



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

Enriquecimento Ilícito

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito
na variante de Ciências Jurídico-Criminais.

Autor: Rodrigo Malato Moura Guedes Machado

Orientador: Prof. Doutor Mário Ferreira Monte

Janeiro, 2014

Lisboa

Ao meu querido avô materno José Pires Moura
Ao meu grande e eterno amigo Dunga

Agradecimentos

Para a elaboração desta dissertação foram determinantes o apoio, o incentivo e a compreensão por parte de algumas pessoas que não posso deixar de mencionar.

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais e irmãos por tudo aquilo que têm sido ao longo da minha vida.

Logo depois, agradeço aos meus avós que sempre me acompanharam.

De seguida, como não podia deixar de ser, devo agradecer ao meu orientador, o Professor Mário Ferreira Monte, pelo empenho e dedicação.

Deixo também uma palavra de agradecimento para o meu amigo Luís Gaspar Gonçalves, pelos conselhos e pelo material que me disponibilizou.

E, finalmente, por toda a motivação, compreensão e carinho, quero agradecer, de forma especial, à minha namorada, Cristina.

Resumo

O enriquecimento ilícito trata-se de um fenómeno que preocupa qualquer sociedade nos dias modernos. Na procura de soluções para fazer face a este problema existem princípios jurídicos que não podem ser rejeitados no momento da formulação de tipos incriminadores. Assim, o objectivo principal deste trabalho consiste em demonstrar que a incriminação do enriquecimento ilícito, apesar de não ser ilegítima do ponto de vista teórico, não será viável em Portugal, uma vez que viola a Constituição da República, a Lei Fundamental. Dada a impossibilidade de se criar um tipo de crime de enriquecimento ilícito, será necessária a busca de alternativas para minimizar os efeitos negativos que este provoca, sendo indispensável aperfeiçoar os mecanismos já existentes no sistema jurídico português.

Abstract

The illicit enrichment is a phenomenon that concerns any society in modern days. In quest of solutions to face up this problem there are juridical principles that cannot be rejected in the formulation of incriminator types instant. So, this work's main objective consists to demonstrate that illicit enrichment incrimination, in spite of not be illegitimate from the theoretical viewpoint, will not be practicable in Portugal, once violates the Republic Constitution, the Fundamental Law. Assuming that is impossible to create an illicit enrichment type of crime, it will be necessary to search alternative ways to minimize the negative effects this one provokes, being indispensable to perfect mechanisms already existents in portuguese juridical system.

Índice

Introdução - 7

I – Sobre o Enriquecimento ilícito - 9

II - Breves notas sobre a Corrupção - 12

A. O Princípio da Transparência - 17

B. Dificuldades de Punição da Corrupção - 20

C. Reforma Legislativa em matéria de Corrupção – apreciação crítica - 25

III - Orientação Internacional - 31

IV - Direito Comparado - 34

A. Caso da Região Administrativa Especial de Macau - 37

V - O crime não deve compensar - 43

VI - Medidas de Combate ao Lucro ilícito - 45

A. Criminalização Directa do Enriquecimento ilícito - 46

B. Criminalização Indirecta do Enriquecimento ilícito - 47

C. Aplicação de uma pena de multa - 49

D. Confisco dos lucros provenientes da actividade criminosa - 50

O confisco na Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro - 51

VII - Enriquecimento ilícito – problemática da criminalização - 59

A. Dever de declaração - 63

B. Impossibilidade da criminalização centrada no dever de declaração - 68

VIII - Impossibilidade da criminalização autónoma do enriquecimento ilícito

Posição de Augusto Silva Dias - 70

Posição de Germano Marques da Silva - 71

Posição de Pedro Caeiro - 72

Posição de José de Faria Costa - 73

IX - Da Presunção de Inocência - 76

A. Relação com o Princípio *in dubio pro reo* - 79

X - Portugal – Propostas de incriminação do enriquecimento ilícito - 85

XI - Análise do Acórdão nº 179/2012 do Tribunal Constitucional - 95

XII - Iniciativas de combate ao lucro ilícito ao nível do Direito Fiscal em Portugal - 105

A. Criminalidade Tributária – A fraude fiscal - 108

XIII - Alternativas à Criminalização do Enriquecimento ilícito - 111

XIV – Conclusões - 113

XV – Bibliografia - 117

Introdução

O tema desta dissertação, denominado enriquecimento ilícito, trata-se de uma realidade bastante debatida na actualidade.

Assim, o objectivo principal do presente trabalho consiste na tentativa de demonstrar que a incriminação do enriquecimento ilícito, na medida em que colide necessariamente com a Lei Fundamental, não é viável no nosso país.

De facto, na procura de soluções para fazer face a este problema, iremos verificar que a impossibilidade de criar um tipo incriminador directo e autónomo do enriquecimento ilícito resulta evidente, uma vez que existem na ordem jurídica portuguesa vários princípios que não podem ser desprezados no momento da formulação de tipos incriminadores.

Nas páginas que se seguem procuraremos abordar as questões mais importantes referentes a este assunto.

Faremos, primeiramente, referência aos efeitos negativos que o enriquecimento ilícito acarreta e à consequente necessidade de os combater tendo em conta a crescente relevância do problema, reconhecida quer ao nível nacional, quer ao nível internacional.

Sendo que o combate ao enriquecimento ilícito apresenta como pano de fundo o combate à Corrupção, iremos abordar também este fenómeno referindo as principais limitações que a legislação anticorrupção continua a manifestar, mesmo após diversas alterações legislativas.

Depois, no panorama internacional, identificaremos instrumentos que têm vindo a recomendar a criminalização do enriquecimento ilícito e daremos, de forma sumária, uma breve amostra da forma como vários países, espalhados pelo mundo, se posicionam face a incriminação do enriquecimento ilícito.

Neste âmbito merecerá especial atenção o caso de Macau, porque possui o crime de riqueza injustificada e detém laços de proximidade com Portugal.

Na medida em que o crime não deve compensar, enunciaremos as medidas que têm merecido destaque ao nível do combate ao lucro obtido de forma ilícita.

Iremos, a este propósito, verificar que a criminalização autónoma do enriquecimento ilícito apresenta várias limitações, sendo prova disso mesmo o facto de terem surgido ao longo dos últimos anos variadas propostas de incriminação, das quais, até hoje, nenhuma conseguiu superar essas dificuldades.

A mais recente destas propostas será merecedora de particular interesse pela sua actualidade e pelos motivos alegados no Acórdão do Tribunal Constitucional que a declarou inconstitucional.

Depois, atendendo ao facto de a criminalização do enriquecimento ilícito de forma autónoma ter resultado sempre frustrada, enunciaremos as posições de vários autores no que toca à impossibilidade de criar um novo tipo incriminador.

Assim, iremos comprovar que a incriminação do enriquecimento ilícito, apesar de não ser ilegítima do ponto de vista teórico, não será viável em Portugal, porque torna-se incontornável a vigência de determinados princípios constitucionais de enorme importância.

Deste modo, tal incriminação exigiria muita arte na formulação do tipo e com muita probabilidade resultaria ineficaz.

Finalmente, faremos referência a algumas iniciativas fiscais de combate ao lucro ilícito levadas a cabo no nosso país.

E procuraremos, ainda, demonstrar que o problema do enriquecimento ilícito deve ser abordado no plano fiscal, nomeadamente através de uma reformulação do crime de fraude fiscal e da sua aproximação ao instituto da perda alargada.

Como veremos, a perda de bens a favor do Estado configura-se como uma medida potencialmente eficaz para desincentivar aqueles que enriquecem de forma ilícita. Por um lado, porque determinados bens ou lucros confiscados ficarão indisponíveis para os criminosos. Por outro lado, porque grande parte do produto confiscado seria, posteriormente, utilizada para financiar a prática de novos crimes. E, por outro ainda, porque esta medida escapa às críticas que são apontadas à incriminação do enriquecimento ilícito.

Posto isto, procuraremos avançar alternativas a esta incriminação e apresentaremos as restantes conclusões.

I - Sobre o Enriquecimento Ilícito

Sem embargo das diferenças, a criminalidade organizada encontra na actividade económica o seu campo principal de realização, e partilha com a criminalidade económica a relevância do lucro como finalidade objectiva e motivação do agir¹.

Não admira, pois, que o combate ao lucro ilícito desempenhe um importantíssimo papel político-criminal, na luta contra ambas as formas de criminalidade.

Tal ideia é reconhecida ao nível internacional e comunitário, como documenta a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro, onde se refere que “a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro”.

Por conseguinte, para ser eficaz qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade “deverá centrar-se na detecção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime”.

A criminalidade económico-financeira, na sua essência, representa uma ameaça grave para a democracia, para a sociedade e para a economia.

Ao contrário de crimes como, a título de exemplo, o homicídio e o roubo, que atentam directamente contra a vida e o património, bens individuais imediatamente identificáveis, e com um alto grau de protecção pela lei, a criminalidade económico-financeira ataca aquilo que alguma jurisprudência classifica como bens macro-sociais: a legalidade, a igualdade, a concorrência leal, a justa repartição de rendimentos e riqueza.

Trata-se de uma forma de criminalidade que à primeira vista não afecta o cidadão (individual e directamente), já que os seus autores são criminosos sem rosto, aparentemente sem acto, e que não provocam danos visíveis, apesar de, na realidade, estes últimos serem graves e profundos².

¹ Neste sentido, Alberto Alessandri, *Criminalità económica e confisca dell profitto*, in Dolcini/Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, ed. Giufrè, 2006 p. 2114 - 2128, Apud Augusto Silva Dias - *Criminalidade Organizada e Combate ao Lucro Ilícito* - In 2º CONGRESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL, Almedina, p. 30.

² Nas palavras de Maria José Morgado e José Vegar - *O inimigo sem rosto: Fraude e Corrupção em Portugal*, Participar nº 30, 3ª Ed, 2003, p. 28.

Os efeitos em cadeia são imediatos e prolongados, sendo um dos mais graves, porventura, a redução de receitas para o Estado que, por via disso, investirá muito menos em sectores fundamentais para todos, seja a saúde, a educação ou a assistência social (v. prestações sociais).

Por outro lado, verifica-se a desregulação e perturbação do mercado, devido à criação de uma economia paralela, através do branqueamento de lucros obtidos ilicitamente.

O impulso para a criação de um tipo incriminador autónomo de enriquecimento ilícito, ou não justificado, passa inevitavelmente pelo combate à corrupção. Esse impulso haveria de partir da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, sendo, geralmente, a razão invocada pelas legislações que consagram o referido tipo incriminador.

O enriquecimento ilícito encontra-se definido no artigo 20º da Convenção como “o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo”³.

É importante ter em conta que, muitas vezes, a corrupção não se traduz num enriquecimento directo e imediato dos beneficiários, mas sim em vantagens posteriores que só indirectamente geram acréscimos patrimoniais.

Por outro lado, não pode esquecer-se que o enriquecimento injustificado também diz respeito aos particulares, podendo ser resultado não somente de actividades económicas “informais”, à margem do sistema fiscal, mas também de ilícitos mais ou menos graves (furto, tráfico de droga, contrabando).

Nos últimos anos em Portugal tem vindo a ser travado o debate acerca da criminalização do enriquecimento ilícito.

O instrumento legal em análise consiste na criação de uma incriminação que vem punir o agente quando se verifica uma grande disparidade entre os seus rendimentos e o seu património ou modo de vida, existindo o perigo de o enriquecimento do agente ter provindo de fontes ilícitas.

³ Texto da Convenção disponível em www.unodc.org (United Nations Office on Drugs and Crime); consultado em 14/2/2013.

A criação de um crime de enriquecimento injustificado foi avançada, entre nós, pelo chamado Projecto João Cravinho de combate à corrupção, sem, no entanto, ter reunido consenso⁴.

Desde então, foram elaboradas, pelos vários partidos políticos, diversas propostas de criação daquele tipo incriminador, das quais, todavia, nenhuma chegou a vingar.

Recentemente, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais várias normas do Decreto nº 37/XII, resultante do Projecto de Lei nº 72/XII aprovado na Assembleia da República, que visava a criação de um novo tipo legal de crime denominado “enriquecimento ilícito”⁵. Ou seja, no entender do Tribunal, esta tentativa de criação de um tipo incriminador do enriquecimento ilícito, violava a Constituição da República Portuguesa⁶.

Esta decisão do Tribunal Constitucional afasta, por enquanto, Portugal do elenco de países que criminalizaram o enriquecimento ilícito e coloca-nos no leque da esmagadora maioria dos Estados que se recusaram a criar esse novo tipo de crime.

A maioria dos Estados não admite a criminalização do enriquecimento injustificado, justamente porque tem dificuldades em sustentar essa criminalização, quer face ao princípio da presunção de inocência da inocência, quer porque considera que tal incriminação não é necessária já que existem outros instrumentos mais eficazes de combater a criminalidade económica que pode originar esse enriquecimento⁷.

Em Portugal, uma vez que ainda não existe um tipo de crime de enriquecimento injustificado, torna-se necessária uma procura de alternativas para fazer face ao problema, de modo a minimizar os efeitos nefastos que implica para a economia e para a sociedade.

⁴ O artigo 2º do Projecto de Lei nº 374/X previa uma nova redacção para o artigo 386º do Código Penal passando a conter um crime de enriquecimento injustificado cometido por funcionário. No entanto, o crime proposto não se inscrevia no círculo mais vasto das medidas de combate à criminalidade organizada, pois o Projecto circunscrevia-o apenas ao âmbito específico do combate à corrupção. Assim, Augusto Silva Dias, em *Criminalidade Organizada e combate ao Lucro ilícito*, p. 32.

⁵ Através do Acórdão nº 179/2012, o Tribunal Constitucional decidiu pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 1º nºs 1 e 2, e do artigo 2º do Decreto nº 37/XII da Assembleia da República, por violação dos artigos 18º nº 2, 29º nº 1 e 32º nº 2 da CRP.

⁶ Constituição da República Portuguesa - doravante designada abreviadamente pelas iniciais CRP.

⁷ Marinho e Pinto, texto sobre o Enriquecimento Ilícito publicado no Jornal de Notícias a 09/04/2012.

II - Breves notas sobre a Corrupção

A Corrupção é um fenómeno antigo em todas as sociedades, quase conatural à ideia de Estado e ao funcionamento dos seus órgãos⁸.

Em Portugal, está por fazer-se não só o estudo sobre as relações entre a corrupção que foi alastrando progressivamente ao longo dos trinta anos de regime democrático e a actual situação de crise financeira ou de recessão, mas também a análise da influência que tiveram, para a situação de crise em que actualmente nos encontramos atolados, a falta de controlo sobre as gritantes e frequentes derrapagens dos custos de obras públicas (que vem sendo documentada em vários relatórios do Tribunal de Contas), a falta de controlo sobre o desperdício e mau emprego de subsídios e financiamentos comunitários e nacionais, a incompreensível e arrastada incapacidade de obstar aos mais escandalosos casos de evasão fiscal, a persistente sangria das empresas públicas através de toda a sorte de actos de nepotismo e compadrio⁹.

O acto de corrupção é tornado possível, pela manipulação da Lei e das regras, de forma invisível ou informal, graças aos pactos de silêncio que proliferam e à opacidade entre corruptor e corrompido, que geralmente não é detectável devido à burocracia rígida dos serviços.

Os tipos incriminadores relevantes nesta matéria, alguns dos quais adiante referidos, encontram-se previstos nos artigos 335º, 341º e 371º a 374º do Código Penal¹⁰, vide Decreto-Lei nº 400/84 de 23/09, na redacção dada pela Lei nº 32/2010, de 02/09.

O acto corrupto gera efeitos profundamente complexos, originando, quando não detectados em tempo, graves problemas para o Estado.

A disseminação de tais efeitos conduz à desregulação dos sistemas político, social e económico, e à degradação incontrolável dos serviços do Estado, uma vez que são ignorados princípios estruturantes do Estado de Direito que devem nortear a Administração Pública, as Polícias e os Tribunais.

⁸ Euclides Dâmaso Simões – Combate à Corrupção: A decisiva importância da prevenção e da especialização. O sistema português face à Convenção de Mérida, p.23.

⁹ Idem, ibidem, p. 24.

¹⁰ Código Penal - referido ao longo do texto simplesmente pelas iniciais C.P.

Hoje em dia, a possibilidade de manifestações de corrupção tem de ser admitida em tudo o que se relacione com a vida política e económica do nosso País, a requerer particular atenção áreas como a laboral (pública e privada) e a da influência das autarquias e da Administração Pública, como única atitude correcta para prevenir, detectar e combater o fenómeno.

As autarquias locais são formas descentralizadoras de organização democrática do Estado que visam a prossecução dos interesses próprios das populações, aplicando, para tal, as receitas provenientes dos impostos.

A instalação de fenómenos crónicos de evasão fiscal, por parte de particulares, empresas e entidades bancárias (v. práticas de cartel) é outra grande fonte de corrupção em Portugal. Tal situação é uma consequência da falta de controlo por parte da Autoridade da Concorrência e da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários.

A tentação de não pagar impostos de forma sistemática faz com que a tentativa de aliciamento dos funcionários fiscais seja permanente e ousada, criando uma máquina fiscal que vive de comportamentos desviantes¹¹.

Quando a evasão fiscal se torna uma possibilidade de fácil concretização, apenas dependente do fiscal ou do funcionário competente, gera-se uma impunidade geral, que anula completamente vários princípios, entre os quais, o da equidade da Administração Fiscal. O não funcionamento das instâncias de controlo e fiscalização efectivos, ao nível dos vários serviços, gera um clima de impunidade extremamente aliciante para os corruptos, porque permite que os fenómenos de corrupção adquiram uma tal exuberância e solidez de cumplicidades, que torna praticamente impossível combatê-los pela via criminal.

A Administração Fiscal é, deste modo, outro dos sectores estatais que por várias razões se tem revelado anormalmente vulnerável a práticas menos claras.

O sistema financeiro e fiscal do Estado está estruturado de modo a garantir os meios necessários ao desenvolvimento financeiro e social do País.

Este sistema visa assegurar as necessidades financeiras do Estado e velar pela repartição justa de rendimentos e da riqueza.

¹¹ Maria José Morgado e José Vegar, ob. cit. p. 69.

Tais objectivos são realizados através da cobrança de impostos sobre o rendimento real dos cidadãos e das empresas, contribuintes singulares e colectivos.

As consequências de um mau funcionamento do sistema financeiro e fiscal do Estado afectam todos os contribuintes, a nível directo, através da quebra da receita fiscal reduzindo o seu investimento, a nível indirecto, acentuando a pobreza e o atraso económico, já que o crescimento económico sofre profundas formas de desregulação, as desigualdades sociais e económicas são acentuadas, e as empresas que cumprem as suas obrigações fiscais são prejudicadas face à concorrência.

No caso da máquina fiscal portuguesa, os últimos anos demonstram que a existência de actos de corrupção, activa ou passiva, para acto lícito ou ilícito, por parte de funcionários, isolados ou organizados, é fruto de um processo gradual gerado pela própria administração, que, por paralisia interna, tem sido incapaz de combater estas disfunções e de colaborar com a Justiça na investigação e punição.

Numa lógica de corrupção, o poder político ou administrativo dos titulares de cargos públicos transforma-se numa mercadoria, num objecto de negócio, orientado quase exclusivamente para objectivos criminosos de enriquecimento ou de poder, individual ou de um grupo. Ao transacionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os seus poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, ou seja, abusa da posição que ocupa, acabando por se sub-rogar ou substituir ao Estado, invadindo a respectiva esfera de actividade¹².

A corrupção traduz-se, por isso, sempre numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário (v.g. sentido amplo) que, assim, viola a autonomia funcional da Administração, ou seja, em sentido material, infringe a legalidade administrativa e os princípios da igualdade e da imparcialidade, e igualmente, os princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade, justiça e boa-fé, previstos nos artigos 3º a 6º do Código de Procedimento Administrativo, Decreto-Lei nº 6/96 de 31 de Janeiro.

¹² Almeida Costa – «Sobre o Crime de Corrupção». Coimbra Editora, 1987. Apud Maria José Morgado e José Vegar – O inimigo sem rosto: Fraude e Corrupção em Portugal, p. 58.

A violação dos deveres do cargo por político, autarca ou funcionário que deviam garantir a igualdade de tratamento dos cidadãos, a proporcionalidade, a justiça, a imparcialidade e a boa-fé, consagrados na Constituição, tem um efeito de diapasão, com implicações políticas e socioeconómicas corrosivas para todo o aparelho estatal e para toda a sociedade.

Quando a corrupção toma conta dos serviços, esfuma-se o interesse público e particular, passando todos os actos a ser dominados pela lógica do lucro fácil, do poder arbitrário, do abuso de poder e do clientelismo.

As áreas críticas do fenómeno corruptivo em Portugal são, entre outras as seguintes: área de adjudicação de obras públicas e da aquisição de bens e serviços pela administração central e autárquica; fiscalização de obras públicas; licenciamento de obras particulares por parte de órgãos da administração central e autárquica; fiscalização tributária; actuação fiscalizadora dos órgãos de inspecção e de polícia; dos exames para a obtenção de título de condução automóvel e a área relativa a um vasto e complexo sistema ordenador de actos respeitantes ao exercício da medicina, a começar no desperdício gerado pela igualmente complexa e gigantesca rede hospitalar (cuja gestão empresarial reclama um controlo, cada vez mais, apertado da despesa pelas instâncias competentes – Inspecção Geral das Actividades em Saúde e Entidade Reguladora da Saúde) e a acabar no próprio acto médico (v.g. prescrição de medicamentos, listas de espera para cirurgia, acesso ao sistema contornado pelo tráfico de influência).

Ao reproduzir-se impunemente, a corrupção vai contaminando toda a estrutura pública, criando uma subversão desreguladora, uma vez que a complexa teia de interesses e cumplicidades criada vicia o mercado, dando lugar a uma economia e uma vida social baseada no caciquismo e no compadrio que trava o desenvolvimento do país.

O cenário traçado não é mais do que a pormenorização das teias da economia paralela, através das quais o decisor público apadrinha um desenvolvimento económico viciado, promovendo uma miragem de democracia que na realidade apenas favorece os grupos que aceitam o pacto negro, onde a livre concorrência dá lugar ao suborno, e a competência ao favorecimento¹³.

¹³ Maria José Morgado e José Vegar – ob. cit. p. 70.

Estamos perante a síndrome de uma corrupção endémica que é produto da pobreza e gera ainda mais pobreza¹⁴.

Esta síndrome origina custos adicionais para os consumidores e para as empresas, em tudo o que consomem ou produzem, que trava o desenvolvimento da sociedade e da economia, e interfere nos mais altos mecanismos de representatividade dos cidadãos, quando os interesses privados se sobrepõem ao interesse público.

Em suma, é consensualmente aceite a ideia de que a corrupção afecta o desenvolvimento social, económico e político e de que mina os alicerces da iniciativa privada e obstaculiza o investimento.

A fuga ao fisco, a burocracia, o deficiente funcionamento dos serviços e a tentação do enriquecimento indevido, alimentam e camuflam a grande corrupção e o crime organizado, criando um cenário responsável pela fraca competitividade das empresas portuguesas e por uma baixa criação de riqueza.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 70.

II A - O princípio da transparência

O marco da inversão do Estado burocrático para o Estado transparente ocorreu em 1966, nos Estados Unidos da América, com a aprovação da Freedom of Information Act (FOIA).

A atribuição a qualquer pessoa, sem necessidade de justificação, de um direito de acesso aos arquivos detidos por entidades públicas, veio contribuir decisivamente para prevenir todo o género de abusos e de más práticas de gestão e da prestação de serviços públicos, incluindo actos de corrupção e abuso de poder (v.g. artigo 382º do C.P.).

Deste modo, o direito de acesso à informação existente nos serviços do Estado ou de outras entidades públicas, tem sido considerado como um requisito essencial das sociedades modernas e democráticas, uma vez que só o conhecimento da informação correcta sobre os actos das entidades públicas permite a sua apreciação objectiva e racional.

Com a prevalência da ideia de que a cultura do segredo não é compatível com um governo moderno, numa sociedade de informação caracterizada pela globalização, ocorreu a disseminação gradual do direito à informação pelos países democráticos.

Assim, o princípio da transparência das entidades públicas tem vindo a ser acolhido em vários países, sobretudo na última década, com o objectivo de remover uma cultura permissiva perante a corrupção.

A aceitação do princípio da transparência não pode ser dissociada da crescente utilização de novas tecnologias de informação, incluindo a Internet, e do objectivo político da modernização dos serviços públicos.

Também no interior dos órgãos de decisão do Estado sentiu-se necessidade de desenvolver e actualizar os sistemas de armazenagem de informação e os processos de relacionamento com os cidadãos¹⁵.

¹⁵ Passou a falar-se em e-government e pretendeu-se difundir o mais possível a informação na posse de entidades públicas, aproximando eleitos e eleitores, cidadãos e funcionários ou titulares de órgãos do Estado.

Estas exigências têm sido reforçadas pela descoberta de situações de corrupção, de ineficiência e de ineficácia nos serviços públicos, com a generalização da convicção de que a consagração do princípio da abertura poderia ajudar a prevenir a ocorrência de escândalos idênticos no futuro.

A consagração constitucional do direito à informação detida por entidades públicas está, deste modo, ligada ao reconhecimento e à protecção dos direitos fundamentais da pessoa humana, imprescindíveis numa sociedade democrática.

Apesar das semelhanças entre os numerosos regimes instituídos de acesso à informação do Estado, não se pode concluir que a «batalha pela transparência» esteja ganha, ou que, as novas normas sejam adequadas a assegurar os objectivos propostos¹⁶.

As circunstâncias sócio-culturais, conjunturais e a inadequação de algumas soluções legislativas e da sua execução, traduzem-se, a nível geográfico, numa maior ou menor aceitação da transparência do Estado.

Também factores históricos e políticos contribuem, decisivamente, para um juízo mais aproximado sobre o grau de abertura ou de transparência das entidades públicas. Nos diversos ordenamentos jurídicos encontramos divergências assinaláveis respeitantes à extensão e ao conteúdo do direito de acesso¹⁷.

O modelo institucional de tutela do princípio da transparência adoptado em Portugal, inspirado no modelo francês, é centrado numa Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos com competência para emitir pareceres sobre o regime de acesso à informação administrativa e consagra um direito à informação a todos os cidadãos¹⁸.

¹⁶ Assim, José Renato Gonçalves – O Estado burocrático e o Estado transparente: Modelos de tutela do Princípio da transparência. In *Ars Iudicandi*, p. 259.

¹⁷ Por exemplo, na Dinamarca estão excluídos do acesso os documentos «internos» dos serviços públicos, em Portugal não estão abrangidos os documentos «parlamentares» e na África do Sul até se incluem no âmbito do acesso os documentos detidos por entidades privadas.

¹⁸ O exercício do direito de acesso à informação não depende da motivação: qualquer pessoa não tem de justificar porque pretende consultar um determinado arquivo existente nas instalações de uma entidade pública ou obter uma cópia de um projecto de arruamento aprovado para uma zona de uma cidade ou vila. José Renato Gonçalves in *Acesso à informação das entidades públicas*, 2002, p. 163 e ss.

