



Departamento de Direito

Mestrado em Direito

Especialidade de Ciências Jurídico-Criminais

Enriquecimento Ilícito

Mestrando: João Pedro Matos Pinhal

Orientador: Doutor Mário Ferreira Monte

Abril
2012

**"O poder tende a corromper - e o poder
absoluto corrompe absolutamente"**

Frase de Lord Acton

(Resumo em Português)

O crime de enriquecimento ilícito, ou inexplicável, como é mencionado noutros ordenamentos jurídicos, assume a sua importância como medida de combate à corrupção, sendo consagrado na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, no seu artigo 20.º, dando a possibilidade aos Estados-Membros de ratificarem, e incluírem nos seus ordenamentos esta norma, desde que a mesma não viole os princípios consagrados nos Estados-Membros.

No Ordenamento Jurídico Português, esta situação tem sido discutida desde 2007, mas apresentando maior vontade legislativa nestes dois últimos anos. Porém, e apesar dos inúmeros projectos de lei já elaborados com vista à criminalização do enriquecimento ilícito, nenhum apresentou os resultados pretendidos para que esta norma fosse aprovada, tendo como argumentos desfavoráveis a afirmação de que esta norma é inconstitucional, por violação do princípio da presunção de inocência, por ser admissível a existência da inversão do ónus da prova.

Mas podemos verificar a existência de argumentos a favor da criminalização do enriquecimento ilícito, nomeadamente quando mencionam que no enriquecimento ilícito não existe uma inversão do ónus da prova, cabendo por completo ao Ministério Público o ónus da prova, respeitando assim o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

O caso francês é o melhor exemplo que podemos ter como base de referência, pois ao incluir o crime de enriquecimento ilícito no seu ordenamento jurídico aproveitou o mesmo para criminalizar delitos de outra natureza, nomeadamente de natureza sexual, e não só. Este é um bom exemplo da versatilidade que este crime pode apresentar, desde que o mesmo seja bem aplicado e sejam fornecidos os mecanismos necessários ao Ministério Público para o desempenho das suas competências.

Em suma, o importante a realçar acerca do crime de enriquecimento ilícito, e do que foi exposto ao longo deste trabalho, é que a criminalização do enriquecimento ilícito é uma forte medida de combate à corrupção, é uma medida que já devia ter sido implementada no nosso ordenamento jurídico há já algum tempo. Uma das dificuldades iniciais que este crime enfrentará deve-se ao facto de que o Ministério Público pode ser levado a despender recursos e meios a investigar meras acusações sem que as mesmas apresentem fundamentos jurídicos. Mas é de salientar que este enriquecimento é centralizado para o sector público,

nomeadamente funcionários públicos, e políticos. E é nesta área que falta uma medida forte que possa criminalizar quem utiliza a sua condição privilegiada para enriquecer ilicitamente.

(Resumo em Inglês)

The crime of illicit enrichment, or inexplicable as it is mentioned in other jurisdictions assumes its importance as a measure to combat corruption, being enshrined in the UN Convention against Corruption, Article 20, giving the possibility for Member States to ratify, and include in their jurisdictions this rule, provided that it does not violate the principles enshrined in the Member States.

In the Portuguese legal system, this situation has been discussed since 2007, but with greater legislative will last two years, however, and despite numerous bills already introduced in order to criminalize illicit enrichment, none had the desired results for this rule was approved, with the unfavorable arguments, the assertion that this provision is unconstitutional for violating the presumption of innocence, be admissible for the existence of the reversal of the burden of proof.

But we can verify the existence of arguments for the criminalization of illicit enrichment, especially when mentioning that there is no unjust enrichment in a reversal of the burden of proof, falling completely to the prosecutor the burden of proof, thus respecting the principle of presumption of innocence enshrined in Article 32 paragraph 2 of the Portuguese Republic Constitution.

The French case is the best example we can take as a reference, as to include the crime of illicit enrichment in law, took it to criminalize other types of crimes, including sexual in nature, and not only is a good example of the versatility that this crime may have provided it is well implemented and the necessary mechanisms are provided to the Attorney General, for the performance of its powers.

In short, the important thing to stress about the crime of illicit enrichment, and that was exposed during this work is that the criminalization of illicit enrichment is a strong measure to combat corruption, is a measure that should have been implemented in our legal system at some time, one of the initial difficulties that this crime will face, due to the fact that the prosecution can be brought to expend resources and means merely to investigate allegations that they have no legal grounds, but is Note that this enrichment is central to the public sector, including public officials and politicians, and this area is lacking a strong measure that can criminalize those who use their privileged position to profiteer.

Índice

Índice	6
Abreviaturas	8
Siglas	8
Introdução	9
I - O Delito de Enriquecimento Ilícito	12
1. Enriquecimento Ilícito na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção	17
1.1. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção	17
1.2. Análise e abordagem do artigo 20.º da CNUCC	18
2. O Enriquecimento Ilícito na União Europeia	21
3. Razões para incriminar o Enriquecimento Ilícito	23
4. Um Quadro Constitucional para o Enriquecimento Ilícito no Regime Jurídico Português	25
5. Em que vertente pode encontrar-se o Enriquecimento Ilícito	27
5.1. <i>Vertente Política</i>	27
5.2. <i>Vertente Financeira</i>	28
5.3. <i>Vertente Sexual</i>	29
5.4. <i>Outras Vertentes</i>	30
6. Pode o Enriquecimento Ilícito ser considerado Crime em Portugal	30
6.1. <i>Opiniões Favoráveis à aplicação do Enriquecimento Ilícito em Portugal</i>	30
6.2. <i>Opiniões Desfavoráveis para a aplicação do Enriquecimento Ilícito em Portugal</i> .	32
6.3. <i>Considerações Finais</i>	34
7. Abordagens para a elaboração do crime	37
8. Experiência de outros países com o Crime de Enriquecimento Ilícito	39
8.1. <i>O modelo adoptado por Hong Kong</i>	40
8.2. <i>O modelo adoptado pelos países americanos (Argentina, etc.)</i>	40
8.3. <i>O modelo francês</i>	43
8.4. <i>Abordagem feita por outros países, na sua implementação ou não</i>	45
8.5. <i>Índice de Percepção da Corrupção</i>	50
II – Perda de Bens a Favor do Estado	55
1. Perda de Bens a Favor do Estado	55
1.1. <i>Perda de Bens a Favor do Estado como Medida Sancionatória</i>	56

1.2. A aplicação da sanção	57
2. A Investigação Criminal no domínio da Perda de Bens a Favor do Estado.....	60
3. Considerações gerais sobre a Perda de Bens a favor do Estado.....	61
4. A questão da Inversão do Ónus de Prova na Perda de Bens a Favor do Estado	63
III – Princípios e Limitações Impostas Pela Constituição	65
1.1. Princípio da Presunção de Inocência.....	65
1.2. Princípio ‘In Dubio Pro Reo’	67
1.3. Princípio contra a Auto-incriminação	68
IV – Ónus de Prova	69
1. Análise de outros países quanto ao Ónus de Prova.....	71
2. Princípios Penais da Prova	75
2.1. O Princípio da Presunção de Inocência	75
2.2. O princípio do ‘In dubio pro reo’	77
2.3. Princípio da prova livre	78
2.4. Princípio da investigação, ou da verdade material	79
3. A Questão da Proibição da Inversão do Ónus de Prova.....	80
Conclusão	82
Bibliografia	84
Anexo I	88

Abreviaturas

Al.- Alínea
Art. – Artigo
Consult. - Consultado
N.º - Número
P. – Página
SS. - Seguintes

Siglas

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CIAC – Convenção Interamericana contra a Corrupção
CNUCC – Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção
CP – Código Penal
CPF – Código Penal Francês
CPP – Código de Processo Penal
CRP – Constituição da República Portuguesa
MP – Ministério Público
ONU – Organização das Nações Unidas
PGE – Procuradoria-Geral do Estado
Seplag - Secretaria Estadual de Planejamento e Gestão
TC – Tribunal Constitucional
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TI – Transparency International
TIAC - Transparência e Integridade – Associação Cívica

Introdução

Este trabalho tenta verificar a possibilidade de implementação do crime de Enriquecimento Ilícito no seio do Ordenamento Jurídico Português. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003, e posteriormente ratificada por Portugal em 2007, vem estabelecer o Crime de Enriquecimento Ilícito no seu artigo 20.º.

Antes de entrarmos no método que desenvolverei para abordar e explorar este tema, convém mencionar, ainda que de forma breve, a origem deste crime e o porquê da criação de um crime que abrange os funcionários públicos.

Este é um assunto que tem criado controvérsia e discussão há já alguns anos em Portugal. E, há cerca de três anos, tem-se debatido na Assembleia da República uma proposta para a criminalização deste delito, com vista ao combate à corrupção, e também para os funcionários públicos demonstrarem uma transparência nas suas contas, nomeadamente os políticos. Estes deveriam entregar, no prazo de 60 dias a contar do início da data do exercício das respectivas funções, uma declaração no Tribunal Constitucional, com a descrição dos bens da sua esfera patrimonial no início do mandato, de acordo com a Lei n.º 4/83, de 2 de Abril¹. Acontece, porém, que são vários os casos em que se verifica uma omissão do dever de declarar.

Quando referimos a corrupção, consideramos corrupção como a livre adesão a condutas que violem normas éticas e/ou jurídicas visando um benefício indevido para si ou para outrem. Mas há que perceber qual o sentido legal que podemos encontrar no nosso Ordenamento Jurídico: assim está consagrado no Código Penal, mais concretamente no seu artigo 374.º, intitulado “Corrupção Activa”, mencionando, no seu n.º 1, que a mesma é verificada quando “quem por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida”². No entanto, e tendo em consideração que a corrupção pode apresentar-se em várias áreas, porém, é na análise da corrupção política que iremos verificar semelhanças com o crime de enriquecimento ilícito, considerando corrupção política quando o uso das competências dos funcionários públicos é concretizado para fins privados ilegítimos, ou seja, utiliza o poder que possui para outros fins,

¹ Diploma com as alterações introduzidas pela Lei n.º 38/83, de 25 de Outubro, Lei n.º 25/95, de 18 de Agosto, Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, Lei n.º 30/2008, de 10 de Julho, e Lei n.º 38/2010, de 2 de Setembro.

² ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel – **Código Penal**. 2.ª ed. Coimbra; Almedina, 2007, p. 206

e um acto ilegal realizado por um funcionário público no exercício das suas funções constitui corrupção política. Mas existem outras situações em que podemos verificar o abuso de poderes por parte dos funcionários, situações que demonstrarei numa análise generalizada da corrupção.

Após elaborado um estudo dos impactos negativos da corrupção, falarei da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que tem como único objectivo o combate à corrupção em diversas vertentes. Farei uma análise do artigo 20.º desta Convenção, intitulado ‘Enriquecimento Ilícito’, e que condições são impostas por este artigo para que os Estados-Membros adoptem a previsão deste crime no seu Ordenamento Jurídico. Para isto, apresentarei algumas das medidas já tomadas por alguns dos países da União Europeia respeitando os princípios acordados na Convenção Contra a Corrupção, mas ainda existem casos de países que encontram alguma dificuldade na sua implementação.

Passando depois para o tema principal deste trabalho, que é a abordagem das questões envolventes em torno do crime de Enriquecimento Ilícito, tentarei demonstrar as razões existentes para a criminalização deste novo delito; e se o mesmo, numa perspectiva constitucional, tem bases de actuação que não possam ferir as normas defendidas constitucionalmente.

É verdade que todas estas questões devem ser ponderadas e justificadas pela actuação do Ministério Público no desenvolvimento das suas pesquisas, tentando encontrar o nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício de funções públicas, e bem assim que aquele enriquecimento manifesto não provém de um qualquer meio de aquisição lícito. No sentido de se encontrar mecanismos legais que possam contribuir para uma melhor investigação e eficiência por parte do Ministério Público na investigação de casos que possam justificar a aplicação deste novo crime.

Penso que importa mencionar neste estudo, e aproveitando o próprio texto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção quando menciona o crime de enriquecimento ilícito, a liberdade que os Estados têm para aplicar esta norma dentro do seu ordenamento jurídico, não estando os mesmos obrigados àquela disposição legal. Assim sendo, tentarei, dentro do crime de enriquecimento ilícito, verificar a existência de outras vertentes que podem ser questionadas, ou até ponderadas, na criminalização do enriquecimento ilícito.

É claro que toda esta problemática tem suscitado dúvidas e discussão em torno das suas questões principais, nomeadamente, se esta norma vem violar ou não o princípio da presunção de inocência, nos termos do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, e

mesmo a possibilidade de que a mesma, para ser criminalizada pelo Ministério Público, implicaria a ocorrência da inversão do ónus da prova. Por isso, analisarei as várias opiniões doutrinárias existentes em torno de todas estas questões, passando pelos defensores da aplicação deste crime no nosso ordenamento jurídico, e também pelos que defendem a inconstitucionalidade deste crime.

Procurarei também demonstrar como esta questão foi abordada pelos diversos países que assinaram e ratificaram a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, e se já tinham mecanismos legais, implementados dentro do seu ordenamento jurídico, que permitissem combater este tipo de enriquecimento, e se ao longo dos anos se tem verificado uma diminuição da percentagem de corrupção existente no país.

No entanto, podemos encontrar no nosso ordenamento jurídico outro tipo de norma que, em torno da sua implementação, considerou a existência da inversão do ónus da prova mas que não levantou tantos obstáculos como o crime de enriquecimento ilícito. Estou a falar da questão da perda de bens a favor do Estado, que é uma medida especial de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Tentarei demonstrar assim neste estudo quais os critérios utilizados para ultrapassar as problemáticas envolventes da inversão do ónus da prova ou se as mesmas nem foram questionadas.

Após analisada esta questão, passarei a analisar o impacto desta norma junto dos diversos princípios constitucionais afectados, nomeadamente o princípio da presunção de inocência, que é o mais importante no estudo e na análise deste crime, e terminando com o estudo das questões em torno do ónus da prova e da consideração da sua inversão, e se estes argumentos apresentam carácter normativo que possa permitir ou não a criminalização do enriquecimento ilícito no nosso ordenamento jurídico, sem o que o mesmo possa afectar a Constituição.

I - O Delito de Enriquecimento Ilícito

Antes de abordarmos em concreto o Delito de Enriquecimento Ilícito, devemos fazer um breve enquadramento do fenómeno da corrupção e mostrar o porquê da importância do seu combate.

Quando falamos da corrupção, compreendemos que não é possível atribuir-lhe uma definição exacta ou considerá-la numa única perspectiva. Neste sentido, consideramos corrupção como a livre adesão a condutas que violem normas éticas e/ou jurídicas visando um benefício indevido para si ou para outrem. No entanto - e tendo em consideração que a corrupção pode apresentar-se em várias áreas, porém, é na análise da corrupção política que iremos verificar semelhanças com o crime de enriquecimento ilícito -, consideramos corrupção política quando o desempenho das competências dos funcionários públicos é usado para fins privados ilegítimos, ou seja, utiliza o poder que possui para outros fins. Ora, um acto ilegal praticado por um funcionário público no exercício das suas funções, regra geral, integra a tipificação necessária à qualificação como corrupção política.

No entanto, as actividades entendidas como corrupção diferem de país para país ou jurisdição. Por exemplo, certas práticas de financiamento político que são legais num Estado podem ser ilegais noutro; mas, em alguns casos, os funcionários públicos podem ter poderes amplos ou mal definidos, o que torna difícil distinguir entre as acções legais e as ilegais³.

Em todo o Mundo, calcula-se que a corrupção envolva mais de um milhão de biliões de dólares por ano.⁴ O que demonstra um estado de corrupção política desenfreada, que é conhecido por cleptocracia⁵, o que, literalmente, significa "Estado governado por ladrões".

A corrupção encontra-se associada, nomeadamente, à falsidade, abuso de poder, abandono de funções, denegação de justiça, etc., e cujo objectivo é intimidar, consentir,

³ Aqui coloca-se a questão do poder discricionário dos funcionários públicos, este acontece quando a lei não menciona, ou regula, deixando uma grande margem de liberdade de decisão à Administração Pública. Devendo esta decidir, ela própria, segundo os critérios que em cada caso entender mais adequados á prossecução do interesse público. Porém esta discricionariedade não é total, deve respeitar a liberdade de escolher a melhor decisão para realizar o fim visado pela norma: se o acto pelo qual se exerce esse poder for praticado com a intenção de prosseguir o fim que a norma visou, este acto é legal; se o acto for praticado com um fim diverso daquele para que a lei conferiu ao poder discricionário, o acto é ilegal. Porque o fim é sempre vinculado no poder discricionário.

⁴ DREHER, Axel, KOTSOGIANNIS, Christos, McCORRISTON, Steve, - **Corruption Around the World: Evidence from a Structural Model**. [em linha]. England: University of Exeter, 2004. [Consul. 3 de Agosto 2011]. Disponível em <http://129.3.20.41/eps/pe/papers/0406/0406004.pdf>

⁵ A palavra Cleptocracia, de origem grega, significa literalmente "*Estado governado por ladrões*". A cleptocracia ocorre quando uma nação deixa de ser governada por um Estado de Direito imparcial e passa a ser governada pelo poder discricionário de pessoas que tomaram o poder político nos diversos níveis e que conseguem transformar esse poder político em valor económico, por diversos modos.

aguardar, aceitar, solicitar ou prometer uma vantagem, patrimonial ou não patrimonial, indevida, para si ou para terceiro. O acto, se for habitual e continuado, traduz-se em prejuízo grave para a economia e, em consequência, cria uma crise, ao desorganizar a função utilidade ou a economia do investimento.

No estudo da corrupção deve-se, antes de mais, fazer a distinção entre dois tipos de corrupção que podem ser verificados junto dos funcionários públicos; e esta distinção está prevista pelo Código Penal (CP), nos seus artigos 372.º e 373.º. Aí se distingue entre corrupção para acto lícito e a corrupção para acto ilícito.

A corrupção para acto lícito, de acordo com a definição fornecida pelo artigo 373.º, n.º 1, do CP, verifica-se quando um *“funcionário [...] por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão não contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação”*⁶. Um dos exemplos mais clássicos deste tipo de corrupção é o caso do fiscal de uma câmara municipal que, para passar vistoria a uma obra, recebe de terceiro uma vantagem, patrimonial ou não, para que a mesma seja aprovada; caso contrário, colocará obstáculos à justa expectativa de aprovação.

Situação diferente é a verificada quando mencionamos a corrupção para acto ilícito, que, de acordo com a definição fornecida pelo artigo 372.º, n.º 1, do CP, se verifica quando um *“funcionário [...] por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação”*⁷.

O crime de corrupção acontece, normalmente, quando um político, ou um funcionário público, realiza uma violação dos seus deveres para obter proveito pessoal, omitindo o dever de assistir, protelando por tempo indeterminado, de forma a obrigar o cidadão a oferecer-lhe uma vantagem, patrimonial ou não patrimonial, aproveitando-se da sua posição e dos apoios ou direitos a atribuir, utilizando sobretudo a necessidade de quem procura a Administração.

A corrupção é promovida no seio do próprio Estado, pois os políticos e os funcionários públicos verificam nela um modo de obter enriquecimento fácil e rápido,

⁶ ALMEIDA, Carlota Pizarro de, VILALONGA, José Manuel – **Código Penal**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 205

⁷ Idem.

mudando depois de cargo ou demitindo-se para ir trabalhar para o estrangeiro ou numa empresa após já terem realizado um grande enriquecimento.

Mas, analisado o normativo aplicado nesta área de actividade criminal, transparece uma quase cumplicidade do Estado. Vejamos, numa aparente protecção dos actos que visam a corrupção apenas no meio político e repartições do Estado, acontece o seguinte: a) Não se considera crime os actos preparatórios (artigo 21.º do CP), o que pode incluir as causas do crime ou a autoria, muito embora sejam as causas do facto ou a idealização e a promoção dos crimes maiores e principais na realidade; b) Por outro lado, o Estado promove a corrupção em larga escala ao não separar o objectivo da decisão, já que em Portugal a mesma entidade recebe, analisa, decide e paga os apoios sociais e associações, ou seja, os cidadãos não têm acesso a nada e vai-se alargando o fosso da desigualdade de oportunidades. Para além disso, e dos diversos instrumentos previstos no Direito Administrativo, quando se reclama é muitas vezes para a entidade que produziu o erro, usando-se a reclamação como forma de motivar o cidadão a procurar a Administração como se fosse a forma de garantir os seus direitos.

Nem sempre o agente privado é aquele que inicia o acto de corrupção. As leis e as normas do serviço público às vezes são usadas pelos agentes públicos para dar início ao acto de corrupção; por exemplo, nos casos em que o agente público não aprova um pedido de alvará de comércio sem que o comerciante esteja disposto a pagar um valor monetário para a devida aprovação.

Uma das graves consequências deste tipo de corrupção passa pela falta de interesse das grandes empresas no investimento internacional, onde é verificada a existência de dificuldades burocráticas para a sua constituição e implementação, bem como da morosidade por vezes da própria Justiça, fazendo com que esse investimento seja aplicado em países dotados, principalmente, de mão-de-obra mais barata.

Consequentemente, dentro da lógica de uma economia de mercado falseada, este conceito pode tornar-se muito mais complexo. A corrupção na área política resume-se, muitas vezes, nesta frase, repetida por quem investiga este tipo de crime: trata-se de “criar dificuldades aos cidadãos para poder vender facilidades”. Em países especialmente marcados pela corrupção, frequentemente são os próprios detentores de cargos públicos a tomar a iniciativa de se aproximar, directa ou indirectamente, dos agentes económicos, propondo a concessão ou desbloqueamento de contratos ou licenças mediante o pagamento de uma "comissão", em dinheiro ou em espécie.

Estas acções de corrupção impedem o desenvolvimento económico numa sociedade, criando fortes distorções e deficiências no mercado. Por exemplo, as empresas privadas

sofrem com o aumento dos custos dos negócios em função da necessidade de realizar pagamentos ilícitos exigidos pelos funcionários corruptos, tendo a necessidade de negociar com os funcionários corruptos. Aqui se cria o risco judicial de uma eventual detecção da ilegalidade por funcionários e juízes não corruptos.

Numa análise a estas questões, verifica-se que, por vezes, esta corrupção encontra-se associada à própria criação e promulgação das leis e portarias, no sentido de que estas protegem as grandes empresas à custa das pequenas empresas (pois são levadas a sair do mercado por não reunirem as condições que a legislação exige) e do público em geral (que pagará preços mais elevados à medida que as pequenas empresas saem do mercado e as grandes empresas conseguem um poder económico num mercado de oligopólio).

Por vezes, as grandes empresas, obtêm este retorno, que não é mais do que um suborno, o qual, muitas das vezes, pode ser considerado como contribuição eleitoral, pois os agentes de corrupção passiva (funcionários públicos e políticos) usam o seu poder institucional para elaborar e promulgar tais leis. Acontece que estes actos trazem graves consequências no sentido económico, pois o investimento que as grandes empresas fizeram ao contribuir para as campanhas eleitorais, na verdade, causa uma forte estagnação no desenvolvimento económico do país em causa.

Esta corrupção também pode apresentar-se relacionada ao investimento público e a projectos que, devido à sua dimensão, podem proporcionar propostas de suborno mais generosas. Veja-se, por exemplo, as grandes obras públicas, nomeadamente, estradas, pontes, etc. Os agentes de corrupção passiva, para promover ou esconder estas negociações, utilizam a criação destas grandes obras para aumentarem a complexidade dos projectos dos sectores públicos e as exigências de habilidade técnica ou de experiência em negócios semelhantes, de maneira a diminuir a possibilidade de novos pretendentes às licitações fraudulentas aparecerem como concorrentes.

Outra afirmação errada é a de que a corrupção diminui os procedimentos burocráticos legais exigidos em função do fornecimento de subornos (que são menores que os custos burocráticos). Esta afirmação não se sustenta numa análise mais profunda. A razão é a de que os subornos induzem os funcionários públicos e agentes das empresas privadas que estejam interessados em barreiras legais de entrada, no seu sector aos novos concorrentes a formarem grupos de interesses e a pressionar os respectivos parlamentos para criarem novas leis e normas legais.

A corrupção vem atingir os pobres desproporcionalmente, desviando os fundos destinados ao desenvolvimento, dificultando a capacidade de um governo para fornecer

serviços básicos, alimentando a desigualdade e a injustiça e desencorajando a ajuda externa e o investimento. A corrupção é um elemento-chave no mau desempenho económico, tornando-se um grande obstáculo para a redução da pobreza e do subdesenvolvimento.

