime de “*enriquecimento injustificado*”.²⁶ O Projeto acabou por ser rejeitado, porém as propostas não ficariam por aqui.

De facto, havia uma defesa generalizada baseada no pressuposto de que a luta contra a corrupção deveria seguir uma única via: a via penal, mediante a criação de um crime de enriquecimento ilícito.

Como nova tentativa, o Partido Social Democrata, no Projeto de Lei n.º 374/X, propôs novamente a criação do crime de enriquecimento ilícito, mas desta vez restringindo-o aos factos cometidos por funcionário.²⁷

Contrariamente à primeira proposta referida, que se caracterizava pela previsão de um *crime de estado*, isto é, um crime cujo ilícito se constitui pela discrepância do património possuído e declarado, esta segunda caracterizava-se pela proposta de introdução de um *crime de suspeita*, na medida em que o conteúdo se consubstanciava

²⁵ Descrevendo as propostas que foram sendo apresentadas, ao longo dos anos, veja-se CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, nº 2, abril – junho, Coimbra, 2011, págs. 298 e ss.

²⁶ Disponível em <https://www.parlamento.pt>.

²⁷ Disponível em <https://www.parlamento.pt>.

na existência de indícios não provados da prática de crimes que originaram o património incoerente.²⁸

Surgiram também propostas de *crimes de falsidade*, nas quais o conteúdo do ilícito corresponderia ao falseamento ou omissão das declarações de riqueza e património e da respetiva fonte.

Porém, a generalidade das propostas que se seguiram inseriam-se na primeira categoria, a de *crimes de estado*, no seguimento do primeiro Projeto apresentado. Foi neste contexto que surgiu o Decreto da Assembleia da República que aprovou o crime de enriquecimento ilícito. Como oportunamente referido e aprofundado ao longo do presente estudo, o Decreto n.º 37/XII²⁹, alvo de apreciação pelo Tribunal Constitucional, em 2012, acabou por não entrar em vigor na ordem jurídica.

Em alternativa, em 2015, os partidos políticos voltaram a apresentar novas propostas de incriminação do enriquecimento através da introdução de um crime agora denominado de “*enriquecimento injustificado*”. Novamente alvo de pronúncia pelo Tribunal Constitucional, o Decreto n.º 369/XII³⁰ foi rejeitado por não se encontrar em conformidade com o ordenamento jurídico português.

Será, porém, a fundamentação do Tribunal Constitucional a mais adequada e suficiente? Continuará o dito crime a colocar em causa os mais basilares e fundamentais princípios de um Estado de Direito Democrático? Ou será que as alterações introduzidas, em 2015, neste aparente novo crime afastam a fundamentação do Tribunal Constitucional aquando da apreciação em 2012?

Vejamos se a nova formulação se compatibiliza ou não com a Constituição da República Portuguesa e se o crime se revela como digno de tutela penal e verdadeiramente necessário na ordem jurídica portuguesa.

²⁸ Neste sentido, veja-se CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, n.º 2, abril – junho, Coimbra, 2011, pág. 298.

²⁹ Disponível em <https://www.parlamento.pt>.

³⁰ Disponível em <https://www.parlamento.pt>.

a) DOS DECRETOS DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Num contexto sócio-político, cultural e económico marcado pelo aparecimento constante e exponencial de fenómenos criminológicos económico-financeiros e pela procura de mecanismos legislativos de combate aos mesmos, a Assembleia da República veio prever no Decreto n.º 37/XII, datado de 10 de fevereiro de 2012, a criação de três novos tipos de crime.

O primeiro crime designado de “*Enriquecimento Ilícito*” seria integrado no Código Penal através da adição de um novo artigo 335.º-A com o seguinte enunciado “*Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos [abrangendo 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] é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.”.* (sublinhado nosso)

O segundo diria respeito ao novo artigo 386.º do Código Penal com a designação de “*Enriquecimento ilícito por funcionário*” com a seguinte redação: “*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 coletiva, 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.*”.

Por último, previa a criação do crime de “*Enriquecimento ilícito*” no âmbito da Lei n.º 34/87 nos seguintes termos: “*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 coletiva, 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.*”.

Além disso, é também de salientar que no âmbito do Código de Processo Penal, o novo crime passaria a ser considerado como “*criminalidade altamente organizada*”, assim

como passaria a ser inserido na Lei n.º 4/83 estabelecendo a competência do Ministério Público para a prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito e na Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, relativa às medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, designadamente.

Sujeito a fiscalização preventiva da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, conforme exposto e desenvolvido *infra*, o Decreto n.º 37/XII foi merecedor de um juízo de inconstitucionalidade, pelo que a sua introdução na ordem jurídica se manteve afastada por alguns anos.

Na tentativa de combater o juízo de inconstitucionalidade, mormente quanto às dificuldades salientadas e enumeradas pelo Tribunal Constitucional, foi novamente trazido a discussão na Assembleia da República a criminalização do enriquecimento não justificado através do Decreto n.º 369/XII, datado de 29 de maio de 2015, apresentado na sequência do Projeto de Lei n.º 798/XII (4.ª).

Desta vez, o crime passaria a denominar-se de “*Enriquecimento Injustificado*”, contudo, conforme se demonstrará ao longo do presente estudo, as diferenças entre ambos os Decretos não são assim tão relevantes.

No Decreto n.º 369/XII previu-se a criação de um crime de “*Enriquecimento Injustificado*”, a inserir no Código Penal, com a seguinte redação: “*Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados* [abrangendo todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei] *é punido com pena de prisão até 3 anos.*” (sublinhado nosso)

Desta vez, procedeu-se à enunciação num número próprio dos bens jurídicos sujeitos a tutela (algo que se encontrava completamente omissa na redação anterior), a saber: confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades.

No mesmo sentido do Decreto anterior também foi prevista a criação do crime de “*Enriquecimento Injustificado*” no âmbito da Lei n.º 34/87, com uma redação

semelhante ao artigo a aditar no Código Penal (“*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 coletiva adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 5 anos.*”). (sublinhado nosso)

Além disso, estaria previsto no âmbito das medidas de combate à corrupção e criminalidade económico-financeira (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e Lei n.º 4/83, de 2 de abril) e investigação criminal (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto e Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto).

Feita uma breve e sumária descrição de ambos os Decretos, chegamos à conclusão de que são cinco as diferenças essenciais a salientar:

- 1) Enquanto no Decreto n.º 37/XII estavam previstos três tipos de crime, no Decreto n.º 369/XII apenas se previram dois tipos de crime;
- 2) Enquanto no Decreto n.º 37/XII o crime se designava por “*Enriquecimento Ilícito*”, no Decreto n.º 369/XII a denominação passou a ser “*Enriquecimento Injustificado*”;
- 3) Enquanto no Decreto n.º 37/XII se previa no tipo a necessidade de existir uma “*ausência de origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos*” e uma subsidiariedade expressa através da expressão “*se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal*”, no Decreto n.º 369/XII substituiu-se a primeira expressão por “*incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados*” e eliminou-se a referência à última;
- 4) Enquanto no Decreto n.º 37/XII não havia qualquer previsão dos bens jurídicos especificamente tutelados, no Decreto n.º 369/XII procedeu-se à enunciação dos bens jurídicos sujeitos a tutela; e
- 5) Enquanto no Decreto n.º 37/XII se previu, em preceito autónomo, que a prova de todos os elementos do crime deveria ser obtida pelo Ministério Público, no Decreto n.º 369/XII não há qualquer referência neste sentido.

As diferenças introduzidas resultam do facto de o Tribunal Constitucional se ter pronunciado pela inconstitucionalidade do Decreto anterior, baseado essencialmente na impossibilidade de discernir, na base da incriminação, um bem jurídico, com dignidade penal, claramente definido e uma conduta concretamente proibida, e na violação da presunção da inocência do arguido, na medida em que a estrutura típica conduziria à presunção da origem ilícita da incompatibilidade entre o património e o rendimento.

Neste sentido, vejamos, detalhadamente, quais as questões jurídicas suscitadas aquando do pedido de apreciação da constitucionalidade dos Decretos ao Tribunal Constitucional para se poder concluir fundamentadamente se as inovações trazidas em 2015 afastam por completo todas as inconstitucionalidades detetadas aquando da apreciação em 2012.

b) DAS INCONSTITUCIONALIDADES DETETADAS NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – APRECIÇÃO CRÍTICA

O Tribunal Constitucional veio apreciar da inconstitucionalidade da criação deste novo tipo de crime autónomo e de todas as suas configurações e implicações no sistema jurídico português, no âmbito de um pedido de fiscalização preventiva, baseado na violação da Constituição da República Portuguesa.

O primeiro pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade data de 4 de abril de 2012 e concretizou-se na pronúncia do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 179/2012.³¹

Em 2015, numa tentativa de ultrapassar as inconstitucionalidades detetadas no referido Acórdão, a Assembleia da República propôs novamente, conforme *supra* mencionado, um novo tipo de crime autónomo de combate ao enriquecimento injustificado, com contornos muito semelhantes ao anterior e apenas com as diferenças previamente expostas.