A lei prevê expressamente a possibilidade de impugnação jurisdicional da decisão, ou da falta de decisão, sobre acesso à informação detida por entidades públicas¹⁹.

No entanto, o princípio da transparência é limitado pelas exceções que se encontram previstas no artigo 268º nº 2 da CRP, onde são referidas a investigação criminal, a segurança interna e a intimidade das pessoas.

A actual «sociedade de informação» não dispensa o Estado e as outras entidades públicas de uma justificação permanente do seu papel.

Esta exigência de rigor e flexibilidade poderá vir a ser intensificada, porque os dispositivos tradicionais de prevenção das situações de má administração em geral, mesmo quando incluem sanções criminais, não se têm revelado suficientes para assegurar a transparência.

O direito de acesso aos documentos detidos por entidades públicas, ainda hoje, necessita de afinações, primeiro pelo desconhecimento da lei, e depois pelas resistências burocráticas à sua aplicação.

Apesar de tudo, uma vez consolidado o regime da transparência, o problema da modernização administrativa mantém-se, e consiste, fundamentalmente, na da reforma das estruturas das entidades públicas.

¹⁹ Segundo o artigo 24º da Lei de Acesso a Documentos Administrativos, Lei 46/2007, de 24 de Agosto.

II B - Dificuldades de punição da Corrupção

No respeitante à incriminação da corrupção, a principal preocupação prende-se com o modo como se têm estruturado os tipos penais relativos à corrupção, os elementos objectivos e subjectivos que os integram, a forma como eles se caracterizam e distinguem, como se articulam com as normas processuais penais características de um Estado de Direito Democrático, as dificuldades de prova que essa conformação gera e a ineficiência que provoca²⁰.

Jescheck, a propósito da construção da teoria da infracção, afirma que esta deve ser compatível com as condições do exercício da acção penal num procedimento formalizado. Deve ser clara e simples para que possa ser aplicada de modo igualitário e seguro na actuação quotidiana da polícia, do Ministério Público e dos tribunais, que actuam num período limitado de tempo e com escassez de pessoal. Os elementos do conceito de crime devem poder ser provados de forma credível no processo penal, através dos meios probatórios admissíveis. Por isso, os elementos subjectivos apenas devem ser previstos se se encontrarem de tal forma vinculados a factores objectivos que possam ser averiguados com facilidade²¹ e “possam ser determinados de uma forma segura”.

Preocupações como as que Jescheck exprime, quanto à construção da teoria da infracção, fazem surgir a questão de saber se os tipos incriminadores neste campo se encontram construídos de uma forma que permita enfrentar o fenómeno da corrupção como ele se apresenta hoje nas sociedades ocidentais.

Os tipos penais relativos à corrupção são excessivamente complexos, de prova demasiado difícil, contendo elementos subjectivos que, em muitos casos, a custo são determináveis com rigor, não obstante ser deles que depende a imposição de penas com uma duração muito diferente, com as consequências que daí resultam, nomeadamente, em sede de prazos de prescrição e dos instrumentos processuais que podem ser utilizados²².

²⁰ Assim, Carlos Rodrigues de Almeida – Criminalidade Organizada e Corrupção, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, 2010, p. 50.

²¹ Jescheck, no seu Tratado de Direito Penal, a propósito da construção da Teoria da Infracção, Apud Carlos Rodrigues de Almeida – ob. cit. p. 50.

²² Assim, Carlos Rodrigues de Almeida – ob. cit. p. 51.

Na corrupção, que não lesa directa e imediatamente nenhuma pessoa em particular e para a qual, muitas vezes, existe um acordo entre o corruptor e o corrupto, que os associa também no propósito de esconder a sua actividade delituosa, a prova será sempre difícil e as “cifras negras” elevadas.

Para além de complexos e de prova difícil, os tipos legais relativos à corrupção, tal como eles são tradicionalmente configurados entre nós, não incluem no seu âmbito comportamentos com elevada danosidade social e igualmente carentes de tutela penal.

Actualmente, a corrupção não é, nas sociedades ocidentais, um acto pontual praticado apenas no exercício de funções administrativas e judiciárias por agentes de baixo escalão hierárquico.

Para além dos problemas que se suscitam, mesmo no âmbito dessas funções, em especial quando reportadas ao exercício de poderes discricionários, e deixando de lado, para este efeito, a chamada corrupção no sector privado, não se pode ignorar que o comportamento corrupto também pode ter lugar no exercício de funções legislativas²³.

O artigo 372º do C.P., de epígrafe “recebimento indevido de vantagem”²⁴, exige que o funcionário, dolosamente e sem que lhe seja devida, solicite ou aceite vantagem, patrimonial ou não patrimonial, ou que o agente der a prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem no exercício das suas funções ou por causa delas.

O crime consuma-se com a mera solicitação ou aceitação, não exigindo o efectivo recebimento da vantagem, nem muito menos a prática do acto ilícito pelo funcionário. Por mais ténue que seja a conexão que se prevê existir entre a solicitação ou aceitação e o acto funcional, este tem de se encontrar minimamente determinado ou ser, pelo menos, determinável.

Ora, essa forma de configurar o tipo incriminador tem em mente uma corrupção pontual, ocasional, a pequena corrupção que, em geral e com mais facilidade, é apanhada nas malhas da justiça e é objecto de condenação.

²³ Até 2001 essas funções estiveram por completo excluídas do âmbito da tutela penal porquanto o legislador transpôs para a Lei nº 34/87, de 16 de Julho, sem alterações de maior, os tipos concebidos para a punição dos funcionários, o que exigia que sobre o acto prometido ou praticado pudesse ser formulado um juízo de licitude ou ilicitude, juízo esse que não se podia fazer quanto a actos legislativos, salvo eventualmente, se eles fossem inconstitucionais ou ilegais.

²⁴ A epígrafe do artigo 372º do Código Penal passou a ser “recebimento indevido de vantagem” com a redacção da Lei nº 32/2010, de 2 de Setembro (em vigor a partir de 1 de Março de 2011).

No entanto, não deve ser ela o objecto central de uma política criminal que pretenda, actualmente, responder de forma adequada a este fenómeno.

Com efeito, os comportamentos que prioritariamente importa sancionar são aqueles que se inserem na corrupção organizada e sistémica.

Este tipo de corrupção é fruto de relações prolongadas, está geralmente relacionada com a actividade empresarial e gera, ao longo do tempo, actos de mútuo benefício cujas conexões, muitas vezes, nem os próprios conseguem individualizar.

Assim, num sistema processual que para a condenação impõe que a infracção se prove sem qualquer dúvida razoável, e aplica o princípio *in dubio pro reo*, não podemos estranhar que muitos casos dificilmente possam ser objecto de prova segura e, conseqüentemente, de condenação em Portugal.

Se muitas vezes já se torna extremamente complexo provar a conexão entre o acto do corruptor e o do corrupto, não se torna menos complexo provar que a solicitação ou a aceitação estão relacionadas com a prática de um acto ilícito.

Muitos dos poderes conferidos aos funcionários, com a extensão que este conceito assume em direito penal, têm natureza discricionária, sendo o seu exercício dificilmente sindicável.

Não admira que, em muitas situações, se acabe também por considerar que o acto não era ilícito e que o agente, se vier a ser punido, o seja pelo crime base e não pelo crime qualificado.

O tribunal só deve condenar quando não tiver qualquer dúvida razoável de que o agente praticou determinado crime.

Mas não pode exigir prova directa de elementos do tipo incriminador que só indirectamente são passíveis de prova.

As «máximas de experiência», que incluem conhecimentos técnicos, leis científicas (v. “*lex artis*”) e simples generalizações de senso comum, permitem e impõem, quer pelo seu peso individual, quer pela força que lhes advém da valoração conjunta, que o tribunal alcance, de forma suficientemente segura, conclusões sobre factos que não foram, e dificilmente poderiam ser, objecto de prova directa²⁵.

²⁵ Carlos Rodrigues de Almeida, em *Criminalidade Organizada e Corrupção*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, 2010, p. 54.

Portanto, sem abdicar de qualquer garantia em relação à prova, o magistrado deve ser capaz de extrair de determinados factos as conclusões que, com alto grau de probabilidade, eles propiciam, assumindo a responsabilidade pelas inferências realizadas e procurando demonstrar através da motivação da decisão, em termos que sejam endo e extraprocessualmente controláveis, o que o levou a decidir da forma como o fez²⁶.

No entanto, uma característica dos crimes de corrupção é o facto de a notícia do crime ser adquirida decorrido um longo período temporal desde a data em que o ilícito foi cometido, tanto que o legislador decidiu inclusive alargar o prazo de prescrição aplicável a tal criminalidade.

Assim, é bem provável que o crime de recebimento indevido de vantagem tarde a chegar aos tribunais. Por outro lado, a raridade de casos denunciados e investigados importa que poucas situações cheguem, tão cedo, ao conhecimento das instâncias superiores.

Como é sabido, os casos mais comuns de corrupção reportam-se à oferta de vantagem por parte de um condutor a um agente de autoridade, na tentativa de se eximir ao pagamento de uma coima por contra-ordenação estradal, casos esses que, manifestamente, não são os que mais preocupam a comunidade e o legislador. Com efeito, prevê-se que o crime de recebimento indevido de vantagem será inicialmente aplicado como punição alternativa, mediante a figura da alteração da qualificação jurídica dos factos, visando punir situações que, de acordo com a prática judiciária, acabavam por escapar à tipicidade da corrupção *stricto sensu*.

Num país onde se legisla abundantemente, é necessário retomar uma tradição de certa estabilidade normativa, de molde a consolidar conceitos e práticas, só assim dotando as normas penais da eficácia que lhes é desejada. Aliás, em matéria penal, a sucessiva alteração legislativa traduz-se em efeitos processuais nocivos, consubstanciados em espaços temporais de impunidade ou de descriminalização após a prática dos factos²⁷.

²⁶ Idem, ibidem, p. 54.

²⁷ Ricardo Lamas – O Recebimento indevido de vantagem: Análise substantiva e perspectiva processual, in Revista do Ministério Público I26, Abril-Junho 2011, p. 151.

“A lei vigente, com todas as suas imperfeições, permite ainda uma ampla margem de manobra no combate à corrupção, deixando porém aos agentes judiciais portugueses a responsabilidade de, recorrendo à racionalidade, criatividade e engenho que os caracteriza, aproveitar ao máximo os mecanismos ao seu dispor, com vista a levar a bom porto os anseios de uma comunidade cada vez menos crente na eficácia do Estado, sem olvidar que também cabe a esta última denunciar, comunicar, reportar, para que o sistema possa actuar no pleno das suas capacidades. A realização do direito não passa pela mera aplicação de normas, mas convoca uma verdadeira «criação» do direito traduzida na construção de uma solução justa para cada caso concreto. A transformação da juridicidade em direito, ou seja, a manifestação da sua existência, não apenas da sua essência normativa, dá-se na prática e como uma prática. Assim, o direito só existe, só se realiza na resolução de casos jurídicos. A transposição desta premissa para o direito penal implica que a realização deste deve ser integral, implicando que se dê nas vertentes substantiva e processual. Parte-se, pois, do princípio de que direito penal substantivo e direito processual penal constituem uma unidade, em ordem a uma mesma realização. No entanto, o direito processual penal não pode continuar a ser visto como meramente instrumental do direito penal substantivo, uma vez que tem autonomia teleológica e que é no uso dessa autonomia que está legitimado para apontar soluções que concretizam normativamente as prescrições do direito substantivo, ao ponto de interferir nas soluções do direito penal material. Por isso se complementam e fazem parte, ambos, da ciência conjunta do direito penal, tendo as restantes ciências (criminologia, vitimologia, política criminal) como fundamento para impedir que as soluções sejam injustas ou sistematicamente inadequadas. Ou seja, falar da realização integral do direito penal tem, por um lado, em vista a realização nas vertentes substantiva e processual e, por outro lado, apela ao contributo das ciências que compõem a ciência conjunta do direito penal, viabilizando assim a construção de soluções justas para os casos concretos, dentro de um sistema racional e teleologicamente fundamentado e orientado para a protecção subsidiária de bens jurídicos”²⁸.

²⁸ Assim, Mário Ferreira Monte, prestando homenagem a Castanheira Neves – Da realização integral do Direito Penal, in: *Ars Iudicandi*, p. 770-771.

II C - Reforma legislativa em matéria de corrupção – apreciação crítica

Recentemente, em Portugal, devido à aprovação da designada legislação anticorrupção, foram promulgados e publicados vários diplomas legislativos, os mais importantes dos quais envolvem a modificação de legislação penal.

No conjunto de alterações legislativas publicadas em 2010, dois diplomas se afirmam, expressamente, como de alterações ao Código Penal²⁹.

No entanto, estes diplomas, referentes à corrupção e crimes conexos, consagram soluções que se configuram negativamente surpreendentes.

Se a criação do crime urbanístico e a criação do crime de recebimento indevido de vantagens não surpreenderam, algumas outras significativas alterações constituem, de facto, uma surpresa a valorar pela negativa.

Com efeito, além de se terem criado agravações pelo valor para o crime de corrupção, introduziram-se modificações no conceito de funcionário, para efeito da lei penal, e no de titular de cargo público ou equiparado. De facto, estamos perante modificações susceptíveis de crítica, sobretudo, porque são opções incorrectas. E além destas modificações, há ainda alterações, ao nível da moldura legal dos crimes de corrupção, pouco compreensíveis ou mesmo incoerentes³⁰.

Quanto às alterações referentes à parte geral do C.P., uma primeira alteração refere-se à norma sobre perda de vantagens do crime, consagrada no artigo 111º. A alteração consiste na eliminação do nº 2 deste artigo da expressão “directamente” quanto à aquisição das vantagens do crime.

Esta alteração torna-se objecto de crítica na medida em que a mesma pouco servirá do ponto de vista do pragmatismo ou da eficácia no combate aos lucros do crime³¹.

²⁹ Os diplomas em questão são a Lei nº 32/2010 de 2/09 e a Lei nº 40/2010 de 3/09. A Lei nº 41/2010, igualmente de 3/09, veio também, de forma implícita, alterar o C.P.

³⁰ Na opinião de José Damião da Cunha – Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção: Uma análise crítica das Leis 32/2010 de 2/09 e 41/2010 de 3/09. Coimbra Editora, p. 10.

³¹ Por um lado, porque, para a sua aplicação, continua a ser necessário que a fonte primeira da vantagem seja, comprovadamente, o facto ilícito-típico praticado. Por outro lado, porque limitando-se no mesmo artigo a declaração de perda de vantagens apenas à primeira transacção, fica, em qualquer caso, limitada a operatividade prática desta providência. Damião da Cunha – ob. cit. p. 11.

De facto, a altíssima lucratividade económica da criminalidade económico-financeira deriva da sua clandestinidade e dificuldade de detecção, pelo que, se torna particularmente difícil, ou mesmo impossível, a execução dos mecanismos tradicionais ou clássicos de combate aos lucros ilícitos³².

Uma segunda alteração, à parte geral do C.P., consiste no alargamento dos prazos de prescrição para um conjunto de crimes que tem como pano de fundo a criminalidade associada à corrupção.

O alargamento de prazos, introduzido pela nova redacção do artigo 118º, deve ser entendido como uma derrogação da regra geral de escalões de limite máximo da pena aplicável como critério de determinação do prazo de prescrição³³.

No entanto, embora seja válida a constatação de que, para determinados crimes, os prazos anteriormente vigentes seriam reduzidos, tal situação não serve de justificação para uma reforma legislativa caracterizada por um excessivo ou radical alargamento desses mesmos prazos.

A maior crítica, porém, deve ter por alvo a pouca coerência, na previsão legal e na completude do elenco de crimes que, agora, passam a ter os seus prazos de prescrição alargados³⁴.

Uma outra alteração respeita à modificação da norma sobre conceito de funcionário. A redacção do artigo 386º do C.P., enquanto norma definitiva do conceito de funcionário, para efeito da lei penal, foi agora alterada para incluir os jurados, árbitros e peritos.

Porém, esta alteração não se afigura, na sua globalidade, como necessária, parece ser parcialmente redundante face à alteração introduzida pela revisão de 2007 e tenta inovar opções já concretizadas pelo legislador.

³² Para Damião da Cunha, in *Perda de bens a favor do Estado – Medidas de Combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, CEJ, Coimbra, 2004, p. 121, teria sido preferível e porventura mais adequado, intervir legislativamente no âmbito da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, sobre perda de bens, relativamente ao regime constante nos artigos 7º a 12º. O autor julga ser premente um esclarecimento legislativo e uma melhor regulamentação do arresto, enquanto meio cautelar e de garantia. Vide p. 11.

³³ O que se pretendeu com esta alteração foi que determinados crimes, que tendo em conta a sua moldura penal prescreviam ao fim de 10 anos, passassem agora prescrever apenas ao fim de 15 anos.

³⁴ Segundo Damião da Cunha, in *Reforma Legislativa*, pode compreender-se o alargamento do prazo de prescrição relativamente a algumas condutas que, por forma implícita, estão tipicamente associadas à corrupção própria, ou seja, à violação dos deveres do cargo. Ou seja, crimes que correspondem a um “abuso de poder” e que, sem interrupção ou suspensão, prescreviam ao fim de 5 anos, passam agora a prescrever ao fim de 15 anos. Por outro lado, o Autor tem dificuldade em encontrar uma justificação razoável para o alargamento dos prazos no âmbito da corrupção desportiva e para a disparidade de tratamento entre funcionários e titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos. Ob. cit. p. 11.

O legislador português terá sido influenciado pela solução consagrada no Código Penal Espanhol. De facto, o artigo 422 deste diploma apresenta uma evidente semelhança descritiva com a redacção da alínea c) do nº 1 do artigo 386º do Código Penal Português. No entanto, o Código Penal Espanhol contém na parte geral uma definição de autoridade ou de funcionário público, que vale para todos os tipos de crime em que tal qualidade seja exigida.

No caso concreto, não está em causa o conceito de funcionário para todos os crimes no exercício da função pública, mas sim um conceito mais alargado apenas para efeito de crime de corrupção.

A solução, agora vigente no ordenamento português, é incorrecta, na sua globalidade, porque implica a potencial equiparação de jurado, arbitro ou perito, não apenas e exclusivamente para efeitos de crime de corrupção, mas para efeito de outros eventuais crimes que estes agentes possam cometer no exercício da sua actividade de função pública.

Ainda outra alteração resultou da introdução, no âmbito da Lei nº 34/87 sobre crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos, de um novo elenco de agentes denominado titulares de altos cargos públicos.

Esta equiparação não se afigura justificada, pois o diploma sobre responsabilidade criminal de titulares de cargos políticos, constitui uma concretização ao nível infraconstitucional, de uma norma da Constituição que expressamente impõe legislação penal específica para tais agentes³⁵.

Esta imposição constitucional não serve de legitimação, antes pelo contrário, para se proceder a uma extensão do seu regime a outros agentes.

Por outro lado, o facto de existir consenso no sentido de que titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos devem estar submetidos a um regime punitivo mais severo ou mais exigente em relação aos outros funcionários³⁶, não serve de legitimação no sentido de agravar a sanção da corrupção activa daquele que suborna.

Isto porque o cidadão comum não tem o dever de saber se está exactamente perante um alto titular de cargo público, deve é saber que está perante uma autoridade ou perante o exercício de um poder público.

³⁵ Cf. Artigo 117º nº 3 da CRP.

³⁶ Cf. Artigo 12º do C.P.

Assim, torna-se injustificável a modificação, no sentido da agravação, da moldura legal, relativamente à corrupção de funcionário, da corrupção activa de titular de cargo político ou público que é introduzida por esta nova lei³⁷.

Por outro lado, a introdução desta nova classe de agentes (titulares de altos cargos públicos), tem como consequência colateral a realização de uma implícita, não escrita, alteração do C.P.

Com efeito, caso esta nova Lei não tivesse entrado em vigor, os agentes, agora incluídos, desde que estivessem no exercício de funções públicas, seriam passíveis de inclusão na definição legal de funcionário para efeito de lei penal, prevista no artigo 386º. Ora, tendo-se criado, por equiparação aos titulares de cargos políticos, uma nova categoria de agentes, é evidente que estes deixaram de ser considerados funcionários à luz do artigo 386º, para serem alçados à categoria de “titulares de altos cargos públicos”.

Como tal, ao ter-se eleito os gestores públicos como agentes a incluir neste novo conceito “titulares de altos cargos públicos”, será necessário proceder-se a uma reavaliação global do conceito de funcionário, para efeito da lei penal, ao nível do sector empresarial do Estado³⁸.

Uma outra revisão do conceito de funcionário público, para efeito de lei penal, resulta da ideia de maior “responsabilização” dos titulares de altos cargos públicos ou políticos, que parece estar subjacente a estas novas leis. Assim, deverá pressupor-se que o grau de responsabilização funcional mais elevado, ao nível administrativo ou outro (excepto o jurisdicional), terá de ter, no seu vértice e em última instância, um titular de alto cargo público ou político. Logo, agentes que actuem no âmbito de entidades, formal e materialmente privadas, entidades nas quais o Estado não tem um qualquer representante ou não tenham sido criadas pelo próprio Estado, não podem ser considerados funcionários para efeito penal.

Esta é a conclusão que se impõe, tendo em conta a lógica que está subjacente à consagração deste novo conceito no âmbito penal, no sentido de que no topo de todo e qualquer ente administrativo (público), se há-de encontrar um titular de alto cargo público, enquanto representante superior.

³⁷ Damião da Cunha – Reforma Legislativa em matéria de corrupção, p. 40.

³⁸ Idem, ibidem, p. 69. No entender do Autor, a reavaliação do conceito de funcionário, para efeito de lei penal, deverá ser feita, pelo menos, ao nível do sector empresarial de base privada.

A nova categoria de funcionários (titulares de altos cargos públicos) implica uma quebra de coerência normativa a vários títulos, sendo especialmente marcante, no âmbito de vinculações internacionais assumidas pelo Estado português no que respeita ao combate à corrupção, segundo as quais agentes públicos estrangeiros devem, do ponto de vista sancionatório, ter um tratamento equivalente aos funcionários nacionais.

Por outro lado, é difícil encontrar uma razão para que titulares de altos cargos públicos da Administração vejam a sua responsabilidade penal agravada, mas tal não suceda com outros verdadeiros titulares de cargos públicos e órgãos de soberania, como é o caso dos juízes, os quais se mantêm meros e indistintos funcionários em matéria de responsabilização criminal no exercício de funções públicas.

Finalmente, pode concluir-se que, o legislador ao destacar os titulares de altos cargos públicos do conceito de funcionário, para efeito da lei penal, procedeu a uma efectiva e relevante discriminação da actividade pública destes agentes.

Isto porque, ao criar esta nova classe de agentes públicos que, pela posição ou pela remuneração que auferem, estão sujeitos a um regime mais agravado³⁹ pela importância do posto que detêm dentro da Administração Pública, o legislador quis equipará-los aos titulares de cargos políticos.

No entanto, os titulares de altos cargos públicos não podem, agora, ser responsabilizados segundo os tipos legais do C.P., sendo-o única e exclusivamente pela Lei nº 34/87. Logo, como é esta Lei que determina a responsabilidade destes agentes por crimes cometidos no exercício de funções públicas, só há responsabilidade penal naqueles casos em que, no tipo legal de crime estiver incluído, designada e expressamente, o titular de alto cargo público.

Assim, excluindo o caso do crime de corrupção, não há mais nenhum outro tipo legal de crime no qual o titular de alto cargo público surja designado como agente de crime no exercício das suas funções, nomeadamente, a par do titular de cargo político.

³⁹ Idem, ibidem p. 74. Segundo o Autor, este maior agravamento de responsabilização deveria ser pensado apenas para o titular do dever e não para quem com ele contrata.

Por erro legislativo, o legislador estabeleceu a incriminação do titular de alto cargo público apenas para efeitos de corrupção, esquecendo-se de alargar o mesmo conceito a outros crimes no exercício de funções, de modo a abranger, na integralidade, a responsabilidade dos titulares de altos cargos públicos, no âmbito da Lei nº 34/87. Logo, como vimos, é esta lei que, agora, rege exclusivamente a responsabilidade penal destes agentes⁴⁰.

A última alteração do Código Penal, em matéria de Corrupção, foi levada a cabo pela Lei nº 19/2013, de 21/02, sem, no entanto, ter grandes reflexos no que a este propósito se refere.

Resumindo, as alterações legislativas, agora introduzidas, não foram particularmente felizes e, sobretudo, assentam em opções incorrectas.

⁴⁰ Esta solução, no caso de gestores públicos e na estrita medida em que estes agentes actuam primordialmente segundo regras de direito privado, implicará que fiquem isentos de qualquer responsabilidade criminal, na medida em que não “podem” cometer o mais importante crime de responsabilidade no exercício da sua actividade, a participação económica ilícita em negócio.

III - Orientação Internacional

O desenvolvimento da Corrupção deu-se devido à sua natureza transnacional, à flexibilização e porosidade dos territórios, à reorganização do Estado e seu poder. O território do Estado moderno, cercado e delimitado, com fronteiras definidas e reconhecidas por órgãos internacionais ganha novos significados, observando-se uma permeabilidade financeira, populacional e cultural. No entanto, a diminuição de fronteiras espaciais cria um sentimento de insegurança e aumenta as ameaças e vulnerabilidades.

Tendo por base o combate à corrupção, surgem no panorama internacional instrumentos que recomendam a criminalização do enriquecimento ilícito. De entre estes, merece especial importância a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que entrou em vigor, na ordem internacional a 12 de Julho de 2003, e viria a ser aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 47/2007 de 19 de Julho de 2007.

Reflexo da preocupação que o fenómeno da corrupção causa em todas as latitudes é o facto de a Assembleia Geral da ONU ter reconhecido, através da sua Resolução 55/61 de 4/12/2000, a necessidade de um novo instrumento legal internacional contra a corrupção⁴¹.

Esta Convenção constituiu um marco de viragem na forma de encarar o problema por parte da comunidade internacional. Foi a partir daqui que se instalou o entendimento de que a Corrupção constitui um problema criminal de primeira grandeza e que apresenta um crescente carácter transnacional.

No seu artigo 20º, cuja epígrafe é, precisamente, “Enriquecimento ilícito”, pode ler-se o seguinte: «Sem prejuízo da Constituição e dos princípios fundamentais do respectivo ordenamento jurídico, cada Estado Parte deve adoptar as medidas legislativas ou de outro tipo que se revelem necessárias para criminalizar o enriquecimento ilícito, quando praticado intencionalmente, ou seja, o aumento significativo do património de um funcionário público não explicável tendo em conta os rendimentos declarados.».

⁴¹ O texto da Convenção da ONU contra a corrupção foi negociado, entre 21 de Janeiro de 2002 e 1 de Outubro de 2003, por um comité *ad hoc* que reuniu em Viena. A Convenção veio a ser adoptada por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas a 31 de Outubro de 2003 e aberta à assinatura na cidade de Mérida (México) em Dezembro desse mesmo ano.