Todas estas situações irão inflacionar o custo dos negócios na economia, no sentido de que a corrupção diminui a disponibilidade de bens e serviços à sociedade, vai diminuir o jogo capitalista da competição entre as empresas, aumentando os custos dos bens e serviços e diminuindo a sua disponibilidade pelos cidadãos. Ao proteger as empresas ligadas ou conectadas por laços de corrupção aos agentes públicos corruptos, a corrupção permite não só a sobrevivência e crescimento de empresas ineficientes para o fornecimento de bens e serviços adequados à sociedade, provocando o desaparecimento das empresas eficientes mas que não estão ligadas aos agentes de corrupção.

O resultado desta corrupção política proporciona a relação com outros crimes, que podem ser a apropriação de bens públicos, a apropriação de serviços públicos, a apropriação de dinheiro público, o nepotismo, a cobrança de subornos, a extorsão, a compra e venda de influência política e a realização de fraudes em licitações públicas.

Pois, num sentido geral, esta corrupção, além de ter fortes impactos numa democracia, em que origina uma diminuição das receitas, por outro lado, aumenta as despesas inerentes ao Estado, pondo assim em causa a democracia e o Estado de Direito, conduzindo a violações dos direitos humanos, distorcendo os mercados, corroendo a qualidade de vida, permitindo a criminalidade organizada, terrorismo e outras ameaças à segurança humana, para florescer⁸, revelando graves consequências, sendo a principal a diminuição da confiança pública nas instituições do governo e nas instituições judiciais.

Devido ao impacto que cada vez mais se verifica com os avanços desta corrupção, este assunto foi abordado pelas Nações Unidas, que consideraram ser altura de combater esta corrupção, criando assim a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que vem mencionar uma definição de enriquecimento ilícito como o aumento significativo do activo de um funcionário público que (ele ou ela) não possa justificar em relação ao rendimento lícito. Uma das cláusulas na ratificação desta convenção foi os países fazerem um esforço para

⁸ ANNAN, Kofi A.- **United Nations Convention Against Corruption**. Vienna. 2004, Foreword, página iii [Consult. 10 Jan. 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

verificar se dentro dos seus ordenamentos jurídicos este tipo de crime pode ser implementado⁹.

Neste sentido, passaremos a uma análise mais concreta do que se pode considerar sobre o crime de enriquecimento ilícito, tendo como base o enquadramento constitucional e as obrigações internacionais relativos ao crime e aos motivos da criminalização.

1. Enriquecimento Ilícito na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

Antes de abordarmos directamente a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CNUCC), devemos saber os objectivos que estiveram por trás desta convenção, cujo único objectivo é o combate à corrupção em diversas vertentes.

1.1. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

Ao longo dos anos, têm-se verificado inúmeros casos de corrupção por todo o Mundo. Muitas foram as resoluções e as medidas tomadas pelas Nações Unidas para combater estas situações. Porém, no intuito de criar uma norma que contivesse em si uma forma de criminalizar as diversas manifestações de corrupção, com o fim de ser adoptada pelos diversos países, surgiu a ideia da criação da CNUCC¹⁰. Esta convenção surge através da criação de uma comissão ‘ad hoc’, estabelecida através da Resolução 55/61, de 4 de Dezembro de 2000, da Assembleia Geral, com o objectivo de criar um instrumento jurídico internacional eficaz contra a corrupção. A referida convenção também veio, através da Resolução 55/188, de 20 de Dezembro de 2000, solicitar ao secretário-geral que convocasse um grupo de especialistas intergovernamentais abertos a analisar e preparar um projecto de referência em que convidava um grupo de peritos intergovernamentais a serem convocados, nos termos da Resolução 55/61, para examinarem a questão da transferência ilegal de fundos e do retorno desses fundos ao país de origem, assim como, nos termos da Resolução 56/186,

⁹ Esta informação é retirada da página das Nações Unidas contra a corrupção, que salienta a importância de os Estados implementarem no seu ordenamento jurídico medidas de combate à corrupção, que podem ser consultadas em <http://www.unodc.org/unodc/pt/corruption/index.html?ref=menuside>

¹⁰ **United Nations Convention Against Corruption**. Vienna. 2004, p. 2-3 [Consult. 10 Jan. 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

de 21 de Dezembro de 2001, e 57/244, de 20 de Dezembro de 2002, e na resolução económico-social de 2001/13, do Conselho, de 24 de Julho de 2001, intitulada “Strengthening international cooperation in preventing and combating the transfer of funds of illicit origin, derived from acts of corruption, including the laundering of funds, and in returning such funds”.

No consenso de Monterrey, adoptado pela Conferência Internacional sobre o Financiamento do Desenvolvimento, realizada em Monterrey, no México, de 18 a 22 de Março de 2002, em que ficou definido que a luta contra a corrupção foi considerada uma prioridade a todos os níveis, tendo sido completada com a declaração de Joanesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo, África do Sul, a partir de 26 de Agosto a 4 de Setembro de 2002, em particular o parágrafo 19, em que a corrupção foi declarada uma ameaça para o desenvolvimento sustentável das populações.

1.2. Análise e abordagem do artigo 20.º da CNUCC

A realidade, como verificaremos mais adiante, é que a corrupção é encontrada em todos os países, mas é nos países em desenvolvimento que o seu efeito é mais destrutivo. Esta convenção surge com o objectivo de reforçar a importância de valores fundamentais como a honestidade, o respeito pelo Estado de Direito, a responsabilização e a transparência na promoção do desenvolvimento; além disto, esta convenção vem complementar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Numa abordagem mais concreta à CNUCC, verificamos que a mesma apresenta um conjunto de normas, medidas e regras que todos os países podem aplicar a fim de reforçar os seus quadros jurídicos e regimes de regulação de combate à corrupção. Vem apelar para medidas preventivas e para a criminalização das formas mais comuns de corrupção nos sectores público e privado, e permite também que os Estados-Membros possam desenvolver-se através dos activos obtidos por meio de corrupção, revertendo para o país a partir do qual os mesmos foram roubados.

Esta é uma novidade a ser inserida num novo princípio fundamental, bem como num quadro para uma cooperação mais estreita entre os Estados que visa prevenir e detectar a corrupção, assim como evitar que os funcionários públicos, no futuro, tenham menos formas de esconder os seus ganhos ilícitos.

A convenção é o culminar de um longo trabalho no seio das Nações Unidas que teve sempre a palavra ‘corrupção’ proferida. Já na Conferência Internacional de Monterrey sobre o Financiamento para o Desenvolvimento e na Cimeira Mundial de Joanesburgo, sobre o Desenvolvimento Sustentável, foram criadas oportunidades para que os governos expressassem a sua determinação no combate à corrupção, assim como tornar as pessoas mais conscientes do efeito devastador que a corrupção tem sobre o desenvolvimento.

A CNUCC veio estabelecer várias condições para a aplicação da criminalização do enriquecimento ilícito, recomendando que os Estados partes adotem o delito de enriquecimento ilícito, nos termos definidos no artigo 20.º, da CNUCC, já aprovada e ratificada¹¹ pelo Estado Português, sob a epígrafe “*Enriquecimento Ilícito*”, com o seguinte texto: “*Com sujeição à sua Constituição e aos princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, cada Estado parte considerará a possibilidade de adoptar as medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do património de um funcionário público relativo aos seus rendimentos legítimos que não possam ser razoavelmente justificados por ele.*

*É hoje um dado adquirido que a disparidade manifesta entre os rendimentos de um funcionário e o seu património ou modo de vida, resultante de meios de aquisição não lícitos, representa um foco de grave perigosidade social. Nada mina mais os alicerces do Estado de Direito e do livre desenvolvimento económico do que o enriquecimento ostensivo e injustificado de titulares de cargos políticos ou de funções, sobre os quais impendem especiais deveres de transparência e responsabilidade social”*¹² representando grave dano para a comunidade.

“[...] Deve, por isso, a política criminal fazer corresponder a este juízo de perigosidade um tipo de crime de perigo abstracto”¹³, o qual não envolve qualquer inversão do ónus da prova, como vem salientando o Tribunal Constitucional. Este tipo de crime de perigo também é conforme à jurisprudência firme do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desde 1988.

Ao efectuarmos uma análise mais profunda à CNUCC, verificamos que esta apresenta três diferentes tipos de obrigações: em relação às disposições obrigatórias, a convenção indica que “*cada Estado parte considerará a possibilidade de adoptar*”. Neste sentido, os Estados partes

¹¹ Portugal ratificou a CNUCC no dia 28 de Setembro de 2007, tendo a mesma sido assinada no dia 11 de Dezembro de 2003; informação disponível em <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

¹² Cfr. o **Projecto de Lei nº 72/XII**, [em linha] Lisboa, 2011. Disponível em:

<http://pt.scribd.com/doc/66104979/Projecto-de-Lei-n%C2%BA-72-XII-Enriquecimento-ilicito>

¹³ Idem

são obrigados, no prazo e nos limites estabelecidos pela convenção, a adoptar a obrigatoriedade da implementação do crime de enriquecimento ilícito.

Para as disposições facultativas, a Convenção contra a Corrupção, através do termo “*possibilidade de adoptar*”, demonstra que, no meio destas opções extremas, a CNUCC contém também a obrigação de considerar, que podemos retirar da expressão “*considerará a possibilidade a adoptar*”, mostrando que os Estados, para cumprirem estas obrigações, devem esforçar-se no sentido de considerarem a adopção de “*a medida em questão é*” e fazerem um esforço para ver se ela seria compatível com o sistema jurídico interno.

Ao ser realizado um estudo mais aprofundado das medidas internacionais para a criminalização do Enriquecimento Ilícito, verificamos que normas de conteúdo similar foram já adoptadas pela Convenção Interamericana contra a Corrupção, no seu artigo IX, e pela Convenção da União Africana Contra a Corrupção, no seu artigo 8.º. Em ambas é estabelecido que os Estados “*que não tenham definido o enriquecimento ilícito como infracção*”¹⁴ concedem, se as suas leis o permitirem, assistência e cooperação judiciária a outros Estados que as requeiram, tendo por base as respectivas convenções.

As Nações Unidas¹⁵ dão-nos conta de que a tipificação do enriquecimento ilícito como crime apresentou resultados positivos em algumas jurisdições, como, por exemplo, de Hong Kong, vários países da América Latina (Colômbia, Peru, Argentina, etc.) e em África. Optaram por esta via como tentativa de combater situações de grave e generalizada venalidade com que se defrontam. Daqui podemos retirar a ideia de que cada Estado adequou a previsão legal à gravidade da sua situação interna.

Este cumprimento pelos Estados partes relaciona-se com o tipo de obrigação, que varia de acordo com as tradições de consulta pública e a medida em questão; algumas medidas importantes, que mostram o esforço para cumprir esta obrigação, são a apresentação de um relatório do Governo a mencionar as medidas a serem tomadas para a sua implementação, ou as medidas alternativas que demonstrem ser viáveis para o combate à corrupção, medidas mais substanciais, tais como a criminalização em geral, ou pelo menos,

¹⁴ SIMÕES, Euclides Dâmaso – Parecer do Conselho Superior do Ministério Público Sobre os Projectos de lei 4/XII/1ª, 5/XII/1ª, 11/XII/1ª e 72/XII/1ª (Tipificação do Crime de Enriquecimento Ilícito). **Conselho Superior do Ministério Público**. [em linha] Lisboa, 2011 [Consult. 30 Outubro 2011]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a59354e7a64685a446b784c54466a4e4451744e47466c4e433035596d45354c574e694f47466c4e4451774e6d5a694f5335775a47593d&fich=6977ad91-1c44-4ae4-9ba9-cb8ae4406fb9.pdf&Inline=true>

¹⁵ Cfr., neste sentido, “*Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*”, **Naciones Unidas**, [em linha] Nueva York, 2006, p. 86-87 [Consult. 15 Novembro 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/Ebook/V0653443s.pdf

um debate entre os representantes da soberania. Estes são alguns exemplos de como se pode verificar este esforço por parte dos Estados-Membros para a aplicação deste crime no seu Ordenamento Jurídico.

Neste sentido, tem-se verificado um esforço dos vários partidos na apresentação de projectos de lei¹⁶ para a criminalização do enriquecimento ilícito; acontece que não se tem chegado a um consenso nesta discussão quando se refere à criminalização deste delito.

No entanto, vale a pena manter em mente que os objectivos da legislação são os representantes da soberania popular, ou seja, quando se fala em crimes de corrupção, estes têm principal impacto na soberania popular, porque, além de terem de ser assegurados mecanismos jurídicos para a condenação destes crimes, deve-se demonstrar que o sistema jurídico funciona, o que proporciona às pessoas, nomeadamente no âmbito da soberania popular, terem confiança na Justiça. Mas mais importante é acreditar que o mecanismo jurídico funciona para todas as pessoas (acabando com a mentalidade de que só “os pobres” é que são condenados, enquanto “os ricos” não); mas quando não são criados estes mecanismos, ou quando os processos de corrupção demoram anos a serem resolvidos, isto provoca uma incerteza jurídica, bem como a desconfiança popular nos mecanismos de justiça.

Assim, num esforço “verdadeiro” para decidirem se devem ou não criminalizar os actos de corrupção, os países, geralmente, são aconselhados a recorrer a outras medidas que não só o tradicional debate parlamentar.

2. O Enriquecimento Ilícito na União Europeia

No que se refere ao combate ao enriquecimento ilícito no seio na União Europeia, verifique-se que já alguns países tomaram certas medidas para combater este crime ou minimizando o impacto da corrupção no seu ordenamento jurídico.

No entanto, e apesar de cada país ter adoptado as suas próprias medidas, de acordo com o artigo 20.º da CNUCC, ainda verificamos que existe um longo caminho na União Europeia para que seja visível uma diminuição da corrupção. Neste sentido, iremos demonstrar algumas medidas já tomadas pelos países da União Europeia relativamente à abordagem do crime do enriquecimento ilícito.

Neste sentido, tomaremos como análise as seguintes medidas¹⁷:

¹⁶ Ver Anexo I

¹⁷ Commission on Crime Prevention and Criminal Justice - *Implementation of the United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions* - **Economic and Social Council**.

- Na Alemanha, entende-se que há responsabilidade penal por exigência quando se verifica a aceitação de uma vantagem, oferecendo ou prometendo a concessão de uma vantagem em troca de um desempenho numa missão oficial. Não tendo importância se a vantagem for concedida ao próprio funcionário público ou a uma terceira pessoa. A "vantagem" não se limitou a cobrir o pagamento em dinheiro mas também incluiu qualquer benefício a que o funcionário público não tinha direito e que, colocando-o numa posição melhor, seja tangível ou incorpórea, financeira, jurídica, ou mesmo garantindo uma melhoria na sua situação pessoal. No direito alemão, não havia responsabilidade penal quando alguém começou a ‘comprar’ votos numa eleição por votação. A importância dada em retorno deve corresponder a uma vantagem palpável que foi suficientemente mensurável e que pode ser expressa numa quantia em dinheiro. O comportamento de voto e da retribuição dada deve destinar-se a um acordo específico ilegal.
- O Governo da Lituânia indicou que o crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos, incluindo os funcionários eleitos, foi regulamentado pelo artigo 285.º, sobre o abuso de funções; artigo 282.º, da aceitação de um suborno; artigo 283.º, sobre as remunerações indevidas; artigo 284.º, do suborno; artigo 319.º, do suborno comercial; artigo 320.º, da aceitação de um pagamento ilícito. No Luxemburgo, os artigos pertinentes do Código Penal cobrindo este crime são aqueles que lidam com extorsão, peculato e corrupção (arts. 240.º, 241.º, 243.º, 251.º e 256.º).
- O Reino Unido informou que o comportamento de enriquecimento ilícito de funcionários públicos pode constituir fraude ou roubo, que são infracções penais puníveis com multa e/ou prisão por um período máximo de 7 a 10 anos, respectivamente. Também pode ser considerado corrupção, tal como definido na Administração Pública de Práticas de Corrupção no Exterior dos Órgãos, de 1989. Houve também um delito de direito comum de falta “em um cargo público” que pode ser aplicado. Além disso, o Reino Unido indicou que o Governo estava a considerar a introdução de uma nova infracção estatutária de desvio de cargo público, que pode

abranger o enriquecimento ilícito. As mesmas disposições acima mencionadas são aplicadas também aos representantes eleitos.

- Na Suécia, o enriquecimento ilícito está coberto em parte pelas disposições sobre o suborno. Além disso, a origem do enriquecimento tem de ser divulgada, segundo o direito tributário. Se o enriquecimento foi ilícito, a acção poderia ser, normalmente, tomada tendo como base as disposições legais sobre o suborno, situação que também se aplica aos representantes eleitos.

Estes são alguns exemplos das medidas tomadas no seio da União Europeia para combater o enriquecimento ilícito; no entanto, o que é importante salientar é que, na maioria dos casos, não foi abordado um crime específico para o enriquecimento ilícito, e isso deve-se ao facto de que alguns países já dispõem das medidas necessárias para a sua punição, sem terem de incluir no seu ordenamento jurídico o crime de enriquecimento ilícito. Mas nestes exemplos que verificamos, e apesar de só o Reino Unido considerar abranger o enriquecimento ilícito no seu ordenamento jurídico, verificamos uma preocupação por parte dos países no sentido de criminalizarem a corrupção nas suas diversas áreas. Um exemplo disso, e como irei mencionar mais adiante, é o caso francês, que implementou no seu ordenamento jurídico, e dentro dos ideais da CNUCC, um crime que abrangesse não só o enriquecimento ilícito como os actos sexuais que possam levar a esse enriquecimento.

3. Razões para incriminar o Enriquecimento Ilícito

O delito de Enriquecimento Ilícito, ou “Riqueza Inexplicável”, como é chamado em algumas jurisdições, é um dispositivo legal que visa superar as dificuldades de encontrar a ‘carga’ da prova nos delitos de corrupção.

Neste sentido, e para uma melhor análise do problema de recolha de provas nos casos de corrupção, pode classificar-se como delitos de corrupção, em termos do tipo de suborno, e crimes de peculato – infracções. Enquanto o primeiro grupo se refere a um acordo secreto entre dois ou mais participantes, o segundo grupo inclui as fraudes com recursos públicos. Ambos os grupos têm vários aspectos diferentes, mas o que é importante mencionar é que ambos os grupos apresentam dificuldades em termos de recolha de provas.

Os crimes de corrupção, normalmente, são crimes consensuais, ou seja, tanto o doador como o beneficiário acordam em praticar a infracção. Neste sentido, e tratando-se de transferência de propriedade, estes actos são voluntários; e não há, em “concreto”, vítimas, sendo a vítima, em sentido abstracto, a sociedade em geral. A falta de vítimas, em concreto, desafia o paradigma tradicional de aplicação da lei a partir da investigação iniciada após a queixa da vítima. Por vezes, um acordo de suborno pode ser tão subtil que pode consistir apenas num gesto ou numa troca de palavras sem valor moral.

É altamente provável que ocorra em particular, sem testemunhas, documentos ou quaisquer outros meios de prova, em que os processos bem-sucedidos são, principalmente, elaborados em situações de flagrante delito e, geralmente, dependem de uma parte insatisfeita dos corruptos e que se encontra disposta a colaborar com o Ministério Público. Esta colaboração pode ser feita de várias formas e pode ser de diversa natureza, por exemplo: uma empresa privada que não quer ser extorquida; um funcionário público que não quer ser corrompido; ou um terceiro que ficou de fora.

O sucesso encontra-se nas divergências que podem ocorrer entre os participantes. Considerando esta situação, o CNUCC exige a adopção de especiais técnicas de investigação, como operações encobertas, vigilância electrónica internacional, controlo de entrega, etc. (artigo 50.º)¹⁸.

No entanto, estes casos dependem muito da colaboração de uma das partes do acordo de corrupção, caso contrário, provar o caso é quase impossível, e é muito provável que a impunidade prevaleça.

No caso do desvio de fundos públicos, os problemas de obtenção de prova vêm de dois factores diferentes. Em primeiro lugar, os regulamentos sobre o acesso aos fundos públicos não são, geralmente, transparentes e rigorosos na sua organização, permitindo a sua fácil manipulação. Por outro lado, os funcionários com os cargos mais altos por vezes são capazes de esconder ou destruir provas; além disso, quanto ao baixo escalão de funcionários públicos que podem ser testemunhas nestes casos, é pouco provável que o façam, devido ao medo de retaliação, que pode ir desde as condições de trabalho às ameaças físicas. Nestes casos, a CNUCC exige um reforço na transparência na administração pública (artigo 10.º)¹⁹, facilitar o acesso do público às informações (arts. 10.º e 13.º)²⁰; a CNUCC também incentiva os Estados partes a suspenderem, removerem ou transferirem funcionários públicos acusados de crimes

¹⁸ **United Nations Convention Against corruption**, [em linha]. Vienna. 2004, p. 41 [Consult. 10 Jan. 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

¹⁹ Ibidem, p. 13

²⁰ Ibidem, p. 15

de corrupção (artigo 30.º, n.º 6)²¹, exige um longo prazo de prescrição para crimes de corrupção, a fim de poder finalizar os processos (artigo 29.º)²², e exige a criminalização da obstrução à Justiça (artigo 25.º)²³ e mandados específicos de protecção de testemunhas, peritos e vítimas (artigo 32.º)²⁴, como um meio para evitar a retaliação e a intimidação.

Algumas das medidas para superar estas dificuldades, e tendo como exemplo alguns países, há alguma pressão social para reduzir a ostentação da impunidade. Recorrer-se-ia ao delito de enriquecimento ilícito ao punir (em alguns casos de forma muito bem-sucedida) aumentos significativos na riqueza dos funcionários públicos que não pudessem razoavelmente ser explicados em relação ao seu rendimento lícito.

Ao analisarmos a estrutura do crime, inicialmente, parece ser difícil conciliar com interpretações tradicionais da presunção de inocência o direito de não autocriminalização. De um modo geral, a obrigação de explicar a origem da riqueza inexplicada é muitas vezes vista como uma qualquer inversão do ónus da prova para o réu.

4. Um Quadro Constitucional para o Enriquecimento Ilícito no Regime Jurídico Português

O Crime de Enriquecimento Ilícito levanta algumas questões relacionadas com a sua constitucionalidade, nomeadamente no que respeita ao princípio da presunção de inocência, em que verificamos que os Estados têm desenvolvido vários dispositivos legais, tanto no direito comum como no direito civil, que permitem estabelecer presunções de direito segundo as quais, enquanto a defesa pode refutar estes, os tribunais continuam livres para avaliarem as provas apresentadas pela Acusação.

Uma outra questão refere-se ao princípio do direito ao silêncio: as ilações desfavoráveis do silêncio do arguido podem ser ‘empatadas’ se a acusação “*Fumus Boni Iuris*”²⁵, já as inferências vão ser discricionárias para o tribunal.

²¹ Ibidem, p. 23

²² Ibidem, p. 22

²³ Ibidem, p. 21

²⁴ Ibidem, p. 25

²⁵ **Fumus Boni Iuris** – é a expressão [latina](#) que significa *senal de bom direito* ou *aparência de bom direito*. Significa a suposição de verosimilhança de direito que um julgador tem ao analisar uma alegação que lhe foi submetida. Sendo assim, há *fumus boni iuris* quando existe a possibilidade de que o direito pleiteado exista no caso concreto.

A mesma lei criminal deve, ainda, acautelar o respeito integral pelo princípio constitucional da presunção de inocência, atribuindo em exclusivo à Acusação a prova dos respectivos elementos do crime, isto é, os rendimentos do investigado, o seu património e modo de vida e a manifesta desproporção entre aqueles. Cabe ainda à Acusação a prova do “nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções públicas e, bem assim, de que aquele enriquecimento manifesto não provém de um qualquer meio de aquisição lícito. Daí que se tenha optado pela inscrição expressa de uma regra sobre a prova dos elementos do crime nos artigos relativos aos tipos criminais. Regra essa que não pode ser mais clara:”²⁶ a prova da desproporção manifesta que não resulte de outro meio de aquisição lícito a que alude o n.º 1 incumbe ao Ministério Público, nos termos gerais do artigo 283.º do Código de Processo Penal.

“Assim, e designadamente, para lá da prova de enriquecimento manifestamente desproporcional aos rendimentos declarados, caberá ao Ministério Público demonstrar que tal situação não adveio de um meio de aquisição lícito, por exemplo, a aquisição por via sucessória ou doação, as rendas e os juros, outros rendimentos do trabalho, o produto da alienação de bens de que se seja proprietário, a realização de mais-valias mobiliárias ou imobiliárias, os rendimentos provenientes da propriedade intelectual ou o produto de jogos de fortuna e azar.