Num novo pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional veio de novo pronunciar-se, no Acórdão n.º 377/2015³², de 27 de julho de 2015, sobre a constitucionalidade das normas em causa, salientando os mesmos pontos que já tinham sido sujeitos a apreciação no Acórdão de 2012.

Por terem sido apreciadas essencialmente as mesmas questões jurídicas, pelo Tribunal, proceder-se-á de seguida a uma análise conjunta das mesmas, realçando os aspetos que se diferenciam entre ambos os Decretos e concluindo se estes aspetos diferenciadores são de tal forma opostos que merecem um juízo distinto.

Nos Acórdãos são essencialmente realçados três pontos que se consubstanciam na violação dos seguintes princípios constitucionais: Princípio da Proporcionalidade, na vertente da necessidade (artigo 18.º, número 2 da CRP); Princípio da Legalidade Penal (artigo 29.º, número 1 da CRP) e Princípio da Presunção de Inocência (artigo 32.º, número 2 da CRP).

³¹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³² Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Por consubstanciarem as questões jurídicas fundamentais em discussão, vejamos, em profundidade, cada um dos princípios enunciados.

1. DA PROPORCIONALIDADE: A NECESSIDADE DE TUTELA PENAL

O Princípio do Estado de Direito Democrático é um princípio jurídico-constitucional, legitimador do domínio político e limitativo do mesmo à prossecução de valores e princípios determinados e corolário da conformação do modo de vida e racionalização do poder político, mormente quanto à garantia dos direitos fundamentais.³³

O Princípio da Proporcionalidade encontra a sua base constitucional no artigo 18.º, número 2 da Constituição da República Portuguesa. Conforme já tive oportunidade de me pronunciar *supra*, a incriminação de uma conduta implica inevitavelmente uma restrição de direitos fundamentais, designadamente do direito à liberdade e à propriedade, sendo, por isso, indispensável que a incriminação vise tutelar outros direitos fundamentais.³⁴

No caso da proteção dos direitos, liberdades e garantias ser feita através do direito penal é absolutamente necessário que a norma incriminatória defina claramente o bem jurídico-penal em causa. Sendo o bem jurídico um bem com dignidade jurídico-penal e necessariamente concretizado através dos valores constitucionais, toda a norma incriminatória perante a qual seja insuscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula porque materialmente inconstitucional.³⁵

O bem jurídico é o elemento do crime, correspondente ao interesse ou bem que a norma visa tutelar, pelo que não pode haver norma penal que não se destine a tutelar bens jurídicos claramente definidos.³⁶

³³ Em conformidade, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 287 e 288.

³⁴ Veja-se o Acórdão do TC n.º 426/91, 6 de novembro de 1991, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³⁵ Vide DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 126.

³⁶ Confira-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pág. 53.

Ora, no que diz respeito ao primeiro Decreto - Decreto n.º 37/XII – após uma análise do mesmo conclui-se que não há uma definição clara e precisa dos bens jurídicos a acautelar pela norma, o que foi, e bem, salientado pelo Tribunal.

O Tribunal refere inclusivamente que ao preencher-se o tipo mediante a revelada incompatibilidade com a demonstração de ausência de uma origem lícita determinada, presume-se a prática de crime anterior. Assim, sendo a finalidade da norma punir crimes praticados anteriormente e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, parece estar-se a punir para tutelar qualquer bem jurídico indefinido, tal como a autonomia intencional do Estado ou o património, designadamente.³⁷

Ainda que se adotasse uma posição crítica do entendimento do Tribunal, em conformidade com algumas das declarações de voto presentes no Acórdão, considerando que há um bem jurídico presente, a saber, a transparência das fontes de rendimento ou, inclusivamente, a confiança nas instituições do Estado, no âmbito do crime específico, chegar-se-ia à conclusão, segundo o entendimento adotado no presente trabalho, de que estes não seriam bens jurídicos dignos de tutela penal acautelados pela norma.

Nestes termos, e em posição conforme ao Tribunal Constitucional, considero que na formulação do Decreto n.º 37/XII não há um bem jurídico claramente definido, não podendo a norma deixar de ser considerada nula.

Para colmatar a imperfeição detetada na definição do bem jurídico, no novo Decreto apresentado em 2015 é previsto um elenco de bens jurídicos tutelados pela norma, conforme exposto *supra*. Tenha-se em atenção que este vem prever dois crimes: um aplicável a todos os cidadãos e outro inserido no âmbito da Lei n.º 34/87, aplicável aos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

As questões que se levantam e que foram devidamente apreciadas pelo Tribunal são: este novo elenco de bens jurídicos, apresentado em número próprio, afasta a detetada

³⁷ Neste sentido, vide CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, n.º 2, abril – junho, Coimbra, 2011, pág. 302.

inconstitucionalidade? Não deveria o bem jurídico tutelado resultar inequivocamente do tipo de ilícito? Será esta lista de valores e princípios genéricos adequada à delimitação do bem em causa?

Atendendo à descrição literal do tipo, eliminando-se a expressão “*sem origem lícita determinada*”, o que se está a punir é apenas a incompatibilidade revelada. Ora, neste o Ministério Público já não tem de provar a ausência de uma causa lícita determinada, bastando-se com a demonstração da incompatibilidade. Não há, portanto, uma presunção tão explícita, como ocorria no primeiro Decreto, de que a obtenção do enriquecimento derivou de meios ilícitos.

O legislador enumerou uma série de valores e/ou interesses numa tentativa de ultrapassar as dificuldades salientadas na anterior apreciação constitucional, num elenco genérico e singular no direito penal português. Porém, creio que há uma necessidade de explicitar algo que já devia estar implícito, o que torna ainda mais clara a incerteza no cerne do pensamento legislativo. Deste modo, considero que a apresentação de um elenco de alegados bens jurídicos não é merecedora de um juízo diferente de inconstitucionalidade.

Não tendo o cidadão comuns especiais poderes na afetação da vida política, não se vê como a mera incompatibilidade possa, por si só, ofender os interesses fundamentais do Estado.³⁸ Assim, embora se revelem abstratamente dignos de tutela penal, nos termos explicitados acima, não se vê como se encontram os bens jurídicos concretamente tutelados pela norma, atendendo à panóplia de situações que podem ser incluídas no tipo, dada a indeterminação da conduta penalmente censurável. Não me alongarei, neste ponto, quanto a esta questão, dado o seu aprofundamento no âmbito do princípio da legalidade.

Importa questionar, porém, se semelhante conclusão merece o crime a aplicar-se apenas aos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

O Tribunal considera que, embora atendendo à especificidade da posição assumida, encontrando-se os respetivos destinatários adstritos a especiais deveres de idoneidade,

³⁸ Neste sentido, veja-se a Declaração de Voto de Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete ao Acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

transparência e probidade na prossecução do interesse público, o bem merecedor de tutela penal possa ser mais claro, dado que bens como a transparência, a confiança no Estado de Direito e na democracia ganham outro significado, a construção do tipo permanece indeterminada quanto à conduta/omissão proibida.

Uma argumentação fundada na recente consciência atual da relevância de crimes como a corrupção e de situações que envolvam o suborno e a fraude não é, por si só, suficiente para justificar a incriminação. Embora não haja dúvida de que estes comportamentos provocam uma erosão na confiança das instituições político-administrativas, assumindo grande importância social, tal por si só não legitima uma incriminação, sendo necessária a observância dos vários padrões de legitimação constitucional.

Neste ponto, considero que, tendo em consideração a posição fáctica assumida pelos destinatários do crime específico, é possível divisar um bem jurídico digno de tutela penal, atendendo à especial relação que estes indivíduos estabelecem com o Estado e a importância social que assume a transparência.

Assim, ainda que persista uma indeterminação quanto à conduta censurada, é possível discernir um sentido “*qualitativamente diverso*” da incompatibilidade, salientando-se a posição mais vantajosa que ocupam e a especial perigosidade de ofensa da confiança nas instituições político-administrativas.³⁹ Porém, continua a não conseguir desvendar-se a sua carência de tutela penal.

O Princípio da Necessidade de Pena constitui um padrão legitimador da incriminação. Conforme refere FIGUEIREDO DIAS “*a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como unicamente advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores, mas tem de ser coada por critérios funcionais de «necessidade» (e de conseqüente «utilidade») social. (...) função do direito penal, que agora não pode ser vista na defesa, promoção ou realização de uma qualquer ordem moral, mas na tutela*

³⁹ Adotando este entendimento vide Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete na Declaração de Voto ao Acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

*subsidiária de bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional.”*⁴⁰ (sublinhado nosso)

Refere o PROFESSOR que “ (...) o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; mas que a esta noção tem de acrescer ainda um qualquer outro critério que torne a criminalização legítima. Este critério adicional (...) o da «necessidade (carência) de tutela penal».”⁴¹

Embora seja conferida larga margem ao legislador na individualização dos bens jurídicos carecidos de tutela penal e na seleção de quais os comportamentos merecedores de censura jurídico-penal, a jurisprudência tem considerado que esse espaço de discricionariedade deverá respeitar sempre o princípio da proporcionalidade, não podendo a criminalização revelar-se manifestamente excessiva.⁴²

No nosso caso, seria necessário demonstrar que só através da criminalização se alcançaria o resultado pretendido. Ora, creio que para a proteção dos bens jurídicos em causa não é imprescindível a introdução de um crime autónomo, atendendo aos meios já existentes na ordem jurídica, nomeadamente no âmbito de crimes fiscais e medidas de natureza fiscal, conforme aprofundado *infra*.