Sendo a Convenção instrumento normativo produtor de efeitos jurídicos vinculativos, os seus preceitos contêm deveres jurídicos para os Estados Partes, concretamente, o dever de criminalização de certas condutas.

Sucedo que, ao contrário de Portugal, alguns Estados Partes formularam reservas ao artigo 20º⁴².

No entanto, isto não implica que os Estados signatários da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que não tenham criminalizado o enriquecimento ilícito e que não hajam formulado reservas ao conteúdo da mesma, estejam a incumprir as obrigações assumidas.

Com efeito, é o próprio artigo 20º que possibilita aos Estados a não incriminação do enriquecimento ilícito com fundamento na Constituição ou em princípios fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos⁴³.

A Finlândia considera desnecessária a previsão de um tipo legal de crime como o enriquecimento ilícito, pois assevera que os mecanismos legais e regulamentares já existentes são suficientes.

Já os Estados Unidos e o Reino Unido sublinham impressivamente que a implementação do artigo 20º da Convenção, “Enriquecimento ilícito”, implicaria a transferência para o arguido do ónus da prova relativamente ao estabelecimento da natureza legítima da fonte de rendimento em causa.

Logo, uma vez que a Constituição dos Estados Unidos da América prevê a presunção de inocência do arguido, é impossível, naquele país, criminalizar o enriquecimento ilícito.

Assim, uma eventual não criminalização do enriquecimento ilícito por parte do legislador nacional, ou de qualquer outro Estado que não haja formulado reservas ao artigo 20º da Convenção, não implica inelutavelmente o incumprimento de uma obrigação convencional internacional.

⁴² Foi o caso do Vietnã e do Canadá, essencialmente com fundamento no mesmo argumento, a saber, o princípio da presunção de inocência, reconhecido não só nas leis fundamentais destes Estados, como no artigo 14º nº 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁴³ Assim se explicam, por exemplo, as declarações da Finlândia, do Reino Unido e dos Estados Unidos da América ao abrigo do “Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption” (disponível em www.unodc.org); consultado em 5/3/2013.

Portugal pode invocar princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico-constitucional, inclusivamente princípios que incorporam igualmente normas de *ius cogens* de direito internacional, desde que isso não o afaste de um necessário combate à conduta visada através de outros meios⁴⁴.

No âmbito europeu, verificámos já orientações no sentido da incriminação dos lucros ilícitos de acordo com a Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

No espaço da União Europeia, a qual é parte da Convenção, por Decisão do Conselho de 25 de Setembro de 2008 (2008/801/CE), existem mais instrumentos que, não se referindo à incriminação do “enriquecimento ilícito” em si, não podem deixar de se considerar correlacionados com aquele⁴⁵.

Outros instrumentos de Direito Internacional sugeriram uma inversão do ónus da prova para efeitos de confisco, mas não um crime de enriquecimento ilícito, pelo que não serão aqui considerados⁴⁶.

Ainda uma palavra relativamente à Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 que, embora não produza efeitos para o ordenamento jurídico português, prevê, no seu artigo 9º, que os Estados Partes, que “ainda não o tenham feito, adoptarão as medidas necessárias para tipificar como delito, na sua legislação, o aumento do património de um funcionário público que exceda do modo significativo o seu rendimento legítimo durante o exercício das suas funções e que não justificar razoavelmente”.

⁴⁴ Isto mesmo se confirma a partir da leitura do Parecer do Conselho Superior da Magistratura, de 9 de Fevereiro de 2011, que apreciou o Projecto de Lei nº 494/XI/2ª: “ O artigo 20º da Convenção não implica necessariamente que haja um crime designado de enriquecimento ilícito, mas sim que a legislação permita punir esse enriquecimento ilícito, o que pode ser efectivado através de outros tipos legais de crime”.

⁴⁵ São eles: a Convenção relativa à luta contra a Corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados membros da União Europeia, de 1997, que foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 72/2001, e a Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada.

⁴⁶ São os casos da Convenção de Viena de 1988 e da Convenção de Palermo de 2000.

IV - Direito Comparado

Apesar das dificuldades colocadas à incriminação, alguns Estados admitem o crime de enriquecimento ilícito ou injustificado.

No continente americano, podemos identificar, no Centro e no Sul, alguns países que adoptaram a criação deste tipo de crime.

Na América do Sul: a Argentina (artigo 268º do Código Penal), o Chile (artigo 241º do Código Penal), o Equador (artigo 296.1 do Código Penal), a Bolívia (artigo 149º do Código Penal), o Perú (artigo 401º do Código Penal) e o Paraguai (artigo 3º da Lei 2523).

Na América Central, o Panamá (artigo 335º do Código Penal), Nicarágua (artigo 448º do Código Penal), El Salvador (artigo 333º do Código Penal), a Colômbia (artigo 412º do Código Penal) e a Costa Rica (artigo 346.4 do Código Penal).

Como vimos, o Canadá e os Estados Unidos rejeitaram a criação de um crime de enriquecimento ilícito, com fundamento no mesmo argumento, o princípio fundamental da presunção de inocência.

Na Europa, podemos verificar em Itália, em Espanha e na Bélgica, uma procura crescente de criminalizar a corrupção, mas nenhum destes países admite o crime de enriquecimento ilícito.

Na Alemanha, o relatório preparado pela Deutsche Gesellschaft für Zusammen arbeit concluiu que a introdução de um crime de enriquecimento ilícito não pode ser introduzido no país, tendo como argumento principal que tal introdução resultaria em inconstitucionalidade⁴⁷.

Na França, porém, existe o crime de não justificação de rendimentos que foi introduzido pela Lei nº 2006-64, de 23 de Janeiro de 2006 e encontra-se previsto no artigo 321-6 do Código Penal Francês.

A incriminação do enriquecimento ilícito, neste país, depende da demonstração da existência de conexão entre o agente e outras pessoas condenadas pela prática de crimes graves, exigindo-se, ainda, a prova de um benefício directo ou indirecto para o agente, o que, ao menos, pode ser qualificado como um crime de resultado.

⁴⁷ O relatório em questão: "The UN Convention against Corruption and Development Cooperation – Corruption Prevention by more Efficient Law Enforcement?" Eschborn, 2007.

Ao incriminar, através do artigo 321-6 do Code Pénal, o delito de “não justificação de rendimentos” como infracção semelhante ao crime de receptação, descrito no artigo 321-1 do mesmo diploma, o modelo francês assume o esquema da presunção.

Pois, o “legislador francês decidiu sancionar a ausência de justificação do modo de vida por aquele que está em relação com o autor das infracções das quais se pode supor que ele tenha tirado proveito, de modo que, o texto criou uma presunção de receptação e impôs à pessoa nessa situação provar a origem legal do bem possuído. Evidentemente, essa prova tão-só poderá resultar da apresentação de documentos indiscutíveis, tais como facturas, extractos de salários ou declarações fiscais”⁴⁸.

O regime francês exige, assim, não apenas a impossibilidade de justificar o património angariado, mas também a comprovação de um vínculo entre o autor e outros sujeitos envolvidos na prática de crimes graves, bem como a existência de um benefício directo ou indirecto resultante do delito antecedente⁴⁹.

Em Itália a norma relativa ao crime riqueza injustificada foi declarada inconstitucional em 1994, pela Corte Costituzionale⁵⁰.

No continente asiático, este tipo de crime encontra previsão em países como a China (artigo 395º do Código Penal), Hong-Kong (Capítulo 201, Secção 10 da Prevention of Bribery Ordinance) e Macau.

⁴⁸ Michel Véron, in *Droit penal des affaires*, 9ª Ed. Paris: Dalloz, 2011, p. 116 e 117, Apud Faria Costa - “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito...” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 141, nº 3973, p. 255.

⁴⁹ O direito francês conhece, desde 2006, uma espécie de crime de enriquecimento ilícito (artigo 321-6 do Código Penal), mas exige que o titular do património injustificado “mantenha relações habituais” com agentes de crimes, puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, que lhes tragam um benefício directo ou indirecto, ou, com vítimas desses crimes – e, por isso, se compreende que esta infracção seja concebida como uma forma de receptação, integrando-se no respectivo capítulo.

⁵⁰ A solução ensaiada em 1992, em Itália, através da aprovação do secondo comma do artigo 12-quinquies da Lei nº 356/92, foi no sentido de cominar uma pena de dois a cinco anos de prisão e o confisco dos respectivos bens aos arguidos por certos crimes que, tens bens de valor desproporcionado em relação aos rendimentos declarados para efeitos fiscais ou à respectiva actividade económica, não demonstrassem a origem lícita de tal património. Porém, a norma que previa o crime de enriquecimento ilícito foi declarada inconstitucional pela Corte Costituzionale, por decisão de 17 de Fevereiro de 1994 nº48 (*Gazzetta Ufficiale*, 23 Fevereiro de 1994, nº9, serie speciale). A mesma sorte viria a ter a norma contravencional prevista no artigo 708º do Código Penal italiano, onde se punia a posse injustificada de valores por parte de quem tivesse sido condenado por delitos motivados pelo lucro ou por contravenções relativas à prevenção dos delitos contra o património.

Tendo em conta a proximidade existente entre Macau e Portugal, verificaremos de seguida, a polémica à volta do crime de enriquecimento ilícito neste país.

Podemos concluir, portanto, que a grande maioria dos Estados não admite a criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, seja porque o reputam desnecessário no quadro de outros instrumentos de combate à corrupção, seja porque têm dificuldades em sustentá-lo à luz do princípio fundamental da presunção de inocência.

No entanto, o facto de o “enriquecimento ilícito” ter uma expressão praticamente nula no contexto jurídico-penal europeu contrasta, no domínio do direito fiscal, com um conjunto de institutos normativos que pretendem atingir “determinados acréscimos patrimoniais não justificados”, que são desvelados a partir da existência de uma desproporção entre o rendimento declarado e certas “manifestações de fortuna”, os quais, assim, se encontram funcionalmente dirigidos “à detecção de situações anómalas onde se verifique uma dissonância entre a capacidade contributiva revelada pelo contribuinte na aquisição de determinados bens e aquela outra que é possível extrair a partir dos rendimentos por ele declarados”⁵¹.

⁵¹ Tal sucede em Espanha (artigo 39º da Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), em França (artigo 169º do Code Général des Impôts) e em Itália (com o redditometro instituído pelo Decreto del Presidente della Repubblica 29 Settembre 1973, n.600).

IV A - Caso da Região Administrativa Especial de Macau

A transparência das instituições e da Administração Pública é um requisito do seu bom funcionamento e uma exigência dos cidadãos nas sociedades modernas. Nesse sentido, dotam-se os ordenamentos jurídicos de medidas de diversa natureza, tendentes a garantir o seu exercício empenhado e imparcial, sejam as funções de natureza política, legislativa, administrativa ou judicial.

Um importante instrumento para esse objectivo passa pelo controlo de riqueza dos titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública.

Em Macau, o processo para a adopção de medidas nesse sentido iniciou-se com a publicação da Lei nº 14/87 de 7 de Dezembro. Tratava-se todavia de uma norma de difícil aplicação, por um lado, porque consagrava um mero ilícito disciplinar, com todas as restrições que daí resultavam em matéria de investigação, por outro lado, porque estava desenquadrada de um regime geral de controlo de rendimentos, na altura ainda inexistente.

Foi, no entanto, a Lei nº 13/92 de 17 de Agosto, que, pela primeira vez, consagrou a obrigatoriedade de apresentação de uma declaração de interesses patrimoniais, embora aplicável apenas a alguns titulares de cargos políticos.

Era uma lei tímida, quer quanto ao âmbito da sua aplicação, quer no que se refere às consequências da sua violação. De facto, para além de um regime excessivamente restritivo no acesso ao conteúdo da declaração, criava limitações severas quanto ao uso dos elementos, constantes daquela, como meio de prova.

O acesso à parte mais importante da declaração carecia de autorização prévia do Tribunal Superior de Justiça, conferida através de acórdão, a requerimento da autoridade judiciária. Os elementos constantes da declaração só podiam ser utilizados como meio de prova para a solução de litígios judiciais ou para a descoberta da verdade em processo criminal, o que levantava grandes restrições à sua utilidade no que se refere ao controlo de rendimentos dos obrigados à declaração.

Ao tempo da aprovação desta lei, os sinais exteriores de riqueza injustificada não constituíam crime, ilícito de natureza disciplinar. No entanto, a Lei nº 13/92, lançou as bases para a consagração da obrigatoriedade de declaração de rendimentos, apesar de padecer de claras limitações, quer quanto ao leque dos seus destinatários, quer no que se refere ao seu alcance e mesmo no plano meramente sancionatório.

Apesar dessas limitações, esta lei representou o primeiro passo de um processo que foi objecto de sucessivos aperfeiçoamentos.

Surgiu depois um outro diploma, a Lei nº 3/98 de 29 de Junho, que teve desde logo o mérito de impor o dever de apresentação de declaração de rendimentos e interesses patrimoniais a todos os titulares de cargos políticos, cargos públicos, funcionários, agentes e demais trabalhadores da Administração Pública⁵².

Este diploma reforçou também a componente de intervenção penal a diversos níveis. Por um lado, veio colmatar uma falha da legislação anterior, passando a prever relativamente àqueles que persistiam em não apresentar a declaração, a sua intimação para a entregar em 30 dias, sob cominação do crime de desobediência. Por outro lado, alargou a sanção penal ao cônjuge que, intencional e injustificadamente, não facultasse os elementos necessários ao preenchimento da declaração.

Todavia, a inovação mais significativa, no conjunto do reforço dos mecanismos sancionatórios, foi a previsão, no artigo 26º, do crime de “sinais exteriores de riqueza injustificada”.

Com esta disposição, o legislador entendeu que não se bastava com sanções disciplinares, reconhecendo o desvalor da conduta ao ponto de lhe dar relevância criminal. E esta previsão penal, diferentemente do que acontecia com a anterior infracção disciplinar, deveria aplicar-se não apenas a funcionários, agentes e demais trabalhadores da Administração Pública, mas também aos titulares de cargos políticos e cargos públicos.

⁵² Segundo Júlio Pereira, não tinha razão plausível o âmbito da lei anterior (Lei nº13/92), porque além de se aplicar apenas aos titulares de cargos políticos, nem sequer os abrangia a todos, não havendo razão válida para excluir por exemplo os membros do executivo, criando suspeitas quantos aos motivos de tal exclusão e afectando de forma clara a credibilidade do diploma quanto aos fins últimos que pretendia prosseguir - O Crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal, p. 46.

Este mesmo crime, agora sob a epígrafe de “riqueza injustificada”, foi objecto de nova redacção, encontrando-se previsto no artigo 28º nº 1, da Lei nº 11/2003, de 28 de Junho.

Na versão actual há diferenças relativamente à redacção da lei anterior desde logo no que se refere aos sujeitos do crime. Porém, o universo de aplicação do artigo não diverge substancialmente. A nova redacção, que englobou os anteriores titulares de cargos políticos e cargos públicos na designação única de titulares de cargos públicos, ajustou-se no essencial à nova estrutura político-administrativa da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, o que obrigou às necessárias adaptações.

Mais significativa é a diferença de redacção no que concerne a um dos requisitos do crime. Enquanto na redacção anterior se penalizava a posse de património ou rendimentos “superiores” aos declarados, pune-se agora a posse de património ou rendimentos “anormalmente superiores” aos declarados⁵³.

Esta alteração afigura-se razoável porquanto o simples facto de o património ou rendimentos serem superiores não tem necessariamente relevância penal. Já assim não acontece quando sejam “anormalmente superiores”, conceito que deverá ser fixado por via jurisprudencial mas que apontará para uma situação patrimonial que os proventos legítimos não possam, objectiva e manifestamente, explicar⁵⁴.

Apesar de tudo, a consagração deste crime na legislação da Região Administrativa Especial de Macau mereceu de início algumas interrogações que, porventura, ainda subsistem.

As dúvidas prendem-se com a possibilidade de este tipo, ao impor ao arguido o ónus de provar a proveniência lícita dos seus rendimentos ou património, infringir duas normas fundamentais, a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, violando deste modo o princípio da presunção de inocência.

⁵³ A consagração deste tipo legal de crime não é inédita. Disposição semelhante encontra-se prevista no capítulo 201 “prevention of bribery ordinance”, secção 10, “possession of unexplained property”, de Hong Kong, que, para além da posse de rendimentos ou propriedade desproporcionados, penaliza também quem mantenha um nível de vida superior ao que os rendimentos poderiam proporcionar. Um outro regime muito próximo, está também previsto no artigo 395º, primeiro parágrafo, do Código Penal da República Popular da China

⁵⁴ Assim, Júlio Pereira, ob. cit. pág. 48.

Há duas normas fundamentais para testar a validade da disposição do artigo 28º, nº 1, da Lei nº 11/2003, de 28 de Julho, que consagra o crime de riqueza injustificada vigente no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau. As duas normas são: o artigo 29º, 2º parágrafo, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, e o artigo 14º nº 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁵⁵.

Nos termos do artigo 29º, 2º parágrafo, da Lei Básica: “Quando um residente de Macau for acusado da prática de crime deve presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação pelo tribunal”⁵⁶.

Por sua vez, dispõe o artigo 14º nº 2, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

Aparentemente, ao impor ao arguido a justificação da proveniência do património e rendimentos, ou a demonstração da sua proveniência lícita, a lei estaria a infringir os citados artigos da Lei Básica e do PIDCP, contrariando o princípio da presunção da inocência, invertido através de um ónus probatório que só à acusação deveria competir.

O arguido vê recair sobre si o ónus de justificar a origem dos bens em causa no processo. Logo, com este crime, parte-se da culpa para se tentar chegar à inocência. A suposta origem ilícita dos bens é à partida dada com assente, salvo prova em contrário. Há, pois, uma violação frontal do princípio da presunção da inocência, pois este impõe que se assuma como ponto de partida da discussão em Tribunal a inocência do agente e a origem lícita do património.

O artigo 28º da Lei 11/2003, de 28 de Julho, incorre numa série de violações do princípio da presunção de inocência: presume a prática de crimes de corrupção pelo funcionário através do indício que é a existência de património, suprime o direito do arguido ao silêncio, resolve o *non liquet* contra o arguido e não *pro reo*.

⁵⁵ Extensivo a Macau por resolução da Assembleia da República nº 41/92, publicada a 31 de Dezembro de 1992 e cuja vigência, após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, foi salvaguardada pelo artigo 40º, 1º parágrafo, da Lei Básica.

⁵⁶ Este regime é aplicável a quaisquer outras pessoas que se encontrem na RAEM, ainda que não residentes, nos termos do artigo 43º, da mesma lei.

Assim, no plano interno da Região Administrativa Especial de Macau, o artigo 28º da Lei 11/2003 viola normas de hierarquia superior, a Lei Básica e o PIDCP, devendo a sua aplicação ser recusada pelos Tribunais de Macau, nomeadamente pelo Tribunal de Última Instância⁵⁷.

Em Direito Internacional dos direitos do Homem, bem como em Direito Constitucional, a presunção de inocência do arguido representa um dado civilizacional perfeitamente adquirido. O confisco das vantagens do crime só pode ser aplicado a património ou bens que comprovadamente resultem da prática de crimes, concretizados, não podendo nesta matéria haver presunções de origem ilícita ou inversões do ónus da prova. A admissão da inversão do ónus da prova para efeitos da aplicação de quaisquer reacções criminais representaria um grave retrocesso⁵⁸.

Numa visão oposta do problema, o artigo 28º da Lei nº 11/2003, de 28 de Julho, respeita as garantias do processo criminal consagradas na Lei Básica e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁵⁹.

De acordo com esta posição, são elementos constitutivos do crime, só e apenas a posse, pelos obrigados à declaração ou interposta pessoa, de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas. Logo, a não justificação pelo arguido da proveniência dos bens não integra os elementos constitutivos. Sob a aparência de um elemento positivo do tipo negativamente formulado, é na realidade um elemento negativo, já que a sua inserção na norma tem como único objectivo fixar uma “causa atípica de exclusão da ilicitude”, permitindo que o arguido justifique a sua situação patrimonial. Nestas circunstâncias, a prova solicitada ao arguido, ou por este espontaneamente apresentada, redundaria em seu exclusivo proveito.

Pelo que não existe, segundo esta posição, qualquer inversão de ónus da prova, nem ao arguido é exigida qualquer conduta que beneficie a acusação.

⁵⁷ A Lei Básica e o PIDCP têm força hierárquica superior sobre todas as leis ordinárias, de acordo com o artigo 11º, parágrafo 2, da Lei Básica.

⁵⁸ No entender de Jorge A. F. Godinho - “Do crime de «riqueza injustificada» (artigo 28º da Lei 11/2003, de 28 de Julho)”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. P. 46.

⁵⁹ Posição defendida por Júlio Pereira, ob. cit. p.69.

Quanto ao problema de saber se a criminalização da posse de riqueza injustificada respeita o princípio da intervenção mínima da lei penal, podemos verificar, de acordo com esta posição, que a incriminação da conduta não é arbitrária, encontrando suporte valorativo nas exigências de transparência e probidade que é legítimo impor aos servidores da coisa pública.

Assim, os titulares de cargos públicos e funcionários públicos, pela confiança que merecem da comunidade, pelo prestígio de que gozam, regalias de que beneficiam e compromisso que legalmente assumem de dedicação honesta e fiel ao serviço público, devem sujeitar-se ao escrutínio dos cidadãos.

Pelo que, a imposição de regras de transparência, mesmo com recurso à sanção penal, atentas as razões que lhe estão subjacentes, não consagra, também, qualquer injustificada desigualdade, entre os titulares de cargos públicos ou funcionários e os restantes cidadãos.

Para além da aplicação de uma pena de prisão e multa, os autores deste crime estão sujeitos à perda de património e rendimentos cuja origem não se mostre justificada, a favor da Região Administrativa Especial de Macau⁶⁰.

Finalmente, o autor deste crime poderá ser proibido do exercício de cargos públicos e, bem assim, do exercício de funções públicas, por um período até 10 anos.

Ao ponderar a proibição do exercício de cargos públicos ou funções públicas, bem como o tempo da proibição, não deixará o julgador de ter também em conta o disposto no Código Penal de Macau, sob pena de, entre um regime e outro, se criar uma grave e injustificada desproporção.

⁶⁰ Esta disposição está na linha das orientações que têm sido adoptadas nas legislações mais recentes, tanto a nível interno como a nível internacional. De acordo com o artigo 12º nº 7 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, “os Estados Partes podem considerar a possibilidade de exigir que um arguido demonstre a proveniência lícita do alegado produto de um crime ou de outra propriedade susceptível de confisco, na medida em que tal exigência seja compatível com a lei interna e com a natureza do processo judicial ou outro procedimento”. Situação semelhante a esta, prevista na ordem jurídica de Macau, acontece em Portugal, nos termos do artigo 7º nº 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, em caso de condenação por qualquer dos crimes referidos na lei, “para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”.

V - O Crime não deve compensar

Na medida em que o crime, para sê-lo, é expressão do ser-livre que constitui o homem⁶¹, todo o crime é uma auto-gratificação indesejada pela sociedade, que a proíbe através do seu instrumento mais poderoso em tempo de paz: o direito penal.

Isso é evidente nos crimes dolosos, em que o agente sobrepõe conscientemente a realização do seu interesse ao bem comum, mas também se aplica aos crimes negligentes, porquanto, o défice de cuidado que possibilita a materialização da conduta proibida incrusta-se ainda no desejo de perseguir determinado interesse próprio, que na generalidade dos casos se traduz no facto de o agente se abster de um cuidado ou esforço juridicamente exigíveis.

Logo, é inequívoco que também nos crimes negligentes é possível encontrar uma finalidade referida ao programa de interesses do agente, porque todo o agir humano é teleologicamente cunhado, e aí adquire o sentido que permite qualifica-lo como tal.

Tudo isto significa que o crime, por definição, compensa, mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística. Assim, é por o crime ser, estruturalmente, uma compensação para o seu autor, que a lei procura levantar obstáculos contra a sua prática – a cominação de penas⁶².

A pena é a confirmação solene, à custa do infractor, de que o modelo de orientação continua a ser o consignado na norma, e não aquele que a conduta transgressora egoisticamente exprime e com o qual pretende desautorizá-la⁶³.

Assim, o risco de sujeição às penas cominadas, maxime, à privação da liberdade, faz com que, na óptica do Estado, a potencial gratificação propiciada pelo crime seja anulada. Nesse contexto, o crime torna-se numa acção sem sentido e é legítimo esperar que desapareça.

⁶¹ Assim, Kai Ambos – “A liberdade no Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge Figueiredo Dias”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. I, p. 53 e ss.

⁶² Este é o cerne das doutrinas da prevenção geral negativa, assente na pressuposição do hedonismo (a pena como contra-motivo para a prática do crime). Segundo Cesare Beccaria, para que uma pena tenha efeito basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito e é neste excedente de mal que deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria”, in Dos delitos e das penas, tradução de José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 116).

⁶³ Günther Jakobs, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1993 p. 9, Apud Pedro Caeiro, in Sentido e Função... RPCC 21, Coimbra Editora p. 274.

No entanto, a experiência mostra que as coisas não se passam dessa forma e que essa expectativa continua a frustrar-se com a prática de cada crime⁶⁴.

Para evitar que o crime compense, o Estado tem, ao longo dos tempos, procurado aperfeiçoar os vários instrumentos de que dispõe e ponderado a criação de novos instrumentos.

É necessário prevenir e reprimir as manobras tendentes a dissimular ou a converter as vantagens de origem ilícita que visam iludir a pretensão do Estado à detecção e confisco das mesmas.

Foi com essa intenção que surgiu a criminalização do branqueamento de capitais, consagrada actualmente no artigo 368º-A, nº 1, do Código Penal português, que, tendo sido pensada para o controlo das vantagens provenientes do tráfico de droga, foi sendo estendida, ao longo da última década, a uma vasta panóplia de infracções, praticamente esgotando o leque dos crimes com escopo lucrativo.

Por outro lado, como veremos de seguida, foi possível, através do regime da “perda alargada” constante da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, estender o confisco a bens de origem desconhecida que encontram na posse ou titularidade do agente através de presunções cuja base factual é a condenação por certos crimes tipicamente lucrativos.

Uma outra forma de evitar que o crime compense é a previsão de procedimentos *in rem*, de natureza administrativa, dirigidos contra coisas de origem suspeita, impondo aos pretensos titulares que provem a legitimidade da sua pretensão ou a titularidade dos bens, sob pena de os perderem para o Estado.

Finalmente, ainda, tem sido pensável adoptar, como medida, a criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, isto é, cominar penas para quem possua ou domine um património incongruente com os seus rendimentos lícitos, cuja origem é desconhecida.

⁶⁴ Pedro Caeiro - Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens relacionadas com o Crime no Confronto com outros meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal 21, Coimbra Editora, 2011, p. 275.

VI - Medidas de combate ao lucro ilícito

Têm sido diversas as medidas de combate ao lucro ilícito propostas pela doutrina e consagradas em vários ordenamentos jurídicos e em diplomas internacionais e comunitários⁶⁵.