Por outro lado, e como é constitucionalmente exigido, tratando-se da aplicação de uma pena criminal, os acusados pela prática do crime que agora se prevê gozarão de todas as garantias de processo criminal perante os tribunais. Designadamente, optou-se por, no respeito da Constituição, rejeitar decididamente quaisquer penalizações por via administrativa ou fiscal, que atentariam contra os princípios fundamentais do Estado de Direito”²⁷. Esta medida de criminalização deve valer, por identidade de razões materiais, para o enriquecimento ilícito de titulares de cargos políticos.

“[...] Por fim, para proteger as testemunhas destes crimes, deve providenciar-se pelo alargamento do regime especial de protecção das suas testemunhas. Trata-se de facultar à autoridade judiciária competente a possibilidade de usar um instrumento fundamental para assegurar a liberdade de depoimento destas testemunhas. Esta protecção especial está também considerada no artigo 32.^o²⁸ da CNUCC”.

²⁶ Cfr. o **Projecto de Lei nº 72/XII**, [em linha] Lisboa, 2011. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/66104979/Projecto-de-Lei-n%C2%BA-72-XII-Enriquecimento-ilicito>

²⁷ Idem

²⁸ **United Nations Convention Against Corruption**, [em linha]. Viena. 2004, p. 25 [Consult. 10 Jan. 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

5. Em que vertente pode encontrar-se o Enriquecimento Ilícito

Quanto ao crime de Enriquecimento Ilícito, na sua abordagem e análise, tem vindo a verificar-se que o âmbito da sua aplicação, dependendo dos ordenamentos jurídicos, pode ser aplicado e considerado em diversas vertentes, apresentando-se as vertentes de carácter Político, Financeiro e Sexual, sendo estas as mais relevantes. No entanto, é claro que não podemos esquecer as outras vertentes que também se relacionam com esta questão. Assim sendo, neste capítulo vamos desenvolver cada uma delas.

5.1. Vertente Política

A vertente Política do Enriquecimento Ilícito é a vertente mais importante que podemos considerar no combate à corrupção, pois, além de ser a vertente que retiramos do artigo 20.º da CNUCC, esta vertente apresenta um carácter fundamental, ou seja, tem como principal objectivo a criação de uma medida de combate à corrupção política, tendo como finalidade a punição dos funcionários públicos que utilizam as suas funções para terem um favorecimento, ou mesmo para enriquecerem de maneira ilícita, sendo um requisito fundamental para a punição deste tipo de crime a prova de que, realmente, houve este enriquecimento ilícito.

Na inclusão da vertente política, o Senhor Professor Doutor Paulo Pinto de Albuquerque²⁹ menciona alguns aspectos fundamentais a ter em conta, referindo que: “*Nas sociedades modernas, o enriquecimento ilícito de políticos tem sido combatido com vários instrumentos legais, como o registo e a publicidade das declarações de rendimentos e o regime de incompatibilidades no período do exercício de funções políticas e depois desse período. Um dos instrumentos legais mais eficazes de combate ao enriquecimento ilícito de políticos consiste na criação de uma incriminação que pune o agente quando se verifica uma disparidade gritante entre os seus rendimentos e o seu património ou modo de vida e exista um perigo do enriquecimento do agente ter provindo de fontes ilícitas.*

Esta incriminação tem um fundamento ético-social claro e indiscutível. Quando um político com um ordenado modesto apresenta um rico património ou um modo de vida faustoso, o povo desconfia. E desconfia com razão se esse património e modo de vida não

²⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa; Controlinveste Media, SGPS, SA – (10 Abril 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=1197474&seccao=Paulo%20Pinto%20de%20Albuquerque&tag=Opini%20-%20Em%20Foco&page=2

puderem ser justificados por outras fontes lícitas de rendimentos, como heranças. Nestes casos, o cidadão comum é levado a concluir que o património e modo de vida do político podem ser sustentados por rendimentos provenientes de crimes cometidos no exercício das funções do político. Isto é, há uma percepção generalizada na população de um perigo associado à situação de disparidade gritante entre os rendimentos do político e o seu património e modo de vida, e esse perigo é o de o político ter enriquecido ilicitamente.

Portanto, se o exercício de funções políticas coloca o cidadão numa posição de poder na sociedade e o poder pode ser corrompido ou abusado, resultando dessa corrupção ou abuso proveitos avultados para o político, é razoável o juízo de perigosidade formulado sobre um político que tem um património ou modo de vida totalmente incompatíveis com os seus rendimentos lícitos.

Assim se compreende que esta incriminação esteja prevista na convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e em diversos ordenamentos jurídicos, como o francês, onde está associada ao enriquecimento injustificado de pessoas no âmbito da criminalidade sexual e patrimonial. Também Portugal deve dar este passo fundamental no sentido de um combate mais eficaz à corrupção dos políticos.”

5.2. Vertente Financeira

Na abordagem desta vertente, temos de considerar que o enriquecimento ilícito é um crime com um carácter específico, que é a condenação dos funcionários públicos que através do exercício das suas funções adquirem um rendimento superior que não corresponde ao seu rendimento lícito e não seja apresentada uma justificação aceitável para esse enriquecimento.

A vertente financeira, no meu entendimento, deve ser tomada em conta na criminalização do enriquecimento ilícito, por vários factores, mas sendo os mais relevantes o facto de que o enriquecimento ilícito, apresentando um carácter específico, ou seja, na sua definição, apenas se refere aos crimes realizados no exercício das funções públicas. Mas aqui estamos a limitar a aplicabilidade deste crime, e, ao realizarmos esta limitação e considerarmos apenas a criação deste crime para punir unicamente os funcionários públicos, e considerando os termos que o próprio crime exige na obtenção de provas, tenho sérias dúvidas de que o mesmo seja utilizado. Assim, e neste sentido, considero que, na criação do crime de enriquecimento ilícito, se deve ter em conta não só o sector público mas também abranger o sector privado, pelo simples facto de que muitas das empresas públicas que, não fazendo parte directamente do Estado ou da Administração, são geridas por antigos membros

do Governo ou por deputados, o que pode criar algum favorecimento nas medidas adoptadas pelo Executivo. Aliás, não se deve, assim, também considerar a aplicação deste crime nestas situações?

É verdade que já temos medidas que regulam as questões relacionadas com o desvio de fundos, gestão danosa, entre outras, mas o enriquecimento ilícito tem a faculdade de não só condenar mas também de retirar o enriquecimento ilícito que esses funcionários obterão. Um dos principais objectivos que a CNUCC teve ao apresentar este crime foi o de possibilitar a opção por novas condições para a sua aplicabilidade.

Uma das situações que se discutiu em torno da CNUCC foi, após verificado o enriquecimento ilícito, e provados os actos, o montante realizado ilicitamente deveria ser devolvido ao seu país de origem; ou seja, deve ser entregue ao país onde os actos foram realizados, para que o enriquecimento ilícito devesse ter ocorrido na esperança de instaurar uma melhoria na economia, tendo-se definido uma percentagem desse enriquecimento.

5.3. *Vertente Sexual*

O crime de enriquecimento ilícito e a definição que nos é apresentada pelo artigo 20.º da CNUCC faz unicamente menção ao enriquecimento ilícito realizado pelos funcionários públicos no exercício das suas funções. No entanto, esta definição não é linear, sendo que o próprio artigo apresenta também a possibilidade de os próprios Estados-Membros poderem realizar as devidas alterações de acordo com o seu ordenamento jurídico. Isto, claro, sem violar os princípios consagrados na Constituição de cada Estado-Membro.

Esta perspectiva de incluir um crime que tem como base o enriquecimento ilícito numa vertente sexual não é inovadora, pois esta questão já foi implementada no modelo francês. Nesta abordagem, realizada pelo modelo francês, e como desenvolverei mais adiante, foi implementada a criminalização não só da pessoa que realiza o acto, mas esta responsabilidade por crime “de aquisição” também recai sobre a pessoa que ajuda ou protege a prostituição de outrem. Situação idêntica também foi aplicada aos casos de mendicidade.

Como mencionei anteriormente, irei abordar o caso francês e o modelo em que foram implementadas estas questões mais adiante. Apenas gostaria de salientar a inovação dada pelo sistema francês, ao aproveitar um crime como o enriquecimento ilícito e aplicando este crime aos casos de prostituição e de mendicidade, fazendo com que este crime saísse do âmbito político e seja aplicado numa perspectiva totalmente diferente.

5.4. Outras Vertentes

Numa análise mais profunda desta questão, verificamos que, na aplicação do enriquecimento ilícito, este encontra-se relacionado com outros tipos de crime, nomeadamente com os crimes de tráfico de droga, de influências, de seres humanos, órgãos, etc. Estes são os actos que directamente se relacionam com o crime de enriquecimento ilícito, no sentido de que, através deles, pode existir a ocorrência de um Enriquecimento Ilícito. Apesar de existir este Enriquecimento Ilícito, este enriquecimento advém de um crime realizado anteriormente, derivado de uma das vertentes do tráfico, mas estes crimes já não são previstos e regulados no Código Penal, pela sua própria tipologia de crime de Tráfico de Droga, por exemplo, sendo o enriquecimento ilícito consequência desse acto anteriormente realizado.

Uma outra questão que se pode contemplar refere-se à análise do tráfico em causa, se este foi efectuado no âmbito de uma actividade criminosa ou como simples acto isolado, pois se o mesmo foi realizado através de uma actividade criminosa já entrará dentro do âmbito da perda de bens a favor do Estado, que condena todos os actos realizados através das actividades criminosas, sendo que, se provada essa actividade criminosa, os bens pertencentes ao acusado tornar-se-ão propriedade do Estado.

6. Pode o Enriquecimento Ilícito ser considerado Crime em Portugal

Neste capítulo, iremos realizar uma análise das várias opiniões doutrinárias e dos argumentos apresentados sobre a possibilidade de criminalização do Enriquecimento Ilícito. É um assunto que tem criado muita discussão no foro institucional, e nas mais diversas áreas. Neste sentido, e para uma melhor apreciação de todas estas questões, irei dividir este capítulo em três partes: uma primeira parte referente às opiniões favoráveis, a segunda referente às considerações desfavoráveis, e uma última parte para as considerações finais.

6.1. Opiniões Favoráveis à aplicação do Enriquecimento Ilícito em Portugal

Uma das questões principais que têm levado à discussão em torno da aplicação deste crime são: as questões que envolvem a inversão do ónus da prova e dos princípios constitucionais. Mas é possível ultrapassar esses problemas constitucionais, como menciona o

Senhor Professor Doutor Paulo Pinto de Albuquerque: a “consagração desta nova incriminação suscita problemas, designadamente no que respeita ao princípio da presunção de inocência. Todo o cidadão se presume inocente até ao trânsito de decisão condenatória e, como decorrência deste princípio, ele não tem de fazer prova da sua inocência. Compete antes ao Ministério Público fazer a prova dos factos criminosos. Mas este problema pode ser ultrapassado, e tem sido ultrapassado nos países que consagraram esta incriminação da seguinte forma: o Ministério Público mantém o dever de fazer a prova dos elementos do crime, isto é, dos rendimentos lícitos do político, do seu património e modo de vida e da manifesta desproporção entre aqueles e estes e ainda de um nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções políticas. Se o Ministério Público não provar todos estes elementos do crime, então o político deve ser punido, porque se verifica o referido perigo de o enriquecimento do político provir de crimes cometidos no exercício de funções. O político não tem de fazer qualquer prova, mas pode destruir a prova da acusação, mostrando que os seus rendimentos lícitos são mais elevados, que o seu património e modo de vida são mais modestos ou que o enriquecimento não é sequer contemporâneo do exercício de funções políticas”³⁰, defendendo que não existe, obrigatoriamente, uma inversão do ónus da prova. Ideia semelhante é apresentada pelo Senhor Doutor Magalhães e Silva³¹.

Uma outra medida que pode ser realizada para a criminalização deste delito passa pela reestruturação “de um conjunto de actos já qualificados, como, por exemplo, o furto, o roubo, os abusos de confiança e as ‘cunhas’ políticas, entre outros, e qualificá-los como a Organização das Nações Unidas (ONU) fez”³². Mas esta questão não passa por problemas constitucionais mas sim de conveniências políticas, defende o Professor Doutor Pires de Lima. E, para concluir, podemos afirmar que há “muitas situações que são autênticos enriquecimentos ilícitos, e que têm passado despercebidas nesta onda de corrupção”³³.

Porém, não devemos ficar por aqui. Acontece que, além destas situações indicadas anteriormente, existem mais ideias ou medidas a serem implementadas para a criminalização deste delito, sem violar as normas constitucionais. Uma dessas medidas pode passar pela

³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa: Controlinveste Media, SGPS, SA – (10 Abril 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=1197474&seccao=Paulo%20Pinto%20de%20Albuquerque&tag=Opini%E3o%20-%20Em%20Foco&page=2

³¹ SILVA, Magalhães - Criminalizar o Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Inverbis** – (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em: <http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>

³² LIMA, Pires de - Criminalizar o Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Inverbis** (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>

³³ Idem

fiscalização dos activos e dos bens dos funcionários públicos no início das suas funções e no final das mesmas, e comparados, e explicar “*qual a proveniência de determinados bens que entraram no seu património*”³⁴. Pode considerar-se, neste sentido, que aqui já existe uma inversão do ónus da prova, mas esta inversão aparece como uma justificação para o enriquecimento. Esta é uma das ideias apresentadas pelo Senhor Doutor Paulo Rangel³⁵.

Nesta questão, e aproveitando a ideia base de criar um mecanismo de fiscalização dos patrimónios apresentados pelos funcionários públicos ou pelos políticos no início das suas funções, esta metodologia pode, a longo prazo, ser aplicada na sociedade em geral, para que se possa consagrar certas situações de enriquecimento ilícito como situações criminais. Porém, uma das questões que se pode levantar aquando da investigação é a obtenção de provas por parte dos agentes judiciais, pois “*hoje em dia os indícios de corrupção são muito difíceis de investigar porque normalmente envolvem fluxos com bancos que estão em paraísos fiscais*”³⁶.

Analisando a aplicabilidade destas medidas e com as devidas alterações, para que não seja violado nenhum princípio defendido constitucionalmente, nestas circunstâncias, podemos considerar que não há obstáculos constitucionais para a aplicação deste crime no nosso ordenamento jurídico.

6.2. Opiniões Desfavoráveis para a aplicação do Enriquecimento Ilícito em Portugal

Na análise de um consenso relativamente à criminalização do enriquecimento ilícito, também verificamos a existência de argumentos que mostram que não existe necessidade da aplicação deste crime. Apesar de a CNUCC ter sido ratificada pela Assembleia da República no ano de 2007, ainda se verificam muitas questões relativamente à aplicação deste crime no nosso ordenamento jurídico. Uma das principais questões refere-se ao facto de este crime não respeitar as normas constitucionais. No entanto, e na análise da própria Convenção, pode-se “*entender que sempre que uma lei constitucional coloque em dúvida a figura*

³⁴ RANGEL, Paulo - Criminalizar o Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Inverbis** (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>

³⁵ Idem

³⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar - É necessário criar crime de enriquecimento ilícito. [em linha] **Invirtus**, [Consult. 30 Junho 2011]. Disponível em: <http://www.invirtus.net/in/story.php?title=%E9-necess%E1Rio-criar-crime-de-enriquecimento-il%E1Dcito>

do enriquecimento ilícito, o Estado não está obrigado a seguir esta via³⁷. Esta questão refere-se às disposições constitucionais que vigoram em Portugal, nomeadamente, o princípio da presunção de inocência e a não inversão do ónus da prova. Acontece que outra das situações que envolvem esta problemática é o facto de não ser possível verificar qual a medida da corrupção.

Outro argumento apresentado relaciona-se com a questão de que o Direito Penal já prevê e pune uma série de situações que podem levar ao enriquecimento ilícito. Considere-se a criação do crime de enriquecimento ilícito: desde 2007 que tem havido propostas para a sua criminalização mas não se tem considerado a sua criação devido à falta de apoio, no sentido de que pode referir-se 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”*³⁸. O Senhor Doutor Costa Andrade refere ainda que a conhecida *“impunidade” dos autores de “muitos ilícitos criminais”*³⁹ não é *“por falta de lei, mas por falta de aplicação”*⁴⁰ da legislação existente, ou seja, se houver indícios de enriquecimento ilícito de um titular de cargo público ou político, deve fazer-se um enquadramento com os crimes que estiveram na base desse enriquecimento, podendo ser corrupção, participação económica em negócio, prevaricação, infidelidade, peculato e, em certas situações, furto. Uma defensora destas medidas é também a juíza desembargadora Fátima Mata-Mouros, que veio reforçar esta medida afirmando que o *“crime perde dignidade”*⁴¹, sendo mais desnecessário porque *“a ordem jurídica portuguesa já tutela uma série de crimes”*⁴² de natureza económico-financeira, e que cobre um leque de situações que pode explicar as causas do enriquecimento ilícito. Uma das outras situações que são abordadas neste sentido é a necessidade de existir uma maior transparência dos rendimentos e nas ligações dos titulares de cargos públicos e políticos, situação que é prioritária para que exista uma profunda justiça fiscal.

³⁷ RODRIGUES, Ricardo. - Criminalizar o Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Inverbis** (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>

³⁸ ANDRADE, Costa. - Enriquecimento Ilícito – Especialistas consideram que a criação deste crime não se justifica no Direito Penal Português. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa; Controlinveste Media, SGPS, SA (16 Março 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em <http://www.dnoticias.pt/actualidade/pais/186486-enriquecimento-ilicito>

³⁹ Idem

⁴⁰ Idem

⁴¹ MATA-MOUROS, Fátima. - Enriquecimento Ilícito – Especialistas consideram que a criação deste crime não se justifica no Direito Penal Português. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa: Controlinveste Media, SGPS, SA (16 Março 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em <http://www.dnoticias.pt/actualidade/pais/186486-enriquecimento-ilicito>

⁴² Idem

Quando se trata da análise do crime de enriquecimento ilícito, são postas em causa várias questões, algumas das quais já analisadas anteriormente. Algumas novas questões são trazidas pelo Senhor Professor Doutor Figueiredo Dias. Inicialmente, veio reforçar a ideia, já demonstrada anteriormente, de que o enriquecimento ilícito é o resultado de “*um outro crime*”⁴³, como falta de declaração, ilícito fiscal ou tráfico de influências; outra situação mencionada é a de que se um funcionário apresenta um património incongruente face aos rendimentos esta situação deve ser tratada pela “*via fiscal ou via civil*”⁴⁴ mas não pela via penal: “*a linha de ataque deve ser outra, no campo penal, mais incidente sobre os crimes antecedentes dos quais resultam os patrimónios incongruentes*”⁴⁵. Por outro lado, o Senhor Professor Doutor Figueiredo Dias afasta a existência, neste crime, de inversão do ónus da prova ou da violação do princípio da presunção de inocência, uma vez que a proposta passa a atribuir ao MP a responsabilidade de provar que o património não foi adquirido por meios lícitos. Mas a questão passa pela problemática de que, mesmo que o MP prove que o património incongruente não resultou de uma forma ilícita de aquisição, isto poderá não ser o suficiente, pois o juiz poderá ficar com dúvidas e, neste sentido, absolver. Relativamente às alterações penais, estas devem ser realizadas quando forem absolutamente necessárias, reforça o Senhor Professor Doutor Figueiredo Dias.

Estes são alguns dos argumentos desfavoráveis apresentados contra a criminalização do enriquecimento ilícito. No entanto, muitas destas questões andam em torno da inversão do ónus da prova e do princípio da presunção de inocência.

6.3. Considerações Finais

Numa abordagem aos motivos apresentados para a criminalização ou não deste enriquecimento ilícito, ainda são deixadas em aberto algumas questões que devem ser tidas em conta na aplicação deste crime para que o mesmo apresente efeitos reais aquando da sua aplicação, e que não se restringe apenas em ser considerada a sua aplicação no Código Penal. É verdade que é um crime ‘revolucionário’, e entendo que o mesmo pode reunir as condições necessárias para ser aplicado no nosso ordenamento jurídico; porém, o mesmo deve ter em conta alguns aspectos importantes para ser devidamente aplicável. Alguns desses aspectos são

⁴³ DIAS, Jorge Figueiredo - Enriquecimento Ilícito: penalista diz que a criminalização é «mais um subterfúgio». [em linha] **Tvi24** (26 Maio 2010), [Consult. 30 Agosto 2010] Disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/corruptao-enriquecimento-ilicito-tvi24-penalista-jorge-figueiredo-dias/1165599-4071.html>

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Idem

postos em dúvida pelo bastonário da Ordem dos Advogados, o Senhor Doutor António Marinho e Pinto⁴⁶.

Uma das ideias que têm de ser clarificadas é se o enriquecimento ilícito assenta em pressupostos políticos ou jurídicos, e saber quais são os verdadeiros valores em causa para a sua aplicação. E daí serem importantes os critérios apresentados pelos especialistas em matéria penal para a devida criminalização desta medida. Mas uma das medidas a serem tomadas em consideração passa por criar mecanismos que tornem este crime com aplicação prática, evitando que aqueles que beneficiem com o enriquecimento ilícito tenham a possibilidade de o dissimular ou colocando-o a bom resguardo.

O Doutor António Marinho e Pinto suscita uma questão importante sobre o âmbito de aplicação do enriquecimento ilícito e que *“os defensores dessa criminalização não esclareceram ainda se ela abrangerá todos os funcionários públicos ou apenas os titulares dos órgãos de soberania, incluindo os magistrados. Se abrangerá também os gestores públicos e empresas participadas pelo Estado e deixará de fora os empresários e gestores privados que tenham negócios com o Estado, com empresas do Estado ou com as autarquias locais. Por outro lado, não se compreenderá que esse novo tipo legal de crime se restrinja a pessoas e não abranja o enriquecimento ilícito das empresas, fundações ou associações privadas, à custa do património público. E, sobretudo, não se poderá aceitar que deixe de fora o “enriquecimento” dos partidos políticos, uma vez que é notório que muitos dos actos de corrupção e de tráfico de influências, porventura os mais prejudiciais para o Estado de Direito, se destinam ao financiamento partidário e não aos bolsos dos decisores políticos. É público e notório que alguns partidos gastam verdadeiras fortunas sem que se saiba ao certo a sua proveniência”*⁴⁷.

Estas são questões pertinentes em relação a este crime: não podemos criar um crime dentro do ordenamento jurídico em que existam dúvidas quanto à sua aplicação. O crime de enriquecimento ilícito teve como objectivo central controlar e evitar o enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, mas a sua aplicação não deve ficar por aqui. Pode apresentar um carácter mais generalizado, e através deste crime podem ser criados novos mecanismos que possam controlar de modo eficaz os rendimentos apresentados nos mais diversos sectores, para que seja criado um mecanismo de fiscalização em que exista uma igualdade de direitos entre os diversos órgãos de poder, bem como das entidades privadas, pois muitas destas

⁴⁶ MARINHO E PINTO, António - **O Crime de Enriquecimento Ilícito**, Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa. Nº59 (Outubro 2009), p. 4-5

⁴⁷ Idem

situações são criadas porque “num país onde ainda há titulares de órgãos de soberania que tomam decisões no valor de milhões e milhões de euros e nem sequer declaram o seu património ao Tribunal Constitucional (TC)”⁴⁸, isto vai impulsionar que sejam feitas denúncias sem que se tenha o devido conhecimento dos rendimentos.

Numa perspectiva mais jurídica, o bastonário da Ordem dos Advogados, Senhor Doutor António Marinho e Pinto, indica que “*não é admissível que possa haver condenações penais em que o elemento central dessa condenação – a ilicitude – se estabelecer a partir de presunções, ou seja, em que a responsabilidade criminal derive de presunções assentes no silêncio dos acusados. Não se poderá aceitar que a acusação e a condenação não resultem da alegação e prova dos factos integradores da ilicitude. Enfim, não se poderá aceitar que se dê como assente a ilicitude do enriquecimento sem se apurarem os factos que tornam ilícito esse enriquecimento, ou seja, se ele provém de burla, de corrupção, de furto, de tráfico de influências, de abuso de confiança, de chantagem ou coação, etc. A não ser que se estabeleça a presunção legal de que todo o enriquecimento é ilícito só pelo facto de ser enriquecimento, cabendo então aos ‘enriquecidos’ o ónus de elidir essa presunção, alegando e provando uma causa de justificação*”⁴⁹.