E o crime previsto no âmbito da Lei n.º 34/87 passará o crivo do princípio da proporcionalidade?

Atendendo a que já se encontra previsto no artigo 3.º da Lei n.º 4/83 uma sanção para o incumprimento do dever especial de declaração, não se vislumbra de que forma o novo tipo vem inovar ou reforçar a tutela atualmente existente, violando, por isso, o artigo 18.º, número 2 da Constituição da República Portuguesa.⁴³

⁴⁰ Assim, DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 31.

⁴¹ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 127.

⁴² Neste sentido, veja-se o Acórdão do TC n.º 634/93, de 4 de novembro de 1993, ao referir que “ (...) o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. (...) A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva.”, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁴³ No mesmo sentido veja-se Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete na Declaração de Voto ao Acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

2. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O Princípio da Legalidade Penal é um princípio fundamental do Direito Penal, encontrando a sua base constitucional no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, tendo como fundamentos o princípio liberal, o princípio democrático, o princípio da separação de poderes, a prevenção geral e o princípio da culpa.⁴⁴

O seu conteúdo fulcral consubstancia-se na proibição de existência de crime ou pena que não resulte de uma lei prévia, escrita, estrita e certa.⁴⁵

É, portanto, essencial a definição do comportamento censurado para que a norma incriminatória possa orientar devidamente as condutas dos cidadãos (a dita *cognoscibilidade necessária*). Quanto a este aspeto, há uma questão que deve ser colocada: esta incriminação incide sobre condutas ou sobre situações de facto?

Ora, o Direito Penal não incide sobre estados ou situações de facto, mas sobre condutas ou omissões: o tipo legal é o modelo do comportamento criminoso, a definição legal do crime.

Não há crime sem que uma lei descreva o comportamento passível de uma pena, sendo absolutamente necessária a seleção dos interesses penalmente tutelados e dos comportamentos que ofendem esses interesses, através de uma descrição dos factos relevantes.⁴⁶

O tipo legal deverá estar determinado de tal forma que sejam objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados, tornando-se, em consequência, motivável e dirigível a conduta dos cidadãos.⁴⁷

Ao analisar o Decreto n.º 37/XII conclui-se que não se encontrava definido com precisão nem o comportamento ou omissão proibida nem o próprio momento da prática do facto. Ao poder estar-se perante um facto continuado, há possibilidade da posse atual

⁴⁴ Adotando este entendimento veja-se DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 180.

⁴⁵ Vide, em conformidade, DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 177.

⁴⁶ Neste sentido, veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, 2012, pág. 25.

⁴⁷ Em conformidade, vide DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 186.

se tenha iniciado em momento anterior à lei, o que provocaria uma aplicação retroativa ou, pelo menos retrospectiva, da lei, o que é inadmissível nos termos do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa.⁴⁸

O segundo Decreto, por sua vez, apenas se refere à incriminação da “*aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos*”.

Partindo da formulação literal do novo crime parece estar a punir-se a mera incompatibilidade de patrimónios/rendimentos declarados e que deviam ser declarados.

A admitir que a incompatibilidade é censurada, qual a sua definição? Estaremos apenas perante uma variação quantitativa? Se assim o considerarmos bastará uma não coincidência de valores para que o crime se encontre preenchido, independentemente da origem ser lícita ou ilícita.

Literalmente parece que é precisamente isso que se pretende, ao referir-se que a punibilidade depende do montante a que ascenda a discrepância e que há um agravamento da pena se ultrapassado determinado valor.

Note-se, também, que tendo sido propositadamente eliminada a referência à licitude dos rendimentos, parece que o legislador pretendeu que a incompatibilidade fosse estritamente quantitativa, tornando-se irrelevante se os motivos da variação são lícitos ou ilícitos.

Assim, se o que releva é a discrepância quantitativa independentemente das suas causas, o que merece o desvalor do Direito? Será a mera variação por si só ofensiva dos interesses fundamentais do Estado?

A ambiguidade do tipo gera uma grande amplitude ao nível das condutas abrangidas, muitas das quais não merecedoras de um juízo de desvalor, podendo inclusivamente estar-se a incluir num mesmo crime e numa única reação condutas com diferentes juízos de desvalor jurídico.

⁴⁸ Vide DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, referindo que “ (...) proibição da retroactividade (...) através dele se satisfaz a exigência constitucional e legal de que só seja punido o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da prática do facto.”, pág. 194.

Parece-me, por isso, haver uma incerteza constante e inultrapassável no que diz respeito ao facto voluntário merecedor de censura penal. Não nos esqueçamos, também, de que estando a punir o agente pela mera incompatibilidade, estar-se-á a punir um estado de coisas em detrimento de um facto. Ora, sendo o direito penal caracterizado pela punição de comportamentos voluntários, sejam ações ou omissões, não será a punição de um estado admissível.

O enriquecimento em si não é uma conduta. A desconformidade entre os rendimentos declarados e os efetivamente detidos não constitui uma conduta. Ao estar-se a querer criminalizar uma desconformidade com vista à transparência, está-se a punir um estado, presumindo-se, ainda que não se queira admitir na letra do preceito, que essa desconformidade teve origem em condutas criminosas.

Ora, serão essas as condutas que deverão ser punidas. O crime não pode ser punido através da utilização de mecanismos indiretos e meras aproximações que subvertem os princípios processuais penais.

Neste sentido, não parece ultrapassar as dificuldades já detetadas aquando do primeiro Decreto relativamente à determinabilidade da ação ou da omissão concretamente proibida e, por isso, o preceito viola, também, nos mesmos termos, o princípio da legalidade penal. Neste ponto, o crime específico merece iguais considerações.

3. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência encontra o seu alicerce histórico na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e está presente nos mais diversos textos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, nomeadamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Na ordem jurídica portuguesa, este encontra-se previsto no artigo 32.º, número 2 da Constituição da República Portuguesa. É a Constituição que define os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Neste sentido, o processo penal é “*direito constitucional aplicado*”.⁴⁹

⁴⁹ MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 709.

O princípio da presunção de inocência vincula de tal forma o legislador que não poderá este, através da lei, fazer derivar a responsabilidade penal de factos meramente presumidos, sendo de afastar por completo a utilização de presunções de culpa.⁵⁰

São diversas as decorrências que têm sido identificadas pela doutrina como corolários do princípio da presunção da inocência, sendo de salientar a proibição de inversão do ónus da prova, o direito ao silêncio do arguido e o princípio da não auto-incriminação. É importante densificar sumariamente as implicações deste princípio, nas suas diversas dimensões.

Quanto à proibição de inversão do ónus da prova, o princípio manifesta-se através do princípio *in dubio pro reo*, que consiste num *non liquet* em matéria de prova, a ser valorado em favor do arguido.⁵¹ Ou seja, no ordenamento jurídico português, a condenação só poderá ser feita caso se ultrapasse “*a dúvida razoável*”.⁵² Persistindo a dúvida sobre a culpa do agente, este deverá ser absolvido.

Não há, no processo penal português, um ónus da prova em sentido formal, na medida em que não há propriamente um encargo de produção de prova quer pela acusação quer pela defesa. O agente não tem um ónus de carrear a prova para o processo de forma a provar a sua inocência. Há, porém, um ónus de prova em sentido material, dadas as consequências que surgem na ausência de prova.⁵³

Tem-se discutido, porém, se o Ministério Público não terá um ónus de afastar a presunção de inocência, visto que a ele cabe a prova dos factos imputados ao arguido, sendo que na falta de prova suficiente, a culpa do arguido não se considera provada. É a acusação quem se encontra encarregue de fazer a prova dos factos alegados e necessários ao preenchimento do tipo legal, no quadro de um processo de estrutura acusatória mitigado pelo princípio da investigação.

⁵⁰ MOURA, José Souto, *A questão da presunção de inocência do arguido*, in Revista do Ministério Público, Ano 11, n.º 42, abril-junho, Lisboa, 1990, pág. 41.

⁵¹ Em sentido consonante veja-se ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4.ª Edição, 2011, pág. 356.

⁵² Neste sentido, veja-se SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume I, 6.ª Edição, Editorial Verbo, 2010, pág. 99.

⁵³ Neste sentido, veja-se SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4.ª Edição, Editorial Verbo, 2008, págs. 125 e ss.

FARIA COSTA afirma inclusivamente que “ (...) *da convergência do princípio da investigação com a presunção de inocência, resulta a inexistência de uma repartição do ónus probatório no processo penal; qualquer situação de dúvida insanável quanto a uma questão de facto terá, pois, de ser resolvida em sentido favorável ao arguido (...) não podendo falar-se de uma auto-responsabilidade probatória das «partes» quanto aos factos que lhes aproveitam, muito menos se poderá considerar a possibilidade de uma inversão do ónus da prova.*”⁵⁴

Apesar de o Decreto n.º 37/XII prever a prova pelo Ministério Público dos elementos típicos, incluindo a prova de que o enriquecimento não possuía uma origem lícita determinada, o Tribunal Constitucional considerou que o tipo importava uma inversão do ónus da prova, na medida em que não seria exigido que o Ministério Público fizesse qualquer tipo de prova da licitude ou ilicitude da origem, mas apenas da sua indeterminação, quer por incapacidade de prova, insuficiência de factos ou qualquer outro motivo.