As estratégias e os instrumentos do combate ao lucro ilícito dependem, obviamente, da gravidade dos crimes e das suas repercussões sociais, aspectos que atingem o seu ponto máximo quando se trata do crime organizado.

Um aspecto comum a todas as medidas de combate ao lucro ilícito tem sido o alargamento progressivo do conceito de lucro⁶⁶.

De entre essas medidas merecem destaque as que passam pela incriminação directa ou indirecta do enriquecimento injustificado e as que se centram no plano das consequências jurídicas⁶⁷.

As primeiras consistem na criação específica de um crime de enriquecimento injustificado e na punição desta forma de enriquecimento através de uma certa concepção do crime de branqueamento de capitais.

As segundas traduzem-se na aplicação de uma pena de multa pelo valor ou pela multiplicação do valor do lucro auferido com a prática do crime e no confisco dos lucros provenientes da actividade criminosa.

Em Portugal, existem também, neste âmbito, não só iniciativas ao nível do direito fiscal como, ainda, no domínio de previsões não fiscais.

Das primeiras trataremos num momento posterior. Relativamente às segundas deparamos, entre outras, com o crime de branqueamento de capitais (artigo 368º-A do C.P.), a perda de vantagens (artigo 111º do C.P.) e a perda de bens ou confisco (artigo 7º da Lei nº 5/2002).

⁶⁵ Segundo Augusto Silva Dias, o debate público, ao nível nacional e internacional, em torno destas medidas tem sido afectado por alguma falta de clareza, resultante da ausência de uma distinção entre enriquecimento (ou lucro) ilícito e enriquecimento injustificado - "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito", 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, 2010, p. 31.

⁶⁶ O Autor distingue entre lucro ilícito (que se traduz nos ganhos que se prova em juízo resultantes da prática de um crime) e enriquecimento injustificado (que é composto pelas vantagens cuja proveniência o arguido não explica de todo ou não explica satisfatoriamente). Ob. Cit. p. 32. Tendo em conta esta distinção, e a tendência doutrinária e legislativa de alargamento do conceito de lucro, podemos concluir que é mais correcta a designação "enriquecimento injustificado", em vez de "enriquecimento ilícito", já que não há qualquer necessidade de prática de crime anterior.

⁶⁷ Idem, ibidem, p. 32.

VI A - Criminalização directa do enriquecimento ilícito

A solução que passa pela criação específica de um crime de enriquecimento injustificado será de rejeitar por não ser compatível com os princípios constitucionais em que se baseia o Direito Penal e Processual Penal de um Estado de Direito Democrático.

Esta incriminação tem por base a presunção de que a incongruência patrimonial tem origem ilícita, situação que viola a presunção de inocência uma vez que inverte o ónus da prova em desfavor do arguido. Isto significa, que em vez de ser o Ministério Público a tentar provar que alguém cometeu um crime, terá de ser o arguido, aquele que se encontra na posse de determinados bens, presumivelmente obtidos de forma ilícita, a provar que não cometeu esse mesmo crime.

A incriminação directa do enriquecimento ilícito colide frontalmente com princípios estruturantes do ordenamento jurídico português, como o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade. Por um lado, porque não identifica, em concreto, qual o bem jurídico tutelado pela incriminação e por outro, porque não indica qual a conduta, acção ou omissão, proibida.

Quando centrada no dever de declaração, embora aquela incriminação consiga contornar a violação da presunção de inocência, acaba por infringir outros princípios constitucionais e depara-se com inúmeras dificuldades, nomeadamente, no que refere ao conceito e avaliação do património.

Embora seja recomendada pelo Direito Internacional, nomeadamente, pelo artigo 20º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, esta incriminação não constitui um dever ou uma obrigação para os Estados Membros. Não faria qualquer sentido um tipo incriminador ser imposto pelo Direito Internacional a um determinado Estado, quando essa incriminação se mostrasse incompatível com o seu ordenamento jurídico interno, com a sua Lei Fundamental.

Na medida em que obrigaria a muito engenho e arte na formulação de um tipo que respeitasse a CRP, tal incriminação será desnecessária, inconveniente, provavelmente pouco eficaz e poderia estimular a prática de outras formas de crime contra o património.

VI B - Criminalização indirecta do enriquecimento ilícito

A Lei nº 11/2004, de 27 de Março, veio aditar ao C.P., através do artigo 368º - A, o crime de branqueamento de capitais⁶⁸.

A solução de incriminação, indirecta, do enriquecimento injustificado tem lugar através de uma certa interpretação do crime de branqueamento de capitais⁶⁹, previsto no artigo 368º-A do C.P., que dispensa a comprovação de aspectos essenciais do ilícito-típico principal ou precedente. Estamos perante uma interpretação do crime que se insere numa estratégia político-criminal mais vasta de transformar o branqueamento em objectivo principal da perseguição penal, em detrimento do ilícito-típico precedente.

Segundo uma parte da doutrina, o ilícito-típico principal (por ex. tráfico de droga) funciona no branqueamento de capitais como condição objectiva de punibilidade⁷⁰.

⁶⁸ A Lei nº 11/2004 foi, entretanto, revogada pela Lei nº 25/2008, de 5 de Junho, que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento e vantagens de proveniência ilícita e de combate ao financiamento do terrorismo. O crime de branqueamento de capitais enquadra-se na competência reservada da polícia judiciária, de acordo com a alínea i) do nº 2 do artigo 7º da LOIC, não podendo ser diferida a sua investigação a outros órgãos de polícia criminal.

⁶⁹ Segundo Paulo de Sousa Mendes, Sónia Reis e António Miranda, o branqueamento de capitais é um crime recente e trata-se de uma construção legislativa que nasceu da necessidade político-criminal de melhorar os resultados na perseguição penal contra certas formas de criminalidade organizada. Age-se contra os intermediários das operações de reciclagem dos proventos ilícitos como meio de atingir os negócios e os autores do crime organizado. Na verdade, a investigação do branqueamento permite seguir a pista do dinheiro e descobrir assim os beneficiários económicos, os autores dos crimes subjacentes (A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? ROA, ano 68, 2008, pp. 795 e ss).

⁷⁰ Na opinião de Augusto Silva Dias, ob. cit. p. 35. No mesmo sentido Oliveira Ascensão (Estudos de Direito Bancário, p. 337) e Jorge Godinho (Do crime de branqueamento de capitais, Almedina, 2001, p. 239). Em sentido contrário, Vitalino Canas, usando o argumento de que a lei passou a admitir expressamente o branqueamento de vantagens obtidas pelo próprio branqueador (O crime de branqueamento – Regime de prevenção e de repressão, Coimbra: Almedina, 2004, p. 13). Para este Autor, o crime de branqueamento é um crime de conexão, logo a perseguição penal do branqueamento potencia a investigação, a identificação e a punição dos autores e participantes dos crimes subjacentes, sejam quais forem esses crimes. Segundo Paulo de Sousa Mendes, Sónia Reis e António Miranda, embora a lei admita expressamente o branqueamento de vantagens obtidas pelo próprio branqueador (sendo, assim, configurável a hipótese de uma mesma pessoa preencher o tipo de crime de branqueamento e, em relação com este, preencher também outro tipo de crime qualquer que faça parte integrante do catálogo dos crimes subjacentes), o concurso que intercede entre o branqueamento e o crime subjacente, só pode ser aparente ou de normas, nunca efectivo ou de infracções. As relações de concurso aparente decorrem de uma correcta interpretação da lei penal, além de que são impostas pelo princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 29º nº 5 da CRP. Neste caso, o concurso aparente é imposto pela circunstância de o branqueamento ser um crime de conexão, o que faz com que seja consumido pelo crime subjacente praticado pelo mesmo agente. Deste modo, o branqueamento não se pode imputar aos próprios intervenientes nos crimes subjacentes. (in ibidem, p. 802 e ss).

Mas, se no crime de branqueamento de capitais o crime principal ou precedente funcionar como condição objectiva de punibilidade, então a sua realização fáctica tem de ser necessariamente comprovada no processo⁷¹.

O nº 4 do artigo 386º - A do C.P. apenas permite que sejam ignorados, na prova, o local da prática do facto principal e a identidade dos seus autores.

Significa isto que, sob pena de o facto principal não poder funcionar como condição de punibilidade do facto sucedâneo de branqueamento, têm de ser objecto de prova (no processo penal instaurado pelo crime de branqueamento), pelo menos, a realização algures da prática um crime prévio e a conexão entre essa conduta e as quantias de dinheiro que surgem numa determinada conta bancária.

Mas, se assim é, então o branqueamento não pode funcionar como forma de punição do enriquecimento injustificado: a sua punibilidade depende da prévia comprovação objectiva da proveniência criminosa das somas de dinheiro que se pretendem branquear⁷².

De facto, o que é punido através do crime de branqueamento é a conversão, transferência, ocultação ou dissimulação de lucro comprovadamente ilícito.

Assim, esta solução de incriminação indirecta do enriquecimento ilícito será também de rejeitar.

⁷¹ Na opinião de Augusto Silva Dias, ob. cit., p. 36.

⁷² Idem, in ibidem.

VI C - Aplicação de uma pena de multa

Uma outra solução preconizada, agora no âmbito das medidas que se centram no plano das consequências jurídicas, consiste na indexação da multa ao montante do lucro ilícito ou a um multiplicador desse montante.

A multa surge assim como instrumento indirecto de confisco do lucro obtido, cuja determinação prescinde da relação com os elementos do crime⁷³.

Embora consagrada em ordenamentos jurídicos europeus, como o espanhol, esta solução não é compatível com o sistema constitucional português, por razões que se prendem com os princípios da legalidade e da culpa.

Assim, no que toca ao princípio da legalidade, não há dúvida de que a multa indexada ao lucro constitui uma pena absolutamente indeterminada.

Uma vez que não é possível perceber quais os limites, máximo e mínimo, da pena, através da estatuição legal (a qual, por isso, carece totalmente de moldura penal), a reacção punitiva do juiz torna-se imprevisível para os destinatários.

Por outro lado, a multa indexada ao lucro escapa ao método de aplicação desta pena fundado no princípio da culpa.

Na verdade, uma das operações⁷⁴ de determinação da medida da multa, a fixação do número de dias-multa, funda-se na culpa do agente e em necessidades de prevenção, o que obsta à fixação da medida da multa com base em cálculos meramente objectivos de carácter aritmético. A multa é, assim, uma verdadeira pena e não uma mera sanção pecuniária.

Esta solução de indexação da multa ao montante do lucro ilícito, no que respeita à criminalidade organizada, não é viável no nosso ordenamento jurídico porque os crimes cometidos sob a forma organizada, que constam de um catálogo, são crimes graves para os quais a multa não constitui em regra pena aplicável, nem como pena alternativa, nem como pena substitutiva da prisão. Por outro lado, a opção político-criminal de previsão cumulativa de prisão e multa tem vindo a ser banida do nosso ordenamento jurídico.

⁷³ Idem, in ibidem.

⁷⁴ A medida da multa é determinada por meio de três operações: fixação da quantidade de dias-multa; cálculo do montante de um dia-multa; multiplicação do número de dias-multa pelo valor do dia-multa.

VI D - Confisco dos lucros provenientes da actividade criminosa

Uma outra medida de combater o enriquecimento ilícito passaria pelo confisco dos lucros provenientes da actividade criminosa.

A criminalidade económico-financeira e a criminalidade organizada crescem e especializam-se cada vez mais ao longo dos tempos. Os crimes praticados geram consideráveis rendimentos financeiros e económicos, o que permite investir e adquirir novas tecnologias, usando esses lucros para obter meios que ajudem camuflar as suas actividades, facilitando a sua impunidade.

Em resposta a esta especialização da criminalidade observa-se o surgimento de Convenções e Leis que recomendam o combate através de instrumentos variados e da cooperação entre os países.

A Convenção de Palermo apresenta, como instrumento de combate àquelas formas de criminalidade, o confisco, uma vez que ao privar os criminosos dos rendimentos, do produto e instrumentos do crime, impede que estes financiem outras actividades criminosas impedindo, deste modo, o seu desenvolvimento.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de Outubro de 2003, dá instruções sobre o combate ao crime organizado, referindo de maneira semelhante o que a Convenção de Palermo dispõe sobre o confisco⁷⁵.

A Decisão-quadro 2005/212/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de Fevereiro de 2005, é mais um diploma que vai no sentido de admitir um confisco ampliado do lucro ilícito, decretado na sequência de uma condenação⁷⁶.

⁷⁵ O artigo 12º da Convenção de Palermo e o artigo 31º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção dispõem: “os Estados aderentes devem, de acordo com o seu ordenamento jurídico interno, adoptar medidas necessárias que permitam o confisco de produtos das infracções ou bens cujo valor corresponda a esse produto, e de bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados para a prática do crime. (...) Quando o produto do crime tiver sido convertido total ou parcialmente em outro bem, tiver sido misturado a bens ilícitos ou derivar da obtenção de receitas ou outros benefícios ou transformado em outros bens, esse produto poderá ser objecto das medidas acima mencionadas e poderão ser confiscados até ao valor calculado do produto”.

⁷⁶ O nº 2 do artigo 3º desta Decisão-Quadro prevê a aplicação da medida, quando estiver apurado que o valor dos bens do condenado é desproporcionado em relação aos seus rendimentos lícitos e quando «um tribunal nacional estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da actividade criminosa da pessoa condenada».

Esta Decisão-quadro aponta, como vimos, o lucro como principal motivação da criminalidade organizada e o branqueamento de capitais como o seu principal condutor, define os meios de prevenção e combate à criminalidade através da detecção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime e reforça a ideia de que cabe ao infractor fazer prova da origem legítima dos alegados produtos do crime e demais bens susceptíveis de perda, sempre em conformidade com os princípios do direito interno de cada Estado-membro.

O confisco na Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro

Em Portugal, foi elaborada a Lei nº 5/2002⁷⁷ com o propósito de estabelecer novas medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, entre elas, a perda de bens a favor do estado⁷⁸.

De acordo com esta Lei, entende-se por património do arguido todos os bens que, no momento da constituição como arguido, estejam na sua titularidade ou que ele tenha domínio, e os que tenham sido transferidos (a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória) ou recebidos pelo arguido nos últimos cinco anos antes da sua constituição como arguido, enfim, quaisquer bens de que ele tenha obtido benefício ou vantagem⁷⁹.

⁷⁷ Esta Lei veio introduzir no ordenamento jurídico regras especiais de obtenção de prova, quebra de sigilo profissional e perda de bens em matéria de criminalidade económico-financeira. Segundo Damião da Cunha, a Lei nº 5/2002 apresenta dois pontos de vista, um substantivo e outro processual. O primeiro refere-se ao facto de ser uma medida que visa reprimir vantagens presumidas de uma actividade criminosa, fulcrada na porção incongruente entre o rendimento lícito declarado pelo arguido e o seu real património. O segundo tem que ver com uma inversão do ónus da prova, segundo a qual caberá ao arguido demonstrar a origem lícita do seu património, verificando-se, assim, uma presunção de ilicitude que deverá ser ilidida através de comprovação pelo arguido (Perda de bens a favor do Estado – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-financeira, Coimbra, 2002 p.8).

⁷⁸ De acordo com Jorge Godinho – “Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, p. 1356, e Damião da Cunha - Perda de Bens a favor do Estado. Artigos 7º a 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, vol. III, 2009, p. 138, a expressão “perda de bens” não é a mais adequada para se referir o instrumento utilizado para impedir que os criminosos beneficiem dos lucros obtidos com o crime. Na opinião destes Autores a terminologia mais adequada seria “confisco alargado”, uma vez que a incidência da perda pode recair sobre valores e não necessariamente sobre bens. Por outro lado, também porque a perda pode incidir sobre bens que não se provou que resultassem da prática do crime pelo qual o arguido foi condenado.

⁷⁹ De acordo com o artigo 7º da Lei nº 5/2002.

As finalidades do confisco consistem em combater o lucro ilícito e garantir a indisponibilidade dos bens ilicitamente adquiridos ou utilizados pelos criminosos para a prática dos crimes.

No entanto, o confisco é uma medida que visa uma criminalidade específica, não sendo aplicada a quaisquer crimes. A aplicação desta medida exige a existência de uma prévia condenação com sentença transitada em julgado, por algum dos crimes do catálogo do artigo 1º da Lei nº 5/2002.

Entre o conjunto de crimes que o legislador considerou relevante incluir no referido catálogo, destacam-se os crimes de branqueamento, associação criminosa e contrabando, previstos, respectivamente, nas alíneas e), f) e g).

A condenação pela prática de um crime sob a forma organizada lança a suspeita ou torna razoável a suposição de que os sinais exteriores de riqueza manifestados pelo arguido provêm da actividade criminosa em cujo quadro o crime foi cometido. A associação entre aqueles sinais e a intencionalidade lucrativa, própria da criminalidade organizada, alimenta esta suposição.

O confisco de bens cumpre a finalidade político-criminal de reforçar na consciência colectiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o património obtido de forma criminosa organizada seja utilizado para cometer novos crimes ou para ser investido na economia legal, tendo, deste modo, natureza penal⁸⁰.

A Lei nº 5/2002 não prevê a extensão do confisco ao património da própria organização criminosa, constituindo uma falha politico-criminal grave⁸¹.

⁸⁰ Figueiredo Dias afirma que o confisco não é uma verdadeira pena, tendo por base a figura do efeito da pena cujo traço distintivo principal é a filiação em exigências de prevenção e não em exigências de culpa - *Direito Penal Português Parte Geral II*, parágrafos 85 e 227 e ss. Para Silva Dias o confisco, na medida em que pressupõe uma condenação, é um efeito patrimonial, não automático, da pena, ob. cit. p. 39. Jorge Fernandes Godinho caracteriza o confisco como uma reacção análoga a uma medida de segurança - *Brandos Costumes? O confisco*, p. 1349. Damião da Cunha entende por confisco uma sanção administrativa, de carácter não penal, prejudicada por uma anterior condenação penal - *Perda de bens a favor do Estado*, pp. 134 e 150. Pedro Caeiro afirma que o confisco não é seguramente uma pena porque não é limitada por considerações de culpa, nem um efeito da pena porque a sua causa não é um facto punível mas sim um património incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes. Este Autor acompanha Damião da Cunha divergindo apenas na caracterização, não como sanção, mas como uma medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal - *Sentido e função do Instituto da Perda de Vantagens*, RPCC 21, Coimbra Editora, p. 311.

⁸¹ Na opinião de Augusto Silva Dias, ob. cit., p 44.

Por outro lado, o confisco terá difícil aplicação quando, por vezes, seja impossível provar a origem lícita dos bens e quais os bens que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos, no momento da constituição como arguido⁸²

.Compete à acusação provar a desproporção entre o património ostentado e o rendimento lícitamente obtido pelo arguido, cabendo a este, por seu lado, ilidir a suspeita de que essa incongruência patrimonial se funda na actividade criminosa organizada. É essa incongruência que constitui a base da presunção e do ónus da prova invertido⁸³.

Assim, o confisco ampliado assenta numa presunção de ilicitude e numa inversão do ónus da prova.

Por um lado, a presunção, porém, não recai sobre todo o património do arguido, mas apenas naquela porção em que os rendimentos lícitos declarados pelo arguido sejam desproporcionais ao valor real do seu património.

Por outro, o legislador aponta que o arguido “pode” provar a licitude da origem dos seus bens, mas na prática traduz-se numa obrigatoriedade, resultando numa inversão do ónus da prova.

A própria exposição de motivos (proposta de Lei nº 94/VIII que resultou na Lei nº 5/2002) defende existir tal inversão, na medida em que, na ocorrência desses crimes, é tarefa muito difícil, onerosa e quase sempre frustrada, para o Estado encontrar ou determinar os produtos e proveitos do crime obtidos pelas organizações criminosas, pois, na maioria das vezes, esses bens foram entretanto camuflados em lícitos ou transformados e incorporados a outros.

Assim, a questão da presunção de culpa não é pura especulação e tem mesmo assento, ainda que limitado, no sistema processual penal português.

No entanto, segundo a Lei nº 5/2002, o confisco tem como pressuposto a condenação do arguido por um crime do catálogo, cometido sob forma organizada. Deste modo, o confisco ampliado escapa às críticas a que vimos estar sujeita a incriminação directa do enriquecimento injustificado.

⁸² Segundo Germano Marques da Silva, in Meios expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?), p. 22.

⁸³ Segundo Augusto Silva Dias a liquidação dirigida pelo Ministério Público possui três operações: levantamento de todo o património actual e adquirido nos últimos cinco anos; apuramento do rendimento lícito; diferença entre um e outro. Ob. cit. p. 39. Por seu turno, Damião da Cunha afirma que a presunção de ilicitude patrimonial recai sobre «todo o património», ob. cit. pp. 137, 143 e 148.

Na incriminação do enriquecimento injustificado a não infirmação pelo arguido da suspeita de proveniência ilícita do património constitui a confirmação da culpa e, portanto, o fundamento da punição.

Enquanto no confisco, essa não infirmação é apenas pressuposto de um efeito da pena, nenhuma relação mantendo com a culpa.

Deste modo, a presunção da ilicitude dos lucros e a incapacidade para a ilidir, que compõem o confisco, não atingem o núcleo essencial da presunção de inocência e dos seus corolários⁸⁴.

O princípio da presunção de inocência é discutido quando abordado o confisco, porque há autores⁸⁵ que defendem que a inversão do ónus da prova gera uma presunção de culpa antecipada, que por sua vez viola o direito e o processo penal.

No entanto, como vimos, para proceder ao confisco, é necessária uma prévia condenação penal, a qual, por si só, já é considerada motivo suficiente para não violar a presunção de inocência, uma vez que somente após tal condenação é que se afirma a culpa do indivíduo⁸⁶.

A doutrina que defende não haver violação do princípio da presunção de inocência admite, porém, que este princípio tenha de ser necessariamente comprimido.

Porém, considera que tal compressão não viola a CRP, não só porque colhe fundamento na necessidade de combater o lucro ilícito em formas graves de criminalidade, altamente lesivas de bens jurídicos e corrosivas da coesão social, mas também porque não incide sobre aspectos que influenciam ou fundamentam a condenação e a aplicação da pena.

A presunção que cria para o arguido um ónus da prova não é uma presunção de culpa, não é uma presunção de que o arguido é culpado da prática do crime, que é objecto do processo, ou da prática de outros crimes difíceis de provar.

⁸⁴ Augusto Silva Dias, Ob. Cit, p. 40.

⁸⁵ Na opinião de Jorge Godinho, em “Brandos costumes? O confisco penal”, p. 1359.

⁸⁶ Embora a medida seja decretada numa altura em que a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, Silva Dias defende que a aplicação do confisco na sentença condenatória tem em vista estender o direito ao recurso a este efeito da pena, o que não sucederia se essa aplicação tivesse lugar após o trânsito em julgado, in ibidem, p. 40.

A presunção que existe é a de que a diferença estimada entre o património que o arguido ostenta e os seus rendimentos lícitos provém da actividade da organização criminosa em cujo âmbito o crime pelo qual o arguido é condenado foi praticado.

Esta presunção traz implícito, apenas e só, que aquela diferença patrimonial tem origem em negócios e transacções ocorridos no quadro da actividade criminosa organizada⁸⁷.

Existe, ainda, quem considere o confisco um incidente processual autónomo, de natureza civil ou «administrativo-fiscal», a empreender após o trânsito em julgado de sentença condenatória⁸⁸.

Mas, perante tal consideração, a figura do confisco perderia a ligação ao crime e ao contexto organizado em que este foi praticado e, portanto, a natureza penal.

Por outro lado, suscitaria, ainda, uma série de problemas de difícil resolução como o de saber quais as garantias do condenado em tal procedimento⁸⁹.

Porém, mesmo aqueles que caracterizam o confisco alargado como uma medida de natureza materialmente administrativa, aplicada por ocasião de um processo penal, consideram que este instituto não viola a presunção de inocência. Não porque integre um momento atinente à determinação da pena de um condenado, mas porque não se trata da imputação de crimes.

Ou seja, segundo esta doutrina, trata-se da determinação e confisco de um património com origem ilícita provada (através de uma presunção), que o legislador quis restringir às vantagens provenientes de actividade criminosa.

⁸⁷ Doutrina defendida por Augusto Silva Dias, ob. cit. p. 41, que defende ser a todos os títulos preferível que o confisco seja objecto de um incidente processual enxertado, correndo paralelamente ao processo penal e que seja decretado na sentença condenatória.

⁸⁸ No entender de Lourenço Martins (Luta contra o tráfico de droga – Necessidades de investigação e sistema garantístico, in RMP, ano 28, 2007, nº 111, p. 50) e Damião da Cunha (Perda de bens a favor do Estado, p. 150).

⁸⁹ Segundo Augusto Silva Dias, “o sistema constitucional de garantias afectas ao processo penal, designadamente a presunção de inocência, não suporta uma espécie de «burla de etiquetas» que consiste em relegar para formas de processo não penal, medidas de carácter punitivo que cumprem finalidades de prevenção geral positiva próprias do sistema penal”, in ibidem, p. 41.

Segundo esta doutrina, não se visa aqui impor ao condenado uma reacção penal, mas sim privá-lo, através de uma medida administrativa, daquilo que adquiriu ilicitamente⁹⁰.

Por outro lado, a configuração da perda alargada no direito vigente parece não violar o princípio da proporcionalidade.

A presunção legal é legitimada por três bases sólidas (a condenação por um crime do catálogo, o domínio sobre um património incongruente e a actividade criminosa idêntica ou contígua ao crime sub judice) em que assenta, cuja prova permite razoavelmente inferir a origem criminosa dos bens, sendo que o condenado preserva o direito de ilidir essa presunção.

Nos casos em que se verifiquem os pressupostos gerais do procedimento penal relativamente a certa actividade criminosa, sob pena de se cair nos inconvenientes apontados, de seguida, aos procedimentos *in rem*, o Ministério Público tem a obrigação legal de instaurá-lo, não podendo optar por não investigar e acusar essa actividade, para assim, numa clara inversão de prioridades, beneficiar de um estalão de prova menos exigente e da presunção de proveniência no processo de perda alargada.

Assim, a instituição de procedimentos *in rem*, ou sobre a coisa, para obter o confisco de bens de cuja origem ilícita (não necessariamente criminosa) se suspeita não é ilegítima no seu princípio⁹¹.

Uma vez ultrapassados excessos verificados no passado, podem conceber-se procedimentos legítimos, que não visam imputar a responsabilidade pela prática de crimes a uma pessoa, mas fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida.

Na verdade, o respeito pelos princípios e garantias vigentes no direito penal não impede que o Estado possa provar em procedimento adequado, com vista ao decretamento do confisco, que o detentor de certos bens ou valores os obteve ilicitamente, pouco importando se a forma ilícita de tal obtenção constitui um ilícito criminal.

⁹⁰ Doutrina perfilhada por Duarte Nunes, J. Conde Correia e Pedro Caeiro, v.g. RPCC nº 21, p. 320.