Estas situações vêm ao encontro do que foi apresentado anteriormente; porém, muitas outras questões são levantadas em relação a este enriquecimento, que passa pelas garantias do direito penal. É certo que se pode entender que essas mesmas garantias possam ser eliminadas na aplicação deste enriquecimento; acontece que pode criar-se os mecanismos para evitar essa violação dos princípios constitucionais, e das garantias penais, mas tal passa por um longo processo e análise para a aplicação deste crime. Além disso, suscita-se a questão referente ao silêncio do arguido nos casos de enriquecimento ilícito em que o mesmo pode ser usado contra este. Mas aqui não se entra em contradição com o que é aplicado nos outros crimes: nomeadamente nos casos de violadores de crianças, os terroristas, os assassinos, os traficantes e os assaltantes em geral, poderão remeter-se ao silêncio sem que isso os prejudique, e o suspeito de enriquecimento ilícito não.

Uma das novidades que ocorreram na análise desta criminalização foi uma petição lançada pelo ‘Correio da Manhã’ no sentido de proceder-se à criminalização do enriquecimento ilícito, que visa a punição de 1 a 5 anos dos titulares de cargos políticos que durante o período de exercício das suas funções ou nos três anos seguintes à respectiva cessação, e que adquiram quaisquer bens cujo valor esteja em manifesta desproporção com o

⁴⁸ Idem

⁴⁹ Idem

seu rendimento declarado (IRS) e com a declaração apresentada no Tribunal de Contas. Neste entendimento, os políticos não seriam punidos se provassem a proveniência lícita dos bens.

Em suma, a introdução do enriquecimento ilícito numa legislação pode ser manipulada de várias formas, com o objectivo de minar a oposição política, tendo como consequência negativa o aumento das acusações falsas e relatórios de crimes semelhantes que não são suportados por nenhuma evidências. Esta nova infracção penal na sua aplicação, provavelmente, apresentaria uma preferência absoluta em relação aos restantes delitos de corrupção, bem como noutros delitos em que houvesse um ganho pecuniário.

O crime de enriquecimento ilícito, no entendimento do artigo 20.º da CNUCC: se considerarmos esta norma como uma norma geral, ela limita-se, exclusivamente, à supressão da corrupção no sector público, um elemento-chave que deve ser comprovado ao procurador, e provar que o autor se encontrava numa posição que, através do abuso de autoridade, pudesse obter um ganho privado, pois sem o abuso de autoridade o enriquecimento ilícito não existiria. O que indicaria que esta infracção penal não poderia ser implementada no sector privado, e como tal, apresentaria um potencial muito limitado como ferramenta de combate à corrupção. Porém, e como referi anteriormente, o mesmo pode ser implementado no ordenamento jurídico português, com a possibilidade de abranger também o sector privado e não só o sector público, porque a norma permite que seja concretizada essa medida.

O enriquecimento ilícito pode ser implementado no nosso ordenamento jurídico se respeitar as normas constitucionais, como mencionaram o Doutor Paulo Pinto de Albuquerque e o Doutor Figueiredo Dias, pois se o Ministério Público fizer a prova dos elementos do crime, isto é, dos rendimentos lícitos do político, do seu património e modo de vida e da manifesta desproporção entre aqueles e estes, e ainda de um nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções políticas, não se verifica nenhuma violação dos princípios constitucionais ou a ocorrência da inversão do ónus da prova.

7. Abordagens para a elaboração do crime

Ora, se é verdade que o combate à corrupção será sempre menor enquanto não houver uma eficaz organização de meios preventivos, não é menos verdade que, na falta dessa organização ou na sua falência, o crime de enriquecimento ilícito é um meio ético e constitucionalmente inatacável de verdadeiro e eficaz combate à corrupção.

Assim sendo, na elaboração do crime de enriquecimento ilícito, o legislador pode adoptar duas diferentes abordagens: elas podem definir o comportamento proibido como uma omissão ou como uma acção.

No primeiro caso, a conduta consiste na falta de justificação por parte do funcionário público para explicar o aumento da sua riqueza. Se verificarmos as situações nos outros ordenamentos jurídicos onde este crime já se encontra legislado, podemos comprovar que é nos casos de Hong Kong e da legislação argentina que verificamos a sua aplicação, em que o pedido de justificação é considerado um dever, como se fosse uma obrigação legal ou carga persuasiva, em que o funcionário público tem de provar a origem legal da sua riqueza.

O problema dessa abordagem é que a punição é aplicada na sequência de uma infracção. A responsabilidade deste acto é imposta mediante a prova de dois factos básicos: ser um funcionário público e possuir riqueza desproporcionada. Este método de elaboração omite a necessidade de provar a culpa do estado da mente: este não é um crime de corrupção mas penaliza um funcionário público pelo excesso de riqueza só por si.

Hong Kong, vai mais além, pois considera-o culpado quando o funcionário público não consegue fornecer uma explicação razoável ao tribunal quanto à forma como é capaz de manter um alto padrão de vida ou como certas propriedades ficaram sob o seu controlo.

Definir o crime como uma omissão também pode implicar alguns erros de justiça. Por exemplo, se um funcionário público exerce o seu dever justificado revelando que a riqueza inexplicada provém de um crime de peculato. Neste sentido, será que tais justificações são suficientes para evitar a condenação por enriquecimento ilícito?

Por outro lado, se um funcionário público, por exemplo, tiver pedido emprestado a conta bancária a um amigo para que possa ser pago por um trabalho que fez ‘por fora’ sem querer dar conhecimento à sua esposa. Normalmente, quando o funcionário público é obrigado a justificar a origem do dinheiro, ele opta por permanecer em silêncio.

Isto pode levar a que, em sede de julgamento, o seu amigo diga que o dinheiro lhe pertencia, sendo que o funcionário pode omitir tal facto para processar a justificação. Estes exemplos demonstram que a abordagem da omissão é inadmissível para que possa ser justificada pelo ordenamento jurídico, e existe sempre a situação de terceiros virem demonstrar a legalidade da riqueza acumulada pelo funcionário.

A verificação de uma presunção legal que institui o encargo de produção de prova parece ser a mais adequada. Neste sentido, o enriquecimento ilícito é claramente definido como um crime de corrupção e não como a riqueza “inexplicável” por si. Assim, o crime

consiste em dois elementos: consciência de receber fundos corruptos e o facto de possuir produtos de corrupção.

Podemos considerar que a presunção é necessária para combater a corrupção, por várias razões. Em primeiro lugar, e sendo um crime consensual cometido por indivíduos poderosos, existem sérios problemas para a obtenção de provas; em segundo lugar, a fonte de riqueza de uma pessoa é do conhecimento do arguido, sendo difícil estabelecer-se uma correlação entre a riqueza e operações específicas; em terceiro lugar, na ausência da presunção, é necessário permitir amplos poderes de investigação sobre os assuntos financeiros do réu, pois este tem a liberdade de permanecer em silêncio sem ser condenado; por último, mesmo quando a evidência directa de possuir produtos da corrupção é obtida, a consciência de receber os fundos corruptos pode ser difícil de provar, pois um funcionário poderá alegar que o pagamento era uma prenda.

A imposição de um ónus de prova de produção exige do arguido não uma explicação da natureza da riqueza, mas sim provas das suas operações. Esta informação é do conhecimento do arguido. Nestes casos, a obrigação de apresentar provas permanece no MP, tal como terá de provar que as provas produzidas pelo arguido não vão explicar a origem legal da riqueza, pois se estas provas apresentadas pelo arguido suscitarem dúvidas razoáveis este pode beneficiar da presunção de inocência.

8. Experiência de outros países com o Crime de Enriquecimento Ilícito

Neste capítulo, começarei por falar de três casos, nomeadamente de Hong Kong, Argentina e França, passando depois a fazer uma referência a outros países que já têm dentro do seu ordenamento jurídico medidas para combater o enriquecimento ilícito. Escolhi estes três exemplos, de entre outros, pelas seguintes razões: Hong Kong e Argentina, como menciono anteriormente, apresentam métodos diferentes de abordagem a este crime, e considerarei importante verificar como em diferentes ordenamentos jurídicos, como é o caso de Hong Kong e da Argentina, a situação é abordada. Relativamente à França, considerarei importante mencionar este país devido à abordagem que foi realizada em torno do crime de enriquecimento ilícito, com a implementação deste crime para os casos de carácter sexual.

Neste sentido, passaremos a abordar estes três países, passando depois a mencionar outras medidas implementadas noutros países, assim como verificar a aplicabilidade destas medidas ao longo dos anos, e analisar os índices de percepção da corrupção existentes nestes últimos 10 anos.

8.1. O modelo adotado por Hong Kong

No que diz respeito ao controlo do enriquecimento ilícito, em 1948, a prevenção da corrupção na ordem jurídica permitiu às autoridades investigar a conta bancária de um suspeito, conta “da participação”, ou conta “compra”, para corroborar a acusação de uma operação específica de corrupção.

Em 1959, esta situação foi ampliada: o juiz pode analisar o funcionário público devido ao seu padrão de vida e aos seus rendimentos pecuniários, e se estes forem além dos seus envolvimento financeiros este pode mesmo até ser demitido.

Em suma, através da jurisprudência e da legislação, é possível descrever o funcionamento do delito, no qual o primeiro passo pertence ao procurador; na prática, são eles que têm de produzir provas em relação à desproporção do padrão de vida do funcionário público, ou bens ou propriedades, que este adquiriu em comparação com o salário real. Com esta prova preliminar, o acusado pode produzir provas que contestem as conclusões do MP, ou pode fornecer uma explicação satisfatória sobre a desproporção dos bens ou propriedades.

No final do julgamento, o acusado não pode ser condenado, salvo se:

- Provou a acusação em matéria de desproporção além de qualquer dúvida razoável, e;
- Qualquer explicação que ele/a possa dar quanto à desproporção é encontrada pelo juiz desde que no equilíbrio das probabilidades aquele não apresente uma justificação satisfatória.

8.2. O modelo adotado pelos países americanos (Argentina, etc.)

Em 1996, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CIAC) inclui, no seu artigo IX⁵⁰, a disposição específica para o combate ao crime de enriquecimento ilícito, que estabelece:

⁵⁰ Cfr. A Convenção Interamericana contra a Corrupção (CIAC), [em linha]. Caracas. 1996 [Consult. 15 Set. 2011]. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/OEACorruptcao.htm>

- Sujeito à sua Constituição e aos princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, cada Estado parte deve tomar as medidas necessárias para estabelecer nas suas leis, como uma ofensa para o aumento significativo do património de um funcionário do governo, que ele não pode razoavelmente explicar a relação com os seus rendimentos lícitos no exercício das suas funções.

Entre os Estados partes que tenham estabelecido o enriquecimento ilícito como crime, este delito deve ser considerado como um acto de corrupção para os propósitos da presente convenção. Qualquer Estado parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito como crime, na medida das suas leis e autorizações, deve prestar assistência e cooperação no que respeita a este crime, como vem previsto na convenção.

Porém, ao analisarmos os ordenamentos de outros países latino-americanos, podemos verificar já a existência do delito de enriquecimento ilícito na sua legislação interna, como é o caso do Equador, El Salvador, Paraguai, Peru e Venezuela.

No entanto, o Canadá e os Estados Unidos criaram reservas para a implementação do CIAC, afirmando que a adopção do enriquecimento ilícito implicaria conflitos constitucionais, principalmente com a questão da inversão do ónus da prova⁵¹.

No que respeita à Argentina, o delito foi incluído no artigo 268.º do Código Penal, no ano de 1964, com uma formulação que levanta objecções em relação aos princípios constitucionais da presunção de inocência e o direito de permanecer em silêncio.

Esta lei teve uma alteração em 1999, através da lei pública n.º 25 188, em que se estabelece: quem, devidamente requerido, não justifica a origem de um sensível enriquecimento pessoal ou patrimonial [...], a fim de escondê-lo, ocorreu após a nomeação de

⁵¹ Relativamente ao Canadá o artigo IX, prevê que a obrigação de um partido indicado para estabelecer o delito de enriquecimento ilícito deve ser “sem prejuízo da sua Constituição e os princípios fundamentais do seu sistema jurídico”. Como o delito contemplado pelo artigo IX seria contrária à presunção de inocência garantida pela Constituição do Canadá, sendo assim o Canadá não vai aplicar o artigo IX.

No que se refere aos Estados Unidos, estes pretendem auxiliar e cooperar com os outros estados partes nos termos do nº3 do artigo IX da convenção na medida do permitido pela legislação nacional. Os Estados Unidos reconhecem a importância do combate ao enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, e tem estatutos criminais para impedir e punir tais comportamentos, estes estatutos obrigam os funcionários de nível superior do governo a efectuar um arquivo com as declarações verdadeiras sobre os activos financeiros dos seus funcionários, sem prejuízo das sanções penais.

Estes permitem que a acusação aos funcionários públicos seja efectuada quando estes através dos impostos adquirem riqueza de forma ilícita. O crime de enriquecimento ilícito previsto e que se encontra disposto no artigo IX da Convenção, no entanto, coloca o ónus da prova sobre o réu, que é incompatível com a Constituição dos Estados Unidos e os princípios fundamentais do sistema jurídico dos estados unidos, neste sentido, os estados unidos entenderam que não é obrigado a estabelecer um novo crime de enriquecimento ilícito penal previsto no artigo IX da convenção.

Signatories and ratifications, of Inter-american Convention against Corruption, [em linha]. Caracas. 1996, [Consult. 16 Set. 2011]. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-58.html>

um cargo público ou um emprego em organismo público, e até dois anos após deixar o cargo público, será punido com reclusão ou prisão de dois a seis anos, e multa entre 50% e 100% do valor do enriquecimento e absoluta desqualificação para ocupar cargos públicos.

Neste entendimento, seria um enriquecimento entendido que existiu não só quando o patrimônio foi aumentado com o dinheiro, coisas ou bens, mas também quando as dívidas ou obrigações que lhe dizem respeito foram canceladas. As pessoas que colaboram para esconder o enriquecimento serão punidas com a mesma sanção que o autor do crime.

Além disso, vale ressaltar que, na reforma constitucional de 1994, no artigo 36.º, foi incluído um parágrafo que estabelece: *“Aquele que, na aquisição, incorrer em enriquecimento pessoal por fraudulenta e grave ofensa contra o Estado, será considerado atentar contra o sistema democrático e deve ser desqualificado para ocupar cargos públicos durante o prazo especificado por lei”*⁵².

Contudo, o Código Penal da Argentina, no seu artigo 268.º, n.º 1-3, pune o enriquecimento ilícito pelos empregados e funcionários públicos com pena de prisão e perda do mandato público; a mesma medida pode ser aplicada aos representantes eleitos, com a definição de funcionário público prevista no Código Penal.

A nível da jurisprudência, a Argentina tem-se apresentado com alguns casos de crimes de enriquecimento ilícito: em 1999, cerca de 10 casos foram decididos por tribunais diferentes em todo o país⁵³. Numa análise às formas de divulgação dos dados financeiros, entre os anos de 1999 e 2003, o departamento de anti-corrupção abriu 76 casos de enriquecimento ilícito, sendo que 19 deles foram relatados ao Poder Judiciário, 22 foram indeferidos e 35 ainda estavam sob investigação; sendo que, nos anos 2004 a 2006, 136 casos foram investigados.⁵⁴

Numa perspectiva geral, e abordando os resultados verificados, a jurisprudência constitucional rejeitou os desafios contra o teor do crime de enriquecimento ilícito, sendo que apenas um tribunal de apelação de uma província decidiu que a ofensa era inconstitucional, mas cuja decisão não foi aceite pelo supremo tribunal local, sendo posteriormente anulada a decisão.

O crime pune quem devidamente for requerido a justificar a origem de um enriquecimento pessoal ou patrimonial que provenha de terceiros, a fim de escondê-lo. A

⁵² JORGE, Guillermo – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, p.68 [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal-enrichment-framework-2007-eng.pdf>

⁵³ SOSA, Omar e PORTOCARRERO, Elpidio apud JORGE, Guillermo – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal-enrichment-framework-2007-eng.pdf>

⁵⁴ Cfr. no Relatório de Combate à Corrupção elaborado anualmente [em linha] 2011, [Consult. 30 Jul. 2011]. Disponível em: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/gestion.asp>

jurisprudência concluiu que não se verifica a inversão do ónus de prova, porque os procuradores e/ou investigadores, e os juízes são aqueles que devem avaliar o enriquecimento do suspeito, reunindo elementos objectivos, a partir de fontes independentes em relação a qualquer intervenção pessoal do acusado, que demonstram o aumento patrimonial legalmente superior ao de um funcionário público.

O objectivo que a jurisprudência pretende punir, nos casos em que este crime é invocado, é a falta de justificação para a origem do enriquecimento, e não deve ser utilizada como ofensa de não punir a acção dos que são mais ricos.

Um dos exemplos foi o mencionado pelo Tribunal no caso Alsogaray, referindo que o princípio da inocência não é afectado, porque nada é presumido, mas sim o que está provado é a existência de um aumento patrimonial de que não se justifica.

8.3. O modelo francês

No seio da União Europeia, um dos países que mais se destacaram, e que merece a nossa atenção na análise do crime de enriquecimento ilícito, é a França. A lei francesa prevê no seu ordenamento jurídico o “crime de não justificação de rendimentos”. Esta lei evoluiu da simples previsão (em 13 de Maio de 1996) de crime, para quem não pudesse justificar os rendimentos correspondentes ao seu modo de vida, estando relacionado com uma ou mais pessoas que se dediquem ao tráfico de estupefacientes ou com várias pessoas que se dediquem ao seu uso, para (em 23 de Janeiro de 2006) o crime genérico de “não justificação de rendimentos” (artigo 321.º – 6 do C. Penal). Aí se incrimina:

*“Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l’origine d’un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect...”*⁵⁵

⁵⁵ SIMOES, Euclides Dâmaso – Parecer do Conselho Superior do Ministério Público Sobre os Projectos de lei 4/XII/1ª, 5/XII/1ª, 11/XII/1ª e 72/XII/1ª (Tipificação do Crime de Enriquecimento Ilícito). **Conselho Superior do Ministério Público**. [em linha] Lisboa. 2011 [Consult. 30 Outubro 2011]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a59354e7a64685a446b784c54466a4e4451744e47466c4e433035596d45354c574e694f47466c4e4451774e6d5a694f5335775a47593d&fich=6977ad91-1c44-4ae4-9ba9-cb8ae4406fb9.pdf&Inline=true>

Porém, o caso francês só assume alguma relevância na economia no nosso empreendimento legislativo pelo facto de nele se surpreender a atribuição ao acusado/arguido do ónus da prova de justificar os rendimentos. Segundo o estudo de Dan Wilsher (da City University, de Londres), sobre *“Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: a model draft that respect human rights in corruption cases”* (in *“Crime, law & Social change”*, 2006, 45), menciona que a melhor forma de abordar a criminalização do enriquecimento ilícito é o uso de presunções legais. Este também é o entendimento que retiramos na análise do acórdão *“Salabiaku v. France”*, de 1998, onde o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que a convenção não proíbe, em princípio, tais presunções, desde que estejam confinadas a limites razoáveis, “tendo em conta a importância do que está em jogo e respeitando os direitos da defesa”⁵⁶.

O modelo francês apresenta este crime inserido no seu ordenamento jurídico através do artigo 225.º do seu Código Penal, o crime de Enriquecimento Ilícito. Acontece que este crime apresenta a particularidade de incluir os casos de crimes sexuais.

No entanto, e seguindo o procedimento realizado pela França, introduziu-se no seu Código Penal diversas infracções permitindo a inversão do ónus da prova como um elemento central do crime⁵⁷. A estrutura das infracções é muito semelhante à dos enriquecimentos ilícitos:

- Assim, o artigo 225.º, n.º 6, parágrafo 3, do Código Penal (quem lucrar com as ‘empresas’ de prostituição), criminaliza qualquer pessoa que seja “incapaz de explicar uma renda compatível com o seu estilo de vida, vivendo com uma pessoa habitualmente envolvida em prostituição ou ao mesmo tempo mantendo um relacionamento habitual com uma ou mais pessoas envolvidas em prostituição.”
- No artigo 225.º, 12-5, n.º 4, do Código Penal, contra a exploração da mendicidade, pune “o facto de ser incapaz de explicar uma renda compatível com o seu estilo de vida, enquanto na prática, influenciando o comportamento de uma ou mais pessoas

⁵⁶ Idem

⁵⁷ Neste sentido o grupo GRECO (Groups of States Against Corruption) declarou que: “No que respeita à repartição do ónus de prova, os tribunais têm o poder de deduzir a natureza ilícita de bens a partir da maneira que foram adquiridos. Segundo as autoridades francesas, esta opção é usada na prática judicial, sem causar qualquer dificuldade”, Cfr. JORGE, Guilherme – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal-enrichment-framework-2007-eng.pdf>

que praticam a mendicidade, ou estando num constante relacionamento com ele ou eles, é equiparada à exploração da mendicidade”.

- O artigo 321.º, parágrafo 6, do Código Penal pune “a incapacidade de uma pessoa em autoridade sobre a vida menos com quem habitualmente comete crimes ou delitos contra a propriedade dos outros para justificar o rendimento correspondente ao seu estilo de vida, é punido com cinco anos de prisão e uma multa de 375 000 €. A multa pode ser superior a 375 000 € para estender a metade do valor dos produtos manipulados”.
- No artigo 450.º, 2-1, quando se refere à participação de uma organização criminosa, afirma que a “incapacidade de uma pessoa para justificar uma renda correspondente ao seu modo de vida, sendo habitualmente em contacto com pessoas envolvidas nas actividades previstas no âmbito do artigo 450-1, é punido com pena de prisão de 5 anos e uma multa de 75 000€.”

Através destes exemplos, verificamos as alterações criadas em torno do crime de enriquecimento ilícito definido na CNUCC. No modelo francês, foram implementadas duas novas aplicações, nomeadamente aos crimes sexuais relacionados com a prostituição, assim como com os crimes relacionados com a mendicidade.

8.4. Abordagem feita por outros países, na sua implementação ou não

A abordagem do crime de Enriquecimento Ilícito, no seio da CNUCC, tem vindo a provocar algumas alterações no seio dos ordenamentos jurídicos de diversos países, que analisam a possibilidade de implementação ou não desta nova norma. Porém, são alguns dos casos em que não é necessário existir um esforço dos Estados partes, devido ao facto de alguns países já terem normas que prevêm estas situações, não tendo a necessidade de alterar os seus ordenamentos.

Neste sentido, vamos analisar as várias medidas que os países adoptaram para a implementação deste novo crime, salvaguardando os seus interesses e dando mais um passo

no combate à corrupção. Esta situação foi bem aceite pela maioria dos Estados partes, porque se verificou a implementação nesta norma dentro das diversas legislações⁵⁸.

A Argélia indicou que, de acordo com a Ordem N.º 156-66, de 8 de Junho de 1996, os actos de enriquecimento ilícito por funcionários públicos, inclusive por representantes eleitos, poderiam ser determinados por várias formas de crime ou delito, em particular a traição, a transferência de fundos públicos, abuso de poder, a corrupção, a aceitação de comissões em contratos, leilões ou propostas cometido no momento em que o arguido estava no escritório.

A Áustria informou que, no seu direito interno, não havia nenhuma definição específica do crime de "enriquecimento ilícito de funcionários públicos". No entanto, na secção 20.^a do Código Penal, prevê a criminalização do "enriquecimento ilícito", que abrange qualquer cidadão. Por outro lado, a criminalização do enriquecimento ilícito por representantes eleitos foi coberta pela secção 265.^a do Código Penal.

A Bulgária, no artigo 283.º do seu Código Penal: o uso de uma posição oficial para adquirir um benefício ilegal é punido com pena de prisão até três anos. A mesma disposição é aplicada aos representantes eleitos.

Na Colômbia, observou-se que o artigo 148.º do Código Penal, alterado pelo artigo 96.º da Lei n.º 190, de 1995, estabeleceu o crime de enriquecimento ilícito pelo serviço público. Segundo essas normas, um funcionário público que, em razão do cargo ou das suas funções, obteve um aumento injustificado dos seus bens, desde que o acto não constitua outro crime, seria passível de uma pena de prisão simples de dois a oito anos e uma multa equivalente ao montante do enriquecimento, e ele ou ela deveria ser impedido/a de exercer cargos públicos pelo prazo da pena principal. A mesma punição seria imposta a um intermediário ou auxiliar por cumplicidade no aumento injustificado dos seus bens. Porém, de acordo com a Constituição, todos os funcionários públicos eleitos pelo voto popular foram, para efeitos penais, incluídos na categoria de serviço público. Assim, o crime de enriquecimento ilícito pode ser-lhes aplicado, na ocorrência de ser verificado um aumento injustificado dos seus bens, em razão do seu cargo ou função.