Nestes termos, para que o crime não se considerasse preenchido era imprescindível que o arguido interviesse no sentido de provar a origem lícita do património. Se o arguido não interviesse, a construção do tipo parece induzir que a punição derivava de uma presunção da origem ilícita da incompatibilidade.

Ora, era precisamente por isto que se verificava uma clara e direta violação do princípio da presunção de inocência, quer no plano da proibição de inversão do ónus da prova, quer no plano do direito ao silêncio do arguido.

O tipo estava construído de forma a exigir uma atuação do arguido, promovendo inexplicavelmente a inércia do Ministério Público num processo que se caracteriza por uma estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação.

Quanto ao princípio da não auto-incriminação do arguido ou suspeito, que incorpora o direito ao silêncio, constituindo uma das garantias de defesa do arguido no processo

⁵⁴ COSTA, Faria, no parecer dado aquando da introdução do regime de confisco alargado pela Lei n.º 5/2002, citado no texto de GODINHO, Jorge A. F., *Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova*, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág. 1335.

penal constitucionalmente e legalmente tutelada⁵⁵, também este é violado, nos termos *supra* mencionados.

No âmbito do direito referido, o agente tem sempre a possibilidade de se recusar a colaborar na sua própria incriminação, remetendo-se ao silêncio, sem que dessa atuação possa decorrer uma valoração negativa (veja-se o artigo 343.º, número 1 do CPP), o que não ocorre neste caso.

Esta violação permanece no Decreto apreciado em 2015 pelo Tribunal Constitucional. No novo Decreto, há incriminação com a mera aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos. Neste caso, já não tem de haver uma prova da indeterminação da origem lícita, bastando-se com a mera incompatibilidade entre os rendimentos e bens declarados e os que deviam ser declarados.

A punição parece restringir-se, assim, à discrepância da declaração com o património e não à sua aquisição, posse ou detenção. Contudo, tal interpretação não é conforme com o tipo previsto.

A “*mera incompatibilidade*” não se parece coadunar com a própria designação do tipo, na medida em que a “*injustificação*” indicia uma associação de um juízo de desvalor. Nestes termos, na verdade o que se verifica, novamente, é uma presunção implícita no tipo da prática de crime anterior, na medida em que coloca o arguido na posição de ter de provar a licitude da origem do património, ou, pelo menos, de suscitar a dúvida sobre a sua natureza injustificada.

Além disso, afirma, e bem, o Tribunal Constitucional, que a incriminação apenas desta desconformidade já vigora no ordenamento jurídico português no âmbito das medidas de combate à criminalidade organizada. Assim, a sua redundância normativa é injustificada e até inconstitucional, por violação do artigo 18.º, número 2 da Constituição da República Portuguesa, na vertente do princípio da necessidade.

Quanto à introdução do crime específico, a criação de uma suspeita de aproveitamento do cargo para a obtenção de vantagens indevidas, presumindo-se a origem ilícita da variação patrimonial afeta a confiança da comunidade é certo, mas tal não deixa de

⁵⁵ Neste sentido, vide Acórdão do TC n.º 695/95, 5 de dezembro de 1995, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

isentar a observância do princípio da presunção de inocência, pelo que, também aqui, se apontam as considerações anteriores.

c) DAS ORIENTAÇÕES DOUTRINÁRIAS

A atualidade do fenómeno criminológico em análise tem originado largas discussões no seio doutrinário, sendo que a divergência das posições assumidas ao longo dos anos no que concerne a este assunto tem sido relevante. Vejamos, então, algumas das orientações que têm sido adotadas em sentido favorável e desfavorável à criminalização do enriquecimento ilícito e/ou injustificado.

1. ORIENTAÇÕES FAVORÁVEIS

Algumas das posições que têm pugnado pela introdução de um crime desta índole no ordenamento jurídico português defendem que o que estaria aqui em causa seria a tutela da transparência das fontes de rendimento como bem jurídico.⁵⁶

Dada a recente proposta do crime de enriquecimento injustificado, grande parte da doutrina tinha-se pronunciado aquando e previamente à apresentação da proposta do crime de “*enriquecimento ilícito*”.

A incriminação resultaria, nestes termos, não da presunção de que o agente obteve por via ilícita um património desproporcionado em relação aos seus rendimentos legítimos, mas antes da ausência de determinação da origem lícita desse património, correspondendo a uma incriminação que sanciona o enriquecimento por causa desconhecida.⁵⁷

Aquando da apresentação dos Projetos de Lei n.º 4/XII/1.ª, 5/XII/1.ª (BE), 11/XII/1.ª (PCP), 31/XII/1.ª (BE) e 72/XII/1.ª (PSD, CDS-PP), o Conselho de Prevenção da Corrupção, em parecer datado de 4 de outubro de 2011, pronunciou-se a favor da

⁵⁶ Neste sentido, veja-se SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, págs. 7 e 8, disponível em www.julgar.pt.

⁵⁷ Vide CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, n.º 2, abril - junho, Coimbra, 2011, pág. 302.

criminalização do enriquecimento ilícito, desde que na sua tipificação fossem respeitados os princípios gerais do direito penal.⁵⁸

HELENA SUSANO, por sua vez, afirmou que a criminalização do enriquecimento ilícito não só é possível, como é proporcional, adequada e necessária.⁵⁹

Quanto ao bem jurídico tutelado, entende a AUTORA que este se consubstancia na “*transparência económico-financeira que deve presidir às condutas dos titulares de órgãos públicos e de determinados funcionários públicos, com funções decisórias, imprescindível, além do mais, para a livre concorrência e leis da economia e do mercado*”, punindo-se a opacidade nos métodos de aquisição de bens nas situações em que origine uma desconformidade entre os bens declarados e os existentes.⁶⁰

Nestes termos, deveria este ser admitido, mas restringido o seu universo de agentes apenas aos funcionários que já detêm o dever de declarar extrafiscalmente o seu património e rendimentos, atentas as funções que exercem. Alarga também a punição às pessoas que têm algum tipo de relação familiar, de afinidade ou proximidade com tais agentes, de forma a prevenir que aqueles se sirvam destes.

A AUTORA considera que o crime deveria ter como pressuposto o dever de declarar as fontes/factos geradores da riqueza, sendo constituído pelos elementos objetivos: (i) omissão da declaração; e (ii) desconformidade do enriquecimento com os rendimentos conhecidos lícitos.

Ora, passando brevemente pelos instrumentos fiscais existentes de combate à infração fiscal, designadamente aquando da deteção da desconformidade dos rendimentos declarados com os efetivamente existentes, e de crimes penais como o branqueamento de capitais, a perda de bens e de vantagens, a AUTORA acaba por concluir que no campo da corrupção o ordenamento jurídico português é “*manifestamente mitigado*”.⁶¹

⁵⁸ Parecer do Conselho de Prevenção da Corrupção de 4 de outubro de 2011, pág. 6, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_14265.pdf.

⁵⁹ SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, pág. 12, disponível em www.julgar.pt.

⁶⁰ SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, pág. 5, disponível em www.julgar.pt.

⁶¹ SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, pág. 7, disponível em www.julgar.pt.

Ainda que partindo do pressuposto de que há um bem jurídico claramente definido e socialmente desvalioso, é necessário que haja uma conduta ou omissão proibida, nos termos *supra* expostos, e que a prova da mesma não implique uma violação do princípio da presunção de inocência.

Quanto a este ponto, considera HELENA SUSANO que cabendo à acusação a prova de que a evolução do património do agente, no sentido do enriquecimento, não tem uma origem lícita determinada, resta ao agente a prova do facto negativo, isto é, a contraprova de licitude da aquisição. No entanto, acaba por afirmar que existe efetivamente “*uma mitigação na repartição do ónus da prova*”.⁶²

É, porém, necessário que o facto passe pelo crivo do princípio da necessidade de tutela penal. Relativamente a este ponto, a AUTORA refere que a incriminação não deve ser considerada desproporcional, visto que constitui uma omissão voluntária do sujeito de declarar a verdade da sua situação patrimonial, assim como uma desconformidade entre a fonte de rendimento conhecido e lícito por ele auferido e essa situação patrimonial real.⁶³ Além disso, constitui, segundo a mesma, uma medida necessária e proporcional, visto que fortalece e previne a luta contra a corrupção e crimes congêneres.