⁹¹ Não terá sido legítima, em certos modelos, como o que vigorou nos Estados Unidos antes da entrada em vigor da CAFRA (25 de Abril de 2000) onde os indícios que serviam para a instauração da acção penal constituíam causa bastante para o confisco. A ilegitimidade resultaria da imposição de um dever geral de justificação da proveniência do património, frontalmente contrário ao princípio liberal do Estado.

Isto é, o respeito pela presunção de inocência não implica que só se possa eliminar certa posição patrimonial ilegítima obtida, através de um crime lançando mão do direito e do processo penal.

Sucedem que tal solução seria inconveniente, porque, na prática, tais procedimentos são construídos e mobilizados como um sucedâneo dos mecanismos penais, adivinhando-se a produção de graves disfunções⁹².

Por um lado, os procedimentos *in rem* podem criar graves conflitos entre o interesse na recuperação de activos e o interesse na administração da justiça penal, especialmente quando se encontrem confiados aos mesmos órgãos e agências do Estado⁹³.

Por outro lado, os procedimentos *in rem* para o confisco de bens de origem ilícita não conseguem libertar-se da sombra jurídico-penal que constantemente os prossegue, e deixam a indelével impressão de expedientes manobrados pelo Estado para subverter os princípios e mecanismos do direito penal.

Na verdade, cada vez que procuramos afastá-los do direito penal deparamos com uma acção pública que viola as garantias constitucionais, uma medida que contradiz a sua intencionalidade, um processo onde abundam os limites à investigação, uma indesejável concorrência com a acção penal.

⁹² Desde logo, se desligarmos estes procedimentos da prática de crimes e da prevenção criminal, não é fácil descortinar um fundamento sólido onde escorar a acção estatal. O que significa que, na prática, os procedimentos *in rem* se fundariam exclusivamente na prática de crimes. Depois, a coerência do instituto com o seu princípio de inexistência de uma intencionalidade punitiva obrigaria a limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida, desiderato que é alheio à lógica de um procedimento *in rem* e que exige, para calcular essa vantagem líquida, o estabelecimento de uma ligação de pertinência entre a coisa e um património (implicando a referência a um sujeito de direito que se quis evitar). Por outro lado, embora a hibridez dos mecanismos de confisco não fundados na prova concreta de um crime pareça inevitável, a duplicidade daí resultante não pode funcionar perversamente contra as garantias individuais, sob pena de estaremos perante uma verdadeira “burla de etiquetas”, incompatível com um princípio de justiça subjacente a todos os procedimentos que afectam direitos e pretensões individuais e com a própria ideia de Estado de Direito. Assim, Pedro Caeiro, in “Sentido e Função do Instituto...” Revista Portuguesa de Ciência Criminal 21 (2011), p. 293. Como Pedro Caeiro, também Jorge Carlos Fonseca usa a expressão “burla de etiquetas”, in “O crime de lavagem de capitais: uma perspectiva dogmática e de política criminal, em especial a partir da experiência legislativa cabo-verdiana, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina 2010, p. 290.

⁹³ Com efeito, não sendo claros, à partida, quais os efeitos que a decisão da questão penal pode ter sobre a pretensão civil, não está excluído que as agências formais de controlo considerem preferível atacar o lucro suspeito através do procedimento civil, mais atraente no plano da prova, em vez de procurarem a condenação dos agentes dos crimes que o geraram, sobretudo quando aquelas estruturas se vão tornando financeiramente dependentes dos activos recuperados, como sucede por exemplo nos Estados Unidos, onde se fala de “addiction to the drug war” e “policing for profit”.

No caso português, quando os procedimentos *in rem* são autónomos do direito penal, o Ministério Público fica dividido entre a obediência aos princípios da legalidade (processual) e da objectividade (que regem a sua actuação como titular da acção penal), e o interesse na oportunidade de uma reversão de activos ilegítimamente detidos por particulares.

Deste modo, existe um forte risco de os procedimentos *in rem* acabarem por incorporar várias das características do direito e do processo penal, excepto aquelas que visam proteger as garantias individuais.

Assim, os procedimentos *in rem*, quando sejam autónomos do direito penal, serão provavelmente inúteis e até perniciosos. Quando não sejam autónomos do direito penal, constituem atalhos para o Estado impor, como titular do *ius puniendi*, medidas com finalidades preventivas num “quase processo penal”, subtraindo a acção pública às garantias constitucionalmente previstas⁹⁴.

No entanto, somos da opinião que a perda alargada, constante no regime da Lei nº 5/2002, ao contrário da criminalização directa e autónoma do enriquecimento injustificado e da sua criminalização indirecta, através de uma interpretação do crime de branqueamento de capitais, apresenta-se como medida potencialmente eficaz no combate ao enriquecimento injustificado.

⁹⁴ Na opinião de Pedro Caeiro - “Sentido e função do instituto da perda de vantagens”, RPCC 21, p. 296.

VII - Incriminação do enriquecimento ilícito - problemática da incriminação

A discussão sobre a incriminação do enriquecimento ilícito divide opiniões entre os juristas, formando-se grupos a favor da incriminação, outros contra, invocando-se razões de política criminal e confrontando-se argumentos dogmáticos.

A dificuldade do consenso aparenta residir na forma de tutelar o bem jurídico por meio de uma incriminação que respeite os princípios de direito penal de um Estado de Direito Democrático.

A crítica mais comum à incriminação do chamado «enriquecimento ilícito» prende-se com, a ideia de que se pretende, a punição indirecta de factos ilícitos geradores do enriquecimento, através da consagração de uma presunção de ilicitude, só ilidível mediante a prova da licitude dos factos geradores do enriquecimento. Assim, a incriminação seria determinada pela dificuldade de investigação e prova dos factos ilícitos geradores do enriquecimento e seria estruturada como incriminação sucedânea de um qualquer ilícito subjacente⁹⁵.

Desta ideia nasce a crítica sobre a sua inconstitucionalidade por violação dos princípios da legalidade, do direito penal do facto e da culpa, por um lado, da presunção de inocência e inversão do ónus da prova, por outro.

A incriminação do enriquecimento ilícito não pode resultar simplesmente de mera presunção de ilicitude, a partir da verificação de um enriquecimento desproporcionado aos rendimentos conhecidos provenientes da actividade conhecida do enriquecido. Se assim fosse, teríamos efectivamente um ónus de prova para o suspeito, que teria de provar a licitude do seu enriquecimento.

A prova do risco de proveniência criminosa do património ou modo de vida do suspeito traduz-se, no fundo, na prova da impossibilidade de um e outro resultarem da prática de crimes, prova essa que encontra arrimo em presunções, as quais, por sua vez, serão confirmadas se não forem ilididas pelo arguido.

⁹⁵ Germano Marques da Silva - Homenagem de Viseu a Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 50.

Assim, o fundamento da condenação reside, pois, na combinação da presunção de proveniência criminosa dos ganhos e da incapacidade ou dificuldade de o arguido a ilidir, convencendo o tribunal de que tais ganhos provêm afinal de actividades lícitas⁹⁶.

A incriminação deve ser típica, respeitar a factos imputáveis ao enriquecido, deve ser sujeita ao juízo de culpa e necessária para salvaguarda de bens jurídicos.

A necessidade da incriminação é sobretudo um juízo político, de política criminal e tem sido preconizada sobretudo perante a dificuldade de combater a corrupção e outras actividades criminosas de grande relevância social.

Assim, não parece ilegítima a incriminação de comportamentos que podem contribuir significativamente para violar o bem jurídico tutelado ou dificultar a sua perseguição criminal.

São por demais conhecidas as dificuldades do combate à corrupção, aos tráficos e às fraudes, não obstante os sinais exteriores de riqueza constituírem, frequentemente, indícios muito fortes de que as fontes dessa riqueza são ilícitas ou não justificadas.

Com efeito, só pode falar-se de enriquecimento ilícito, de proveniência ilícita, quando se conhece a respectiva fonte do enriquecimento (corrupção, tráfico de influência, etc.).

Como o que está aqui em causa é o enriquecimento cuja origem se ignora, é mais acertado falar-se em enriquecimento injustificado⁹⁷.

⁹⁶ Trata-se de um fundamento que viola, além da presunção da inocência, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Porque basta que o arguido se cale, fazendo uso normal do direito ao silêncio para que seja punido. Este é um princípio estruturante do processo penal que tem como corolários: o direito ao silêncio e o direito a não facultar provas autoincriminatórias. Apesar de este princípio não ter consagração expressa na CRP, é tido unanimemente pela doutrina como um princípio de natureza constitucional. Este direito, contudo, não é absoluto, conhecendo limitações no que toca à identificação pessoal do arguido e aos seus antecedentes criminais (artigo 61º nº 3 alínea b) do Código de Processo Penal). No primeiro interrogatório judicial, o arguido é obrigado a responder com verdade quanto a estas duas matérias (artigo 141º nº 3 do Código de Processo Penal), e na fase do julgamento é obrigado a responder com verdade apenas acerca da sua identificação (artigo 342º do Código de Processo Penal). O Tribunal Constitucional considerou que a excepção que constava do nº 2 do artigo 342º, que obrigava o arguido a revelar, no início da audiência de julgamento, os seus antecedentes criminais, era inconstitucional porque violava a presunção de inocência, dando razão a Maria Fernanda Palma. O núcleo clássico do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* corresponde ao direito ao silêncio, no entanto, inclui qualquer contributo involuntário do suspeito para alimentar uma pretensão punitiva contra si próprio.

⁹⁷ Assim, Pedro Caeiro - Enriquecimento ilícito: tapar o sol com más peneiras, in *Jornal O Público*, 10-01-2010, p. 35.

O crime de enriquecimento injustificado consiste na mera observação da existência de património de cuja origem lícita se duvida ou, dito de outra forma, de cuja origem ilícita se suspeita.

Daí que alguns prefiram a designação de enriquecimento injustificado, ou até, enriquecimento não justificado ou não declarado⁹⁸.

Estamos perante uma situação ou estado em que o arguido é encontrado, qual seja, a posse de bens de origem não explicada.

A reacção penal fundamenta-se apenas na suspeita da prática de outros crimes, de que o património superior ao declarado será um indício.

Assim sendo, um crime de enriquecimento injustificado estruturado desta forma, conflitua com uma trave mestra dos sistemas penais actuais, adquirida como resultado de uma longa evolução histórica, a noção de «direito penal do facto».

Trata-se de um conceito fundamental do direito penal que representa a superação ou rejeição de um paradigma de direito penal do agente ou do autor⁹⁹.

Se a incriminação se funda na suspeita de que a desproporção patrimonial resulta da prática de crimes, a sua previsão não pode deixar de ser vista como a consagração de um princípio de oportunidade.

Uma vez que o princípio da legalidade ou obrigatoriedade da acção penal impõe a investigação do crime ou crimes cuja prática se suspeita, uma incriminação do enriquecimento injustificado, que confira ao Ministério Público a faculdade de investigar e perseguir o suspeito por aquilo que fez ou por aquilo que tem, traduz um cenário de oportunidade dificilmente sustentável perante o artigo 219º nº 1 da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁸ Como aspecto relevante no combate à criminalidade organizada, assiste-se no Direito Comunitário e nos Direitos dos Estados Europeus à tendência para o lucro exceder os proventos extraídos da prática do crime e abranger toda a vantagem económica que se estima obtida através da actividade criminosa do autor. Neste contexto, os ganhos estimados reportam-se à globalidade da actividade criminosa e não directamente a um crime ou a crimes determinados. Exemplo disso é o conceito de produto avançado pela Decisão-quadro 2005/212 JAI: «qualquer vantagem económica resultante de infracções penais».

⁹⁹ Nas palavras de Figueiredo Dias, “princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o direito penal é direito penal do facto, não direito penal do agente”. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 236 ss.

Por outro lado, a própria CRP veda a criação de crimes de mera suspeita¹⁰⁰.

A incriminação de situações de suspeita ou de presunção de ilicitude de certa conduta carece de um laivo mínimo de danosidade que a justifique à luz do princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18º nº 2 da Constituição¹⁰¹.

Os tipos penais devem ser previstos expressamente pela lei mediante fórmulas precisas e unívocas, e não podem consistir em qualidades ou condições pessoais do agente, mas sim em factos ou comportamentos externos empiricamente susceptíveis de observação e prova¹⁰².

No entanto, não se pode esquecer que a lei penal deve ser o último instrumento de defesa dos bens jurídicos, só deve intervir para a defesa daqueles que tenham especial relevância e, mesmo assim, quando outras medidas não se mostrem suficientes para a sua protecção.

A pena é a “última ratio da política social”, sendo a sua missão a protecção subsidiária de bens jurídicos¹⁰³.

¹⁰⁰ Os crimes de mera suspeita baseiam-se, apenas, numa situação ou estado em que o arguido é encontrado, qual seja, a posse de bens de origem não explicada. A reacção penal fundamenta-se apenas na suspeita da prática de outros crimes, de que o património superior ao declarado será um indício. Não estamos perante uma acção nem uma omissão, mas perante uma mera constatação da existência de património superior ao declarado. Trata-se de um tipo penal que não visa reagir contra a prática de uma concreta violação de um bem jurídico, taxativamente pré-determinada pela lei nos seus elementos objectivos e subjectivos, e empiricamente verificável através de procedimentos probatórios. É, neste sentido, uma reacção penal sem facto ou uma reacção penal de suspeita. Estamos, deste modo, perante um tipo penal que identifica um tipo de agente suspeito de modo meramente indiciário. Nos crimes desta índole, que se limitam a definir um *status*, conhecidos e caracterizados pela doutrina como crimes de mera suspeita, de posição ou sem conduta, o facto descrito pela lei como crime é um mero estatuto, uma mera observação ou constatação relativa a um agente que, por si só, não representa um ataque a qualquer bem jurídico. Assim, os crimes de suspeita caracterizam-se por serem destituídos de conduta, dado que o agente não pratica nem uma acção nem uma omissão, sendo punido apenas por ser encontrado em certa «posição».

¹⁰¹ Na opinião de Augusto Silva Dias, esse mínimo de danosidade só pode assentar na falta de justificação para a incongruência patrimonial, pois só a partir desta omissão do arguido há base para fundar a suspeita sobre a proveniência ilícita da sua situação patrimonial. O problema é que um tal fundamento inverte o ónus da prova, fazendo-o recair sobre o agente, pois o ilícito-típico passa a consistir na não justificação ou na justificação não convincente da incongruência patrimonial. Embora por esta via já seja perceptível uma certa danosidade do comportamento (a perigosidade decorrente da fundada suspeita), a punibilidade estriba-se no sacrifício do princípio da presunção da inocência. In *Criminalidade Organizada e Combate ao lucro ilícito*, 2º Congresso de Investigação Criminal, p. 34.

¹⁰² Assim, Luigi Ferrajoli, *Derecho e razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 708.

¹⁰³ Claus Roxin, in *Derecho Penal, Parte General*, I, Civitas, 1997, p. 65.

VII A - Dever de declaração

Os sinais exteriores, que revelam uma situação de riqueza desproporcionada aos rendimentos normais da actividade conhecida do seu titular, são causa de descrédito das instituições, donde resulta a anarquia, o desalento dos que cumprem, o estímulo à evasão, à fraude, ao crime em geral.

Perante esta convicção, é criminalmente admissível que o legislador, visando a protecção de bens jurídicos necessitados de tutela, imponha deveres de transparência aos cidadãos, cuja violação seja punível criminalmente, respeitadas que forem as exigências comuns da punibilidade de condutas.

Ainda que partindo do pressuposto de que muitos casos de enriquecimento têm como sua causa a prática de factos ilícitos, a ideia fundamental subjacente à incriminação do enriquecimento ilícito é a falta de transparência sobre as causas do enriquecimento, traduzida na omissão de um dever de as comunicar com verdade¹⁰⁴.

Donde resulta que a causa do enriquecimento pode ser lícita, mas verificar-se a violação do dever de comunicação dos factos geradores do acréscimo patrimonial, como frequentemente sucede na fraude fiscal.

Em ordem a prevenir a prática de determinados crimes, é admissível a imposição do dever de declaração e, em certas circunstâncias incriminar a falta de declaração, ou seja, a falta da justificação do enriquecimento, a violação do dever de transparência, essencial numa sociedade livre, democrática.

A problemática da incriminação deve incidir, assim, na legitimidade da imposição deste dever, com carácter geral ou específico¹⁰⁵.

Existindo o dever de declaração, a constatação da circunstância da situação de riqueza desproporcionada aos rendimentos declarados de origem lícita, isto é, justificados, permite concluir por comportamento injustificado ou ilícito, ou só na declaração, ou também no enriquecimento.

¹⁰⁴ Trata-se de um enriquecimento não justificado ou não declarado, ilícito ou não, não sendo essencial a denominação, tanto mais que a incriminação não necessita de ser estruturada como sucedânea de um qualquer ilícito subjacente, mas como uma forma derivada de outras incriminações tendentes ao mesmo fim, pela via da imposição de um dever geral de transparência, de comunicação de todos os factos geradores do enriquecimento, em ordem a prevenir a prática de determinados factos ilícitos. Germano Marques da Silva – Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 52.

¹⁰⁵ Na opinião de Germano Marques da Silva, in *ibidem*, p. 52.

Portanto, não se trata de punir os factos ilícitos geradores de enriquecimento, factos que serão ou poderão ser sempre puníveis autonomamente, já que o crime de enriquecimento injustificado ou ilícito não é sucedâneo dos crimes subjacentes ao enriquecimento.

É a falta de comunicação do rendimento, a violação do dever de o comunicar, que é incriminada, embora conjugada com uma situação patrimonial desproporcionada aos rendimentos de origem lícita conhecidos ou declarados.

O crime de enriquecimento, assim configurado, não consiste no simples facto de enriquecer, mas no incumprimento do dever de declarar a fonte do enriquecimento lícito. Ninguém será castigado simplesmente por ter enriquecido, o enriquecimento não é ilícito.

O castigo tem como causa o facto de alguém ter enriquecido por não ter cumprido o dever de comunicar esse enriquecimento.

Logo, a incriminação não visa punir factos ilícitos geradores do enriquecimento desproporcionado aos rendimentos obtidos pelo desempenho de determinado cargo ou função.

Não se trata de impedir o enriquecimento, mas tão-só que o enriquecimento obedeça a procedimentos normais e que seja transparente para o controlo público da riqueza.

Este dever prévio de transparência que obriga o cidadão a declarar os seus bens e a fonte dos seus rendimentos, existe já para os titulares de cargos políticos e equiparados, mas num Estado moderno, num Estado Social de Direito, não repugna que também o cidadão comum tenha o dever de os declarar¹⁰⁶.

Assim, porque este dever é o sinalagma do Estado relativamente a prestações sociais, nada parece impedir de responsabilizar penalmente também os particulares, se não cumprirem esse dever.

No que respeita aos titulares de cargos públicos, a riqueza injustificada por parte de qualquer dos obrigados à declaração, transporta consigo e exhibe perante o cidadão a suspeita sobre a imparcialidade da Administração.

¹⁰⁶ O dever genérico traduz-se nas declarações de IRS e IRC. Todos os rendimentos de proveniência lícita, sujeitos ou não a imposto, devem ser declarados e a omissão dolosa dos rendimentos, sujeitos a imposto, constitui fraude fiscal, nos termos do disposto no Regime Geral das Infracções Tributárias.

A forma de contrariar esta realidade é impor o dever de transparência que permita nos termos da lei verificar, através da declaração, a proveniência lícita do património.

Quando a verificação, ao invés de esclarecer, reforça a suspeita de estarmos perante o enriquecimento ilícito, por se constatar que o património é anormalmente superior ao declarado, o prestígio da Administração sofre um sério revés.

É aqui que reside a legitimidade da intervenção penal, tendente a contrariar a violação do dever de transparência e, assim, poupar o prestígio da Administração.

Não se pense, porém, que a incriminação do enriquecimento ilícito funciona como um sucedâneo do crime de corrupção, como uma espécie de medida no sentido de punir as suspeitas de corrupção, quando as certezas, por via da prova, não forem obtidas.

A violação do dever de transparência tem um desvalor próprio e autónomo justificador, só por si, da intervenção penal.

Isso não significa que, em muitos casos, o património suspeito não tenha origem criminosa, particularmente corrupção¹⁰⁷.

A criminalização da posse de riqueza injustificada é, assim, um mecanismo preventivo da própria corrupção, no entanto, tem uma dimensão mais transversal a toda a actividade político-administrativa, permitindo às instituições que nisso tenham interesse legítimo, o escrutínio daqueles que merecem a confiança da comunidade para a prossecução do interesse público.

No entanto, uma solução que passe pela criação de um tipo de crime de enriquecimento injustificado que não seja compatível com os princípios de Direito Penal e Processual Penal de um Estado de Direito Democrático será totalmente de rejeitar.

Que a incriminação tem de ser típica não merece discussão, pois estamos perante uma imposição da Constituição e da lei ordinária.

¹⁰⁷ Todavia, em situações porventura não menos frequentes, terá proveniência ilícita não criminosa, como por exemplo em resultado do exercício de funções ou actividades em violação do regime de incompatibilidades, sem autorização ou através de terceiros.

Mas, para respeitar o princípio da legalidade, a incriminação deve prever factos, sejam acções ou omissões¹⁰⁸, e não apenas estados ou situações. Ninguém pode ser incriminado pelo simples facto de ser rico.

Por isso, a incriminação deve assentar em factos imputados ao agente, em factos que sejam necessariamente culposos, de preferência intencionais, conforme o disposto no artigo 20º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

A estrutura do tipo incriminador deve, assim, ter por base um dever de declarar os factos geradores de riqueza, e torna-se legítima a imposição desse dever não só a alguns titulares de certas funções mais propícias a facilitarem enriquecimentos ilícitos, mas também, a todos os que usufruam rendimentos.

Assim, o tipo legal objectivo do enriquecimento ilícito terá como seus elementos essenciais: a omissão da declaração obrigatória de rendimentos e a situação circunstancial de enriquecimento desconforme com os rendimentos declarados.

No que respeita à culpa do titular do património enriquecido e não declarado, cumpre ao Ministério Público a prova de que há um enriquecimento, desconforme à declaração devida, de que a falta de declaração foi intencional e de que o agente conhecia a ilicitude da falta de declaração e, portanto, do seu enriquecimento, tudo nos termos gerais do direito processual penal.

Justifica-se que da norma incriminadora conste uma condição objectiva de punibilidade, constituída em favor do suspeito, dada a gravidade e circunstâncias especiais da infracção¹⁰⁹.

Nesta construção do tipo, a não justificação do enriquecimento não é elemento constitutivo do crime.

A falta de justificação da titularidade dos bens em nada acrescenta à ilicitude. Trata-se de um elemento certificador que actua no exclusivo do suspeito. Ao não fazer essa prova, nada acrescenta aos indícios de ilicitude que já emergem da avaliação da sua situação patrimonial em confronto com a sua declaração de rendimentos.

¹⁰⁸ À luz do artigo 29º, nº1 da CRP e do artigo 1º do Código Penal.

¹⁰⁹ Constatado o enriquecimento, desproporcionado aos rendimentos lícitos conhecidos e a sua desconformidade com a declaração de rendimentos, é prudente que a lei disponha que o Ministério Público ou a autoridade administrativa notifiquem o declaratório e suspeito do crime para, querendo, vir a corrigir a declaração, indicando a fonte lícita dos seus rendimentos anteriormente não declarados.

Logo, não se trata de um crime de simples omissão de declaração do património porque, então, seria também incriminada por enriquecimento ilícito uma falta de enriquecimento não declarada, ou não seria ilícito justificar o acréscimo patrimonial declarando a sua origem ilícita.

Para que não se trate de uma inversão inconstitucional, a cláusula de justificação e a não justificação só podem entender-se como uma regra processual a favor do suspeito, que permite ilidir a condenação perante um raciocínio lógico incriminador.

No plano adjetivo, são de respeitar os princípios fundamentais da presunção de inocência e de proibição de declarar contra si próprio. Como a prova dos factos e da culpa incumbe ao Ministério Público, não há qualquer presunção de culpa.

É o Ministério Público que terá de provar que há um enriquecimento desproporcionado aos rendimentos declarados, que a declaração era falsa, bem como, que esse enriquecimento era conhecido e a falsidade da declaração foi intencional. Construída desta forma a incriminação, não haveria que falar em violação da proibição de declarar contra si próprio.

A incriminação resulta da desconformidade da declaração, com o património enriquecido, e não da falta de declaração pelo arguido de factos ilícitos de sua responsabilidade e que são causa do enriquecimento desproporcionado aos rendimentos declarados.

Deste modo, centrada a incriminação no dever de declaração e punindo-se a falta de declaração quando se comprove que o sujeito tem rendimentos superiores aos declarados é o facto, a não declaração, que será punido.

Assim, sendo já regra nos sistemas que incriminam o enriquecimento ilícito nestes moldes, a punição deste crime deve ser inferior à punição dos crimes de que deriva, na medida em que o efeito preventivo principal resultará, não tanto da pena aplicável, mas da perda (confisco) dos bens não declarados.

VII B - Impossibilidade da incriminação centrada no dever de declaração

Foi usado como argumento que o crime de enriquecimento injustificado não implica qualquer inversão do ónus da prova porque o eixo da ilicitude não reside na falta de explicação para a situação patrimonial ostentada, mas na detecção de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações apresentadas.

A realização do ilícito-típico basta-se, portanto, com a prova da posse, pelo obrigado à declaração, de património ou rendimentos desproporcionados aos das declarações anteriores.

Logo, se o arguido não justificar a proveniência desse património suspeito, nada mais é necessário para a verificação do crime.

Se o arguido apresentar justificação convincente, estará a contribuir para a exclusão da ilicitude do facto.

Considerar que o núcleo do ilícito-típico é constituído pela incongruência entre o património actualmente possuído e património anteriormente declarado, ou seja, pela posse de riqueza inesperada e não revelada publicamente, é de todo inaceitável porque significa erguer o crime sobre bases inconstitucionais¹¹⁰.

A Constituição garante a todos o direito à propriedade privada e, por isso, possuir riqueza, declarada ou não, não pode constituir *qua tale* um facto ilícito seja de que natureza for.

A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da CRP¹¹¹. Ou seja, não pode ser proibido simplesmente ostentar património ou rendimentos superiores ou muito superiores aos constantes de declarações anteriormente entregues.

A principal dificuldade sobre a incriminação do chamado enriquecimento ilícito respeita ao conceito de aumento de património desproporcionado, anormal ou significativo, conforme o qualificativo feito nos vários projecto de lei sobre o tema e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

¹¹⁰ Assim, Augusto Silva Dias em “Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito”, 2º Congresso de Investigação Criminal, p.34.

¹¹¹ De acordo com o artigo 62º n.º1 da CRP.

Um tipo que use qualquer daqueles adjectivos viola o princípio da legalidade, na sua vertente de lei certa. Mesmo que se optasse pelo enriquecimento não declarado, independentemente do quantum desse enriquecimento, uma incriminação que não considerasse o acréscimo anormal do património e abrangesse qualquer excesso para além do declarado não seria com toda a certeza proporcional.