Na Costa Rica, a Lei do Enriquecimento Ilícito pune os funcionários públicos que são obrigados a declarar os seus bens mas não conseguem fazê-lo. Além disso, o artigo 346.º do Código Penal previa somente penas de detenção, de um mínimo de dois meses a um máximo

⁵⁸ Commission on Crime Prevention and Criminal Justice - *Implementation of the United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions* - **Economic and Social Council. Eleventh session** [em linha] Vienna (2002) p. 4-6 [Consult. 15 Abril 2011]. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/6e.pdf>

de dois anos, para qualquer funcionário público que aceite privilégios indevidos, ou prometidos, que sejam influenciados através da utilização feita de informação pública que permite que exista um ganho financeiro por parte do funcionário público e que o mesmo não consiga explicar o aumento do seu rendimento.

Na Guiana, a criminalização do enriquecimento ilícito por funcionários públicos e por representantes eleitos era regulada pelo parágrafo a) do Código de Conduta da Lei de Comissão de Integridade, de 1997, e secção 27.^a da Comissão de Integridade, de 1997, respectivamente.

Na Islândia, o referido delito foi regulamentado pelo artigo 14.º do Código Penal, que trata de crimes cometidos pelos funcionários públicos, e pelos artigos 128.º, 129.º, 136.º e 138.º, também do Código Penal.

No Mali, através de uma lei pertinente aprovada em 1982, estabeleceu-se que, quanto a qualquer pessoa que tenha sido condenada pelo crime de enriquecimento ilícito, as sanções aplicadas seriam as mesmas que se aplicavam aos crimes graves. A mesma lei era aplicada aos representantes eleitos.

Em Myanmar, a Lei de Suborno e de Corrupção, de 1998, fez do enriquecimento ilícito de funcionários públicos uma ofensa penal.

Na Nova Zelândia, a Lei de Crime, de 1961, abrangeu tanto a corrupção activa e passiva dos directores de justiça, membros do Conselho Executivo, os ministros da Coroa, os membros do Parlamento, quanto à aplicação da lei a funcionários e outros agentes. Além disso, o Imposto de Renda, de 1994, prevê várias infracções relacionadas com a evasão fiscal.

No Panamá, pelo artigo 335.º, n.º 4, do Código Penal, e artigo 5.º da Lei N.º 59, de 29 de Dezembro de 1999.

No Peru, o enriquecimento ilícito por funcionários públicos, incluindo os representantes eleitos, está coberto pelo artigo 401.º do Código Penal, que estabelece que qualquer funcionário público que, ilicitamente, adquiriu, em virtude da sua posição, uma riqueza que o mesmo não consiga justificar está sujeito a prisão de 5 a 10 anos.

A Arábia Saudita indicou que o delito de enriquecimento ilícito por funcionários públicos é previsto no Decreto Real n.º 16, relativo à investigação de fontes de enriquecimento.

Na África do Sul, apesar de o enriquecimento ilícito, só por si, não ser uma ofensa penal, poderá ser considerado como corrupção, sendo regulamentado pelo artigo 1.º, parágrafo 1.º, da Lei de Corrupção, de 1992 (Lei n.º 94, de 1992), sendo também abrangidos os representantes eleitos e os membros executivos através da Lei n.º 82, de 1998, que veio

introduzir um código de ética que rege a conduta dos membros do Conselho de Ministros, vice-ministros e membros do Conselho Executivo Provincial. A lei exige que os membros do Gabinete, vice-ministros e membros dos conselhos executivos divulguem os seus interesses financeiros, bem como presentes e benefícios de natureza material recebidos por eles após a assunção do cargo. Na África do Sul, o ‘protector público’ está obrigado a investigar qualquer alegada violação do código de ética sobre a recepção de uma denúncia.

Na Croácia, e em conformidade com o artigo 338.º do Código Penal, qualquer funcionário ou pessoa responsável em corpos do Governo, do Estado e unidades de auto-administração local e os organismos que realizem serviços públicos, que através da sua posição ou autoridade, dando preferência nos concursos públicos, ou por doação, assumir ou concordar em negócios, a fim de obter lucros para o seu proprietário, para a sua actividade privada ou para a actividade privada de um membro da família, é punível com pena de prisão não inferior a seis meses e não superior a cinco anos.

Em Trindade e Tobago, a legislação nacional estabelecida entende que o crime de enriquecimento ilícito apenas se aplica a certos funcionários públicos, como polícias e os funcionários da alfândega. No entanto, os capítulos 76 e 78 da Constituição incluem as seguintes disposições, respectivamente, e que são aplicadas a todos os funcionários públicos: "Só com a autorização da Comissão, um funcionário não deve aceitar presentes de qualquer membro do público ou de qualquer organização por serviços prestados no âmbito dos seus ofícios"; e prevê que se a um oficial "lhe é oferecido um suborno este deve informar imediatamente o Secretário Permanente ou Chefe do Departamento, que deve relatar o assunto à Polícia e aconselhar a Comissão". No que se relaciona com os representantes eleitos, foi estabelecido, através da Integridade na Vida Pública (Lei N.º 8, de 1987), que cada pessoa na vida pública, incluindo os membros da Câmara dos Deputados, ministros, secretários parlamentares, secretários permanentes e oficiais, são obrigados a apresentar uma declaração anual de receitas, activos e passivos à Comissão de Integridade. Uma pessoa que não consiga apresentar a declaração ou que tenha feito uma declaração falsa é considerada culpada de um delito e é responsável pela condenação sumária a multa e reclusão, de dois anos.

No Brasil, a base legal para a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos, incluindo representantes eleitos, foi a Lei n.º 8429, de 2 de Junho de 1992. No entanto, no Brasil, têm-se estado a criar cada vez mais condições para evitar o enriquecimento ilícito, verificando-se uma grande preocupação em criminalizar este enriquecimento o mais depressa possível, bem como de uma maneira eficaz. Uma das situações refere-se ao facto de

os funcionários activos terem de apresentar um relatório de bens, que começará já no próximo mês de Maio⁵⁹. Esta medida passa, inicialmente, por obrigar os funcionários no activo a informar dos seus imóveis, veículos e valores que integram o seu património individual e dos seus dependentes. Espera-se que com esta medida o Estado possa controlar os casos de corrupção e de enriquecimento ilícito dentro das instituições públicas. Neste sentido, e para demonstrar melhor esta situação, verifiquemos o seguinte exemplo:

Pente fino da renda



Segundo o subsecretário de Administração de Pessoal da Secretaria Estadual de Planejamento e Gestão (Seplag), senhor Luiz Carlos Capella, que afirma que os detalhes de como será realizada a nova prestação de contas estão sendo acertados em conjunto com a Secretaria da Segurança Pública, menciona: *“Ainda falta fechar de que maneira serão declarados os rendimentos. Se o servidor poderá utilizar como base a declaração apresentada à Receita Federal e entregar o mesmo relatório à secretaria ou outro mecanismo – online, por exemplo –, deverá ser posto em prática. Está tudo sendo estudado com muito cuidado com a Secretaria de Segurança, mas o processo tem de estar pronto até o mês de maio.”*

Esta medida tem como objectivo cruzar os rendimentos do funcionário estadual e avaliar se os mesmos são compatíveis com o património que o mesmo declare. Esta declaração deve conter informações referentes a: preços médios de imóveis, carros, títulos, acções, salários; e também deve conter os bens que o funcionário detenha fora do país. Esta

⁵⁹ SALGADO, Aline - **Estado inicia cerco ao enriquecimento ilícito**. [em linha] O Dia Online (edição de 17-4-2011), Brasil, [Consult. 20 Ago. 2011]. Disponível em: http://odia.terra.com.br/portal/economia/html/2011/4/estado_inicia_cerco_ao_enriquecimento_ilicito_158415.html

comparação, depois, compete à Secretaria de Planejamento. A mesma situação vai acontecer aos cônjuges, companheiros, filhos ou outros dependentes, que também terão a sua vida financeira fiscalizada, ou seja, sempre que se verifique a necessidade de esclarecimentos o ‘servidor’ é convocado, e se houver incompatibilidade a Seplag vai instaurar uma sindicância contra o profissional.

A Procuradoria-Geral do Estado (PGE) apenas será accionada em caso de dúvidas, para solicitar, via mandado judicial, a quebra do sigilo fiscal do ‘servidor’, pois só após este procedimento será possível para a Justiça determinar que a Receita Federal libere os dados fiscais sob investigação. No entanto, é importante destacar que a quebra do sigilo fiscal do funcionário apenas será solicitada em última instância e apenas será concedida com o aval do juiz; mas, judicialmente, a liberação das informações do cidadão somente é realizada após a apresentação e análise de provas concretas de que houve tentativa de fraude na declaração.

Um dos países que também se encontram a analisar e a verificar novas medidas de criminalizar o enriquecimento ilícito é o México. Prevê-se que os juízes mexicanos possam vir a ser investigados no caso de suspeita de algum comportamento irregular. Esta medida busca evitar actos de corrupção e detectar a tempo casos de enriquecimento ilícito, medida essa que foi anunciada pelo Conselho Judiciário Federal. A cláusula tem como principal objectivo “*detectar qualquer evidência ou indício de enriquecimento ilícito ou de rendimentos cuja origem não possa ser comprovada*”. O México é um país assolado pela violência do narcotráfico, que conseguiu corromper alguns servidores públicos – de polícias a burocratas –, e onde existem cerca de mil juízes federais.⁶⁰

8.5. Índice de Percepção da Corrupção

Após realizada uma análise a algumas das medidas já tomadas pelos países para combater esta corrupção, que cada vez mais tem sido visível, convém assim, deste modo, verificar se essas medidas, realmente, tiveram algum impacto no combate à corrupção. Assim sendo, irei demonstrar uma tabela que menciona o índice de corrupção existente nos últimos 10 anos, em alguns países, e se, realmente, se verificou alguma melhoria nesse combate.

⁶⁰ “**Contas bancárias de juízes mexicanos podem ser investigadas**”. [em linha] AFP (edição de 11-4-2011)
[Consult. 20 Ago. 2011] Disponível em: http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5jI_YDGst3WI6dDak0zcosaUpp6JA?docId=CNG.75a03dc7178ae4ff56a518e0e32657be.791

Índice de Percepção da Corrupção mundial publicado pela Transparência Internacional											
Posição	País	Índice									
2010		2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	
1	Dinamarca	9.3	9.3	9.3	9.4	9.5	9.5	9.5	9.5	9.5	
1	Nova Zelândia	9.3	9.4	9.3	9.4	9.6	9.6	9.5	9.5	9.4	
1	Singapura	9.3	9.2	9.2	9.3	9.2	9.3	9.4	9.4	9.4	
4	Finlândia	9.2	8.9	9.0	9.4	9.6	9.6	9.7	9.7	9.9	
4	Suécia	9.2	9.2	9.3	9.3	9.2	9.2	9.3	9.3	9.0	
6	Canadá	8.9	8.7	8.7	8.7	8.5	8.4	8.7	9.0	8.9	
7	Países Baixos	8.8	8.9	8.9	9.0	8.7	8.6	8.9	9.0	8.8	
8	Suíça	8.7	9.0	9.0	9.0	9.1	9.1	8.8	8.5	8.4	
8	Austrália	8.7	8.7	8.7	8.6	8.7	8.8	8.8	8.6	8.5	
10	Noruega	8.6	8.6	7.9	8.7	8.8	8.9	8.8	8.5	8.6	
11	Islândia	8.5	8.7	8.9	9.2	9.6	9.7	9.6	9.4	9.2	
11	Luxemburgo	8.5	8.2	8.3	8.4	8.6	8.5	8.7	9.0	8.7	
13	Hong Kong	8.4	8.2	8.1	8.3	8.3	8.3	8.0	8.2	7.9	
14	Irlanda	8.0	8.0	7.7	7.5	7.4	7.4	7.5	6.9	7.5	
15	Áustria	7.9	7.9	8.1	8.1	8.6	8.7	8.0	7.8	7.8	
15	Alemanha	7.9	8.0	7.9	7.8	8.0	8.2	7.7	7.3	7.4	
17	Barbados	7.8	7.4	7.0	6.9	6.7	6.9				
17	Japão	7.8	7.7	7.3	7.5	7.6	7.3	7.0	7.1	7.1	
19	Qatar	7.7	7.0	6.5	6.0	6.0	5.9	5.6			
20	Reino Unido	7.6	7.7	7.7	8.4	8.6	8.6	8.6	8.7	8.3	
21	Chile	7.2	6.7	6.9	7.0	7.3	7.3	7.4	7.5	7.5	
22	Bélgica	7.1	7.1	7.3	7.1	7.3	7.4	7.6	7.1	6.6	
22	Estados Unidos	7.1	7.5	7.3	7.2	7.3	7.6	7.5	7.7	7.6	
24	Uruguai	6.9	6.7	6.9	6.7	6.4	5.9	5.5	5.1	5.1	
25	França	6.8	6.9	6.9	7.3	7.4	7.5	6.9	6.3	6.7	
26	Estónia	6.5	6.6	6.6	6.5	6.7	6.4	5.5	5.6	5.6	
27	Eslovênia	6.4	6.6	6.7	6.6	6.4	6.1	5.9	6.0	5.2	
28	Chipre	6.3	6.6	6.4	5.3	5.6	5.7	5.4	6.1		
28	Emirados Árabes Unidos	6.3	6.5	5.9	5.7	6.2	6.2	6.1	5.2		
30	Israel	6.1	6.1	6.0	6.1	5.9	6.3	6.4	7.0	7.3	
30	Espanha	6.1	6.1	6.5	6.7	6.8	7.0	6.9	7.1	7.0	
32	Portugal	6.0	5.8	6.1	6.5	6.6	6.5	6.6	6.3	6.3	
33	Porto Rico	5.8	5.8	5.8							
33	Botswana	5.8	5.6	5.8	5.4	5.6	5.9	6.0	5.7	6.4	
33	Taiwan	5.8	5.6	5.7	5.7	5.9	5.9	5.6	5.7	5.6	

Numa análise geral à tabela, verificamos que tem existido uma redução do índice de corrupção nos países ao longo destes 10 anos; no entanto, “*este fenómeno da corrupção é encontrado em todos os países grandes e pequenos, ricos e pobres, mas é no mundo em desenvolvimento que os seus efeitos são mais destrutivos*”⁶². No topo da tabela encontramos a Dinamarca mas Nova Zelândia e Singapura compartilham o primeiro lugar do ranking, com uma pontuação de 9,3. Os últimos lugares continuam a ser maioritariamente ocupados por países com governos instáveis e, em muitos casos, com um histórico de conflito, como, por exemplo, o Afeganistão e Myanmar, que juntos partilham o penúltimo lugar, com uma pontuação de 1,4, encontrando-se a Somália em último lugar, com uma pontuação de 1,1.

Este relatório, além de nos informar do índice de corrupção existente nos vários países, também vem reforçar o facto de todos os países necessitarem de melhorar os seus

⁶¹ Quadro com o Índice de Percepção da corrupção mundial. O quadro pode ser verificado na íntegra através do site:

http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Percep%C3%A7%C3%A3o_da_Corrup%C3%A7%C3%A3o

⁶² Esta informação é retirada do prefácio da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, pág. III. Disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

mecanismos de boa governação, pois é através destes que pode existir um efectivo combate à corrupção. Na avaliação da Transparência Internacional (TI) a 36 países industrializados que integram a Convenção Anti-Suborno da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, *“entre os quais Portugal, revelou que mais de 20 países apresentam níveis mínimos ou nulos de implementação das regras, transmitindo uma mensagem errónea acerca do seu compromisso com a luta contra as práticas corruptas. Os fluxos internacionais de corrupção são ainda consideráveis e a corrupção continua a assolar os Estados recentemente criados, frustrando os seus esforços para construir e fortalecer as suas instituições, protegerem os direitos humanos e melhorarem os meios de subsistência. A mensagem é clara: por todo o Mundo, a transparência e a prestação de contas são condições cruciais para restabelecer a confiança e inverter o flagelo da corrupção”*⁶³.

Na análise realizada a Portugal, verificamos que subiu uma posição no ranking anual sobre a percepção da corrupção da organização não-governamental Transparência Internacional, estando neste momento a ocupar o 32.º lugar, com uma pontuação de 6 valores em 10 (melhor pontuação possível). No entanto, esta posição corresponde ao 34.º lugar do ranking, uma vez que dois dos países mais bem classificados, Santa Lúcia e São Vicente & Grenadine, não foram avaliados nesse ano. Em termos europeus, Portugal ocupa a 19.ª posição, em 30, estando apenas à frente da Itália, Grécia, Malta e países do antigo Bloco de Leste.

Na opinião de Paulo Morais, vice-presidente da Transparência e Integridade – Associação Cívica (TIAC), *“uma vez que a avaliação do comportamento destes índices internacionais deve ser feito ao longo do tempo, notamos que a tendência de Portugal na última década vem sendo de depreciação. No início da 1.ª década do Sec. XXI, em 2000, ocupava o 23.ª posição, com um ranking de 6.4”*⁶⁴.

Em 2009, Portugal ocupava a 35.ª posição, com 5,8 valores, como podemos confirmar na tabela apresentada anteriormente; *“numa observação transversal ao longo dos últimos anos, há, pois, uma queda de cerca de meio valor e perda de dez posições no ranking. A variação verificada este ano (uma posição no ranking e 0,2 no score) não é significativa, pelo que se pode concluir que Portugal se mantém estável na escala”*⁶⁵, menciona Paulo Morais.

⁶³ LIMA, Licínio, **Portugal permanece dos países mais corruptos da Europa**, [em linha], 2010, **Diário de Notícias**. Lisboa; Controlinveste Media, SGPS, SA (26 Outubro 2010), Disponível em http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1695239&page=2

⁶⁴ MORAIS, Paulo, **Índice de Percepção da Corrupção** [não está linha], 2011 [Consult. 18 Jun. 2011]. Disponível em: <http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/>

⁶⁵ Idem

Uma das situações que verificamos é que, apesar das enormes somas injectadas por diversos governos para fazer face aos problemas mundiais mais prementes, como, por exemplo, a instabilidade dos mercados financeiros, as alterações climáticas e a pobreza, no entanto, a corrupção continua a ser um obstáculo ao alcance dos avanços necessários nestas áreas, segundo nos mostra o Índice de Percepção da Corrupção de 2010.

O Índice de Percepção da Corrupção de 2010 revela que quase 75% dos 178 países incluídos no índice obtiveram uma pontuação abaixo de cinco, numa escala de 0 (percepção de altos níveis de corrupção) a 10 (percepção de baixos níveis de corrupção), indicando a existência de um grave problema de corrupção. A TIAC, ponto de contacto nacional da TI, defende, assim, uma implementação mais rigorosa da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, a única iniciativa global que oferece um quadro para pôr termo à corrupção.

No relatório mais recente da TI, é mencionado que Portugal pouco ou nada fez para combater a corrupção; num estudo realizado em 37 países, apenas sete fizeram uma implementação activa da Convenção Anti-Suborno da OCDE, sendo que apenas 9 realizaram uma implementação moderada. No que se refere a Portugal, este integra o grupo de 21 países com pouca ou nenhuma implementação.

Segundo o presidente da TIAC, este menciona: *“Nos últimos anos, Portugal tem sido palco de investigações sobre alegadas práticas de corrupção e fraude por empresas estrangeiras. A par da perda de competitividade durante a última década, o crescendo deste tipo de práticas é também ilustrativo de uma perda de qualidade no funcionamento da nossa economia e da afirmação de uma classe dirigente que entende a política como uma oportunidade de negócio e enriquecimento pessoal e/ou partidário”*⁶⁶

Para compreendermos melhor esta situação, no ano de 2010, Portugal teve apenas quatro casos de implementação da Convenção Anti-Suborno, quando a Alemanha apresentou 135 casos e os Estados Unidos 227 casos (como pode comprovar-se pela tabela demonstrada mais adiante). Alguns dos pontos apontados para estes baixos resultados apresentados por Portugal referem-se à *“falta de coordenação entre a investigação e a acusação; falta de coordenação na implementação da lei, falta de especialização e de treino por parte das autoridades nacionais, falta de consciencialização para o problema”*⁶⁷.

⁶⁶ SILVARES, Mónica - **Portugal parado no combate à Corrupção** [em linha] Económico. 2011[Consult. 18 Jun. 2011]. Disponível em: http://economico.sapo.pt/noticias/portugal-parado-no-combate-a-corrupcao_118854.html

⁶⁷ Idem

Resultados Chave

Categoria	Percentagem do comércio mundial	Países
Implementação Activa (7)	30%	Dinamarca, Alemanha, Itália, Noruega, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos
Implementação Moderada (9)	20%	Argentina, Bélgica, Finlândia, França, Japão, Coreia (Sul), Holanda, Espanha e Suécia
Pouca ou Nenhuma Implementação (21)	15%	Austrália, Áustria, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, República Checa, Estónia, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Polónia, Portugal, Eslováquia, África do Sul e Turquia

II – Perda de Bens a Favor do Estado

A perda de bens a favor do Estado é uma medida especial de combate à criminalidade organizada. Esta medida tem o objectivo de combater os crimes derivados de uma actividade delituosa; porém, podemos verificar algumas semelhanças com o crime de enriquecimento ilícito e em como, na abordagem deste crime, também é suscitada a questão da inversão do ónus da prova.

Esta medida tem sempre uma dupla finalidade: por um lado, combater os lucros ilícitos; por outro lado, destruir a base económica de actividades ilícitas que, pela sua diversificação, poderíamos ter como base da continuação da actividade criminosa.

Neste sentido, passarei a analisar este delito, com o objectivo de verificarmos as semelhanças com o enriquecimento ilícito e as questões levantadas, como o caso da inversão do ónus da prova e de como essa medida foi ultrapassada e se o mesmo método pode ser usado no caso do enriquecimento ilícito.

1. Perda de Bens a Favor do Estado

A perda de bens a favor do Estado é considerada uma medida especial de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, depois de uma breve apresentação do que se poderá entender por “perda de bens a favor do Estado”; e, neste âmbito, passarei a analisar a semelhança que esta nova medida apresenta com o crime de enriquecimento ilícito, defendida pela CNUCC no seu artigo 20.º.

Pode mencionar-se que a “perda de bens a favor do Estado” é imposta através da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que veio implementar dentro do nosso ordenamento jurídico-penal um conjunto de “medidas especiais” para efeitos de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. São exactamente três as medidas denominadas “especiais”: a) regras de derrogação do segredo fiscal e das entidades financeiras, em ordem a facilitar a investigação criminal (artigos 2.º a 5.º); b) o reconhecimento do registo da voz e de imagem como meio de prova (artigo 6.º); c) um novo mecanismo repressivo que o legislador denominou de “perda de bens a favor do Estado” (artigos 7.º a 12.º)⁶⁸.

⁶⁸ CUNHA, José M. Damião da - **Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira: Perda de Bens a Favor do Estado**, 2004, p. 121 e ss.

Estas medidas aplicam-se a um conjunto de crimes enunciados no artigo 1.º do presente diploma, a teleologia de cada uma delas permite a sua elaboração autónoma. No caso da medida da “perda de bens a favor do Estado”, esta autonomia é mais evidente, pois esta medida surge como um instrumento repressivo e como uma nova forma sancionatória, que se contrapõe às restantes, as quais funcionam como instrumentos processuais.

Este novo mecanismo veio corresponder a uma nova sanção, que tem como característica dois pontos essenciais: por um lado, o ponto de vista substantivo e o facto de ser uma sanção que visa reprimir vantagens presumidas de uma actividade criminosa baseada num juízo de congruência entre o património do arguido e o rendimento lícito do mesmo (artigo 7.º); por outro lado, temos um ponto de vista processual, que se baseia no reconhecimento de uma regra de inversão de ónus da prova (artigo 9.º), impondo-se ao arguido a prova da licitude dos seus rendimentos.

É através destes dois pontos essenciais que podemos verificar a semelhança que existe entre a perda de bens a favor do Estado e o crime de enriquecimento ilícito, pois ambos apresentam as mesmas dificuldades de obtenção de prova; mas não só, se verificarmos com mais atenção, compreendemos que há uma relação muito próxima entre estas duas medidas que visam combater a corrupção. Por um lado, o enriquecimento ilícito tem como principal objectivo a condenação de funcionários públicos que, pelas suas funções, revelem um património que não corresponde ao seu rendimento lícito e que não conseguem apresentar uma justificação razoável para explicá-lo; por outro lado, e como se refere na abordagem efectuada à perda de bens a favor do Estado, o enriquecimento ilícito também apresenta, nesta perspectiva, um ponto de vista processual, que tem posto em dúvida a constitucionalidade desta mesma norma no que respeita à inversão do ónus da prova. Mas, contrariamente ao que se verifica na perda de bens a favor do Estado, no enriquecimento ilícito tal disposição não pode ser contida, porque o MP tem de justificar o nexo de causalidade existente entre o enriquecimento ilícito e o exercício de funções públicas, bem como que aquele enriquecimento manifesto não provém de um qualquer meio de aquisição lícito.