Favoravelmente à introdução deste crime pronunciou-se também EUCLIDES DÂMASO SIMÕES afirmando que através deste “*passaremos a dispor de um instrumento mais ágil de escrutínio de práticas perversas de acumulação da riqueza (...)*”, mas restringindo a proposta aos titulares de cargos políticos e funcionários públicos. Afirma o AUTOR que este tipo deverá aplicar-se em alternativa ou subsidiariamente aos crimes que já existem nesta área, como a corrupção, peculato e tráfico de influências, em respeito *do ne bis in idem*, pelo facto de todos tutelarem o mesmo bem jurídico, a saber: a autonomia funcional do Estado, a integridade, probidade e honestidade dos órgãos públicos.⁶⁴

Refira-se, também, o Conselho Superior do Ministério Público que, mais tarde, aquando da emissão do parecer sobre os Projetos de Lei n.º 766/XII/4.^a (BE), 782/XII/4.^a (PCP) e

⁶² SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, pág. 9, disponível em www.julgar.pt.

⁶³ SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, pág. 11, disponível em www.julgar.pt.

⁶⁴ Confira-se SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 59.

798/XII/4.^a (PSD/DS-PP), a 5 de março de 2015, se revelou favorável à introdução de um crime deste tipo no ordenamento jurídico.⁶⁵

2. ORIENTAÇÕES CRÍTICAS

Apesar do surgimento de orientações favoráveis à introdução do crime de enriquecimento ilícito/injustificado, foram inúmeras as vozes que se levantaram contra o mesmo.

Referencia-se, desde já, SILVA DIAS, que se pronunciou no sentido da rejeição da adoção de um tal crime autónomo por colidir diretamente contra os princípios constitucionais em que se baseia o Direito Penal e o Direito Processual Penal no âmbito de um Estado de Direito Democrático.⁶⁶

Nota o AUTOR que importa aferir em que consiste a realização do ilícito-típico. Para certa doutrina, o eixo da ilicitude está na deteção de património ou rendimentos anormalmente superiores aos declarados e não na ausência de uma explicação aceitável para essa desproporção. Seria, segundo este entendimento, suficiente a prova da posse de rendimentos ou património desproporcionados relativamente aos conhecidos através de declarações anteriores. Haveria, portanto, verificação plena do crime com a não justificação fundamentada da sua proveniência.

Para SILVA DIAS, este entendimento é de rejeitar na medida em que o eixo da ilicitude não deverá estar na mera existência de uma incongruência, mas na perigosidade decorrente da fundada suspeita.⁶⁷

Afirma, também, que basear a punição em meras incongruências detetadas nos rendimentos e patrimónios à data pertencentes ao arguido relativamente aos declarados anteriormente seria punir com base numa riqueza inesperada ou meramente não publicamente declarada, o que contraria diversas bases constitucionais, como o direito à propriedade privada e à proibição da criação de crimes baseados em meras suspeitas, em termos gerais.

⁶⁵ Parecer Conselho Superior do Ministério Público, datado de 5 de março de 2015, pág. 2, disponível em <https://www.parlamento.pt>.

⁶⁶ Confira-se DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 33.

⁶⁷ Vide DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 33 e ss.

A punição de uma riqueza não declarada não pode ser, por si só, um facto ilícito punível criminalmente. Além disso, se estivermos perante uma mera suspeita é necessário que haja um mínimo de danosidade justificável à luz do princípio da proporcionalidade.

Segundo o AUTOR, esta danosidade mínima não está presente em meras incongruências, mas já poderá ser justificada com a existência de bases fundadas de suspeita de prática de condutas criminalmente desvaliosas. Todavia, ao utilizar esta suspeita para fundamentar a condenação estamos a ir contra o princípio da presunção da inocência, na medida em que há uma clara inversão do ónus da prova, visto que a argumentação convincente ou não do arguido será fulcral e constituirá a base de incriminação.

Bastará que o arguido opte por usufruir do seu direito ao silêncio que será levado necessária e conseqüentemente à condenação, por sua vez, baseada na ausência de uma resposta. A acusação ao não ser ilidida pelo arguido, quer por opção do direito ao silêncio quer por dificuldade ou incapacidade da sua ilisão, considerar-se-á confirmada. Ora, ao resultar de raciocínios e conclusões presumidas, a condenação colide com um dos princípios mais emblemáticos e fundamentais de um Estado de Direito: a presunção de inocência.^{68 69}

Também FARIA COSTA, aquando da audição da comissão parlamentar para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e análise de soluções ao seu combate, a 4 de fevereiro de 2010, referiu que “ *[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*”.⁷⁰

⁶⁸ Explicitando fundadamente este entendimento veja-se DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito, 2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 33 e ss.

⁶⁹ Confira-se, também, MARINHO E PINTO, António, *Crime de Enriquecimento Ilícito*, Boletim da Ordem dos Advogados n.º 59, 2009, afirmando que “ (...) não é admissível que possa haver condenações penais em que o elemento central dessa condenação – a ilicitude – se estabeleça a partir de presunções, ou seja, em que a responsabilidade criminal derive de presunções assentes no silêncio dos acusados.”, pág. 5.

⁷⁰ Citação presente, em nota de rodapé, no Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 9 de fevereiro de 2011, pág. 4, disponível em <https://www.csm.org.pt/documentacao/pareceres>.

Afirmou também o AUTOR que “*o primeiro e mais profundo problema reside em uma questão prévia a todas (...) 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 estatamento»*”.⁷¹

PEDRO CAEIRO, por sua vez, considera que o conteúdo do ilícito reconduz-se à infração de um dever geral de justificação da proveniência dos bens que um cidadão tem em cada momento, perante o Estado.

Ora, um dever geral de revelação da proveniência dos bens de cada cidadão parece, de facto, bastante adequado no que concerne à transparência num Estado de Direito Democrático, todavia não deve ser esse aplicado de forma a colocar de lado princípios basilares, como o princípio da propriedade privada no âmbito de um Estado marcado pelo princípio liberal. Não será, portanto, suficiente a mera detenção e é por isso que se reclama que o ilícito consiste no património incongruente que, por sua vez, indicia a prática de crimes anteriores.⁷²

Esta presunção de prática, porém, deve despoletar o início de investigações e não consubstanciar um tipo de ilícito autónomo, criminalmente punível. A deteção de uma incongruência entre o património possuído e o declarado deve gerar a utilização de mecanismos de outra natureza, nomeadamente de âmbito fiscal, conforme posteriormente se desenvolverá, possibilitando, conforme referido, o despoletar de investigações para determinar se efetivamente foram ou não cometidos atos penalmente relevantes e que se enquadram no âmbito de incidência de um crime.

Refira-se, por fim, FIGUEIREDO DIAS, afirmando que o enriquecimento é o resultado de outro crime e que a linha de ataque deverá ser outra, no campo penal, mas incidente

⁷¹ COSTA, José de Faria, *Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, n.º 3973, março-abril, 2012, págs. 249 e ss.

⁷² Vide, no mesmo sentido, CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, n.º 2, abril – junho, Coimbra, 2011, págs. 304 e ss.

sobre os crimes antecedentes dos quais resultam os patrimónios incongruentes, sendo que os bens resultantes devem ser perdidos.⁷³

⁷³ Veja-se a notícia disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/corruptao-enriquecimento-ilicito-tvi24-penalista-jorge-figueiredo-dias/1165599-4071.html>.

III. DA DESNECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Tal como oportunamente referido, tem-se verificado uma crescente procura pela criminalização da corrupção no contexto europeu, mas são raras as construções jurídicas que se aproximam do tipo de ilícito em análise no presente estudo.

A grande maioria dos Estados não tem admitido a criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado, quer porque o consideram desnecessário face ao quadro de instrumentos de combate à corrupção existente, quer porque é de difícil sustentação perante o princípio da presunção de inocência.⁷⁴

Saliente-se novamente, a Convenção de Mérida por ter sido o facto impulsionador da introdução do crime em Portugal, ao prever no seu artigo 20.º o dever de todos os Estados-Signatários adotarem medidas internas no sentido da criminalização do enriquecimento ilícito.

Foram diversos os Estados que formularam reservas quanto à aplicação deste preceito, baseados no argumento da violação da presunção de inocência, princípio reconhecido não só nas suas leis fundamentais, mas no artigo 14.º, número 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Ainda que não sejam formuladas quaisquer reservas quanto à criminalização, não há qualquer incumprimento por parte dos Estados-Signatários no caso de não introduzirem um crime de tal índole, visto que o próprio artigo o possibilita com base na Constituição ou nos princípios fundamentais dos respetivos ordenamentos jurídicos.