No que respeita à avaliação do património, surge uma dificuldade a ter em conta. Segundo os projectos de lei que defendem esta forma de criminalizar o enriquecimento ilícito, caberia ao Ministério Público a prova do enriquecimento excessivo e de que o enriquecimento não resultou de meio de aquisição lícito.

Assim, enquanto não existir um dever geral de todos os cidadãos declararem o seu património, tal prova por parte do Ministério Público implicaria uma devassa ilegítima e irrazoável ao património dos visados pela declaração. Não só ao património do declarante mas também do seu agregado familiar.

Por outro lado, passando a existir o dever generalizado é provável que essa nova realidade venha a estimular outro tipo de criminalidade, nomeadamente a extorsão e outros crimes contra o património.

A criminalização do enriquecimento ilícito, centrada no dever de declaração de rendimentos, embora possa contornar algumas críticas que lhe são apontadas, relativamente à violação da presunção de inocência e à inversão do ónus da prova, acaba também por ser incompatível com a CRP.

De facto, não existe nenhum bem jurídico concretamente definido que seja posto em causa pelo crime de enriquecimento ilícito. Através desta incriminação, centrada no dever de declaração, o bem jurídico tutelado seria aquele que foi posto em causa por um crime praticado anteriormente, não esclarecido processualmente. Deste modo, a incriminação do enriquecimento ilícito seria uma consequência, um reflexo de outro crime (v.g. fraude fiscal).

Depois, poderia ser pensável fazer um inventário dos bens que cada cidadão possui, mas trata-se claramente de uma solução exagerada e contrária aos princípios do Estado Liberal.

Assim, podemos concluir que mesmo centrada no dever de declaração, aquela forma de criminalização não será possível, na medida em que não são respeitados o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade.

VIII - Impossibilidade de criminalização autónoma do enriquecimento injustificado

Tendo em conta as posições defendidas pela Doutrina, a criminalização do enriquecimento injustificado parece não ser possível no nosso país.

Posição de Augusto Silva Dias

De acordo com este Autor, o fundamento da incriminação do enriquecimento injustificado colide frontalmente com a presunção de inocência e os seus corolários, porque reside na combinação da presunção de proveniência criminosa dos ganhos e da incapacidade ou dificuldade de o arguido a ilidir.

Deste modo, o fundamento da incriminação do enriquecimento ilícito inverte o ónus da prova, fazendo-o recair sobre o agente, pois o ilícito-típico passa a consistir na não justificação ou na justificação não convincente da incongruência patrimonial.

Na sua opinião, considerar que o ilícito-típico é constituído pela incongruência entre património actualmente possuído e património anteriormente declarado, significa erguer o crime sobre bases inconstitucionais, porque a CRP, não só garante a todos o direito à propriedade privada, como veda a criação de crimes de mera suspeita.

Um outro problema que, de acordo com este Autor, se levanta na incriminação do enriquecimento ilícito, prende-se com o facto de a incriminação se fundar na suspeita de que a desproporção patrimonial resulta da prática de crimes.

Segundo o Autor, a previsão desta incriminação consagra um princípio de oportunidade, dificilmente sustentável perante o artigo 219º nº 1 da CRP.

Posição de Germano Marques da Silva

De acordo com esta posição, se o combate à corrupção, aos tráficos e à fraude, é legítimo e se os instrumentos clássicos se mostram insuficientes, parece razoável que se procurem novos instrumentos, pelo que seria considerada legítima a incriminação desse enriquecimento anormal, desde que na formulação do tipo fossem respeitados os princípios fundamentais do nosso sistema jurídico, o que não é fácil e exige muita arte na formulação do tipo¹¹².

Segundo este autor, a questão fundamental não reside, assim, na legitimidade, em teoria, da consagração deste tipo de ilícito, mas por uma parte, da sua formulação em concreto, por outra, da necessidade e conveniência, e finalmente, da sua eficácia.

Para o autor, as principais dificuldades de formulação de um tipo incriminador do enriquecimento ilícito consistem no seguinte:

- o conceito de aumento de património desproporcionado, anormal ou significativo (conforme o qualificativo feito nos vários projectos e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), por configurar um tipo tão aberto, seria inconstitucional por violação do princípio da legalidade, na sua vertente de lei certa;
- a avaliação do património, que pressupõe uma devassa ao património dos visados, antes da declaração (não só ao património do declarante, mas também ao património do seu agregado familiar);
- pelo facto de o enriquecimento ilícito ser um crime autónomo, seria difícil conjugar, este crime com os crimes subjacentes, quando se prove que o enriquecimento teve por causa factos criminosos.

Segundo esta posição, seria mais razoável, mais justo e mais eficaz, que primeiro, em lei tributária, se impusesse a obrigação, a todos os cidadãos, de terem um inventário dos seus bens, com o que se preveniria, não só aquele tipo de crimes, mas muitos outros, nomeadamente a fraude fiscal, que consta ser um mal muito generalizado e certamente não menos grave do que alguns dos crimes indicados no artigo 1º da Lei nº 5/2002 (por exemplo, contrabando).

¹¹² “Seria muito estranho que o crime de enriquecimento ilícito fosse preconizado numa Convenção das Nações Unidas, se a sua consagração nos sistemas jurídicos particulares fosse incompatível com os princípios fundamentais do Direito Penal”. Nas palavras de Germano Marques da Silva - “Homenagem de Viseu a Jorge Figueiredo Dias”, p. 50.

Assim, conclui que não será necessária e conveniente uma nova incriminação com as dificuldades dogmáticas e de eficácia que suscita.

Posição de Pedro Caeiro

Segundo este autor, existe forte probabilidade de a incriminação do enriquecimento ilícito prejudicar a repressão da corrupção.

No seu entender, diversamente do que sugere o nome proposto, nenhum dos projectos incrimina o enriquecimento ilícito, mas sim o enriquecimento cuja origem se ignora. Com efeito, só pode falar-se de enriquecimento ilícito quando se conhece a respectiva fonte (corrupção, tráfico de influência), e, nestes casos, a nova incriminação mostra-se evidentemente desnecessária.

Em primeiro lugar, configurado como um crime de suspeita, o crime de enriquecimento ilícito constitui uma irremissível violação da presunção de inocência, porquanto a punição não decorre daquilo que o agente fez, mas sim daquilo que, salvo prova em contrário, se presume ter ele feito, ou seja, os crimes não esclarecidos geradores do património incongruente.

Esta construção do tipo legal, levada a cabo pelos diferentes projectos, tem suscitado reservas, em virtude de uma pretensa “inversão do ónus da prova”, porque existiria uma presunção implícita de que o património incongruente foi adquirido ilicitamente, cabendo ao arguido provar a origem lícita dos bens.

Acontece que, na prática, será o arguido a tentar provar a origem lícita do património, pois é ele que tem um interesse directo nessa prova e os meios necessários para o fazer. Contudo, não se trata de uma inversão do ónus da prova, pois o processo penal português não é um processo de partes, por conseguinte, nem o Ministério Público, nem a defesa têm o ónus de provar coisa alguma.

Na sua opinião, mesmo não existindo uma inversão do ónus da prova, nem por isso as propostas de criminalização do enriquecimento injustificado deixam de ser passíveis de fortes objecções, tanto do ponto de vista da sua legitimidade, como do da sua eficácia.

Quanto à legitimidade, porque nenhum dos projectos aponta de forma clara e concreta o bem jurídico ofendido por este crime. Segundo o Autor, “a punição do enriquecimento ilícito assemelhar-se-ia a uma espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido”. De acordo com esta posição, “a detenção de um património incongruente com os rendimentos lícitos do detentor, cuja origem se desconhece, constitui um indício da prática de crimes anteriores, que por isso devem ser investigados. Mas, tal detenção, em si mesma, e por mais que provoque a exasperação das instâncias formais de controlo, não ofende bem jurídico algum”.

Quanto à eficácia, porque a incriminação do enriquecimento ilícito envia um péssimo sinal às autoridades judiciais e policiais. Segundo o Autor, se os tribunais levarem a sério as formulações propostas, dificilmente haverá condenações, pois todas exigem a prova de que o património excedente não resulta de meios lícitos.

Por outro lado, na opinião deste Autor, em sentido oposto a Germano Marques da Silva, “um dever geral de revelação da proveniência dos bens detidos por cada cidadão, ou um dever especial do funcionário público, embora se mostrem consistentes com a actual obsessão pela transparência, não são compatíveis com um Estado que se reclama do princípio liberal”.

Assim, conclui que uma norma que preveja um crime de enriquecimento ilícito com uma estrutura deste género será ilegítima, fortemente selectiva, provavelmente ineficaz, e em nada contribuirá para a credibilização da justiça.

Posição de Faria Costa

Este Autor lembra, e bem, que nem o direito internacional, nem o direito europeu, impõem um dever de criminalizar o enriquecimento ilícito.

Quanto ao juízo de inconstitucionalidade das normas penais incriminadoras do enriquecimento ilícito, o Autor reconhece a validade material de argumentos como a violação dos princípios constitucionais da necessidade da intervenção penal, da determinação da conduta típica e da presunção de inocência.

No seu entender, a primeira obrigação do legislador em matéria criminal consiste em elaborar o tipo legal de crime de forma a denominar ou, pelo menos, a deixar reconhecível o bem jurídico através dele tutelado.

Quando alguém é encontrado numa situação de enriquecimento ilícito, nenhum bem jurídico é ofendido naquele momento, não existe ali nenhum bem jurídico concretamente individualizável que tenha sido violado.

Ou seja, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se apenas para proteger um qualquer bem jurídico indefinido, pelo que uma tal indeterminação coloca em crise não só o juízo de proporcionalidade, como a própria possibilidade concreta de definição do tipo legal.

Na opinião deste Autor, “invocar bem jurídicos duvidosos como a transparência das fontes de rendimento ou a transparência da situação patrimonial é uma enganosa fuga retórica que serve para escamotear a criminalização de meras infracções de deveres mediante o recurso a falsos bens jurídicos supra-individuais”¹¹³.

Por outro lado, para este Autor, “a incriminação do enriquecimento ilícito encarna a inconfessada e puramente estratégica intenção de evitar a impunidade dos vários crimes que geralmente estão na origem do acréscimo patrimonial”. O que constitui, no seu entender, “uma lastimável lacuna de punição muitas vezes resultante das censuráveis e crónicas incapacidades dos órgãos estaduais relativamente à investigação e à prossecução criminal”.

Quanto ao princípio da legalidade, o Autor reconhece que este imperativo constitucional requer que a redacção legal dos tipos dos pressupostos de punibilidade seja a mais clara e precisa possível, isto é, na formulação de qualquer tipo incriminador, o legislador deve evitar a indeterminação desnecessária e escolher a variante de formulação típica mais precisa. Assim, uma formulação de um tipo de crime de enriquecimento ilícito deve permitir ao cidadão ou ao intérprete conseguir levar a cabo a identificação do facto proibido.

¹¹³ Faria Costa, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, nº 3973, p. 253.

O princípio da legalidade criminal assume-se como um forte estímulo em favor do “direito penal do facto”, segundo o Autor, o único compatível com os princípios inerentes a um Estado de direito democrático que ainda deseje ser minimamente liberal. Assim, conclui que a criminalização do enriquecimento ilícito resulta dificilmente harmonizável com a dimensão político-criminal referida à exigência de estrita vinculação da punibilidade a um específico comportamento humano, seja activo ou omissivo.

Relativamente à possibilidade de a incriminação autónoma do enriquecimento ilícito violar o princípio da presunção de inocência, considera que a contrariedade à CRP é de uma “meridiana evidência”.

Depois, exigências de subsidiariedade ou fragmentariedade levariam também à conclusão que importaria a ilegitimidade da nova incriminação.

Assim, segue a posição Pedro Caeiro, referindo que a adopção de medidas extra-penais de carácter sancionatório ou de intromissão directa no património ilicitamente acrescentado¹¹⁴ seria muito mais eficaz no combate ao enriquecimento ilícito e menos nociva aos direitos fundamentais do que o recurso a uma intervenção jurídico-criminal de eficácia empírica mais do que duvidosa.

¹¹⁴ Segundo Pedro Caeiro, essas medidas passariam por procedimentos de confisco *in rem* (de natureza administrativa) ou, pela perda de vantagens alargada (também de natureza administrativa, mas aplicada por ocasião e no seio de um processo penal).

IX - Da Presunção de Inocência

O artigo 32º da CRP, sob a epígrafe “garantias do processo criminal”, estabelece, no seu nº 2, que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

A previsão do nº 2 do artigo 32º da CRP identifica-se, em geral, com as formulações do princípio da presunção de inocência constantes dos textos internacionais: no artigo 9º da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 6º nº 2 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e, finalmente, no artigo 14º nº 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O traço comum entre os textos internacionais é a consideração de que o princípio da presunção de inocência cessa a sua aplicação no momento em que a culpabilidade de uma pessoa acusada fica legalmente provada. O fundamento deste princípio reveste natureza política, decorrendo de uma concepção, dos direitos humanos, nascida com a revolução francesa.

No entanto, a CRP, diferentemente daqueles textos, precisa com maior rigor aquele momento, consagrando o que parece ser uma versão mais ampla daquele princípio, uma vez que estende a sua aplicação “até ao trânsito em julgado da sentença”.

O princípio da presunção de inocência encerra uma ponderação, cuja necessidade resulta da aceitação e do reconhecimento de que a verdade processual afasta-se, em muitos casos, da verdade histórica, por esta ser, em muitas ocasiões, inatingível ou, pelo menos, indemonstrável. Nas situações em que não se logra atingir um juízo de certeza, o julgador vê-se perante um impasse que, não podendo ser denegada justiça, é solucionado, em sede de processo civil através das regras de distribuição do ónus da prova.

Em processo penal, sendo insegura a matéria provada para basear a decisão, o erro judiciário, a existir, pode revestir duas formas: ou a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado.

É para resolver este dilema que o princípio da presunção de inocência surge na sua formulação inicial que é o princípio *in dubio pro reo*.

Entre o risco de condenar um inocente e o risco de absolver um culpado, a opção que o princípio da presunção de inocência impõe é, claramente, a de assumir o segundo risco e nunca o primeiro, fazendo prevalecer o respeito pela dignidade humana sobre os interesses da perseguição penal.

O princípio da presunção de inocência constitui, assim, uma decorrência dos direitos à liberdade e à dignidade, à luz dos quais a possibilidade de submeter a consequências penais alguém que não praticou qualquer facto criminoso, traduz uma situação intolerável e um limite absoluto à prossecução dos fins estaduais de administração da justiça.

É ainda a preocupação de garantir que a dignidade humana não seja irremediavelmente sacrificada aos fins da perseguição penal que leva à extensão do alcance inicial do princípio da presunção de inocência, para além de simples critério de decisão em caso de dúvida acerca da verificação dos factos, fazendo-o reflectir-se também sobre o tratamento dado ao arguido ao longo de todo o processo¹¹⁵.

O alcance atribuído ao princípio, pelas várias formulações doutrinárias que sobre ele têm sido elaboradas, varia de acordo com a maneira como cada autor perspectiva, no âmbito do processo penal, o equilíbrio entre o respeito pelos direitos humanos e o interesse na perseguição penal.

Tendo em vista o perigo que o excessivo alargamento do conteúdo do princípio da presunção de inocência pode revestir para a eficácia da perseguição penal, parte da doutrina italiana elaborou formulações limitadoras da sua extensão.

¹¹⁵ No que respeita à questão do tratamento do arguido, o que se pondera não é já um conflito de riscos, uma vez que, mesmo relativamente a um culpado, só faz sentido, à luz do respeito pela dignidade humana, o seu tratamento como tal no momento da execução da pena. Por um lado, se no final do processo se concluir que o arguido é inocente, teria sido uma situação manifestamente grave se, no decurso desse processo, ele tivesse sido sujeito a um tratamento desencadeador de uma imagem quase indelével de culpabilidade. Por outro lado, mesmo que o arguido venha a ser considerado culpado, o momento de aplicação da pena é posterior à prolação da sentença (ou, mais rigorosamente, do seu trânsito em julgado), não devendo iniciar-se a sua aplicação numa fase em que ainda se está a tentar apurar a verdade. Assim, Helena Magalhães Bolina in “Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência”, Estudos nos Cursos de Mestrado, BFD 70, 1994, p. 436.

No seu entender, o princípio da presunção de inocência não pode ser levado ao ponto de sacrificar a própria eficácia do processo penal, acabando por atentar contra o direito à segurança de todos os cidadãos.

Este conteúdo amplo do princípio da presunção de inocência tem provocado críticas, cujo objectivo é o de garantir que os fins públicos da perseguição penal não resultem irremediavelmente sacrificados.

Todavia, aquele conteúdo tem, como único propósito, o de garantir a prevalência da verdade material, não se compreendendo em que medida a condenação de pessoas inocentes, na sequência de uma afirmação de culpabilidade assente numa verdade ficcionada, possa servir os interesses de qualquer Estado democrático.

Assim, o princípio da presunção de inocência não traduz a imposição de um ónus de prova, a cargo da acusação, uma vez que o interesse do Estado reside na verdade e não em condenar a qualquer preço¹¹⁶. Esta conclusão decorre da vigência, no processo penal, dos princípios da investigação e da livre apreciação da prova.

Logo, a inexistência, no nosso sistema, de um ónus da prova material a cargo da acusação prende-se com a posição processual do Ministério Público, vinculado ao dever de objectividade e de busca da verdade material¹¹⁷.

Podemos, assim, afirmar que a presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois, através dela, o acusado deixa de ser um mero objecto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual.

É a garantia de que será mantido o estado de inocência até ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, ou seja, a sociedade só lhe pode retirar a protecção pública depois de que seja confirmado que ele violou as condições pelas quais tal protecção lhe foi concedida¹¹⁸.

¹¹⁶ Segundo Figueiredo Dias, in “O ónus de alegar e de provar em processo penal”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 105, nº 3474, p. 139.

¹¹⁷ Conforme se prevê no artigo 53º do Código de Processo Penal.

¹¹⁸ Na opinião de Cesare Beccaria, in Dos delitos e das penas, tradução de José Faria Costa.

A via para um correcto equacionamento da evolução do processo penal nos quadros do estado de direito material, deve partir do reconhecimento e aceitação da tensão dialética inarredável entre a tutela dos interesses do arguido e a tutela dos interesses da sociedade¹¹⁹.

IX A - Relação com o princípio *in dubio pro reo*

É a partir da presunção de inocência que é construído o processo penal liberal, no qual se estabelecem garantias ao imputado face à actuação punitiva do Estado.

Exige-se a prova completa da culpabilidade e, caso esta não fique devidamente comprovada, impõe-se a absolvição do imputado.

No que toca à relação entre o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*, existem teses uniformizadoras e teses diferenciadoras.

Nas primeiras, os autores identificam o princípio da presunção de inocência com o princípio *in dubio pro reo*, entendendo que ambos os princípios têm reflexos exclusivamente ao nível da apreciação da matéria de facto, constituindo um critério de decisão em caso de, nessa tarefa, surgir uma dúvida sobre a verificação dos factos¹²⁰.

Nas segundas, a doutrina distingue o alcance do princípio da presunção de inocência e do princípio *in dubio pro reo*, não obstante alguns dos autores partidários desta posição, filiarem este naquele, considerando o primeiro princípio mais englobante¹²¹.

¹¹⁹ Jorge Figueiredo Dias – Para uma reforma global do processo penal. Almedina, 1996, p. 206.

¹²⁰ Esta formulação restritiva do princípio é sufragada por Figueiredo Dias, como forma de isentar o princípio da crítica, segundo a qual, se este se reflectisse em todo o decurso do processo, seria ilegítima a utilização de qualquer meio de coacção contra o arguido (in Direito Processual, vol. I, p. 214). Cavaleiro de Ferreira identifica o princípio da presunção de inocência com o princípio *in dubio pro reo*, atribuindo-lhe relevância exclusiva ao nível da apreciação da prova (in Curso de Proc. Penal vol. I p. 216).

¹²¹ Rui Pinheiro e Artur Maurício entendem ser o princípio da presunção de inocência um princípio programático mais compreensivo que o princípio *in dubio pro reo*, englobando-o. Segundo estes autores, o *in dubio pro reo* tem reflexos exclusivamente ao nível da prova, fazendo recair sobre o Ministério Público um ónus material de prova, enquanto a presunção de inocência tem consequências fora do domínio da prova, que se traduzem, essencialmente, numa proibição dirigida ao legislador ordinário de estatuir, em processo penal, qualquer norma que faça inverter o ónus da prova em desfavor do arguido (in Sobre a presunção de inocência do arguido, A constituição e o processo penal, 1980, pp. 121 a 141). Também para Gomes Canotilho e Vital Moreira o princípio da presunção de inocência excede em conteúdo o princípio *in dubio pro reo* (CRP anotada, anotação artigo 32º ponto V).

Há, ainda, quem separe completamente os dois princípios, não considerando os respectivos conteúdos parcialmente sobreponíveis¹²².

No entender da Comissão Constitucional, o princípio da presunção de inocência impõe como consequências os princípios da legalidade do processo penal, *in dubio pro reo* e celeridade processual, acarretando, ainda, uma proibição de presunção de culpabilidade em processo penal.

A tese que atribui ao princípio da presunção de inocência o conteúdo mais restrito não parece ter sido acolhida no nosso ordenamento jurídico, uma vez que deixaria por explicar a formulação constante do artigo 32º nº 2 da CRP, não só na parte em que indica como momento final da relevância do princípio o trânsito em julgado da sentença, como também pela ligação daquele princípio à celeridade processual compatível com as garantias de defesa.

Por outro lado, no que se refere à primeira parte do artigo 32º, a exigência do trânsito em julgado da sentença nunca poderia ser explicada pela formulação que restringe o alcance do princípio da presunção de inocência à apreciação da matéria de facto, na medida em que, em muitos casos, os recursos são restritos à matéria de direito.

Assim, como decorrências do conteúdo deste princípio (reflexo dessa vigência mais abrangente do princípio da presunção de inocência) são apontadas as seguintes concretizações: proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido; preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; exclusão da fixação da culpa nos despachos de arquivamento; não incidência de custas sobre o arguido não condenado; proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal; natureza excepcional e de última instância das medidas de coacção, sobretudo as limitativas ou proibitivas da liberdade; princípio *in dubio pro reo*, implicando a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado; direito do arguido a um processo célere¹²³.

¹²² Castanheira Neves afirma que a presunção de inocência traduz uma exigência de natureza política, enquanto o princípio *in dubio pro reo* tem uma justificação exclusivamente jurídico-processual, podendo subsistir válido mesmo numa ordem jurídica totalitária (in Sumários de processo criminal, 1967-1968, pp. 56 e 57).

¹²³ Gomes Canotilho e Vital Moreira - CRP Anotada, Volume I, Coimbra, 2007, p. 518.

A referência à celeridade parece indicar que, no nosso ordenamento, o princípio da presunção de inocência vigora com um sentido mais amplo, projectando-se também ao nível do tratamento ou da condição do arguido.

No entanto, a celeridade processual não pode limitar os direitos e garantias de defesa do arguido, não pode restringir os direitos do arguido em função de uma justiça célere e eficaz¹²⁴.

A presunção de inocência tem como fundamento a proibição do excesso que significa a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

É a forma de garantir que não sejam condenados inocentes ou, noutra perspectiva, que somente sejam condenados culpados.

No entanto, este objectivo só formalmente é atingido se ao princípio de presunção de inocência for atribuído, como único conteúdo, o de critério de decisão em caso de dúvida sobre a verificação dos factos, como é o *in dubio pro reo*.

Dito de outra forma, este objectivo, fundado nos direitos à liberdade e à dignidade, só é verdadeiramente atingido, se o processo penal se configurar de forma a garantir que, na medida do admissível à luz daqueles direitos, seja uma verdade de natureza material a basear a decisão.

Na verdade, o princípio *in dubio pro reo* apenas intervém quando surge uma dúvida.

Pelo contrário, o princípio da presunção de inocência não se pode esgotar neste aspecto, dado que o facto de essa dúvida não surgir (e, em consequência, não haver lugar à aplicação do princípio *in dubio pro reo*) pode, por si só, configurar uma situação violadora da presunção de inocência.

É possível, deste modo, que o sistema seja construído de tal forma que nunca se possibilita o surgimento dessa dúvida, nunca se abrindo a porta à aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

¹²⁴ Manuel Monteiro Guedes Valente em Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 129 e 130.

Um tal sistema poderia, no entanto, facilmente levar à condenação de um inocente, subvertendo na prática, aquilo que formalmente se proclama¹²⁵.

O princípio *in dubio pro reo* só se aplica no caso de surgir dúvida quanto à apreciação da matéria de facto.

Pelo contrário, o princípio da presunção de inocência, tendo em atenção o objectivo que visa atingir, intervém em momento anterior, condicionando o surgimento dessa dúvida, impondo-o em todas as situações em que, à luz da verdade material, a culpabilidade do arguido não possa considerar-se afirmada com certeza.

A dúvida é, assim, por imposição do princípio da presunção de inocência, uma dúvida legal¹²⁶.

Assim, o princípio da presunção de inocência excede em significado e consequências o princípio *in dubio pro reo*, constituindo este apenas um critério de decisão em caso de dúvida quanto à verificação dos factos¹²⁷.

¹²⁵ Na opinião de Cavaleiro de Ferreira (Ob. cit. vol. 2, p. 261), o sistema da prova legal definido como sendo aquele em que a apreciação da prova tem lugar na base de regras legais predeterminantes do valor a atribuir-lhe, não é incompatível com o princípio *in dubio pro reo*. Não se admitindo que o julgador possa ter dúvida quanto à apreciação da prova, não há lugar à aplicação do princípio *in dubio pro reo* pelo que, neste caso, nunca se poderia falar de qualquer violação daquele princípio que permaneceria intocado. Logo, em rigor, é possível fazer vigorar o princípio *in dubio pro reo* mas o sistema processual penal ser construído de tal forma que a verdade que se atinge seja uma verdade formal, sem nunca se lograr a eliminação, ou pelo menos a atenuação substancial, do risco de condenação de um inocente. Na medida em que o sistema da prova legal ou tarifada parece propiciar, em muitos casos, a prevalência de uma verdade exclusivamente formal, torna-se incompatível com o princípio da presunção de inocência, considerando que o fundamento deste princípio é a eliminação, tanto quanto possível, do risco de condenação de um inocente. Este objectivo só é plenamente atingido se o juízo de certeza acerca da culpabilidade do arguido assentar, não numa verdade ficcionada, mas numa verdade material (ou, pelo menos, tão material quanto possível, dentro das limitações processuais e humanas que condicionam o respectivo conhecimento).

¹²⁶ Uma dúvida que deve surgir em determinadas circunstâncias e constitui matéria de direito, não só a questão de saber se a dúvida surgida na apreciação da prova foi resolvida favoravelmente ao arguido (caso que se está perante a verificação do respeito pelo princípio *in dubio pro reo*), mas também se, em face da prova produzida, a dúvida surgiu quando devia, ou, noutra perspectiva, se o juízo de certeza foi bem fundado (caso em que se avalia, agora, o respeito pelo princípio da presunção de inocência). Assim, Vegas Torres Apud Helena Magalhães Bolina, cit, p. 445.