1.1. Perda de Bens a Favor do Estado como Medida Sancionatória

A perda de bens a favor do Estado como medida sancionatória visa garantir a eficácia da repressão dos lucros que podem ser obtidos com certo tipo de criminalidade, ou seja, visa um concreto âmbito de criminalidade, o qual apresenta como características o factor estratégico e a facilidade de obtenção de grandes lucros.

Esta medida tem como objectivo atingir o património de um agente que, aquando da condenação por um dos crimes previstos no artigo 1.º da presente lei, detenha um conjunto de bens patrimoniais cuja proveniência criminosa parece ser altamente provável; mas sem que estes bens possam, directamente ou indirectamente, ser imputados como vantagens pelos concretos crimes de que se faz objecto no processo e por que o agente é condenado. Neste sentido, não se trata de vantagens de um crime mas antes de vantagens presumidas de uma actividade criminosa, ou então de vantagens de uma provável actividade criminosa.

Neste contexto, convinha referir que esta sanção, quando aplicada, e sendo o agente condenado por um crime, se possa relacionar que este crime se insere numa “carreira criminosa”, e com a probabilidade de que o seu património tenha como fonte esta actividade.

Estas considerações são corroboradas pela exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII (que se tornou na Lei n.º 5/2002, sem quaisquer alterações), quando afirma que “*a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados, no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respectivos proventos.*”⁶⁹.

Pode-se concluir, que não é definido o verdadeiro significado que se pode atribuir à expressão “actividade criminosa”, pois desta pode resultar a dúvida sobre os “*pressupostos para a comprovação de uma actividade criminosa [...], basta um só crime ou se é necessária uma actividade criminosa continuada?*”⁷⁰.

1.2. A aplicação da sanção

Esta sanção é aplicada, quando se verifica a condenação do agente por um dos crimes enunciados no ‘catálogo’, nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002. Acontece que, por vezes, as vantagens que se retiram nada têm a ver com o crime, daí considerar-se que não basta, só por si, ser condição necessária a condenação por um dos crimes., mas esta não parece ser a condição suficiente para a sanção, é necessário que se comprove uma actividade criminosa, pois, dado o âmbito que podemos encontrar no artigo 7.º, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja

⁶⁹ Ibidem, p. 124

⁷⁰ Idem

congruente com o seu rendimento lícito. Por esta análise, podemos verificar algumas semelhanças com o crime de enriquecimento ilícito.

Porém, esta condenação caberia ao MP, e este teria de ter a seu cargo três pressupostos: a) prova de crime; b) afirmação de uma “actividade criminosa”; c) demonstração da incongruência do património. Nesta situação, caberia apenas ao arguido provar que a incongruência teria uma origem lícita. Podemos mencionar que este não é o espírito da lei, esta situação, em audiência de julgamento, não confere *“qualquer especial relevo à actuação do MP para aplicação desta sanção. Pelo contrário, em matéria de prova, se afirma é que é ao arguido que cabe provar a licitude dos seus rendimentos.”*⁷¹.

Daqui podemos verificar que esta resolução não dá qualquer dever ao MP de provar a anterior actividade criminosa, isto coloca sobre o condenado um ónus excessivo e, *“quando exige a prova de licitude dos rendimentos ou dos bens”*⁷², tal pode ter como consequência que o património a ser retirado nada tenha a ver com os crimes do ‘catálogo’. Acontece que tem de existir sempre a necessidade de demonstrar acerca da existência de uma actividade criminosa para que seja possível efectuar o cálculo das vantagens patrimoniais a um momento anterior.

Quanto a esta relação aos tipos de crime enunciados no ‘catálogo’, pode ser plenamente aceitável a prova de um único crime, devido ao facto de, por vezes, a actividade criminosa ser de difícil investigação, o que impossibilita a prova de vários crimes. Neste sentido, o processo penal assume um papel fundamental quanto à influência dessa condenação para uma anterior actividade criminosa. A prova que se exige não tem de ser tão concludente quanto à questão principal mas que esta influência seja feita após a prova pelo crime imputado. *“Este aspecto é da maior relevância, porque toca dois pontos fundamentais: a) por um lado, uma vez que as vantagens em causa nada têm a ver com o crime, existe a necessidade de demonstrar a plausibilidade de serem provenientes de uma actividade criminosa anterior à prática do crime; b) por outro, uma vez que esta sanção se deve aplicar a determinados crimes, que o legislador expressamente previu como susceptíveis de gerarem grandes proveitos, a actividade criminosa tem que se referir ao tipo de crimes previstos no catálogo e, mais ainda, em ligação com o tipo de crime por que o agente foi condenado”*⁷³.

Levanta-se a questão, nestes casos, de que é ao condenado que cabe provar a ilicitude dos seus rendimentos ou bens quando seja até cinco anos antes da constituição como arguido,

⁷¹ Ibidem, p. 126

⁷² Idem

⁷³ Ibidem, p. 127

porque o legislador presume que eles têm sempre origem criminosa. No entanto, não é aceitável impor-se ao condenado a prova da licitude dos seus rendimentos, o que se pode impor como prova é que os rendimentos nada têm a ver com a actividade criminosa ou que tenham sido obtidos num momento em que ela não existia; assim sendo, o facto de se fazer recair sobre o condenado a prova é uma violação de princípios do processo penal e uma violação da ordem natural de qualquer processo.

Neste sentido, compete ao MP demonstrar a probabilidade de uma actividade criminosa e que esta actividade seja da mesma espécie dos crimes previstos no ‘catálogo’, e só depois disso é que deveria verificar-se a inversão do ónus da prova⁷⁴; situação semelhante verificamos aquando da abordagem ao crime de enriquecimento ilícito, a inversão do ónus da prova apresenta as mesmas características para ambos os casos, sendo apenas o objecto de prova diferente.

Neste sentido, indicarei um exemplo que melhor demonstrará esta situação; assim sendo, o *“melhor exemplo pode ser retirado dos casos em que o próprio legislador quis que a actividade criminosa fosse realizada sob a forma organizada. Do que se trata é de um juízo de probabilidade de os rendimentos (presumidos ilícitos) provirem da “organização” ou “actuação sob forma organizada”. Para que se possa verificar a presunção é necessária a prova de uma certa subsistência da organização ou da actuação sob a forma organizada; mas não é ao condenado que cabe provar a licitude dos rendimentos, de modo a que não se incorra no risco de se atingir rendimentos que o legislador não visou (rendimentos de actividade criminosa individual que o legislador expressamente afastou). De resto, a boa lógica dos princípios mandaria, nos casos aqui previstos, que se distinguisse o grau de participação dos condenados dentro da organização. Com efeito, é natural que os rendimentos provenientes de associação criminosa, ou no caso de forma organizada, não sejam igualitariamente distribuídos. Aspecto a que a lei não faz qualquer referência, quer pela dimensão estritamente objectiva que se quer atribuir à sanção, quer pelo facto de presumir que todos os rendimentos são ilícitos, independentemente da sua fonte criminosa.”*⁷⁵

⁷⁴ Ibidem, p. 128

⁷⁵ Ibidem, p. 131

2. A Investigação Criminal no domínio da Perda de Bens a Favor do Estado

Neste intuito de verificarmos a situação da investigação criminal na perda de bens a favor do Estado, será de observarmos as medidas tomadas para a investigação e análise destas questões, para verificar se a mesma metodologia pode ser aplicada nos casos do crime de enriquecimento ilícito. Assim sendo, é de mencionar, “*que o mais releva neste tipo de criminalidade é o facto de ela ser, de um ponto de vista repressivo, [...] de difícil obtenção de prova*”⁷⁶.

Em regra, a investigação é acompanhada de meios particularmente incisivos de obtenção de prova, dada a pouca produtividade da investigação mais ou menos tradicional, o que permite aos órgãos de investigação criminal uma evidente percepção de que há indícios de uma actividade criminal em curso ou quando possa já estar a decorrer uma actividade.

Quando ocorre uma suspeita em investigação que vai decorrendo, a ordem centra-se em obter provas que permitam a submissão a julgamento, e existe uma resignação em não acusar sobre a actividade criminosa, pela dificuldade de obtenção de provas ou mesmo pela sua ausência. Porém, o verdadeiro problema relaciona-se com o facto de, estruturalmente e segundo as regras próprias do processo penal, ser necessário, para os factos descritos na acusação, uma prova para além da dúvida razoável para efeitos de condenação.

No entanto, coloca-se a questão de que o agente condenado por um só crime possa ter uma anterior actividade criminosa, situação, que, obviamente, tem algum relevo nos casos em que seja necessária a intervenção de um agente ‘encoberto’ que ‘colabora’ na prática do crime, sendo esta a única de obtenção de provas, devido à impossibilidade de se obter meios de prova por outra via legal.

Neste sentido, e para melhor compreendermos o que foi exposto, convém tomarmos em consideração que “o tipo de criminalidade que aqui está em causa assenta num duplo juízo de probabilidade:

- a) Por um lado, pode dizer-se que, na maioria destes crimes, é possível alicerçar um juízo de “perigosidade”, no sentido de provável continuação da actividade criminosa. Ou seja, que, caso os órgãos de polícia criminal não tivessem intervindo naquele momento (em regra, detendo o(s) arguido(s), existiria a forte probabilidade de o agente continuar a sua actividade criminosa. Aspecto que, em alguns dos tipos legais de crime previstos, assume relevância típica – “actividade

⁷⁶ Ibidem, p.132

dirigida à prática de futuros crimes” ou “destinada à prática reiterada de crimes”, por exemplo.

- b) Por outro lado, e como já referimos, existe também a forte percepção de que os factos submetidos a julgamento traduzem apenas ‘parte’ de todos os eventuais ilícitos que o agente terá praticado mas que não fazem parte da acusação, porque não foi possível uma prova concludente para os fazer julgar”.⁷⁷

O juízo sobre o fundado receio de continuação da actividade criminosa não é presumido: na aplicação da sanção, não existe qualquer regra que imponha ao arguido a prova de que não continuaria a actividade criminosa, quem promove a sanção é que deve apresentar os elementos que fundam a existência dessa probabilidade. “*O mesmo deve valer, segundo pensamos, para os casos de inferência de uma anterior actividade criminosa*”⁷⁸.

3. Considerações gerais sobre a Perda de Bens a favor do Estado

Neste capítulo, vamos analisar algumas definições essenciais deste crime e que, por vezes, podem criar algumas dúvidas na sua interpretação. Assim, vamos clarificar o que se pode considerar-se como actividade criminosa e qual o seu âmbito de aplicação. Assim sendo, passaremos a analisar estes dois pontos:

a) Actividade criminosa

Neste capítulo, convém mencionar se a “actividade criminosa” tem ou não de ser demonstrada aquando da aplicação desta sanção, e esta condenação tem de incidir sobre um dos crimes no ‘catálogo’; uma possível interpretação seria dizer-se que, após a prova para além de dúvida razoável da prática de um crime do ‘catálogo’, cabe demonstrar que esse crime se insere numa determinada actividade criminosa. E esta prova basta para um juízo de probabilidade.

De modo geral, é o MP que tem que demonstrar que um conjunto de bens que não se mostre congruente com os rendimentos normais do condenado, se deveriam presumir como vantagens da actividade criminosa. Aqui menciona o Doutor José M. Damião da Cunha, que a «presunção exoneraria o MP de demonstrar a imputação destes valores não congruentes

⁷⁷ Ibidem, p. 133

⁷⁸ Ibidem, p. 134

com a actividade criminosa», cabendo ao arguido demonstrar que a aparente incongruência tem uma explicação razoável para a origem dos bens e que os mesmos não advêm da actividade criminosa.

Podemos considerar que esta seria a melhor solução que se adaptaria aos fins da própria sanção, pois “*garantir-se-ia um mínimo de certeza quanto à existência de uma actividade criminosa; por outro lado, garantir-se-ia ainda que os bens patrimoniais que devessem ser retirados ao agente estivessem em directa ligação com o tipo de criminalidade.*”⁷⁹

b) O âmbito da presunção

Esta presunção está estabelecida nos termos do artigo 7.º, n.º 1, e refere-se única e exclusivamente ao chamado “*património não congruente*”⁸⁰. Neste preceito, presume-se constituir “vantagens de actividade criminosa” a diferença entre o valor do património do “arguido” e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Só quanto à diferença é que existe uma presunção, por isso mesmo, constitui a exoneração em termos de dever de prova pelo MP.

Porém, é o próprio legislador que, na justificação sobre esta sanção, afirma que é declarado perdido a favor do Estado “*o património do arguido que seja excessivo aos seus rendimentos cuja licitude fique provada no processo...*” ou que, ainda, que “*não é excessivo impor à pessoa condenada o ónus de prova da licitude dos seus rendimentos*”⁸¹. No ponto de vista do processo e da prova, é que no caso de condenação por um dos crimes previstos todo o património tem uma fonte ilícita.

É neste entendimento que verificamos a presunção que retiramos do artigo 9.º, que justifica que o arguido tenha de provar que os bens resultam de actividade lícita, quando o artigo 9.º menciona que é ilícita a presunção de se provar que os bens resultam de actividade lícita, ou então foram obtidos pelo menos 5 anos antes da constituição como arguido.

No entanto, podemos acrescentar que esta sanção consiste num verdadeiro confisco: trata-se de uma sanção puramente objectiva, a sua determinação, ou quantificação, é baseada num cálculo patrimonial, matemático, não revelando, em medida alguma, quer a gravidade do ilícito, quer a gravidade da pena, ou sequer o grau de participação do condenado, sendo que a

⁷⁹ Ibidem, p. 136

⁸⁰ Idem

⁸¹ Ibidem, p. 137

sua execução prescinde de qualquer consideração quanto aos efeitos que ela possa produzir na esfera pessoal do arguido ou da sua família.

4. A questão da Inversão do Ónus de Prova na Perda de Bens a Favor do Estado

Na análise da problemática da perda de bens a favor do Estado, é-nos colocada a questão da inversão do ónus de prova, que nos aparece numa presunção no artigo 7.º. Ora, esta presunção apresenta um âmbito mais reduzido, referindo-se à “não congruência” do património.

Porém, se verificarmos as regras de prova que se encontram definidas no artigo 9.º, verificamos que o âmbito de aplicação é mais vasto, como menciona o Doutor José M. Damião da Cunha, este pode ser estabelecido através de “*duas regras distintas de prova.*”⁸²

Assim sendo, para que se verifique a inversão do ónus de prova, “*é necessário que a presunção seja lida no sentido de que todo o património do arguido é presumido como vantagem de actividade criminosa*”. Só assim é que podemos considerar que a presunção é, de facto, ilidida. Na medida em que, por um lado, o MP opera com base nesta presunção e, por outro, o tribunal, caso o arguido não conteste a liquidação, também tem de comungar dessa mesma presunção. “*Por seu turno, as alíneas b) e c) do artigo 9.º vêm ainda dizer que a presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição do arguido ou foram adquiridos com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.*”⁸³ Estas normas têm importância para se perceber que se presume algo mais do que está no artigo 7.º. Com efeito, o art. 7.º não faz qualquer referência a prazos; porém, era necessário que o art. 7.º presumisse que todos os bens do arguido foram obtidos nos últimos cinco anos.

O que se pretende é avaliar o montante apurado, ou seja, presume-se que todo o património tem origem na actividade criminosa, e que o bem que o agente apresenta no seu domínio, e no momento, em que é realizada a constituição de arguido presume-se dentro do prazo de validade para efeitos de cálculo de vantagens de actividade criminosa.

“*A inversão do ónus de prova significa, tecnicamente, exonerar outra entidade de um dever de provar (pelo menos no espírito do legislador). Quando se impõe ao arguido a obrigação de provar que os bens resultam de actividade lícita ou que os bens foram*

⁸² Idem

⁸³ Idem

adquiridos pelo menos cinco anos antes, quer, inversamente, dizer-se que o MP não tem de averiguar a ‘origem’ do património (presume-se lícito) nem o de aquisição dos bens (eles presumem-se também ilícitos, porque dentro do prazo).”⁸⁴

Quando mencionamos a inversão do ónus de prova, esta apresenta, sobretudo, importância como critério de decisão; e, no caso de dúvida, em que sentido se deve decidir. Porém, o princípio ‘In dubio pro reo’ é um critério de decisão tanto utilizado pelo MP como pelo tribunal. *“Mas a existência desta regra de prova não altera, em nada, que o arguido tinha o direito de apresentar prova em seu favor ou de ‘contraditar’ a prova apresentada pelo MP. Mesmo quando se inverte o ónus de prova”⁸⁵*, que é o que acontece neste caso, da perda de bens a favor do Estado, *«isto não significa que o MP não tenha poderes de contraditar a prova apresentada pelo condenado. As provas que são apresentadas pelo condenado para ilidir a presunção também têm de ser submetidas a contraditório, ao ponto de o MP poder contestar a sua veracidade ou mesmo a sua credibilidade.”⁸⁶*

Em segundo lugar, e no âmbito dos processos de direito público dentro do Estado de Direito Democrático português, sempre que, por qualquer razão, se verifique uma inversão do ónus de prova (no caso, para o cidadão potencialmente afectado), essa inversão, como é verificado em cada processo, não pode constituir, tacitamente, uma impossibilidade para que o cidadão faça valer os seus direitos.

Situação similar pode ser entendida na análise do Enriquecimento Ilícito, em que se defende que o MP é que tem de apresentar a prova sobre a existência de uma desproporção existente entre o património do arguido e o seu rendimento lícito, podendo o arguido exercer o seu direito de defesa quanto à mesma ou remeter-se ao silêncio.

⁸⁴ Ibidem, p. 148

⁸⁵ Idem

⁸⁶ Idem

III – Princípios e Limitações Impostas Pela Constituição

Os direitos e liberdades constitucionais devem ser interpretados de acordo com a Constituição da República Portuguesa (CRP) e os tratados internacionais dos direitos humanos, sendo implementados de acordo com o exposto pelo artigo 8.º da CRP. Neste sentido, tentarei verificar se existe alguma limitação para a implementação do crime do enriquecimento ilícito nas normas constitucionais.

Neste capítulo, vamos analisar as várias questões que se podem colocar a nível constitucional e analisar, ponto a ponto, os prós e os contras da aplicação do crime de enriquecimento ilícito.

1.1. Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência encontra-se regulado nos termos do artigo 32.º, n.º 2, da CRP. É neste artigo que se verifica a existência dos mais importantes “*princípios materiais do processo criminal*”⁸⁷.

O princípio da presunção de inocência, quanto aos pressupostos de responsabilidade criminal, visa um critério de certeza. É neste sentido que compete ao MP o ónus de provar o crime, e compete ao arguido provar as causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, pois o enriquecimento ilícito pretende apenas punir os agentes públicos titulares de cargos políticos e funcionários da Administração que sejam proprietários de bens em manifesta desconformidade com os seus rendimentos fiscalmente declarados e sem que seja conhecida qualquer outra forma lícita de aquisição.

Pode entender-se que não existe qualquer violação do princípio da presunção de inocência constitucionalmente garantida quando a distribuição do ónus de prova como é corrente também em direito penal. Daqui deriva que caberá ao Ministério Público provar o crime, ao acusado que, embora desconhecido, existe uma causa lícita de aquisição dos bens. Trata-se, aliás, de situação análoga à que acontece, há décadas, com o crime de detenção de estupefacientes, sem que alguém tenha levantado, em todo este tempo, qualquer questão de constitucionalidade.

⁸⁷ Cfr. CANOTILHO, J.J Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa – Anotada**, Vol. I. 4º Ed. Revista, Coimbra Editora, 2007. 515 p.

Este direito está também reconhecido no direito internacional. É assim que o artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que toda a pessoa acusada de crime tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se prove a sua culpabilidade, em conformidade com a lei. Também assim dispõem os arts. 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, e o art. 14.º, n.º 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸⁸.

O princípio processual da presunção de inocência do arguido, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia.

Proclamado em França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, daí derivou para os sistemas jurídicos inspirados pelo jusnaturalismo iluminista, que veio a ser reconhecido pela sociedade internacional através da sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁸⁹

Nas suas origens, o princípio teve, sobretudo, o valor da reacção contra os abusos do passado e o significado jurídico negativo da não presunção de culpa. No presente, a afirmação do princípio, quer nos textos constitucionais, quer nos documentos internacionais, ainda que possa também significar reacção aos abusos do passado mais ou menos próximo, representa, sobretudo, um acto de fé no valor ético da pessoa próprio de toda a sociedade livre⁹⁰.

Em geral, o enriquecimento ilícito não é, por si, contrário à presunção de inocência. No entanto, a introdução desta nova infracção penal numa dada legislação provoca a pergunta, ou seja, a questão central relativa à prevenção e supressão do direito penal da corrupção é como otimizar o quadro jurídico existente em vez de substituí-lo por um novo. Por outras palavras, em vez de introduzir um novo delito criminal numa legislação anti-corrupção, a atenção deve ser focada no sentido de se melhorar o sistema de confisco de rendimentos ilegais adquiridos por delitos de corrupção penal. Esta concentração não deve ser sobre a nova criminalização mas sim como melhorar o sistema já existente, com o objectivo de desmotivar os potenciais perpetradores de participarem nas diferentes formas de ‘troca’ ilegal.

⁸⁸ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 4ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. II. p. 121 e ss

⁸⁹ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. p. 81 e ss

⁹⁰ NEVES, A. Castanheira apud SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. p. 81 e ss

Conclui-se que, na criminalização do enriquecimento ilícito, o princípio constitucional da presunção de inocência seria respeitado se coubesse em exclusivo à acusação a prova dos respectivos elementos do crime: a) os rendimentos do investigado; b) o seu património/modo de vida; c) a manifesta desproporção; d) o nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício de funções públicas; e) que aquele enriquecimento manifesto não provinha de um qualquer meio de aquisição lícito. O MP tem de assegurar estes pressupostos, sob pena de violação da Constituição⁹¹.

1.2. Princípio ‘In Dubio Pro Reo’

O princípio ‘In dubio pro reo’ é um corolário do princípio da presunção de inocência. Neste princípio da presunção de inocência, existe a ideologia de que o arguido é sempre inocente até ser provada a sua culpabilidade. Já no princípio ‘In dubio pro reo’, este princípio é uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao arguido quando não houver a certeza absoluta sobre os factos decisivos para a solução da causa. Mas daqui não resulta que, tendo havido versões diferentes e até contraditórias sobre factos relevantes, o arguido deva ser absolvido. A violação deste princípio pressupõe um estado de dúvida no espírito do julgador, só podendo ser afirmada quando, do texto da decisão recorrida, decorrer, de forma evidente, que o tribunal, na dúvida, decidiu contra o arguido.

No crime de enriquecimento ilícito, e como foi mencionado anteriormente, o ónus de prova caberá por completo ao MP. Este tem de demonstrar provas com carácter de certeza, ou seja, as provas que o MP apresenta em tribunal têm de dar a certeza ao juiz de que aquele enriquecimento injustificado que o arguido apresenta foi adquirido através de um acto ilícito, sob pena de o arguido ser considerado inocente e, por conseguinte, absolvido.

⁹¹ PATRICIO, Rui – Parecer do Conselho Superior de Magistratura sobre os Projectos de lei 4/XII/1ª, 5/XII/1ª, 11/XII/1ª e 72/XII/1ª - **Conselho Superior de Magistratura**. [em linha] Lisboa. 2011 [Consult. 30 Outubro 2011]. Disponível em : <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6c6c4f47557a596a426d4c574d305a5755744e445132595331684e474d344c5463304d444130597a67794d44646a4e6935775a47593d&fich=9e8e3b0f-c4ee-446a-a4c8-74004c8207c6.pdf&Inline=true>

1.3. Princípio contra a Auto-incriminação

O princípio contra a auto-incriminação é constituído pelo direito ao silêncio ou o direito de permanecer em silêncio e o direito de ser compelido a produzir elementos de acusação. Neste sentido, podemos dizer que “ninguém deve ser obrigado a acusar-se”, de acordo com a jurisprudência da CEDH, embora não especificamente mencionada nessa mesma CEDH. O privilégio contra a auto-incriminação é um padrão internacional geralmente reconhecido que está no cerne da noção de um processo justo.