De facto, o que a Convenção prevê é que “ (...) *cada Estado parte considerará a possibilidade de adoptar medidas legislativas e de outra índole (...) ”. (sublinhado nosso).*

Neste sentido veja-se o Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 9 de Fevereiro de 2011, no âmbito da apreciação do Projeto de Lei n.º 494/XI/2ª (PCP): “[*O artigo 20.º da Convenção*] não implica necessariamente que haja um crime designado de

⁷⁴ Fazendo referência à rejeição que se tem verificado, ao nível da União Europeia, à incriminação do enriquecimento “ilícito”, veja-se Confira-se CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, nº 2, abril – junho, Coimbra, 2011, pág. 297.

enriquecimento ilícito, mas sim que a legislação permita punir esse enriquecimento ilícito, o que pode ser efetivado através de outros tipos legais de crime.”⁷⁵

Veja-se também o Parecer do Conselho Superior do Ministério Público, datado de 29 de setembro de 2011, ao referir expressamente que “*A Convenção da ONU (...) 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.*”⁷⁶

De facto, tal como referido, e bem, no Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 9 de Fevereiro de 2011, “*mais do que punir o «enriquecimento ilícito» deve ser apurado e punido o facto ilícito (que seja crime) e que tenha conduzido a esse enriquecimento ilícito.*”

Mais tarde, a 30 de março de 2015, o Conselho Superior da Magistratura veio pronunciar-se sobre os Projetos de Lei n.º 766/XII/4.^a (BE) e 782/XII/4.^a (PCP), afirmando que com a introdução de um crime deste tipo se está a reagir indiretamente, colocando o ênfase numa consequência posterior ao que realmente se pretende combater, através de uma presunção implícita de ligação dos factos.⁷⁷

Assim, a verificarem-se indícios de enriquecimento ilícito deverá optar-se pela investigação dos crimes que estão na origem do mesmo, punindo-se o agente pelo crime no qual o comportamento do agente se integrar.

E não se diga que esta salvaguarda imposta pela Convenção abre o caminho para que o legislador nacional decida livremente. Pelo contrário, a Convenção dá ênfase à importância do respeito pelos direitos constitucionalmente consagrados, pelo que deverá o legislador nacional atuar em conformidade.

⁷⁵ Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 9 de Fevereiro de 2011, disponível em <https://www.csm.org.pt/documentacao/pareceres>.

⁷⁶ Parecer do Conselho Superior do Ministério Público, datado de 29 de setembro de 2011, disponível em <https://www.parlamento.pt/>.

⁷⁷ Vide Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 30 de março de 2015, disponível em <https://www.csm.org.pt/documentacao/pareceres>.

A ausência de expressão no contexto jurídico-penal europeu tem sido justificada pela existência de instrumentos de combate no domínio do direito fiscal. A verificação de uma desproporção entre o rendimento declarado e certas manifestações de fortuna encontra-se abrangida por instrumentos que visam precisamente detetar esses acréscimos patrimoniais injustificados, incluindo situações anómalas onde se verifique uma dissonância entre a capacidade contributiva revelada pelo contribuinte na aquisição de determinados bens e a que é possível extrair da sua declaração de rendimentos.⁷⁸

FARIA COSTA afirma inclusivamente que “ (...) não podendo o Estado passar por cima de princípios tão estruturantes como a presunção de inocência, com as consequências que dela decorrem, a eficácia do combate à criminalidade grave terá (...) de radicar no envolvimento de outras instâncias (...) ”.⁷⁹

Veja-se também CUNHA RODRIGUES que considera que “No âmbito dos instrumentos legislativos, parece-me de dever resistir-se à tentação de fuga para a frente, que acaba por comprimir direitos ou criar institutos espúrios, como são designadamente as presunções de culpa ou a inversão do ónus da prova.”⁸⁰

a) INSTRUMENTOS NORMATIVOS PENAIS

No que concerne às alternativas à criação de um tipo penal autónomo, salientam-se as disposições de âmbito penal já existentes no ordenamento jurídico português.

Neste campo, em primeiro lugar, cumpre recordar a deficiente formulação do tipo legal no que concerne à indeterminação da conduta concretamente sancionada que, nos termos expostos previamente, não se considera suficiente para a orientação necessária dos cidadãos, na medida em que abrange uma quantidade inúmera dos comportamentos mais diversos.

⁷⁸ Para uma explicação aprofundada no que concerne à imputabilidade ao contribuinte da incongruência revelada, vide MARQUES, Paulo, *A inspeção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, págs. 121 e ss.

⁷⁹ Veja-se o excerto presente em GODINHO, Jorge A. F., *Brandos costumes? O Confisco Penal com base na inversão do ónus de prova*, in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1335.

⁸⁰ RODRIGUES, Cunha, *Os senhores do crime*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1, 1999, págs. 7 e ss, citado em GODINHO, Jorge A. F., *Brandos costumes? O Confisco Penal com base na inversão do ónus de prova*, in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1338.

Além disso, e não me querendo repetir quanto ao que já foi referido no âmbito da conformidade ou não do tipo aos princípios constitucionais, considero que já existem, na ordem jurídica, respostas ao problema identificado mormente no domínio penal.

A fraude fiscal, prevista nos artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, constituindo um crime cujo objeto de ilícito se consubstancia na violação dos deveres de informação e verdade suscetíveis de lesar o património do Estado pela diminuição de receitas tributárias, censura já diversas condutas que parecem também estar abrangidas por este novo tipo legal, designadamente no que concerne à ocultação de factos que deviam constar das declarações apresentadas.

Neste sentido, veja-se o próprio Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, ao referir que “ (...) *dada a latitude da previsão, pode suceder que a variação patrimonial verificada seja reveladora de uma prática ilícita, traduzida na prestação de declarações não fidedignas, ou não correspondentes com a realidade. Nessa situação, porém, uma será a censura que o «comportamento» típico merecerá ao direito, e que se concretizará na previsão do crime de fraude fiscal.* ”.⁸¹

O mesmo se dirá quanto ao crime de branqueamento de capitais, previsto no artigo 368.º-A do Código Penal que visa a ocultação de vantagens obtidas através da prática de um crime prévio, recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º do CP), corrupção passiva (artigo 373.º do CP) e peculato (artigo 375.º do CP).

Vejam-se também os crimes de perda de instrumentos e produtos (artigo 109.º do CP), perda de vantagens (artigo 111.º do CP) e o instituto de perda alargada previsto no âmbito da Lei n.º 5/2002, constituindo mecanismos de combate ao lucro obtido através da prática de facto ilícito.

Tem sido, de facto, crescente a tutela penal conferida a este tipo de comportamentos, sendo o combate a estas condutas de importância extrema. Todavia, ao introduzir-se um novo tipo criminal, nos termos previamente descritos, parece estar-se a tentar a todo o custo, inclusivamente passando por cima dos postulados constitucionais, punir os seus agentes.

⁸¹ Acórdão do TC n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Apesar de a luta contra a corrupção ser um dever cívico no âmbito de um Estado de Direito Democrático, não deve a dificuldade de aplicação de crimes como os referidos nos parágrafos precedentes, nomeadamente por ausência de prova, legitimar um novo crime. Ainda que se diga que o que se pretende é sancionar meramente a desproporção, independentemente da sua origem ilícita ou não⁸², continua o tipo a colidir com a Constituição da República Portuguesa, relevando as dificuldades já enunciadas e para as quais remeto.

Na minha opinião, o combate a este problema não passará, assim, pela criação de um novo crime, mas pela aplicação efetiva dos tipos penais já existentes, na esteira do entendimento de COSTA ANDRADE ao considerar que “*o problema da luta contra o crime económico em Portugal, incluindo a corrupção, não é um problema de legislação, mas de aplicação das leis disponíveis.*”⁸³

b) INSTRUMENTOS NORMATIVOS FISCAIS

No ordenamento jurídico português foram sendo adotadas diversas medidas, mormente no âmbito fiscal, de combate ao lucro ilícito e/ou não justificado, da sua obtenção e manutenção à margem do Direito e da descoberta da verdade material⁸⁴, dada a ineficiência relevada pelos métodos tradicionais de combate às infrações fiscais, designadamente da legislação de índole penal.

PAULO SILVA entende que foram diversas as causas responsáveis pela ineficácia da legislação penal no âmbito das infrações fiscais, mormente a difícil compaginação da repressão penal com a complexidade dos ilícitos fiscais, originando decisões absolutórias na maioria dos casos; a desigualdade na punição de casos ocasionais derivada da complexidade dos sistemas fiscais e da limitação de recursos humanos e técnicos na investigação; a incapacidade de resposta dos sistemas jurisdicionais e

⁸² Considerando que “*Não é (...) constitucionalmente ilegítimo, que, «partindo da circunstância factual objetiva do enriquecimento desproporcionado aos rendimentos lícitos conhecidos ou declarados, se possa construir uma incriminação que previna e sancione o enriquecimento por causa desconhecida.*”, vide SILVA, Germano Marques da, *Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado) – Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal*, em Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 51.

⁸³ Veja-se a notícia disponível em <http://www.dnoticias.pt/actualidade/pais/186486-enriquecimento-ilicito>.

⁸⁴ Neste sentido, veja-se MARQUES, Paulo, *A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, pág. 106.

prisoinais, dado o incremento dos casos de fraude fiscal e os sentimentos de impunidade da generalidade dos cidadãos.⁸⁵

A generalizada insuficiência do Direito Penal nesta matéria revelou, por isso, a importância da adoção de medidas de outro âmbito, designadamente no plano do Direito Tributário.

Como exemplo de medidas que foram adotadas, no plano tributário, no sentido de combate à evasão fiscal e corrupção, salienta-se a tributação de rendimentos ilícitos e a utilização do método da avaliação indireta.

No artigo 10.º da Lei Geral Tributária prescreve-se que a natureza ilícita da obtenção de rendimentos, da aquisição, titularidade ou transmissão de bens não obsta à sua tributação. Chegou-se, portanto, à conclusão de que a não tributação dos rendimentos obtidos por meios ilegítimos, através de comportamentos à margem do Direito, seria um fechar de olhos a um fenómeno cada vez mais recorrente na sociedade e que negligenciá-lo apenas beneficiaria os seus agentes, constituindo, além disso, uma violação do princípio da igualdade.