¹²⁷ Assim, Helena Bolina, ob. cit. p. 458. “Se o princípio da presunção de inocência impõe uma decisão absolutória, identificando-se, nessa medida, com o princípio *in dubio pro reo*, excede-o, manifestamente, quando determina que a dúvida deva surgir em determinadas circunstâncias e que, como reverso da medalha, a certeza corresponda a uma verdade material e não meramente ficcionada”.

O princípio da presunção de inocência distingue-se, assim, do princípio *in dubio pro reo*, não só pela sua relevância no tratamento do arguido ao longo de todo o processo e pelo seu reflexo extra processual, como critério dirigido ao legislador ordinário, mas também, em sede de prova, impondo que a dúvida surja em determinadas circunstâncias, assim possibilitando, em momento lógico posterior, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*¹²⁸.

Mesmo a nível probatório o princípio da presunção de inocência tem um significado que o *in dubio pro reo* não abrange e que decorre, directamente, do seu fundamento.

Apesar da dificuldade na determinação rigorosa do exacto sentido do princípio, deve ter-se por certo que a sua concretização levará em conta o ambiente axiológico específico deste terreno dogmático e a particular estrutura de onde o mesmo desponha¹²⁹.

Fora do processo penal, o princípio da presunção de inocência também se reflecte no direito penal substantivo, constituindo uma proibição, dirigida ao legislador ordinário, de estatuição de presunções de culpa, por desencadearem uma inversão do sentido da decisão, em caso de dúvida acerca da verificação dos factos.

Em síntese, o princípio da presunção de inocência é, antes de mais, um princípio natural, lógico, de prova. Com efeito, enquanto não for demonstrada, provada, a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação.

Por isso, muitos autores identificam o princípio da presunção de inocência com o princípio *in dubio pro reo*.

Segundo esta concepção o primeiro princípio abrange o segundo, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova deva ser sempre valorado a favor do arguido.

A dúvida sobre a culpabilidade é a razão de ser do processo. O processo nasce porque uma dúvida está na sua base e uma certeza deveria ser o seu fim.

¹²⁸ O princípio não pode deixar de se reflectir no tratamento dado ao arguido, ao longo do processo, para que este não represente, desde o início, um juízo de culpabilidade que, não só dificultará uma decisão imparcial, no momento da indagação sobre a verificação dos factos, como também, mesmo no caso de decisão absolutória, fará recair sobre o arguido absolvido uma marca indelével de culpabilidade. Idem, in ibidem, p. 459.

¹²⁹ Como refere Maria Fernanda Palma em “A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal – O direito do arguido ao silêncio”, in Revista do Ministério Público, nº 60, Lisboa, 1995, p. 102.

Dados, porém, os limites da possibilidade de conhecimento humano, sucede frequentemente que a dúvida inicial permanece dúvida até final, não obstante todo o esforço para o superar.

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

A condenação penal é, também, castigo a resgatar a culpa do delinquente, pelo que, é de todo inaceitável a condenação sem a certeza moral da culpabilidade a redimir; é inaceitável que numa sociedade em que o valor primeiro é a pessoa humana possa a condenação penal ter outra finalidade exclusiva, como a da mera prevenção geral, alheando-se da culpa do condenado¹³⁰.

¹³⁰ Germano Marques da Silva – Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?), in *Direito e Justiça*, p. 21.

X - Portugal – Propostas de incriminação do enriquecimento injustificado

No nosso país, foram apresentados até ao momento alguns projectos de criação de um tipo de crime de enriquecimento ilícito ou injustificado.

Inicialmente, a incriminação do enriquecimento ilícito surgiu no artigo 2º do Projecto de Lei nº374/X do PSD de 29 de Março de 2007, que previa uma nova redacção para o artigo 386º do Código Penal, passando, esta disposição, a conter um crime de enriquecimento injustificado cometido por funcionário.

Como tal projecto não obteve êxito, em 2009, foi novamente levantada a necessidade da incriminação do enriquecimento ilícito em Portugal, dando origem a uma serie de projectos de lei sobre o tema.

O Projecto de Lei nº726/X de 8 de Abril, do grupo parlamentar do PCP, veio, de seguida, propor a introdução do crime de enriquecimento ilícito, aditando ao Código Penal o artigo 374º-A. Este projecto foi mais longe porque estendeu a autoria do crime a todos os cidadãos em relação aos quais se verifique, no âmbito de um procedimento tributário, que estejam na posse de património e rendimentos «anormalmente» superiores aos indicados nas declarações de imposto anteriores.

No mesmo mês, o PSD propõe novo projecto, o Projecto de Lei nº747/X, que trata o crime de enriquecimento ilícito no exercício de funções nos mesmos moldes do projecto anterior, acrescentando apenas o nº5 ao artigo 386º¹³¹.

Posteriormente, o grupo parlamentar do BE apresentou dois projectos. Primeiramente, o Projecto de Lei nº 768/X/4ª e, logo de seguida, o Projecto de Lei nº 769/X/4ª.

O primeiro destes projectos, veio inovar na medida em que, aborda o enriquecimento como injustificado e não como ilícito. O segundo veio propor o acréscimo do artigo 377º-A ao Código Penal, mas previa apenas a imputação de tal conduta aos funcionários públicos.

¹³¹ “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 artigo 283º do Código de Processo Penal.

Em Novembro, do mesmo ano, o PCP volta a apresentar um Projecto de Lei sobre o tema, o Projecto de Lei nº 25/XI/1^a, essencialmente, nos mesmos termos do projecto anterior, reafirmando não haver qualquer inversão de prova.

Do mesmo modo, o BE apresenta, no dia 12 do mesmo mês, nova proposta com o Projecto de Lei nº 43/XI.

Finalmente, o PSD propôs o Projecto de Lei nº 89/XI, de 3 de Dezembro de 2009 e, mais recentemente, o Projecto de Lei nº 72/XII, que foi aprovado pela Assembleia da República. No entanto, o Decreto nº 37/XII da Assembleia acabou por ser declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional¹³².

Até ao presente nenhuma das propostas conseguiu vingar, mas constatamos que a temática vem sendo tratada constantemente.

O Projecto de Lei do Partido Comunista Português veio estender a incriminação a todos os cidadãos obrigados a declarar os seus rendimentos para efeitos tributários.

A limitação da incriminação aos titulares de cargos políticos e aos funcionários tem subjacente o fim primário de prevenir a corrupção, no entanto, este projecto veio alargar a prevenção à fraude fiscal¹³³.

Todos os Projectos de Lei configuram o «enriquecimento», elemento do crime como sendo constituído «pelo património e rendimentos anormalmente superiores aos declarados» (PCP), património de «valor manifestamente discrepante ao seu rendimento declarado» (BE) e património ou modo de vida «manifestamente desproporcionados ao rendimento ou outro meio de aquisição lícito» (PSD).

Os Projectos dos três partidos têm por objecto a mesma incriminação, ou seja, visam proteger os mesmos bens jurídicos, mas apresentam formulações díspares e soluções diversas, nomeadamente, quanto ao âmbito da incriminação, às penas aplicáveis, à determinação temporal do ilícito.

No projecto do BE, o enriquecimento deve ser de valor manifestamente discrepante do rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito.

¹³² Através do Acórdão nº 179/2012, de 4 de Abril, do Tribunal Constitucional.

¹³³ De notar que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção recomenda que o âmbito da incriminação abranja também a corrupção e o peculato no sector privado.

Parece, assim, que a prova que o Ministério Público terá de carrear deve incidir sobre a circunstância do enriquecimento manifestamente discrepante, por uma parte, e que esse enriquecimento não resultou de nenhum meio de aquisição lícito (punido pelo nº 1) ou resultou da prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas (punido pelo nº 2).

É impossível, para o Ministério Público, provar que o enriquecimento não resultou de nenhum meio de aquisição lícito.

Se o Ministério Público fizer prova do meio ilícito do enriquecimento, então é absolutamente desnecessária a incriminação do nº 2, aliás fonte de problemas vários em termos de concurso com os crimes subjacentes.

Também o Projecto de Lei nº 747/X, do PSD incorria em vício semelhante ao estabelecer no nº 5 que «a prova da desproporção manifesta que não resulte de outro meio de aquisição lícito, incumbe por inteiro ao Ministério Público.

A prova parece impossível e se, por acaso, se fizer prova de que o meio foi ilícito também a incriminação não é necessária.

O único projecto que escapa à crítica neste plano é o Projecto do Partido Comunista porque se basta com a discrepância entre o rendimento declarado e o enriquecimento verificado e provado.

Apesar de tudo, parece poder concluir-se no imediato que, se aprovado qualquer destes projectos, a sua aplicação aos casos concretos seria causa de muitas dificuldades e em nada contribuiria para o prestígio da justiça e protecção dos bens jurídicos cuja incriminação todos pressupõem¹³⁴.

A incriminação do enriquecimento injustificado parece, assim, ferida de ilegitimidade, e portanto, tem sido rejeitada pela generalidade, quase totalidade, dos países da União Europeia.

¹³⁴ Posição defendida pelo Professor Germano Marques da Silva – Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado), Homenagem de Viseu a Figueiredo Dias, p. 59.

As propostas apresentadas em Portugal para a criminalização do enriquecimento ilícito reconduzem-se a três modelos básicos:

1 – Um crime de suspeita, cujo conteúdo de ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o agente praticou certos crimes que lhe propiciaram o património incongruente.

2 – Um crime de estado, cujo conteúdo de ilícito é a própria incongruência entre o património possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente.

3 – Um crime de falsidade, cujo conteúdo de ilícito consiste no falseamento ou omissão das declarações de riqueza ou património e respectiva fonte, declaração que o agente se encontrava obrigado a fazer: o enriquecimento não é ilícito por presuntivamente provir de crimes, mas sim por não ter sido declarado como devia¹³⁵.

No primeiro modelo, podem incluir-se os Projectos de Lei nº 374/X (2007) e o nº 89/XI (2009) do PSD, bem como, o Projecto de Lei nº 72/XII (2012) do PSD.

A generalidade das propostas, apresentadas até à data, incluem-se no segundo modelo. É o caso dos dois primeiros tipos legais previstos nos Projectos de Lei nº 360/X (2007), nº 25/XI-1ª (2009) e nº 11/XII (2011), todos do PCP¹³⁶. Neste modelo também se incluem os Projectos de Lei nº 769/X/4ª e nº 43/XI (2009) do BE¹³⁷.

¹³⁵ Assim, Germano Marques da Silva, ob. cit. pp 53, 57 e 62. A sugestão deste autor aproxima-se sensivelmente da lei vigente em Macau, tal como descrita por Júlio Pereira in “O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal”, Revista Polícia e Justiça, III série, nº8 (Julho/Dezembro 2006), p.55 e ss.

¹³⁶ A concretização mais radical deste crime de estado encontra-se no terceiro tipo legal previsto pelos Projectos de Lei nº 25/XI-1ª (2009) e nº 11/XII (2011) do PCP, que pune “os 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”, mesmo que se trate de património obtido lícitamente.

¹³⁷ Posteriormente, o Projecto de Lei nº 4/XII/1ª (2011) do Bloco de Esquerda, elaborado no seguimento das sugestões feitas pelo Dr. Júlio Pereira e pelo Dr. Magalhães em audições parlamentares, eliminou da factualidade típica o segmento “e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito”. Nesta segunda versão, o crime parecia aproximar-se de um crime de falsidade / omissão de declaração. Porém, logo se acrescentou que “a justificação da origem lícita do património ou rendimentos detidos, exclui a licitude do facto do respectivo titular”, por aí se mostrando que o que está em causa não é a omissão de declaração do património incongruente, mas sim a origem ignota do património incongruente não declarado.

Na terceira modalidade, incluem-se condutas cuja dignidade penal é duvidosa, na parte em que não sejam subsumíveis a outras normas, e cuja punição, com as usualmente elevadas penas exigidas para o enriquecimento ilícito, violaria o princípio da proporcionalidade, na sua vertente de proibição do excesso.

À excepção das que constam do terceiro modelo, as restantes propostas, apesar das variações que nelas se detectam, deparam com o mesmo dilema: ou se pune o agente em virtude de presuntivos crimes cometidos no passado, indiciados pela detenção de um património incongruente injustificado (eventualmente acrescida de outros factos onde se consubstancie o perigo de proveniência criminosa); ou se procura desligar o crime de enriquecimento ilícito dessa presuntiva origem e se pune o agente pela simples posse de um património sem certificado de origem lícita¹³⁸.

A primeira modalidade constitui uma irremissível violação da presunção da inocência garantida no artigo 32º, nº2 da CRP da República, porquanto a punição não decorre daquilo que o agente fez, mas sim daquilo que, salvo prova em contrário, se presume ter feito: os crimes não esclarecidos geradores do património incongruente¹³⁹.

Esta presunção de responsabilidade é muito clara quando se inclui na factualidade típica o “perigo” de o património incongruente provir da prática de crimes: ao invés do que se pretende não se trata aí de desenhar um crime de perigo (porquanto o perigo se traduz sempre, como categoria jurídica, num risco qualificado de um evento desvalioso futuro), mas sim de construir o ilícito-típico com os indícios de outros crimes passados, o que constituiria manobra inédita na legislação penal.

¹³⁸ Assim Augusto Silva Dias, *Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito*, 2º Congresso de Investigação criminal, Almedina, 2010, pp. 33 e ss.

¹³⁹ Pedro Caeiro prefere ver a violação da presunção de inocência na imposição de penas que radica na presunção da prática de crimes, e não numa pretensa inversão do ónus da prova em processo penal e a sua atribuição ao Ministério Público (in *Sentido e Função... RPCC 21*, p. 301). Já Euclides Dâmaso Simões que também recusava a implementação do crime de enriquecimento ilícito no direito penal português por razões de ordem constitucional, mormente de respeito pelo princípio da presunção de inocência do arguido, veio posteriormente a rever a sua posição, por força da “patente alteração das circunstâncias” pragmáticas, que afinal permitiria tal solução “sem lesão do princípio fundamental da presunção de inocência”, embora restrita “aos parâmetros dos crimes especiais próprios ou crimes de mão própria, isto é, ao campo da acção dos funcionários públicos e dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos” (in *Contra a Corrupção: as Leis de 2010. As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2011, p. 58 e ss).

Um outro problema deste modo de incriminar o enriquecimento ilícito passa pela ausência de um bem jurídico determinado.

Se a finalidade é punir, por este meio, os crimes anteriormente praticados e não esclarecidos, o bem jurídico é absolutamente aleatório, tornando-se função de uma remissão cega: pune-se para proteger um qualquer bem jurídico, cuja lesão terá presuntivamente enriquecido o condenado e que permanecerá ignoto mesmo após a condenação.

Assim, a punição do enriquecimento ilícito assemelhar-se-ia, nesta modalidade, a uma espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido¹⁴⁰.

Apesar de encontrarmos diversas formulações nas propostas recenseadas como concretizações de um crime de estado, todas elas assentam numa estrutura comum: pretende-se punir o agente por deter um património incongruente com os seus rendimentos lícitos e de origem desconhecida.

Embora a finalidade político-criminal última seja atingir os agentes da criminalidade reditícia, a característica específica deste modo de incriminação reside na procura de, tanto quanto possível, desligar a conduta punível da prática de crimes anteriores, de maneira a evitar as críticas e as objecções constitucionais suscitadas pela violação da presunção de inocência.

Para tal, constrói-se o regime de maneira a garantir que o desconhecimento da proveniência do património incongruente não afasta a punição e que, simultaneamente, a prova da sua origem lícita exclui a punição¹⁴¹.

Todos estes cuidados com a não punição da desproporção patrimonial que tem uma fonte legítima são, no contexto desta incriminação, redundantes.

Com efeito, se se provar que os bens têm origem lícita, não se preenche o tipo incriminador, que tem que exigir que o património desproporcional seja (ao menos) de origem desconhecida.

¹⁴⁰ Pedro Caeiro, ob. cit. (RPCC 21) p. 302.

¹⁴¹ Este desiderato é levado a cabo através de vários mecanismos: v.g. caracterizando tipicamente o património desproporcionado como não resultando de qualquer meio de aquisição lícito (e impondo ao Ministério Público a respectiva prova); incluindo no tipo incriminador um elemento negativo (a origem lícita dos bens) cuja prova se impõe ao arguido; ou permitindo a exclusão da ilicitude do facto através da prova da origem lícita dos bens.

Na realidade, o conteúdo do ilícito reconduz-se aqui à infracção de um pretenso dever geral de justificação perante o Estado da proveniência dos bens que um cidadão detém em cada momento.

Em consequência, o cumprimento desse dever não pode constituir, em caso algum, uma causa de exclusão da ilicitude (destinada a justificar a lesão do bem jurídico), visto que não existirá então, sequer, facto típico, nem ofensa que careça de justificação.

Disso mesmo, aliás, se deu conta o Conselho Superior do Ministério Público no parecer que emitiu a 29 de Setembro de 2011¹⁴².

Do ponto de vista técnico, trata-se certamente da formulação mais adequada, não só porque separa, na máxima medida do possível, a incriminação do enriquecimento ilícito dos eventuais crimes geradores do património incongruente, depurando a respectiva factualidade típica, como também porque ignora completamente, com boa razão, as estranhas regras de prova constantes de algumas das propostas recenseadas.

Sucede, porém, que esta modalidade, em qualquer das propostas analisadas, tão-pouco oferece uma base sólida à incriminação do enriquecimento ilícito.

Desde logo, porque um dever geral de revelação da proveniência dos bens detidos por cada cidadão, não é compatível com um Estado que se reclama do princípio liberal.

Depois, e decisivamente, porque a detenção de um património incongruente com os rendimentos lícitos do detentor, cuja origem se desconhece, constitui decerto um indício da prática de crimes anteriores, que por isso devem ser investigados.

Sem esquecer, no entanto, que tal detenção, em si mesma, e por mais que provoque a exasperação das instâncias formais de controlo, não ofende bem jurídico algum.

¹⁴² Neste parecer, sobre os Projectos de Lei nº 4/XII/1ª, nº5/XII/1ª e nº 72º/XII/1ª (que visavam a tipificação do crime de enriquecimento ilícito), propõe-se a punição de “quem exerça ou tenha exercido, nos cinco anos anteriores, cargo político ou de funcionário e possua património ou rendimentos sem origem lícita determinados desproporcionais (incongruentes) com os rendimentos declarados para efeitos fiscais”.

Mesmo que se pretendesse restringir o círculo de destinatários da norma a certos agentes que têm especiais deveres perante a comunidade (v.g. funcionários públicos e titulares de cargos políticos), como sucede em algumas propostas, não é a detenção de um património desproporcional que põe em perigo ou lesa a “transparência da administração”¹⁴³.

Ninguém tem o dever de não possuir riqueza superior à declarada, porque o direito fundamental à propriedade do artigo 62º, nº 1, da CRP, não é limitado pelos deveres de declaração que possam impender sobre os cidadãos¹⁴⁴.

Existem, por seu turno, deveres de declarar riqueza possuída, cuja infracção pode eventualmente ser punida enquanto omissão ou falsidade de declaração, e através de cuja instituição se visa garantir, como bem instrumental, a transparência patrimonial dos titulares de certos cargos públicos, para assim se controlarem incrementos patrimoniais inexplicáveis que podem indiciar a prática de crimes com prejuízo para o interesse público.

A descoberta desses patrimónios incongruentes, de origem desconhecida, tem três possíveis consequências.

Por um lado, deve conduzir à aplicação dos mecanismos fiscais pertinentes; por outro, deve desencadear uma investigação tendente a determinar se na origem da riqueza se encontram crimes ou outras irregularidades que devam ser sancionadas; e, por último, tal descoberta torna evidente que, nesse caso, as leis que protegem a administração impondo a transparência patrimonial aos seus agentes não só foram violadas, como cumpriram plenamente a sua finalidade: permitiram que o património do agente fosse visto à transparência e, assim, propiciaram uma base sólida sobre a qual as autoridades podem identificar a existência de um património incongruente e adoptar, em consequência, as iniciativas investigatórias que se afigurem necessárias.

¹⁴³ Pelo contrário, como já verificámos, Júlio Pereira - ob. cit. p. 54 e ss. A propósito da lei da Região Administrativa Especial de Macau, mas em termos que são perfeitamente transponíveis para as propostas em análise: o eixo da ilicitude não reside na falta de justificação ou de explicações mas na detenção de bens ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações prestadas”. Para este Autor, “o ilícito-típico basta-se com a posse, pelo obrigado à declaração ou por interposta pessoa, de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas”.

¹⁴⁴ Na opinião de Pedro Caeiro (“Sentido e função”... RPCC 21 p. 305) e Augusto Silva Dias (ob. cit. p. 34).

Por outras palavras, a detenção de um património anormal, de origem desconhecida, não é uma ofensa à transparência da Administração, mas sim, em último termo, uma realização dessa transparência¹⁴⁵.

Deste modo, uma incriminação do enriquecimento ilícito que assente na violação de um pretenso dever geral de revelação da proveniência do património, consubstanciada na mera detenção de um património desproporcional aos rendimentos do agente, cuja origem seja desconhecida, não protege bem jurídico algum e viola o artigo 18º nº 2 da CRP.

Assim, quanto à legitimidade, nenhum dos projectos supra citados, aponta de forma clara a concreta, na respectiva exposição de motivos, o bem jurídico ofendido por este crime. A razão é simples: ele não existe.

Quando alguém possui um património incongruente com os rendimentos declarados: ou não declarou, como devia, todos os seus rendimentos lícitos e cometeu uma infracção fiscal; ou o excedente patrimonial provém da prática de um crime e, sendo um crime passado, não é por definição um perigo para o bem jurídico que com ele tenha sido ofendido.

Esta conclusão não é afectada pela formulação acolhida no último projecto do PSD, onde se exige um “perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas”. Embora se compreenda a louvável intenção de ligar o património incongruente à prática de crimes, o termo “perigo” é usado de forma absolutamente imprópria. O perigo traduz-se no risco qualificado de um evento desvalioso futuro, e por isso, se presume, em certas condições, que uma dada actividade é perigosa. Ora, a norma aprovada no projecto faz exactamente o contrário, pois refere o “perigo” a um evento passado (o cometimento dos crimes geradores de rendimentos), querendo protrair a tutela do bem jurídico para depois da sua lesão. Na verdade, o que esta norma pretende é exigir indícios de que o património foi adquirido, no passado, através de crimes cometidos no exercício de funções.

Sucede que os indícios de um crime servem para investigar e provar esse crime, não para compor, como factos, o tipo legal de um outro crime.

¹⁴⁵ Por isso se convocam por vezes, para “escutar” a transparência da administração, valores bem diversos dela, como o prestígio da Administração: (...) “É aqui que reside a legitimidade da intervenção penal, tendente a contrariar a violação do dever de transparência e assim poupar o prestígio da Administração.” Afirmação de Júlio Pereira, in “o Crime de Riqueza injustificada e as garantias...” p. 59.

O fim último da criminalização do enriquecimento ilícito traduz-se, deste modo, na ideia de que havendo indícios de que o agente cometeu um crime de corrupção, a intervenção penal deixa de depender da prova da corrupção, bastando provar que o património é manifestamente superior aos rendimentos declarados.

Uma norma com esta estrutura será inconstitucional por violação do princípio da necessidade da lei penal, inscrito no artigo 18º da CRP.

De resto, o último projecto de Lei nº 72/XII, que visava a criminalização do enriquecimento ilícito, após ter sido aprovado na Assembleia da República, foi enviado pelo Presidente da República para o Tribunal constitucional, nos termos do artigo 278º nº 1 da CRP, que veio a pronunciar-se pela sua inconstitucionalidade.

Vejamos agora as razões que levaram a esta decisão.

XI - Análise do Acórdão nº 179/2012 do Tribunal Constitucional

O acórdão que vamos analisar versa sobre a legitimidade da incriminação do enriquecimento ilícito veiculada no artigo 1º, nº 1 e nº 2, e artigo 2º do Decreto nº 37/XII da Assembleia da República, encarregados de aditar ao Código Penal o tipo legal de crime do artigo 335º-A, alterar o artigo 386º do mesmo diploma, bem como introduzir o artigo 27º-A na Lei nº 34/87, sobre o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

Entende-se, neste aresto, que os tipos legais de crime descritos nos artigos 1º, nº 1 e nº 2, e 2º do Decreto nº 37/XII violam a CRP, nomeadamente, os seus artigos 18º nº 2, 29º nº 1 e 32º nº 2.

Esta conclusão tem por base, fundamentalmente, os três argumentos referidos de seguida e que se reportam, respectivamente, à violação do princípio da proporcionalidade, da legalidade e da presunção de inocência.

Em primeiro lugar, se a verdadeira e dissimulada vontade do legislador reside em sancionar com pena crimes anteriormente cometidos, mas não esclarecidos por meio do devido processo judicial e geradores de um ilegítimo acréscimo ao património do agente, falta na incriminação do enriquecimento ilícito um bem jurídico claramente definido, sendo que esta indeterminação conduz ao juízo de inconstitucionalidade das normas.

Para além disso, mesmo com a assunção da existência de qualquer bem jurídico digno de tutela jurídico-criminal, a incriminação do enriquecimento ilícito não sobreviveria ao exame de subsidiariedade imposto pelo princípio da necessidade da intervenção penal, uma vez que o conteúdo do ilícito é o mesmo, ainda que o autor seja um cidadão comum, um funcionário ou titular de cargo político ou alto cargo público.

Em ambas as dimensões, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, consagrado no artigo 18º nº 2, resta violado.

Um segundo argumento, prende-se com o facto de a construção dos tipos legais do crime de enriquecimento ilícito contidos no Decreto nº 37/XII não permitir a identificação da acção ou omissão que é proibida, em manifesta inobservância do princípio constitucional da legalidade criminal, mais especificamente da exigência de determinação do comportamento típico, previsto no artigo 29º nº 1 da CRP.

Por fim, o terceiro argumento, refere que as normas em análise violam o princípio da presunção da inocência, disposto no artigo 32º nº 2 da CRP, mais especificamente três dos seus corolários ou densificações: a proibição de inversão do ónus da prova, o princípio *in dubio pro reo* e o direito ao silêncio ou à não auto-inculpação, uma vez que o regime legal atacado impõe ao suspeito de enriquecimento ilícito a insuportável carga de demonstrar positivamente a licitude da evolução patrimonial incompatível com os seus rendimentos. Para o Tribunal Constitucional, estas exigências axiológico-normativas não se limitam a conformar as diversas fases do processo penal, operando também decisivamente ao nível da configuração legislativa dos tipos incriminadores.

Enquanto sectores autónomos do universo jurídico, o direito penal e o direito constitucional mantêm entre si certas e íntimas relações de cruzamento.

A Lei Fundamental impõe ao legislador certos limites ou proibições à incriminação.

No âmbito material, isto fica evidente, quando o poder constituinte sujeita a restrição de direitos, liberdades e garantias, não só ao fim de tutela de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas também ao princípio da proporcionalidade, em sentido amplo (artigo 18º nº 2 da CRP).