O Direito protege o arguido contra a coacção indevida por parte das autoridades, reduzindo o risco de erros judiciais e consagrando a “igualdade de armas”. Em princípio, a Acusação deve provar as suas alegações sem recorrer às provas obtidas através da coacção ou de opressão, e qualquer constrangimento para produzir provas incriminatórias torna-se violação do direito ao silêncio.

O direito ao silêncio aplica-se a partir do interrogatório policial até à sentença final do tribunal. E o arguido tem o direito de não testemunhar e o direito de não divulgar a natureza da sua defesa antes do julgamento.

IV – Ónus de Prova

O ónus de prova é um importante mecanismo utilizado em direito penal: é através da regra do ónus de prova que recai sobre o MP ter de demonstrar as provas necessárias para condenar o arguido.

Uma das problemáticas em torno da análise deste crime deve-se à possibilidade da existência da inversão do ónus de prova. Mas esta questão não é de simples apreciação, pois um dos argumentos utilizados para a fundamentação desta situação é a alegação de que existem crimes em relação aos quais a regra do ónus de prova deve ser invertido porque o mesmo é impossível. O crime de corrupção é um dos crimes mais gravosos, e tem-se criado condições para que exista um combate eficaz ao mesmo. Mas, por vezes, essas medidas não são suficientes, especialmente visto que o crime de corrupção pode apresentar-se de várias formas.

Assim sendo, a verificação do ónus de prova é o principal obstáculo para a criminalização do enriquecimento ilícito, e é sobre este tema que se tem verificado maior discussão, principalmente quando se menciona a possibilidade de existir a inversão do ónus de prova por se considerar que esta situação seria inconstitucional.

Neste sentido, é à acusação que cabe provar a culpa do arguido. Assim, o ónus de prova recai sobre o MP e qualquer dúvida deve beneficiar o acusado; daqui resulta também que cabe à acusação [...] apresentar provas suficientes para condená-lo.

Na jurisprudência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), é possível identificar pelo menos três situações em que o ónus da prova não depende da acusação: 1) estritos crimes de responsabilidade; 2) quando uma ordem de confisco é emitida; 3) os crimes em que o ónus de prova é invertido.

Na abordagem do enriquecimento ilícito, o único ponto que directamente se relaciona com este crime em particular é a questão da inversão do ónus da prova. A CEDH salientou que as presunções, de facto ou de direito, a operar no sistema jurídico e a convenção não proíbem, em princípio, tais presunções. Neste sentido, apenas se pretende que os Estados partes se mantenham dentro de certos limites. No que respeita à lei criminal, exige-se ao Estado adoptá-los dentro do seu ordenamento jurídico, respeitando determinados limites e mantendo a importância das normas e do direito de defesa.

No contexto do enriquecimento ilícito, o facto é presumido quando há diferença entre o património e o rendimento de origem legal em actos de corrupção cometidos no exercício

de funções públicas. No entanto, esta presunção não é automática, deve ser impugnável pela pessoa sujeita a investigação. A pessoa deve ser capaz da utilização de meios de prova ou oferecer uma explicação razoável sobre a origem da sua riqueza. Uma das semelhanças que podem ser verificadas na análise a esta questão relaciona-se também com as situações do ‘branqueamento de capitais’, em que o MP não é obrigado a provar o crime anterior.

O crime de enriquecimento ilícito pode ser formulado nos seguintes termos: é punido com a pena de ‘xis’ anos de prisão o agente público que adquirir bens em manifesta desconformidade com os rendimentos fiscalmente declarados e sem que se conheça outro meio de aquisição lícito. Neste sentido, cabe ao Ministério Público fazer prova de tudo. Logo, podemos encontrar alguns pontos fundamentais: dos bens adquiridos e seu valor; dos rendimentos fiscalmente declarados; da manifesta desconformidade entre uns e outros; e de não ser conhecido outro meio de aquisição lícito. E o acusado terá o ónus de provar que, afinal, existe uma causa lícita de aquisição que não seja conhecida: herança, aplicações na Bolsa, euromilhões, etc.

A principal razão que põe em dúvida a sua implementação é o facto de esta infracção penal violar alguns princípios de direito penal. Em primeiro lugar, a presunção de inocência e o privilégio contra a auto-incriminação. A inversão do ónus de prova do Ministério Público para o arguido tem sido debatida em algumas convenções de grande importância internacional. O direito interno e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: por exemplo, de acordo com o artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC, também conhecida como Convenção de Palermo), refere-se que “*os Estados podem considerar a possibilidade de exigir que o autor demonstre a origem lícita do presumido produto do crime ou de outros bens susceptíveis de confisco, na medida em que tal exigência é compatível com os princípios do seu direito interno e com a natureza dos processos judiciais e outros*”. Disposição semelhante pode encontrar-se, em 1988, no documento ‘Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas’.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos determinou que o ónus da prova não conta sempre para a acusação. Há 3 casos em que o ónus da prova não é sobre o julgamento: a) nos chamados “crimes de responsabilidade objetiva”; b) na perda dos ganhos pecuniários adquiridos por uma infracção penal; c) nos delitos em que o ónus de prova foi deslocado para o réu. Estes são alguns exemplos de inversão do ónus de prova.

O melhor exemplo de partida do princípio ‘Auctor non probante reo absolvitur’ (Se o autor não prova, o réu é o absolvido.) é a inversão do ónus de prova em casos de difamação,

em que o ónus de prova, nestes casos, impende sobre o arguido. Entende-se que, para a aplicação do crime de enriquecimento ilícito, deve existir uma ligação temporal entre o momento da aquisição da propriedade e o momento em que a infracção foi cometida. Por último, o valor da propriedade deve ser desproporcional aos rendimentos legítimos da pessoa condenada.

1. Análise de outros países quanto ao Ónus de Prova

Se verificarmos como estas situações foram definidas dentro dos outros ordenamentos jurídicos, podemos comprovar que, na maioria dos países, o direito civil tem recorrido aos métodos indirectos de prova. Assim, exigindo que a acusação não tem de provar que os activos em questão são adquiridos a partir de um delito penal específico ou um tipo específico de criminalidade mas sim que o dinheiro não é adquirido através de um rendimento legal. Neste sentido, posso referir como exemplos: salários, herança, um empréstimo, um donativo, um prémio, etc.

Se considerarmos a análise efectuada nos restantes países da União Europeia, podemos encontrar algumas situações que consideram a implementação da inversão do ónus de prova. Assim, e se tomarmos em atenção o caso espanhol, verificamos que o Supremo Tribunal espanhol tem instituída uma doutrina de longa data. Esta permite aceitar vários factos, relacionados e coerentes e que não apresentem indícios contraditórios, como sendo provas constitucionalmente suficientes para comprovar que, além de qualquer dúvida razoável, os activos em causa provêm de uma origem lícita, dado o facto de que este método de prova é “dedutivo” à adequação e razoabilidade do desconto a que está sujeita a revisão⁹².

Outra das questões, e levando em atenção que a maioria das jurisdições europeias adoptou o princípio que respeita às infracções relacionadas com o crime organizado, neste sentido, o Conselho da Europa emitiu uma decisão-quadro sobre o confisco de 2005/212/HA relacionada com o crime, instrumentos e bens que visam “*assegurar que todos os Estados-membros têm regras efectivas que regulam a perda dos produtos do crime, designadamente em relação ao ónus de prova quanto à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada*”

⁹² JORGE, Guilherme – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, 16 p [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal-enrichment-framework-2007-eng.pdf>

por infracções relacionadas com o crime organizado”⁹³. Esta decisão veio obrigar os Estados-membros a alargar os seus poderes de confisco em casos de ‘lavagem de dinheiro’ e diversas formas de tráfico de seres humanos migrantes, moeda, medicamentos, serviços sexuais ilegais, a fim de permitir a perda de várias alternativas e situações.

Segundo o artigo 3.º, 2 c), os Estados são encorajados a permitir o “*confisco, onde é estabelecido que o valor da propriedade é desproporcional à renda legal da pessoa condenada num tribunal nacional, com base em actos concretos de que está plenamente convencido de que o imóvel em causa é decorrente da actividade criminal do condenado*”⁹⁴.

Esta tendência não é exclusivamente europeia⁹⁵, faz parte da transformação global do método de concepção de instrumentos eficazes para conter os crimes graves. Neste sentido, posso enunciar como exemplos as medidas tomadas nos restantes países da União Europeia.

No caso italiano, podemos verificá-lo, através da secção 12 do decreto legislativo 306, de 8 de Junho de 1992, que prevê que nos crimes de droga, de tráfico e de crime organizado, o ónus de provar que os bens são legítimos impende sobre o requerido caso a acusação estabeleça que os activos não são compatíveis com os rendimentos do réu ou os seus recursos económicos. Neste caso, aplica-se ao património total do réu e não apenas aos bens que são o produto do crime pelo qual ele é condenado. No decurso da investigação preliminar, tais bens podem ser colocados sob as ordens de “sequestro”, com os mesmos fundamentos.

No caso alemão, a secção 73 D do Código Penal, sobre o confisco, exige activos a serem perdidos, onde não se verificam motivos para crer que os objectos eram usados para serem obtidos através de actos ilícitos. “De acordo com o Supremo Tribunal Federal alemão, embora estas disposições não reduzam o ónus de prova e ao exigir uma exaustiva recolha e análise das provas, não dispensando o julgamento de estabelecer os detalhes específicos”⁹⁶.

Já na Holanda, foi efectuada uma modificação no Código Penal, nomeadamente o seu artigo 36.º, permitindo uma reversão parcial do ónus de prova relativamente à origem ilícita do produto de vários crimes. Além de permitir o confisco do produto do crime segundo o qual o infractor tenha sido condenado, a disposição também permite o confisco de bens que são provavelmente provenientes de outras actividades criminosas. No entanto, para accionar esta disposição, a acusação deve aumentar a probabilidade da existência de receitas das infracções

⁹³ Cfr. DECISÃO-QUADRO 2005/212/JAI n.º 24 de Fevereiro de 2005, parágrafo 10

⁹⁴ Ibidem, Artigo 3.2. c)

⁹⁵ Esta tendência começa a verificar-se também noutros países fora da União Europeia: nos Estados Unidos da América, já está em vias de utilização este sistema.

⁹⁶ JORGE, Guillermo – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007 18-19 p. [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal-enrichment-framework-2007-eng.pdf>

obtidas através de infracções similares ou a partir das quais é possível impor uma maior quantia de multa, mesmo que o arguido não tenha sido acusado destas infracções.

O Supremo Tribunal holandês considerou que a prestação é compatível com a presunção de inocência do artigo 6.º da CEDH, em que o factor mais importante para que o Supremo Tribunal tenha considerado esta conclusão foi o facto de que, *“uma vez que a presunção do produto de origem criminosa foi criada pela acusação, a defesa pode sempre inverter a presunção; no entanto, a mera negação não será suficiente. Uma vez que a origem criminosa dos produtos é considerada como provável, o ónus de refutar – e não simplesmente negar – essa presunção encontra-se na defesa. A presunção não funciona automaticamente mas tem de ser estabelecida pela acusação com a demonstração da origem criminosa dos produtos; embora não comprovada, é provável.”*⁹⁷

Quando se verifica a aplicação do enriquecimento ilícito na Croácia, o ónus da prova não recai sobre os procuradores (Ministério Público) mas sobre os réus, que terão de provar a licitude dessa riqueza, que a mesma não seja originária de suborno ou de uma conduta ilícita⁹⁸. Isto facilita a aplicação das infracções penais originárias do enriquecimento ilícito em julgamento, pois os procuradores não têm a obrigatoriedade de provar a chamada “troca de favores” nem a intenção de corrupção.

O Código Penal polaco, no seu artigo 45.º, parágrafo 2.º, incorpora a inversão do ónus de prova no que respeita à origem dos produtos do crime. Porém, a regra presume que qualquer propriedade adquirida ou o valor dos juros recebidos pelo infractor, ainda que indirectamente, durante ou após a prática do delito, antes da sentença final, são considerados como provenientes de delito. Por outro lado, o acusado deve tentar provar o contrário. A Polónia, na sua jurisprudência, admite que as evidências circunstanciais (ou seja, os factos simples) podem levar a que sejam utilizadas em julgamento no que respeita ao elemento do crime.

Ao analisarmos o modelo suíço, podemos verificar que foi introduzida uma disposição que estabelece que, se uma pessoa é acusada de apoiar ou participar numa organização criminosa, o tribunal está sob o dever de ordenar o confisco de todos os activos pertencentes a essa pessoa. Por exemplo, o artigo 59.º, n.º 3, do Código Penal suíço estabelece um quadro jurídico de exploração da presunção de que uma organização criminosa pode ter rendimentos de todos os bens pertencentes aos seus membros. O Supremo Tribunal de Justiça suíço

⁹⁷ STESENS, Guy apud JORGE, Guilherme – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**, [em linha]. 2007 19 p, [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf

⁹⁸ Situação que não é verificada no nosso ordenamento jurídico

considerou que a presunção era constitucional e que respeitava a presunção de inocência, porque o réu pode sempre elidir a presunção demonstrando que os activos não estão sob o controlo da organização criminosa, ou, por outro lado, demonstrando que os activos têm origem legal.⁹⁹

O Reino Unido dispõe de poderes drásticos para ordenar o confisco dos produtos dos crimes, que inicialmente foram desenvolvidos em relação com os rendimentos do tráfico de droga e rapidamente foram estendidos a todos os crimes rentáveis. De acordo com a Lei de Justiça Criminal e a Lei de Processo Penal, de 2002, enquanto o ónus da prova continua a impender, basicamente, sobre a acusação, a maioria das decisões são tomadas no âmbito do balanço das probabilidades do ónus da prova. Por exemplo, para provar que o arguido é um criminoso a partir do ‘estilo de vida’ de que beneficiou ou se ele só tem beneficiado de um crime específico.

Isto demonstra que países com diferentes tradições jurídicas têm recorrido a novos instrumentos legais e estratégias para controlar a maioria dos tipos de crimes. Mas, em alguns casos, a inversão do ónus da prova funciona tendo em conta um elemento de infracção (França, Itália); noutros casos, o mesmo encontra-se condicionado ao facto de estar uma “organização criminosa” em jogo. E existem outras situações em que se aplica a inversão tendo em conta a origem criminosa dos rendimentos para efeitos de confisco. Finalmente, em algumas situações, a inversão do ónus da prova é a consequência da definição de uma presunção probatória.

Estas disposições são uma reacção a problemas relacionados com as políticas específicas. A França, por exemplo, estava preocupada com a ineficácia dos resultados da sua política de controlo de droga. Basicamente, punia os traficantes de rua e não conseguia alcançar os que, realmente, mais lucravam com o tráfico de droga. Neste sentido, e com o intuito de combater esta situação, o Parlamento francês ampliou a ideia para outros mercados ilegais, como a exploração da mendicidade, prostituição ou os grupos organizados de furtos. Em contrapartida, a Suíça passou ao estatuto de ‘lavagem de dinheiro’ e não incidiu sobre as organizações criminosas, porque não estão relacionadas com aquele tipo de crimes violentos, já que o seu centro financeiro e as suas regras de sigilo bancário são indevidamente utilizados para esconder as fortunas dos grupos criminosos. Basta apenas salientar que estes instrumentos legais têm sido acolhidos pelos tribunais constitucionais dos diversos países.

⁹⁹ JORGE, Guillermo – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, 20 p. [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf

2. Princípios Penais da Prova

Quando se menciona a questão do ónus da prova, em particular no caso do enriquecimento ilícito, em que existem opiniões que defendem a possibilidade de realização da inversão do ónus da prova, tem-se que ter em especial conta os princípios penais da prova. Os princípios penais da prova estão classificados em quatro princípios: o Princípio da Presunção de Inocência; o Princípio do ‘In dubio pro reo’; o Princípio da Prova Livre; e o Princípio da Investigação, ou da Verdade Material. Passaremos à análise de cada um deles, tendo em atenção a criminalização do enriquecimento ilícito.

2.1. O Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência vem consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da CRP. Mas trata-se também de um verdadeiro princípio de prova, directamente vinculativo de todas as autoridades. Este princípio destina-se a proteger as pessoas que são objecto de uma suspeita ou acusação, garantindo que não serão consideradas culpadas enquanto não se demonstrar os factos de imputação através de uma actividade probatória inequívoca. Só a prova dos factos imputados, produzida legalmente, pode ser usada para destruir a presunção provisória de inocência.

Pode mencionar-se que o processo penal tem como fim verificar se existem os pressupostos legais para que o Estado possa aplicar uma sanção; o fundamento é comprovar no processo a culpa (dolo) do arguido e não a sua inocência. Em consequência, a imputação só pode tornar-se em condenação quando se encontram comprovados todos os pressupostos para a aplicação da sanção, sendo que, na falta de tal comprovação - ou em caso de dúvida -, o arguido deve ser absolvido.

Daqui resulta que o arguido não pode ser onerado com qualquer ónus probatório: *a “não comprovação de qualquer facto relevante para o efeito de aplicação da sanção ou a sua demonstração incompleta deve necessariamente resolver-se a favor do arguido”*¹⁰⁰.

O direito que encontramos consagrado no artigo 32.º da Constituição é um direito subjectivo público que, no processo penal, se projecta em dois planos; por um lado, o direito de receber o tratamento e a consideração de não ser tido como responsável criminalmente

¹⁰⁰ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 4ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. II. p. 121

enquanto não for condenado. Por isso é que, em quaisquer situações jurídicas, se não aplicam as consequências derivadas da prática do facto criminoso. Mas, no plano estritamente processual probatório, a presunção de inocência significa que toda a decisão condenatória deve ser precedida sempre de uma suficiente actividade probatória, impedindo a condenação sem provas.

Podemos compreender que as provas tidas em conta para fundamentar a decisão de condenação hão-de ser legalmente admissíveis e válidas e que o encargo de destruir a presunção recai sobre os acusadores e não existe ónus do acusado quanto à prova da sua inocência.

Na compreensão do Princípio da Presunção de Inocência, devemos, antes de mais, mencionar que este é um princípio natural, lógico, de prova. Com efeito, enquanto não for demonstrada provada a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação.

O processo nos casos em que se verifica a existência do Princípio da Presunção da Inocência tem como base uma dúvida sobre a culpabilidade do arguido, sendo a sua certeza o fim do processo.

Em tal situação, o Princípio da Presunção de Inocência imporá a absolvição do acusado, já que a condenação significaria a consagração de um ónus de prova a seu cargo baseado na prévia presunção da sua culpabilidade, ou seja, o princípio contrário, um princípio de presunção de culpa.

O Princípio da Presunção de Inocência tem também incidência na exigência de motivação nos actos decisórios, mormente da sentença, na medida em que, sem essa motivação, seria, as mais das vezes, impossível comprovar, nomeadamente através dos recursos, se foi feito uso de elementos não permitidos de prova e se o processo de valoração foi irracional ou ilógico.

Na análise deste tipo de crimes, este princípio pode apresentar muitas outras consequências. No entendimento do Professor Doutor Germano Marques da Silva, daqui pode verificar-se “a inadmissibilidade de qualquer espécie de *culpabilidade por associação ou colectiva* e que todo o acusado tenha o direito de exigir prova da sua culpabilidade no seu caso particular; a estreita legalidade, subsidiariedade e excepionalidade da prisão preventiva; a comunicação ao acusado, em tempo útil, de todas as provas contra ele reunidas a fim de que possa preparar eficazmente a sua defesa e o dever do MP de apresentar em tribunal todas as provas de que disponha, sejam favoráveis ou desfavoráveis à acusação; a limitação à recolha

de provas em locais de carácter privado; a estrita legalidade das atribuições da polícia e do MP, etc.”¹⁰¹.

O Professor Doutor Germano Marques da Silva menciona ainda que, face ao preocupante aumento da criminalidade, e por se considerar exagerada a importância do princípio do ‘*In dubio pro reo*’, chegando-se a preconizar o ónus de prova da inocência, ou, como se tem definido atualmente, como a inversão do ónus de prova. Acrescenta afirmando que “*esta atitude de espírito é inadmissível perante uma ordem jurídica inspirada por um critério superior de liberdade, assente no valor moral da pessoa humana*”¹⁰².

Da vigência deste princípio extrai-se a conclusão de que o acusado tem os direitos de exigir provas da sua culpabilidade e de ser informado acerca dos elementos de prova contra si reunidos. O que não significa que a constituição não autorize a detenção ou prisão preventiva antes de proferida sentença com trânsito em julgado¹⁰³.

2.2. O princípio do ‘*In dubio pro reo*’

O princípio do ‘*In dubio pro reo*’ é verificado quando existem dúvidas sobre os factos¹⁰⁴: num sistema de ónus da prova, pressupõe-se que exista uma repartição do encargo de prova entre a acusação e a defesa. Mas o ponto essencial não é quem deve provar cada um dos factos mas quais as consequências da falta de prova dos mesmos.

Se os factos resultam provados, pouco importa quem desenvolveu a actividade probatória; neste princípio, o importante é a situação de certeza, e tendo-se em conta a vigência nesta matéria do princípio da aquisição da prova, segundo o qual não importa quem produziu as provas, o importante é que sejam validamente adquiridas no processo.

Se analisarmos a doutrina, verificamos que a opinião dominante, e com quase rara unanimidade, defende que não existe ónus da prova em *sentido formal*, ou seja, o encargo de produzir a prova por parte da acusação ou da defesa. Mas a doutrina não é já tão consensual no que respeita ao chamado ónus da prova em *sentido material*, ou seja, à sujeição às consequências desfavoráveis resultantes da falta de prova.

¹⁰¹ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. p. 81

¹⁰² Ibidem, p.84

¹⁰³ EIRAS, Henriques - **Processo Penal Elementar**, 8ª Edição. Lisboa: Quid Iuris, p. 63

¹⁰⁴ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. p. 83

Uma outra questão que convém ser ponderada respeita à prova das circunstâncias justificativas ou de desculpa. Entende-se que compete ao arguido a prova das circunstâncias justificativas e de desculpa por si alegadas. Também este entendimento viola o princípio da presunção de inocência, pois poderia conduzir à condenação de uma pessoa por um facto que talvez pudesse não ser punível, por diversas circunstâncias. Isto é, um facto que, em qualquer das suas manifestações, resultava duvidoso por falta de prova.

Podemos mencionar que o princípio da presunção de inocência exige a absolvição em caso de dúvida, pelo que, se o tribunal, pelo conjunto das provas apresentadas, está convencido da inexistência de circunstâncias justificativas, de desculpa ou outras excludentes da responsabilidade, poderá condenar com base na prova dos factos constitutivos do crime. Não basta, por isso, a mera alegação da defesa pela ocorrência de circunstâncias excludentes da responsabilidade, importa criar a dúvida no espírito do julgador sobre a sua existência¹⁰⁵.

2.3. Princípio da prova livre

Outra das questões, que se tem entendido abrangida também no âmbito do n.º 2 do artigo 32.º da CRP, respeita à eventual desconformidade com a Constituição das normas de processo penal que estabelecem limites à apreciação directa dos factos pelo juiz, como é o caso da prova resultante de documentos autênticos e autenticados (art. 169.º do CPP), do caso julgado civil e outras presunções legais.

Este princípio significa que o julgador tem a liberdade de formar a sua convicção sobre os factos submetidos a julgamento com base apenas no juízo que se fundamenta “*no mérito objectivamente concreto desse caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo.*”¹⁰⁶

Se analisarmos o artigo 127.º do CPP, verificamos que este menciona que *a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente*. “A liberdade de que aqui se fala”, como ensina Castanheira Neves, “*não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjectivismo, à fundamentação e à comunicação*”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 4ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. II. p. 124 e ss.

¹⁰⁶ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. p. 84 e ss.

¹⁰⁷ Idem

O princípio da livre apreciação da prova não significa que o tribunal possa utilizar essa liberdade à sua vontade, de modo discricionário e arbitrário, decidindo como entender, sem fundamentação.

O juiz tem de orientar a produção de prova para a busca da verdade material e, ao decidir, há-de fundamentar as suas decisões: a apreciação da prova que fizer há-de reconduzir-se a critérios objectivos, controláveis através da motivação. A sua convicção, que o levará a decidir de certa maneira e não de outra, embora pessoal, é objectivável.

A decisão livre, com base na convicção do juiz, não significa que o tribunal deva condenar quanto tem dúvidas: para que possa falar-se de convicção, é necessário que o tribunal se tenha convencido da verdade dos factos, é necessário que não tenha dúvida razoável¹⁰⁸.

2.4. Princípio da investigação, ou da verdade material

O princípio da investigação, ou da verdade material, é o último dos princípios referentes à prova. Apresenta uma certa importância, na medida em que se relaciona com a finalidade do processo penal, ou seja, a descoberta da verdade e a realização da justiça. Mas, mais importante, verificamos que o tribunal não se encontra limitado pela prova dos factos apresentada pela acusação e pela defesa, antes dispõe a seu favor do poder-dever de investigação oficiosa.