Neste sentido, veja-se SALDANHA SANCHES, ao referir que *“Ainda que a apreensão do rendimento ilícito seja a solução mais correcta para o bom funcionamento de uma sociedade juridicamente organizada, a experiência demonstra que, em muitos casos, a solução possível é a tributação de tais ganhos, em especial se for acompanhada pelas sanções legais ligadas ao incumprimento dos deveres declarativos.”*⁸⁶

Por sua vez, a utilização do método de avaliação indireta também se revelou indispensável, como método excepcional de avaliação, que só pode ser posto em prática se verificados os respetivos pressupostos de aplicação.

Nestes termos, a prova direta - que determina o valor real com base na declaração do contribuinte - tem sempre um carácter preferencial. Se a Administração possui

⁸⁵ Veja-se SILVA, Paulo Roberto Coimbra, em *Direito Tributário Sancionador*, Quartier Latin, São Paulo, 2007, pág. 188.

⁸⁶ SANCHES, J. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 308.

informações que lhe foram fornecidas pela entidade inspecionada ou por terceiros, deverá dar prioridade às mesmas.⁸⁷

Apenas na impossibilidade da determinação do valor com exatidão, deverá ser dado lugar à prova indireta. Através deste método a Administração procura alcançar o valor real dos bens ou rendimentos sujeitos a tributação, através de indícios e presunções necessariamente ilidíveis (artigo 73.º da LGT).⁸⁸

Assim, apenas no caso de a Administração não se poder basear nos elementos fornecidos pelo sujeito passivo, no cumprimento dos seus deveres legais, deverá recorrer a este procedimento, não bastando para tal a mera dúvida sobre se os elementos declarados correspondem à realidade. Vejamos, então, em que consiste este método e quais os seus pressupostos de aplicação.

A avaliação indireta foi introduzida na ordem jurídica portuguesa em 2000 como um procedimento oficioso que se concretiza num método de avaliação subsidiário à avaliação direta, com pressupostos estritos de aplicação e sujeito a uma decisão do diretor das finanças da área do domicílio fiscal do sujeito passivo, suscetível de recurso para o tribunal tributário.

Além disso, a decisão e a avaliação com recurso ao método indireto são comunicadas ao Ministério Público, pelo diretor de finanças, e no caso de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, à tutela destes para averiguações de competência.

No âmbito do princípio da oficialidade, do interesse público e do inquisitório, a Administração encontra-se obrigada a agir, pondo em prática todas as diligências necessárias ao abrigo da sua competência, na busca pela verdade material e pela prossecução da satisfação do interesse público.

Embora o contribuinte esteja legalmente obrigado a colaborar com a Administração, sujeito ao princípio da verdade declarativa (artigos 59.º e 75.º da LGT), situações há em que a falta ilegítima de colaboração do sujeito passivo nos procedimentos de inspeção

⁸⁷ Afirmando que a determinação do valor dos rendimentos ou bens sujeitos a tributação por métodos indiretos tem um carácter excecional e subsidiário e que deve ser dada prioridade à avaliação direta, veja-se MARQUES, Paulo, *A inspeção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, págs. 308 e ss.

⁸⁸ Assim, MARQUES, Paulo, *A inspeção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, pág. 114.

gera a aplicação de métodos indiretos de tributação, nomeadamente em casos em que os elementos fornecidos pela entidade inspecionada ou por terceiro não permitem determinar com precisão o valor real dos rendimentos ou dos bens sujeitos a tributação.⁸⁹

Este procedimento consubstancia, portanto, uma exceção ao princípio da verdade declarativa e ao princípio da boa-fé, impondo, por isso, um dever especial de fundamentação por parte da Administração (artigo 74.º, número 3 da LGT), demonstrando a verificação dos pressupostos de aplicação.

Nos termos do artigo 87.º da Lei Geral Tributária constituem, nomeadamente, pressupostos de aplicação deste tipo de avaliação, para o que nos interessa para efeitos do presente estudo:

- i. Impossibilidade de comprovação e quantificação direta e exata dos elementos indispensáveis à correta determinação da matéria tributável de qualquer imposto;
- ii. A matéria tributável do contribuinte se afastar, sem razão justificada, em mais de 30%, para menos ou, durante três anos seguidos, mais de 15% para menos, da que resultaria da aplicação dos indicadores objetivos da atividade de base técnico-científica legalmente definidos;
- iii. Os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente para menos, sem motivo justificativo, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de fortuna evidenciadas pelo contribuinte nos termos do artigo 89.º-A da Lei Geral Tributária; e
- iv. Acréscimo patrimonial ou despesa efetuada de valor superior a 100.000€, 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.

Após uma análise do regime, podemos concluir que é possível o recurso à avaliação indireta nos casos em que os rendimentos declarados sejam significativamente inferiores

⁸⁹ Vide, assim, MARQUES, Paulo, *A inspeção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, págs. 106 e ss.

aos padrões de rendimento que seria razoável presumir das manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo, sem que seja dada qualquer justificação admissível.

Não há, assim, uma tributação automática dessas manifestações de fortuna, na medida em que a sua aplicação se encontra dependente da ausência de motivos justificativos do desvio verificado por parte do contribuinte. É este quem tem o ónus da prova da correspondência dos rendimentos declarados à realidade e a justificação de proveniência dos restantes relativos às manifestações exteriores.

Apenas após demonstração da existência do facto tributário e da violação de um dever de cooperação⁹⁰, reconstruindo os ganhos através de indícios e sinais de riqueza, poderá a Administração recorrer a uma quantificação aproximada.

Além disso, é claro que o legislador teve em consideração a possibilidade de o desvio identificado resultar de atos penalmente relevantes. Portanto, atos não apenas relevantes no domínio fiscal, mas também resultantes em crimes contra o próprio Estado, possibilitando o desencadear de investigações.

Tal como referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de outubro de 2009, processo n.º 31/01.3IDCBR.C1, *“a utilização dos métodos indiciários a título sancionatório, na determinação dos lucros (...) tem expressa previsão nos casos em que a declaração seja tida por inverídica ou incontrolável, em casos de falsa declaração, (...). Trata-se de uma reacção legal a situações anómalas imputáveis ao próprio contribuinte, pelo que a respectiva aplicação não viola os princípios da generalidade da tributação e da capacidade contributiva, pois que nessas situações o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte (...).”*⁹¹
(sublinhado nosso)

A opção pela não adoção deste método colocaria inclusivamente em causa o princípio da igualdade tributária (artigo 13.º da CRP), beneficiando os incumpridores dos deveres

⁹⁰ Confira-se MARQUES, Paulo, *A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, n.º 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, pág. 106.

⁹¹ Acórdão do TRC, de 28/10/2009, processo n.º 31/01.3IDCBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

legalmente estatuídos que, ao não permitirem uma quantificação direta da vantagem patrimonial obtida, acabariam por não ser tributados.⁹²

Os métodos incidiários da avaliação indireta revelam-se, portanto, necessários e imprescindíveis sempre que a Administração não possa basear a existência ou quantificação de uma obrigação fiscal nos elementos voluntariamente fornecidos pelo sujeito passivo no cumprimento dos seus deveres legais.⁹³

Conforme podemos constatar, geralmente a adoção deste método é gerada por um comportamento imputável ao contribuinte que destrói a credibilidade e a confiança que a Administração nele depositou.⁹⁴

⁹² Veja-se NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 506 e 507, citado em MARQUES, Paulo, *A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, afirmando que “ (...) a não tributação desses proventos, se e na medida em que não tenham sido objecto de um processo ablativo em sede do correspondente direito sancionatório (...) teria como efeito beneficiar fiscalmente os proventos decorrentes das actividades ilícitas, encorajando estas e violando, ao mesmo tempo, o princípio da igualdade fiscal”, pág. 131.

⁹³ Neste sentido, veja-se SANCHES, Saldanha, *Manuel de Direito Fiscal*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 303.

⁹⁴ Neste sentido, veja-se GUIMARÃES, Vasco Branco, *Considerações sobre a revisão do rendimento tributável*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, Volume II, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 447, citado em MARQUES, Paulo, *A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, pág. 110.

CONCLUSÃO

A criminalidade económico-financeira é um fenómeno atual, exponencial e marcante no contexto transnacional, sendo imprescindível a adoção de estratégias de combate, através da introdução de medidas não só de âmbito legislativo penal, mas fiscal.

A implementação de medidas revela-se necessária no ordenamento jurídico português, não como mera resposta a um alegado dever de carácter internacional, mas como dever para com os cidadãos de um Estado que se caracteriza como liberal e democrático.

É, de facto, premente a criação de um novo pensamento no seio da ordem jurídica, para que o sentimento de impunidade que se generalizou nas últimas décadas seja, definitivamente, posto de parte. Porém, esse objetivo não deverá esconder-se por entre premissas duvidosas.

Por vezes, o caminho mais eficaz e eficiente não passa pelo que aparentemente nos parece mais severo. Não púnhamos, por isso, a severidade da punição de um comportamento em primeiro plano, em detrimento da eficácia das normas e da sua aplicação, que tantas vezes já nos revelaram que são tão ou mais importantes para efeitos de prevenção da prática de comportamentos ilícitos.

É precisamente por isso que as estratégias a adotar deverão enquadrar-se no seio da ordem jurídica, respeitando os princípios basilares e fundamentais constitucionalmente previstos e tutelados.

A criação de um crime de enriquecimento injustificado não se revela, segundo o entendimento adotado, atendendo a tudo o que foi *supra* explicitado, como a medida mais adequada e necessária, na medida em que “*Em termos político-criminais, trata-se de uma intervenção legislativa aparentemente norteadada pelo princípio segundo o qual os fins visados justificam meios extraordinários (...) O perigo representado pela criminalidade organizada é enfatizado com vista a sustentar a necessidade de admitir derrogações a princípios garantistas (...)*”.⁹⁵

Tal como se encontra formulado, o enriquecimento injustificado colide com diversos princípios constitucionais, conforme oportunamente referido. Embora tenha sido

⁹⁵ GODINHO, Jorge A. F., *Brandos costumes? O Confisco Penal com base na inversão do ónus de prova*, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1361.

apresentado com alterações perante o primeiro Decreto, no sentido de ultrapassar as inconstitucionalidades detetadas pelo Tribunal Constitucional aquando da apreciação do primeiro, o novo Decreto não parece merecer diferente juízo. Numa tentativa frustrada de introduzir dois novos crimes na ordem jurídica portuguesa, o novo Decreto não ultrapassa, novamente, o crivo dos princípios constitucionais.

Apresentando uma estrutura idêntica, os tipos apenas se diferenciam pelo tipo de agente e pela severidade das sanções. Mantêm-se como um crime de estado de coisas, indeterminado quanto à conduta concretamente censurada e construído em violação do princípio da presunção da inocência, nos termos acima identificados e aprofundados.

Conforme tive oportunidade de me pronunciar, há uma indefinição tão grande no que concerne ao “*comportamento*” censurado que não se vê como o crime a inserir no Código Penal, tal como formulado, tutela os bens jurídicos que diz ou que pretende proteger. Apesar de no crime específico apresentado se conseguir identificar, de uma melhor forma, o bem jurídico tutelado, ainda mediante a indeterminação da norma, atendendo à especial posição ocupada pelos seus destinatários, ambos os crimes fragilizam no que concerne ao princípio da necessidade de tutela penal.

Assim, quanto ao crime a inserir no Código Penal, não estando o cidadão comum sujeito a qualquer dever especial de declaração, nem assumindo o entendimento segundo o qual deveriam estar, tendo em consideração todos os institutos já existentes no ordenamento jurídico português e a prevalência de princípios como a liberdade e a propriedade privada, creio que não há necessidade de criação deste crime.

Quanto ao crime aplicável aos titulares de cargos públicos e políticos, assumindo estes especiais deveres de transparência e responsabilidade perante a comunidade, dada a especial posição que ocupam, o que é desde logo refletido no artigo 117.º da Constituição da República Portuguesa, tendo de prestar contas da condução da sua vida pessoal de uma forma mais exigente do que os restantes cidadãos, sem quaisquer poderes de decisão na vida pública, tendo a considerar que também este viola, porém, o princípio da necessidade de tutela penal, atendendo às obrigações e sanções a que já se encontram atualmente sujeitos, não se descortinando qual o reforço trazido pelo tipo que justifique uma restrição ainda maior dos direitos fundamentais.

Conforme oportunamente aprofundado, o ordenamento jurídico português tem adotado medidas no sentido de combate à corrupção e à fraude fiscal, não só no plano penal, através da introdução de crimes como a fraude fiscal, o branqueamento de capitais e o instituto do confisco alargado, nomeadamente, mas também no plano fiscal, mediante a criação de medidas como a tributação dos rendimentos ilícitos e a previsão da avaliação por métodos indiretos, em casos em que o contribuinte é ele mesmo o responsável por dar origem a uma inspeção e quantificação aproximada dos seus rendimentos.

Num ordenamento jurídico marcado pelo dever dos cidadãos contribuírem de acordo com a sua capacidade contributiva, em busca da satisfação das tarefas fundamentais do Estado, é essencial o recurso à avaliação indireta no caso de o contribuinte não colaborar e inclusivamente procurar defraudar, através de falta grave de cooperação que impossibilite uma avaliação completa e verdadeira por parte da Administração, a relação jurídica fiscal.⁹⁶

Esta avaliação, baseada mormente em manifestações de fortuna injustificadas, proporcionará o despoletar de investigações no caso de se identificar a existência de indícios da prática de atos ilícitos. Serão estes atos que deverão ser, por isso, investigados e penalmente censurados, se tal for o caso.⁹⁷

A adoção de medidas pelos Estados revela-se imprescindível atendendo à evolução que se tem verificado no quadro da criminalidade económico-financeira, nas últimas décadas. Porém, mais do que a constante introdução de novas medidas, é absolutamente premente que o combate à corrupção seja visto como uma luta organizada e eficaz.

Uma aplicação eficaz das medidas de combate existentes no ordenamento jurídico português, quer no plano da investigação quer já no plano da sanção, revela-se da maior importância para prevenir e diminuir o número de comportamentos à margem do Direito, colocando de parte, de uma vez por todas, o sentimento de impunidade generalizado na sociedade atual.

⁹⁶ Neste sentido, veja-se em MARQUES, Paulo, *A inspeção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro-março, Lisboa, 2015, pág. 108.

⁹⁷ Em conformidade, CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, nº 2, abril – junho, Coimbra, 2011, pág. 304.

Os princípios que enformam um Estado de Direito Democrático deverão constituir, sempre, a estrutura basilar de qualquer opção de política legislativa. No caso de se considerar como absolutamente necessária a adoção de uma medida de natureza criminal, através, designadamente, da criação de um novo tipo, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, esta necessidade e, concretamente esta medida, deverá passar, ainda com maior clareza, o crivo de todos os princípios constitucionalmente consagrados, revelando-se como legitimamente constitucional, o que, atendendo a tudo o que foi exposto, não creio verificar-se no presente caso.

LISTA DE FONTES

1. FONTES BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011;

BRAVO, Jorge dos Reis, *Fraude e Corrupção: repensar um modelo contemporâneo de prevenção e controlo da criminalidade económico-financeira*, in *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

CAEIRO, Pedro, *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco In REM e a criminalização do enriquecimento "Ilícito")* In Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 21, nº 2, abril - junho, Coimbra, 2011;

CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003;

COSTA, José de Faria, *Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, n.º 3973, março - abril, 2012;

DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010;

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

GODINHO, Jorge, *Brandos Costumes? O Confisco Penal com base na Inversão do Ónus da Prova: Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, Artigos 1º e 7º a 12º*, in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

MARQUES, Paulo, *A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal* in Revista do Ministério Público, Ano 36, nº 141, janeiro - março, Lisboa, 2015;

MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

MOURA, José Souto, *A questão da presunção de inocência do arguido*, in Revista do Ministério Público, Ano 11, n.º 42, abril - junho, Lisboa, 1990;

SANCHES, J. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4.º Edição, Editorial Verbo, 2008;

- *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das penas e Medidas de Segurança*, 2.ª Edição, Editorial Verbo, 2008;

- *Direito Penal Tributário - Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009;

- *Curso de Processo Penal*, Volume I, 6.ª Edição, Editorial Verbo, 2010;

- *Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado) – Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal*, em Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

- *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012;

SILVA, Paulo Roberto Coimbra, em *Direito Tributário Sancionador*, São Paulo, Quartier Latin, 2007; e

SIMÕES, Euclides Dâmaso, *Contra a Corrupção – As Leis de 2010*, in *As alterações de 2010 ao código penal e ao código de processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

2. FONTES JURISPRUDENCIAIS

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, de 6 de novembro de 1991, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 634/93, de 4 de novembro de 1993, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, de 5 de dezembro de 1995, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 108/99, de 10 de fevereiro de 1999, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 31/01.3IDCBR.C1, de 28 de outubro de 2009, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012, disponível em www.tribunalconstitucional.pt; e

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

3. OUTRAS FONTES

MARINHO E PINTO, António, *Crime de Enriquecimento Ilícito*, Boletim da Ordem dos Advogados n.º 59, 2009, disponível em <https://www.oa.pt>;

Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 9 de fevereiro de 2011, disponível em <https://www.csm.org.pt/documentacao/pareceres>;

Parecer do Conselho Superior do Ministério Público de 29 de setembro de 2011, disponível em <https://www.parlamento.pt>;

Parecer do Conselho de Prevenção da Corrupção de 4 de outubro de 2011, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_14265.pdf;

SUSANO, Helena, *Da criminalização do enriquecimento ilícito dentro dos limites da CRP*, 2013, disponível em www.julgar.pt;

Parecer do Conselho Superior do Ministério Público de 5 de março de 2015, disponível em <https://www.parlamento.pt>; e

Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 30 de março de 2015, disponível em <https://www.csm.org.pt/documentacao/pareceres>.