Estando definido o objecto do processo pela acusação e delimitado, consequentemente, o objecto do julgamento, o tribunal deve procurar a reconstrução histórica dos factos, deve procurar, por todos os meios processualmente admissíveis, alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa.

Este poder-dever do tribunal, poder-dever de procurar oficiosamente a verdade, é, geralmente, justificado pela necessidade de procurar a verdade, pois que ao processo penal não bastaria uma verdade formal, ou seja, a reconstrução hipotética dos factos feita apenas com base na contribuição probatória das partes, mas a verdade histórica, também designada por “verdade material”.

O princípio da investigação é de grande importância quando se assuma que a descoberta da verdade é um valor importante a prosseguir no processo e se tenha em conta as

¹⁰⁸ EIRAS, Henriques - **Processo Penal Elementar**, 8ª Edição. Lisboa: Quid Iuris, p. 65

muitas limitações de que sofre ainda o nosso sistema de acesso ao direito, particularmente no que respeita à nomeação de defensores oficiosos¹⁰⁹.

Devemos acautelar-nos quando referimos como princípio do processo penal a busca da verdade, pois é necessário ter presente que a verdade, no processo, não pode procurar-se por quaisquer meios mas tão-só pelos meios processualmente admissíveis, ainda que dessa limitação possa resultar, algumas vezes, o sacrifício da verdade¹¹⁰.

3. A Questão da Proibição da Inversão do Ónus de Prova

Quando falamos da questão da Inversão do Ónus de prova, em que a prova deve ser demonstrada pelo arguido e não pelo Ministério Público, aqui verificamos claramente a violação do princípio da presunção de inocência, no entanto, não é isto que se pretende com a realização do crime de enriquecimento ilícito.

Como referi anteriormente, tem-se que se ter presente que o arguido é considerado inocente, ou por outras palavras, presume-se inocente, não lhe cabendo fazer a prova da sua inocência, cujo ónus pertence à acusação, como refere o Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, *“a culpa (dolo) do arguido é que carece de ser provada pelo MP, ou, através do princípio de investigação, pelo tribunal.”*¹¹¹

Mas não devemos esquecer, *“que o arguido pode ter o interesse em contradizer a acusação contra si, o que obriga a que ao arguido sejam informadas todas as provas contra si recolhidas, para que prepare de forma eficaz a sua defesa. Havendo, assim, necessidade de dar a conhecer ao arguido a acusação e a pronúncia (quando tenha sido requerida instrução e a mesma tenha sido efectuada)”*¹¹².

O direito a contradizer a acusação contra si deduzida, por força da presunção de inocência e de a acção penal ser exercida orientada pelo princípio da legalidade, impõe ao Ministério Público a obrigatoriedade de apresentar em tribunal todas e quaisquer provas recolhidas, mesmo que desfavoráveis à acusação¹¹³. Neste sentido, o Professor Germano M. da Silva defende que ao arguido compete provar *“as circunstâncias justificativas e*

¹⁰⁹ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5ª Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. p. 85 e ss.

¹¹⁰ Não tanto em razão da disciplina das proibições de prova, mas em razão do recurso e meios proibidos de prova, comprometendo dessa forma a eficácia do processo na busca da verdade.

¹¹¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, **Processo Penal – Tomo I**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009. P. 162 e ss

¹¹² Idem

¹¹³ Idem

desculpantes por si alegadas”, por violar expressamente o princípio da presunção de inocência, porque poderá “*conduzir à condenação de uma pessoa por um facto que talvez não pudesse ser punível*”¹¹⁴.

Porém, e como menciona o Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, “*a inversão do ónus da prova implica também que quem acusa e, necessariamente, investiga tenha a sua acção limitada quanto à recolha de prova em locais de carácter privado, como o domicílio, cuja busca carece de autorização judicial [artigo 177.º, n.º 1, do CPP, e art. 34.º, números 1, 2 e 3 da CRP], excepto nos casos excepcionais, em que se admite que a busca domiciliária possa ser efectuada por iniciativa do MP ou OPC, previstos na 2.ª parte do n.º 3 do artigo 34.º da CRP, que têm expressão nos números 2 e 3 do artigo 177.º do CPP.*”¹¹⁵

¹¹⁴ Idem

¹¹⁵ Ibidem, p. 163

Conclusão

Com a pesquisa realizada, tive a oportunidade de aprimorar o meu conhecimento em relação ao crime de enriquecimento ilícito e às dificuldades que este apresenta para a sua aplicação. Mas muitas destas dificuldades podem ser ultrapassadas se existir uma melhor e maior cooperação institucional entre os vários sectores do Estado e o Ministério Público.

Porém, na estruturação e no planeamento do enriquecimento ilícito, deve ter-se em consideração dois factores importantes: o da intenção e o do efeito pretendido. O enriquecimento ilícito é, sem dúvida, um passo importante para o combate à corrupção, mais especificamente, à grande corrupção, e, conseqüentemente, uma medida forte do ponto de vista jurídico. Mas esta medida apenas apresentará os resultados pretendidos se, juntamente com estas, forem criados mecanismos que possam auxiliar o Ministério Público na obtenção das provas.

Uma das grandes dificuldades emergentes neste tipo de crime é a relação existente em torno das contas ‘offshore’. Estando estas ligadas ao princípio da circulação de capitais, previsto internacionalmente - sendo a criação destas contas legal -, a dificuldade que o Ministério Público enfrentará relaciona-se directamente com saber quem são os titulares das contas. Mas este crime já se encontra regulado em diversas convenções internacionais e são já vários os países que estão a legislar sobre este delito ou que já contêm no seu ordenamento jurídico normas que combatem esta forma de enriquecimento.

Estas formas de enriquecimento, sem dúvida ilícito, podem ser verificadas ou abordadas em diversas vertentes: a norma é dirigida mais concretamente para uma vertente política, mas isto não impossibilita que a mesma não possa ser associada a outras vertentes que, dependendo da sua natureza, podem entrar directamente no âmbito do enriquecimento ilícito. E, neste sentido, penso que devem ser criadas as condições para esta possibilidade.

Em relação à problemática existente em torno do crime de enriquecimento ilícito, sou da opinião de que o enriquecimento ilícito não apresenta qualquer inconstitucionalidade, problemática essa que também pode ser verificada quando mencionamos a perda de bens a favor do Estado. Tratando-se de uma medida especial, também foi posta em causa a existência da inversão do ónus da prova, mostrando assim alguma semelhança com o crime de enriquecimento ilícito. Mas desde que o Ministério Público, e como referi anteriormente, possa demonstrar o nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício de funções públicas, e que aquele enriquecimento manifesto não provinha de um qualquer meio

de aquisição lícito, encontram-se preenchidos todos os fundamentos para que esta norma, apresente um carácter constitucional e, como tal, validamente aceite dentro do nosso ordenamento jurídico.

Assim, atendendo à importância da fraude e corrupção em Portugal e ao seu agravamento, atendendo também à importância de todo o Estado, sou favorável à criminalização do enriquecimento ilícito. E acredito que, se este crime não se encontra regulado ou previsto no nosso ordenamento jurídico não é em razão da sua complexidade mas sim da falta de vontade para que este delito possa ser criminalizado.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, VILALONGA, José Manuel – **Código Penal**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 205-206 ISBN 978-972-40-3285-6
- CANOTILHO, J.J Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa – Anotada**, Vol. I. 4º Ed. Revista, Coimbra Editora, 2007. 515 p. ISBN 978-972-32-1462-8
- EIRAS, Henriques - **Processo Penal Elementar**, 8º Edição. Lisboa: Quid Iuris, p. 63 e ss, ISBN – 978-972-724-486-7
- MARINHO E PINTO, António - **O Crime de Enriquecimento Ilícito**, Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa. Nº59 (Outubro 2009), p. 4-5
- SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 5º Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. I. ISBN – 978-972-22-1557-2
- SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**, 4º Edição. Lisboa: Verbo Editora, 2008. Vol. II. ISBN – 978-972-22-1592-3
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, **Processo Penal – Tomo I**. 2º Edição. Coimbra: Almedina, 2009, ISBN – 978-972-40-3822-3

Documentos Electrónicos (Internet):

- A Convenção Interamericana contra a Corrupção (CIAC), [em linha]. Caracas. 1996 [Consult. 15 Set. 2011]. Disponível em:
<http://www2.mre.gov.br/dai/OEACorruptcao.htm>
- ANDRADE, Costa. - Enriquecimento Ilícito – Especialistas consideram que a criação deste crime não se justifica no Direito Penal Português. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa: Controlinveste Media, SGPS, SA (16 Março 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em <http://www.dnoticias.pt/actualidade/pais/186486-enriquecimento-ilicito>

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa: Controlinveste Media, SGPS, SA – (10 Abril 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em:

http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=1197474&seccao=Paulo%20Pinto%20de%20Albuquerque&tag=Opini%C3o%20-%20Em%20Foco&page=2
- ANNAN, Kofi A.- **United Nations Convention Against corruption**, [em linha]. Vienna. 2004, [Consult. 10 Jan. 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf
- Commission on Crime Prevention and Criminal Justice - *Implementation of the United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions - Economic and Social Council. Eleventh session* [em linha] Vienna (2002) p. 18-32 [Consult. 15 Abril 2011]. Disponível em:
<http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/6e.pdf>
- **DECISÃO-QUADRO 2005/212/JAI DO CONSELHO** [em linha] Bruxelas n ° 24 (Fev. 2005) [Consult. 10 Mar. 2011]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:PT:PDF>
- DIAS, Jorge Figueiredo. - Enriquecimento Ilícito: penalista diz que a criminalização é «mais um subterfúgio». [em linha] **Tvi24** (26 Maio 2010), [Consult. 30 Agosto 2010] Disponível em: <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/corrupcao-enriquecimento-ilicito-tvi24-penalista-jorge-figueiredo-dias/1165599-4071.html>
- DREHER, Axel, KOTSOGIANNIS, Christos, McCORRISTON, Steve, - **Corruption Around the World: Evidence from a Structural Model**. [em linha]. England: University of Exeter, 2004. [Consul. 3 de Agosto 2011]. Disponível em <http://129.3.20.41/eps/pe/papers/0406/0406004.pdf>
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, - É necessário criar crime de enriquecimento ilícito. [em linha] **Invirtus**, [Consult. 30 Junho 2011]. Disponível em:
<http://www.invirtus.net/in/story.php?title=%E9-necess%E1Rio-criar-crime-de-enriquecimento-il%E1Dcito>

- “*Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*”, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 86-87 [Consult. 15 Novembro 2011]. Disponível em http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/Ebook/V0653443s.pdf
- JORGE, Guilherme – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf
- LIMA, Licínio, **Portugal permanece dos países mais corruptos da Europa**, [em linha], 2010, **Diário de Notícias**. Lisboa; Controlinveste Media, SGPS, SA (26 Outubro 2010), Disponível em http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1695239&page=2
- MATA-MOUROS, Fátima. - Enriquecimento Ilícito – Especialistas consideram que a criação deste crime não se justifica no Direito Penal Português. [em linha] **Diário de Notícias**. Lisboa: Controlinveste Media, SGPS, SA (16 Março 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em <http://www.dnoticias.pt/actualidade/pais/186486-enriquecimento-ilicito>
- PATRICIO, Rui – Parecer do Conselho Superior de Magistratura sobre os Projectos de lei 4/XII/1ª (BE), 5/XII/1ª (BE), 11/XII/1ª (PCP) e 72/XII/1ª - **Conselho Superior de Magistratura**. [em linha] Lisboa. 2011 [Consult. 30 Outubro 2011]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6c6c4f47557a596a426d4c574d305a5755744e445132595331684e474d344c5463304d444130597a67794d44646a4e6935775a47593d&fich=9e8e3b0f-c4ee-446a-a4c8-74004c8207c6.pdf&Inline=true>
- **Projecto de Lei nº 72/XII**, [em linha] Lisboa, 2011. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/66104979/Projecto-de-Lei-n%C2%BA-72-XII-Enriquecimento-ilicito>

- RANGEL, Paulo - Criminalizar o Enriquecimento Ilícito [em linha] **Inverbis** (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em: <http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>
- Relatório de Combate à Corrupção elaborado anualmente [em linha] 2011, [Consult. 30 Jul. 2011]. Disponível em: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/gestion.asp>
- **Signatories and ratifications, of Inter-american Convention against Corruption**, [em linha]. Caracas. 1996, [Consult. 16 Set. 2011]. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-58.html>
- SIMOES, Euclides Dâmaso – Parecer do Conselho Superior do Ministério Público Sobre os Projectos de lei 4/XII/1ª, 5/XII/1ª, 11/XII/1ª e 72/XII/1ª (Tipificação do Crime de Enriquecimento Ilícito). **Conselho Superior do Ministério Público**. [em linha] Lisboa. 2011 [Consult. 30 Outubro 2011]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a59354e7a64685a446b784c54466a4e4451744e47466c4e433035596d45354c574e694f47466c4e4451774e6d5a694f5335775a47593d&fich=6977ad91-1c44-4ae4-9ba9-cb8ae4406fb9.pdf&Inline=true>
- SILVA, Magalhães - Criminalizar o Enriquecimento Ilícito. [em linha] **Inverbis** – (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em: <http://www.inverbis.net/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>
- SILVARES, Mónica - **Portugal parado no combate à Corrupção** [em linha] Económico. 2011 [Consult. 18 Jun. 2011]. Disponível em: http://economico.sapo.pt/noticias/portugal-parado-no-combate-a-corrupcao_118854.html
- SOSA, Omar e PORTOCARRERO, Elpidio apud JORGE, Guilherme – **The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment**. [em linha]. 2007, [Consult. 16 Jul. 2011]. Disponível em: http://apps.americanbar.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf

Anexo I

Já foram apresentados na Assembleia da República vários projectos de lei propondo a criminalização do enriquecimento ilícito, a saber:

Projecto de Lei nº 374/X-2 (PSD) – Propunha-se, entre outra matéria, que «o funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que sejam manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas, é punível com pena de prisão até 5 anos» (projectado nº1 do novo artigo 386º do Código Penal). Este projecto de Lei foi rejeitado, por votação na Reunião Plenária da Assembleia da República, de 19-04-2007, com os votos contra do PS, com a abstenção do CDS-PP e com os votos a favor do PSD, PCP, BE e PEV.

Projecto de Lei nº 726/X-4 (PCP) – Este Projecto foi rejeitado, por votação na reunião Plenária da Assembleia da República, de 23-04-2009, com os votos contra do PS e de José Paulo Areia de Carvalho (Ninsc), com a abstenção do PSD e CDS-PP e com os votos a favor do PCP, BE, PEV e Luís Mesquita (Ninsc). – *o qual na sua previsão legislativa, era precisamente a mesma projectada com a iniciativa legislativa ora em apreço;*

Projecto de Lei nº 747/X-4 (PSD) – tendo por objecto a criação de um crime de enriquecimento ilícito no exercício de funções (Este Projecto visava aditar um novo artigo ao Código Penal (386º, passando o actual a ser o 387º), bem como o aditamento de um artigo à Lei 34/87, de 16 de Julho, alterada pela Lei nº 108/2001, de 28 de Novembro. Este Projecto foi rejeitado, por votação na reunião Plenária da Assembleia da República, de 23-04-2009, com os votos contra do PS, com a abstenção do CDS-PP e 1 abstenção do PSD e com os votos a favor do PSD, PCP, CDS-PP, BE, PEV, Luísa Mesquita (Ninsc) e José Paulo Areia de Carvalho (Ninsc)), onde em aditamento ao que constava do Projecto de Lei nº 374/x-2, consignava-se que “a prova da desproporção manifesta que não resulte de outro meio de aquisição lícito, a que se refere o nº1. Incumbe por inteiro ao Ministério Público, nos termos gerais do artº 283º do Código de Processo Penal” [proposto nº5 do artigo 386º do Código Penal];

Projecto de Lei nº 768/X-4 (BE), designado de “combate ao enriquecimento injustificado”, este Projecto foi rejeitado, por votação na reunião Plenária da Assembleia da República, de 18-06-2009, com os votos contra do PS, PSD, CDS-PP e José Paulo Areia de Carvalho (Ninsc) e a favor do PCP, BE, PEV e Luísa Mesquita (Ninsc), pelo qual se pretendia a agravação de um terço, nos seus limites máximo e mínimo, das penas previstas nos artigos 372º a 374º, 375º, 377º, 379º 382º e 383º do Código Penal, “sempre que o agente, no âmbito de procedimento tributário anterior, pelos mesmos factos, não tenha colaborado com a administração tributária, ou, tendo, colaborado, tenha prestado falsas declarações ou omitido informações ou dados”;

Projecto de Lei nº 769/X-4 (BE), visando a criação do crime de enriquecimento ilícito se praticado por titular de cargo político, o titular de alto cargo público ou o funcionário no exercício de funções públicas; Iniciativa Legislativa caducada em 14-09-2009 (sem votação). Texto proposto: “1 – O titular de cargo político, o titular de alto cargo público ou o funcionário que durante o período do exercício de funções, ou nos cinco anos subsequentes á cessação das suas funções adquirir, no país ou no estrangeiro, património imobiliário, ou títulos, ou aplicações financeiras, ou contas bancárias a prazo, ou direitos de crédito, ou quotas, ou acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, ou direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis ou bens de consumo, de valor manifestamente discrepante do seu rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito é punido com pena de prisão até 5 anos. 2 – Se o enriquecimento previsto no número anterior, resultar de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício das suas funções públicas o agente será punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 3 – Considera-se cargo político, para efeitos de aplicação do presente artigo, os definidos pelo artigo 3º da Lei 34/87, de 16 de Julho, e posteriores alterações”.

Sendo que na XI Legislatura foram apresentados os seguintes Projectos de Lei:

Projecto de Lei 89/XI-1 (PSD), tendo por objecto a criação do crime de enriquecimento ilícito no exercício de funções públicas, em termos muito semelhantes aos já propostos no Projecto de Lei 747/X-4. Esta iniciativa, apesar de aprovada na generalidade na reunião Plenária da Assembleia da República, de 10-12-2009 (com votos contra do PS, com a abstenção do CDS-PP e votos a favor do PSD, BE, PCP e PEV), tendo baixado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias e depois à Comissão eventual para

o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate, acabou por ser rejeitada na reunião desta ultima Comissão, de 02-07-2010, com os votos a favor de PSD, BE, PCP, contra de PS, e CDS-PP e ausência de PEV.

Projecto de Lei nº25/XI/1ª (PCP) e Projecto de Lei nº494/XI/2ª (PCP), na abordagem deste projecto através do Parecer do Conselho de Magistratura sobre o Crime de Enriquecimento Ilícito sobre o Projecto de Lei nº 494/XI/2ª (PCP), – Disponível em: http://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/parecer11_enriquecimentoilicito.pdf, conclui-se que este projecto «suscita sérias reservas quanto aos termos constantes do projecto de lei em apreço, particularmente com a “simplicidade” com que no nº1 se estabelece a incriminação quando o arguido “*não justifique, concretamente*, como e quando vieram à sua posse ou não demonstre satisfatoriamente a sua origem lícita”, atenta a manifesta “inversão do ónus de prova» e a violação do princípio de presunção de inocência que esta consagração implicaria no sistema criminal português”.

Projecto de Lei nº512/XI/2ª (BE) – Esta proposta apresentou os seguintes termos:

“Artigo 371º-A (Enriquecimento Ilícito)

1 – O titular de cargo político, de alto cargo público, funcionário ou equiparado que esteja abrangido pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei nº4/83, de 2 de Abril, com as alterações que lhe foram subsequentemente introduzidas até à Lei 38/2010, de 2 de Setembro, que por si ou por interposta pessoa, estejam na posse ou título de património e rendimentos manifestamente superiores aos apresentados nas respectivas e prévias declarações, são punidos com pena de prisão de um a cinco anos.

2 – A justificação da origem lícita do património ou rendimentos detidos, exclui a ilicitude do facto do respectivo titular.

3 – O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos dos números anteriores, são apreendidos e declarados perdidos a favor do Estado.

4 – Nos termos do nº1, a obrigação de apresentar a declaração de rendimentos e património extingue-se cinco anos após a data da cessação da função que lhe deu origem mediante a apresentação de uma declaração final.”

Sendo que já na presente legislatura, foram apresentados os seguintes projectos de lei:

Projecto de Lei nº4/XII/1ª (BE) – Este projecto apresenta o mesmo teor que a proposta realizada anteriormente sobre o Projecto de Lei nº512/XI/2ª.

Projecto de Lei nº11/XII/1ª (PCP) – Este Projecto apresenta a seguinte redacção:

“Artigo 374º-A (Enriquecimento Ilícito)

1 – Os cidadãos abrangidos pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei nº 4/83, de 2 de Abril, com as alterações que lhe foram subsequentemente introduzidas, que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias.

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

3 – O disposto no n.º1 é ainda aplicável aos cidadãos cujas declarações efectuadas nos termos da lei revelem a obtenção, no decurso do exercício dos cargos a que as declarações se referem, de património e rendimentos anormalmente superiores aos que decorreriam das remunerações correspondentes aos cargos públicos e às actividades profissionais exercidas.

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

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

Petição nº 164/XI/2º - A proposta dos Peticionantes resulta da articulação entre o artigo 2º da Lei nº 4/83, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 38/83, de 25 de Outubro, nº 25/95, de

18 de Agosto, nº 19/2008, de 21 de Abril, nº 30/2008, de 10 de Julho, e nº 38/2010, de 2 de Setembro, cuja proposta de redacção é a seguinte:

“1 – Sempre que no decurso do exercício de funções, ou nos três anos subsequentes à sua cessação, se verifique um acréscimo patrimonial efectivo que altere o valor declarado relativamente a qualquer alínea do artigo anterior em montante superior a 50 salários mínimos mensais ao tempo do acréscimo, deve o titular ou equiparado actualizar a respectiva declaração.

2 – A actualização deverá ter lugar no prazo de 15 dias a contar do acréscimo, salvo se se tratar de rendimentos sujeitos a IRS, caso em que se conta a partir do termo do prazo para a declaração a que se refere o art. 57º do Código do IRS.

3 – Com a actualização, o titular ou equiparado deveria especificar, circunstanciadamente, qual o meio ou meios de aquisição dos bens que integram o acréscimo patrimonial.

4 – No prazo de 60 dias a contar da cessação do mandando ou da recondução ou reeleição do titular do cargo político ou equiparado, deve este apresentar uma declaração que reflecta a evolução patrimonial durante o mandato a que respeita.

5 – No termo dos três anos subsequentes à cessação, recondução ou reeleição do titular do cargo político ou equiparado deve apresentar uma declaração final que reflecta a evolução patrimonial durante este período.

6 – Em caso de substituição de Deputados, tanto o que substitui como o substituído só devem apresentar a declaração referida nos precedentes números 4 e 5, no fim da legislatura e no termo dos três anos subsequentes, respectivamente, a menos que tenham renunciado ao mandato”.

Com a proposta da redacção para o artigo 27º-A da Lei 34/87, de 16 de Julho, na redacção das Leis 27/96, de 1 de Agosto, nº 108/2001, de 28 de Novembro, nº 30/2008 de 10 de Julho, nº 41/2010, de 03 de Setembro, e 4/2010, de 16 de Fevereiro, nos seguintes termos:

“Enriquecimento injustificado”

“1 – O titular de cargo político ou equiparado, nos termos da Lei nº 4/83, de 2 de Abril, na redacção da presente lei, que, durante o período de exercício das suas funções ou nos três anos seguintes à respectiva cessação, adquirir, por si ou por interposta pessoa, quaisquer bens cujo valor esteja em manifesta desproporção, atento o disposto no art.º 2º, nº1, da referida lei, com o seu rendimento declarado para efeitos de liquidação do imposto sobre o rendimento de

peçoas singulares e com os bens e seu rendimento constantes da declaração, actualizações e renovações, apresentadas nos termos e prazos dos art.ºs 1º e 2º da referida Lei nº 4/83, na redacção da presente lei, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 – O infractor será isento de pena se for feita prova da proveniência lícita do meio de aquisição dos bens e de que a omissão do dever estabelecido no art.º 2º da lei nº 4/83, de 2 de Abril, na redacção da presente lei, se deveu a negligência.”

Foi verificado uma grande preocupação por parte dos partidos políticos a criminalização do enriquecimento ilícito, tendo este tema sido debatido no âmbito da Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e para a Análise Integrada de Soluções com vista ao seu Combate.