O texto constitucional reconhece, como eixo legitimador do processo de criminalização, o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, a única compreensão substancial do delito compatível com as características do Estado de Direito democrático enquanto organização laica e pluralista que assenta sobre o poder soberano do povo e a dignidade da pessoa humana¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Assim, Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci, in “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, tradução de José de Faria Costa, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal nº 4 (1994), p. 151 e ss.

Neste sentido, a primeira obrigação do legislador em matéria criminal consiste em elaborar o tipo legal de crime de forma a denominar ou, ao menos, a deixar reconhecível o bem jurídico através dele tutelado¹⁴⁷.

Acontece que na formulação adoptada pelo Decreto não são claros os bens jurídicos a proteger pela norma e pela respectiva incriminação. Tal indeterminação coloca em crise não só o juízo de proporcionalidade como a própria possibilidade concreta de definição do tipo legal.

Da descrição típica resulta que o que se pretende punir é a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente. Esse património, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes.

Ora, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se apenas para proteger um qualquer bem jurídico indefinido¹⁴⁸.

Por outro lado, as normas do Decreto nº 37/XII são susceptíveis de violar o princípio constitucional da proporcionalidade, na dimensão necessidade.

Com efeito, a imposição de penas e medidas de segurança implica uma restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e o direito à propriedade, que é indispensável justificar ante o disposto no artigo 18º nº2 da CRP.

Tal restrição só é admissível, se visar proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito.

De facto, a constitucionalidade de uma norma que preveja um crime de perigo deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança.

¹⁴⁷ Assim José de Faria Costa, em “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito...”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, nº 3973, p. 253.

¹⁴⁸ Segundo Figueiredo Dias “toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional”. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. 2ª Ed. Coimbra Editora, 2007, p. 126.

Assim, relativamente às incriminações de perigo, em especial às de perigo abstracto, sempre se poderá entender que não é indispensável a imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em causa, tipicamente, a efectiva lesão de qualquer bem jurídico¹⁴⁹.

No que toca ao disposto no artigo 18º nº 2 da CRP, enquanto parâmetro para aferir da legitimidade constitucional das incriminações, o Tribunal Constitucional pronunciou-se nos Acórdãos nº 426/91 e nº 108/99, afirmando que o Direito Penal “tem como objectivo promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade” e “cumpre uma função de *ultima ratio*”.

Como destaca o Acórdão, agora em análise, se o legislador desatende semelhante imperativo, a norma incriminadora carece de toda a validade.

Ou seja, o artigo 18º nº 2 da CRP diz, em síntese, que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na CRP, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

O tribunal considerou que se a finalidade da nova incriminação era punir crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não havia um bem jurídico claramente definido no novo tipo legal de crime, o que acarretava necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Logo, punia-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido, não se podendo fazer um juízo de adequação e proporcionalidade entre o bem jurídico sacrificado com a punição e aquele em nome do qual se punia.

É neste vazio de real referência a qualquer bem jurídico¹⁵⁰ digno e necessitado da tutela penal que reside um dos vícios da tipificação do enriquecimento ilícito veiculada nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 37/XII.

Mesmo se assim não fosse, também as exigências de subsidiariedade ou fragmentariedade conduziriam à conclusão que importaria a ilegitimidade das novas incriminações

¹⁴⁹ Em linha com o afirmado pelo Tribunal Constitucional no acórdão nº 426/91: “a definição dos crimes não pode nunca surgir desligada dos bens jurídicos que se pretende proteger”.

¹⁵⁰ Invocam-se no Acórdão, nas declarações de voto dos juízes Carlos Fernandes Cadilha, Vítor Gomes e Rui Manuel Moura Ramos, bens jurídicos duvidosos como “a transparência das fontes de rendimento” ou “a transparência da situação patrimonial dos agentes do poder público e dos cidadãos”.

Não menos relevante, segundo o Acórdão, é a possível violação do princípio da legalidade.

A sua vertente ou subprincípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” assume-se como um forte estímulo em favor do “direito penal do facto”: o único compatível com os princípios inerentes a um Estado de Direito democrático que ainda deseje ser minimamente liberal¹⁵¹.

Nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 37/XII, o legislador funda a punibilidade não sobre um concreto e específico facto, digno e necessitado de ser proibido jurídico-penalmente, mas unicamente sobre a mera existência de um qualquer *status incommodus*.

Um dos irrenunciáveis corolários do princípio da legalidade criminal é o mandato de determinação destinado ao legislador: “*nullum crimen sine lege certa*”.

Este imperativo constitucional requer que a redacção legal dos pressupostos de punibilidade seja a mais clara e precisa possível.

Como destaca o Acórdão, nos tipos legais de crime constantes do Decreto nº 37/XII, o legislador não só não desenha o bem jurídico que se deseja proteger como, para além disso, não permite que o cidadão ou o intérprete possa levar a cabo a identificação do facto, acção ou omissão, proibido.

Ou seja, a nova incriminação não permitia a identificação da acção ou omissão proibida, com o que se violava a exigência de determinação típica do artigo 29º nº 1 da CRP.

Segundo esta norma, ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão.

No caso concreto, a nova lei não fornecia, afinal, a fonte da ilicitude do enriquecimento, ou seja, a acção ou omissão penalmente ilícitas, estando, assim, ferida de inconstitucionalidade.

¹⁵¹ De acordo com Figueiredo Dias, in ibidem, o direito penal de um Estado de Direito tem, forçosamente, de ser um direito referido ao facto. Os tipos penais devem ser previstos expressamente pela lei mediante fórmulas precisas e unívocas, e não podem consistir em qualidades ou condições pessoais do agente mas sim em factos ou comportamentos externos empiricamente susceptíveis de observação e prova. Assim, o “direito penal do facto” é um conceito que representa a superação ou rejeição de um paradigma de “direito penal do agente ou do autor”.

Trata-se, pois, de um crime de “estado”, cujo conteúdo de ilicitude se esgota na incongruência entre o património e os rendimentos lícitos do agente¹⁵².

Segundo esta lógica da aleatoriedade, o autor deve ser punido não por praticar uma determinada e particular conduta de enriquecer-se ilicitamente, mas por ocasional e desafortunadamente se encontrar em uma situação em que o Ministério Público não consegue reunir os elementos necessários e suficientes para demonstrar a ilicitude do acréscimo patrimonial obtido¹⁵³.

Este “direito conformador de um *status*”, que assume as vestes de um “direito penal do estamento”, é tão problemático quanto as conhecidas manifestações do temido “direito penal do autor”.

Em ambas as formas de autoritário desvio em relação ao “direito penal do facto”, a intervenção do *jus puniendi* estatal contenta-se com a existência de meros sintomas. A diferença reside, simplesmente, no objecto do tratamento sintomatológico¹⁵⁴.

Esta estratégia política, conformadora de um determinado *status*, assume-se, neste particular contexto, como “direito penal do estamento”, em que a dimensão estamental não mais aparece ligada a uma qualquer razão de ordem moral, mas a uma nítida e não oficialmente declarada, razão de ordem económica, segundo a qual o “modo de vida” daquela “camada social” que carrega a qualidade de “estar rico” constitui o alvo de combate do legislador¹⁵⁵.

O princípio da legalidade resultaria também violado, no que respeita ao subprincípio “*nullum crimen sine lege preavia*”.

De facto, do Decreto, supra citado, não resulta com suficiente precisão o momento da prática do facto, legitimando a interpretação segundo a qual a norma é aplicável a factos ocorridos em momento anterior ao da sua entrada em vigor.

¹⁵² Assim, Pedro Caeiro, in “Sentido e Função...”, p. 298.

¹⁵³ Verificando-se, assim, na opinião de Faria Costa, uma indelével violação ao princípio da responsabilidade por facto próprio. In *Ibidem*, p. 258.

¹⁵⁴ Enquanto no puro “direito penal do autor” a sintomatologia tem em vista a constantemente má personalidade do agente, no “direito penal conformador de *status*”, a sintomatologia debruça-se sobre a casualmente má posição do agente, na qual este foi arbitrariamente colocado, eventualmente através de uma acção ou de uma omissão alheia. Já no enriquecimento ilícito, o sintoma manifesta-se no facto de outrem que consiste na falta de demonstração, pelo Ministério Público, da origem do aumento exponencial do património do agente.

¹⁵⁵ José de Faria Costa defende “tratar-se de uma forma de pensar tipicamente medieval e que, por isso mesmo, significa, de certo modo, um regresso à pré-modernidade”, *ob. cit.* p. 259.

Como a norma se refere a “aquisição, posse ou detenção” e tendo em conta que a posse é um facto aparente e continuado, nos casos em que a posse actual teve início em momento anterior, à entrada em vigor da norma, a aplicação da norma seria retroactiva, situação inadmissível à luz do artigo 29º da CRP.

Por fim, o acórdão refere o facto de o tipo de enriquecimento ilícito, tal como se encontra configurado no Decreto, comportar a violação do princípio da presunção de inocência e dos seus corolários.

O artigo 32º nº 2 da CRP, ao dizer que todo o arguido se presume inocente, exige que uma decisão condenatória em matéria penal assente na demonstração positiva da culpa do arguido, para o que é necessário que o legislador não estabeleça presunções de culpa nas normas penais e não faça decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos.

No caso concreto, o Tribunal considerou que o novo tipo legal de crime permitia que uma vez verificada a incongruência entre o património e o rendimento, tal seria qualificado como enriquecimento ilícito sem se demonstrar a ausência de toda e qualquer causa lícita para o enriquecimento, até porque o elenco de causas lícitas é aberto e potencialmente inesgotável.

Dessa forma estar-se-ia a presumir a origem ilícita daquela incongruência e a imputar ao suspeito um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de inocência.

O estatuto jurídico-processual do arguido exige que uma decisão condenatória, em matéria penal, seja assente na demonstração positiva da culpa do arguido e seja obtida sem sacrifício da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* e do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Assim, ao legislador é imposto que as normas penais não consagrem presunções de culpa e não façam decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos.

Ou seja, este deve legislar no sentido de que não saia diminuído, directa ou indirectamente, o princípio da presunção de inocência do arguido.

Caso o Ministério Público não demonstre a origem lícita do enriquecimento, cria-se a dúvida sobre a licitude ou ilicitude desse enriquecimento.

Assim, uma vez observada a qualificada desarmonia entre os ganhos ilícitos e o aumento do acervo patrimonial, bastaria ao Ministério Público invocar qualquer ausência, ou insuficiência, de elementos demonstrativos da origem do património para que o tipo legal de crime ficasse completamente preenchido, invertendo para o arguido o ónus de provar a licitude da origem do património.

Deste modo, o legislador não só reconhece, como também estimula a sua própria incapacidade de fiscalização e de investigação. Ou seja, o Estado beneficia da própria torpeza¹⁵⁶.

De qualquer modo, o rico conteúdo axiológico-normativo do princípio da presunção de inocência do arguido não se exaure no âmbito estritamente processual. Assume-se no seu tríplice sentido: enquanto modo de tratamento a dispensar ao arguido no decurso do processo (medidas de coacção), enquanto enquadramento dos meios de prova (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e por fim, enquanto regra probatória (ligada à máxima *in dubio pro reo*), projectando a sua energia também sobre o juízo legislativo de incriminação, postulando-se, deste modo, materialmente, como *in dubio pro libertate*¹⁵⁷. Logo, como bem refere o Acórdão, o legislador também deve estar atento a esta exigência constitucional no momento da conformação dos tipos legais incriminadores.

Ora vejamos, pelo Decreto nº 37/XII, a Assembleia da República aprovou o regime que institui o crime de enriquecimento ilícito, crime que foi aditado ao Código Penal e à Lei nº 34/87, de 16 de Julho, que aprovou o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

Este novo tipo criminal, na formulação adoptada pelo Decreto, aplica-se a todas as pessoas, singulares e colectivas (artigo 335º-A), embora com moldura penal agravada quando praticado por funcionário (artigo 386º).

É a seguinte a redacção dada pelo Decreto ao nº 1 do artigo 335º-A do Código Penal: “Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”.

¹⁵⁶ Faria Costa, *Ibidem* (RLJ, Ano 141, nº 3973), p. 254.

¹⁵⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 255.

De modo semelhante, dispõe o artigo 386º do Código Penal na redacção dada pelo Decreto: “O funcionário que, durante o período do exercício de funções ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”.

Nos termos das normas citadas, resultado do debate parlamentar que consta dos trabalhos preparatórios, são três os elementos objectivos do tipo legal de crime, comuns à definição do crime em apreciação: «adquirir, possuir ou deter património»; «sem origem lícita determinada»; «incompatível com os rendimentos e bens legítimos do agente».

A prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito compete ao Ministério Público, segundo o artigo 10º do Decreto nº 37/XII¹⁵⁸.

Assim, importa apurar se a conjugação desta norma com a definição do tipo legal de crime, comporta uma inversão do ónus da prova violadora da presunção de inocência.

Resulta da conjugação dos citados preceitos que, para o preenchimento do tipo legal de crime, basta que o Ministério Público alegue que o enriquecimento não possui origem lícita determinada. Tal significaria que, na circunstância de o Ministério Público não determinar a licitude da origem do património, por incapacidade de prova, insuficiência de factos, ou outra razão, o tipo legal deve ter-se por preenchido.

Logo, a única forma de o arguido garantir que a prova não se considera produzida é revelar, provando, a origem do património.

Contudo, uma tal exigência, admitindo que o arguido se encontra em condições de a cumprir, viola, por si só, o princípio da presunção de inocência, na sua dimensão de proibição de inversão do ónus da prova e o direito ao silêncio do arguido.

¹⁵⁸ Segundo Faria Costa, trata-se de “uma norma absolutamente supérflua que vem simbolicamente fingir confessar uma repentina dose de remorso legislativo. De nada adianta o legislador dispor neste sentido, uma vez que para a configuração do tipo legal de crime do enriquecimento ilícito, pouco tem o Ministério Público a provar”. Por outro lado, continua o Autor, “não deixa de ser bastante emblemático o facto de o modelo de incriminação escolhido pelo legislador conseguir a façanha político-criminal de ser menos exigente do que o regime normativo adoptado no Direito Francês, aquele que mais se aproxima do regime ensaiado pelo Decreto nº 37/XII”. In *ibidem*, p. 254.

Com efeito, o tipo legal de crime e os respectivos elementos não podem ser configurados de modo a promover a inércia do Ministério Público, exigindo, em consequência, a acção do arguido.

A conformação constitucional das garantias penais e processuais penais exige justamente o contrário: a acção do Ministério Público e a faculdade, não auto incriminadora, de inacção do arguido¹⁵⁹.

Uma norma que, como vimos, presume a origem ilícita da incompatibilidade, entre património e rendimentos, e imputa ao agente um crime de enriquecimento ilícito, viola claramente o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32º nº 2 da CRP.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional pronunciou-se, e bem, pela inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 1º, nº 1 e nº 2, e do artigo 2º do Decreto nº 37/XII da Assembleia da República, por violação dos artigos 18º nº 2, 29º nº 1 e 32º nº 2, da Lei Fundamental, a CRP.

¹⁵⁹ O elemento do tipo legal de crime definido é «sem origem lícita determinada». Embora não corresponda à letra da lei, poder-se-ia questionar se não deveria a norma ser interpretada no sentido de caber ao Ministério Público a prova da licitude da origem. Nesse caso, a letra da lei teria de dispor apenas «sem origem lícita». A referida interpretação conduziria ao resultado de forçar o Ministério Público a uma prova da não proveniência de origem lícita, mas não existe uma enumeração taxativa de origens lícitas de bens. Assim, uma concepção que assentasse na existência de uma lista de fontes lícitas seria, de resto, contrária ao princípio da legalidade, em geral, e ao princípio da tipicidade da lei penal, em particular. De acordo com este princípio, os destinatários da norma devem poder identificar as condutas que o legislador qualifica como ilícitas e não o contrário, aquelas que por não serem lícitas passariam, automaticamente, a ser ilícitas.

XII - Iniciativas de combate ao lucro ilícito ao nível do Direito Fiscal em Portugal

O Estado português, ao ser um Estado de Direito Social, assume um compromisso com a comunidade de assegurar determinadas prestações sociais, necessitando para tal de arrecadar receitas, em que a cobrança de impostos assume um papel privilegiado. Assim, apresenta também como incumbências prioritárias, no âmbito económico e social, promover a justiça social e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente, através da política fiscal¹⁶⁰.

O sistema fiscal tem, pois, como objectivo a satisfação das necessidades do Estado, em sentido amplo, e visa a repartição justa dos rendimentos e da riqueza¹⁶¹.

É precisamente esta vertente do sistema fiscal, referente a «repartição justa dos rendimentos e da riqueza» e de satisfação de necessidades sociais, que confere dignidade penal.

Segundo a CRP, além desta vertente, o sistema fiscal exige que o imposto sobre o rendimento pessoal vise a diminuição das desigualdades, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar, e que a tributação do património contribua para a igualdade entre os cidadãos¹⁶².

A legitimidade do Estado para cobrar tributos reside na satisfação das necessidades financeiras do Estado, ligadas à persecução das suas tarefas fundamentais previstas no artigo 9º da CRP.

Na verdade, nem o mais rico dos indivíduos pode afirmar que pode prescindir da actuação do Estado.

O simples facto de se viver em sociedade, implicando a manutenção desta última gastos financeiros, tem como consequência que não se possa fugir a contribuir para a sua continuidade e existência.

Implicitamente, a CRP prevê o dever de todos contribuírem para o sustento dos gastos públicos que estejam de acordo com as tarefas fundamentais constitucionais do Estado.

¹⁶⁰ Segundo o artigo 81º alínea b) da CRP.

¹⁶¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada p. 457.

¹⁶² À luz do artigo 104º da Lei Fundamental.

No âmbito das previsões fiscais, temos, em Portugal, a avaliação indiciária do rendimento tributável em função do confronto com certas manifestações de fortuna, a qual veio a ser introduzida, sob proposta do Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal de 1996, pela Lei nº 30-G/2000, de 29 de Setembro.

Esta Lei aditou à Lei Geral Tributária o artigo 89º-A e a alínea d) do artigo 87º passando a prever-se o recurso aos métodos indirectos, quando os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo nos termos do artigo 89º-A.

Do preceito legal, então introduzido, mantêm-se a técnica tributária adoptada no quadro das, actualmente, cinco “manifestações de fortuna”, a forma de determinação do “rendimento padrão” a partir da manifestação de fortuna tipificada e a garantia contenciosa que lhe está associada. Contudo, é hoje diversa da originária a redacção da maior parte dos preceitos¹⁶³.

Mais tarde, a Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro, aditou ao artigo 87º da Lei Geral Tributária a alínea f), onde actualmente se prevê haver lugar a avaliação indirecta quando se verificar um acréscimo de património ou despesa efectuada, incluindo liberalidades, de valor superior a 100.000 euros, verificados simultaneamente com a falta de declaração de rendimentos ou com a existência, no mesmo período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados, de modo a abranger outras manifestações de fortuna para além das tipificadas no nº 4 do artigo 89º-A da Lei Geral Tributária.

Em 2011, no ano que se celebrou uma década de vigência do Regime Geral das Infracções Tributárias, a Lei nº 64-B/2011, de 30 de Dezembro (Lei de Orçamento de Estado para 2012) veio introduzir-lhe o maior acervo de alterações alguma vez naquele regime produzidas.

A generalidade das alterações produzidas pela Lei de Orçamento para 2012 no RGIT, tiveram como principal objectivo a luta contra a fraude e a evasão fiscal.

¹⁶³ Isabel Marques da Silva, in *Tributação da riqueza e sinais exteriores de riqueza (manifestações de fortuna)*, p. 166.

No entanto, se em termos quantitativos esta foi a sua mais extensa e profunda modificação de sempre, a maior parte das alterações produzidas limitou-se a aumentar os limites abstractos das coimas em cerca de 50%.

De resto, poucas e pouco significativas foram as demais alterações em sede contra-ordenacional¹⁶⁴.

O crime de fraude fiscal encontra-se previsto no artigo 103º do Regime Geral das Infracções Tributárias.

Após uma breve análise desta incriminação, abordaremos a possibilidade de conceptualizar a perspectiva de combate ao enriquecimento injustificado, através da sua aproximação à figura do confisco, ainda que de forma sumária.

¹⁶⁴ João Ricardo Catarino e Nuno Victorino - Sentido e Perspetivas do Combate à Fraude nos Novos Tipos Contraordenacionais Criminais previstos no RGIT (Lei nº 64-B/2011, de 30 de Dezembro) p. 113.

XII A - Criminalidade tributária – A fraude fiscal

O Estado social, nomeadamente nas suas vertentes de prestação de cuidados de saúde, educação e apoio social, depende de orçamentos alimentados pela cobrança de impostos que, cada vez mais, são desviados ao erário público pela crescente criminalidade tributária¹⁶⁵.

Os crimes fiscais têm, nos últimos tempos, vindo a conhecer um interesse acrescido tanto nos meios de comunicação social como nos próprios discursos políticos.

A fraude fiscal surge, muitas vezes, como forma sintética de fazer referência aos ilícitos penais fiscais.

No entanto, este crime, pode ter lugar, de acordo com a lei, por ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável; por ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; e, ainda, por celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas¹⁶⁶.

Na fraude fiscal existe uma relação jurídico-tributária subjacente a toda a incriminação. Essa relação tem como sujeito activo a Administração Fiscal e como sujeito passivo o contribuinte, que está adstrito, juntamente com a obrigação principal constituída pela prestação tributária, a deveres de lealdade e de informação para com o primeiro.

Aquilo que confere ao comportamento típico suficiente desvalor para o transformar em ilícito penal, distinguindo-o de um ilícito contra-ordenacional, é a potencial afectação de uma realidade genuinamente tributária, central em todo o sistema fiscal: a contribuição fiscal.

O comportamento punido penalmente não traduz, por si só, uma mera violação de um dever tributário, mas encerra, em si, uma ofensividade da contribuição fiscal, daí merecer tutela penal.

¹⁶⁵ António Trogano – “A investigação da criminalidade tributária organizada: relato de uma experiência”, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, p 215.

¹⁶⁶ Artigo 103º do Regime Geral das Infracções Tributárias.

Do ponto de vista sociológico e de política criminal, os danos resultantes do crime de fraude fiscal calculam-se elevados.

Cada indivíduo que pratica fraude fiscal não só deixa de cumprir o seu dever de cidadão, como ganha uma vantagem ilegítima em relação aos outros e limita a intervenção do Estado Social de Direito, além de provocar um efeito avalanche ao gerar a sensação de existência de um clima de impunidade, de ineficiência das autoridades e de injustiça, o que contribui para ameaçar os alicerces da sociedade.

No nosso país, as principais dificuldades que se associam à investigação criminal dos crimes fiscais verificam-se quanto ao processo, quanto aos autores, quanto aos recursos humanos e quanto ao quadro legal¹⁶⁷.

Quanto ao processo, os principais problemas prendem-se com a dimensão física dos inquéritos, por vezes com milhares de documentos, com a falta de cumprimento dos prazos por partes dos bancos, no que respeita à quebra de sigilo bancário, e com o facto de a intervenção da Polícia Judiciária ser demasiado especializada e limitada nos seus meios e recursos humanos.

Quanto aos autores, as dificuldades passam pela diversidade de nacionalidades dos sujeitos passivos, e pela organização dos autores que lhes permite recorrer à intervenção de especialistas na área da contabilidade e do direito fiscal.

Quanto aos recursos humanos, por um lado, a escassez de recursos materiais mostra ser um enorme entrave ao desenvolvimento das investigações. Por outro, a falta de formação específica, designadamente em matérias de fiscalidade, contabilidade e economia.

Quanto ao quadro legal, podemos constatar como principais dificuldades, a facilidade de criação de pessoas colectivas que permite a intervenção de sujeitos passivos fictícios, e a diversidade de sistemas jurídico-fiscais.

Por vezes, a criminalidade tributária assume, nas suas diferentes tipologias, nomeadamente na fraude fiscal, características de actividade criminal organizada e transnacional.

¹⁶⁷ António Trogano, ob. cit. p. 256 e ss.

O crime organizado apresenta características que dificultam a sua detecção e investigação pelas autoridades dos diferentes países onde a mesma acontece¹⁶⁸.

O crescimento da criminalidade tributária, de forma organizada, tem imposto à Comunidade Europeia e aos seus Estados uma diminuição das suas receitas, designadamente, através do fenómeno crescente denominado de carrossel do IVA.

O crime organizado, em geral, não conhece fronteiras nem limites. As organizações criminosas e os delinquentes têm perfeita consciência que quanto mais fronteiras atravessarem, menores são as probabilidades de serem detectados pelas autoridades e processados pelos Sistemas de Justiça Criminal.

Na última década, no entanto, têm sido produzidos instrumentos legais, nomeadamente de direito internacional e comunitário, que permitem o recurso à cooperação judiciária, relativamente às actividades susceptíveis de enquadrar crimes tributários e, especificamente, aos crimes fiscais. Assim, nas últimas décadas, são verificados esforços no sentido da harmonização legislativa e do reforço da cooperação judiciária, aos níveis judicial e policial.

A nível interno, no que respeita aos meios de prova e de obtenção de prova, podem ser enunciados os seguintes: interceptações telefónicas, de correio electrónico e de dados transmitidos por via telemática; quebra do sigilo bancário; registo de imagem e de som entre presentes; novos instrumentos e canais de cooperação internacional; mecanismos de direito premial, de reconhecimento da colaboração processual e as correspondentes medidas de protecção de testemunhas; acções encobertas e entregas controladas.

A investigação criminal, enquanto esforço colectivo que visa um fim comum, deve internacionalizar-se, sendo hoje evidente que nenhum país, nenhum sistema de justiça, nenhuma organização de polícia criminal pode enfrentar, sozinha, este fenómeno, nos limites do seu território.

¹⁶⁸ As organizações criminosas, cuja actividade consiste na prática de crimes tributários, actuam num cenário internacional. Por essa via, têm beneficiado, por um lado, da legislação produzida a nível internacional e comunitário, que apenas na última década as assume como susceptíveis de tratamento semelhante à restante criminalidade comum, e por outro, da descoordenação entre as autoridades dos vários países com competência para a prevenção e repressão. Assim, António Trogano, Ob. Cit. p. 230.

XIII - Alternativas à criminalização do enriquecimento ilícito

A criminalização directa e autónoma do enriquecimento ilícito ou injustificado não seria ilegítima, desde que não violasse a CRP.

No entanto, não será necessária e conveniente uma nova incriminação que suscita dificuldades dogmáticas e de eficácia, e que exige, tendo em conta as limitações constitucionais, muita arte na formulação do tipo.

A criminalização do enriquecimento, mesmo centrada no dever de declaração, embora não colida frontalmente com a presunção de inocência e a inversão do ónus da prova, acaba por entrar em conflito com outros princípios constitucionais, como a legalidade e a necessidade.

Com o aperfeiçoamento das normas que hoje impõem já o dever de declaração de rendimento e património dos titulares de cargos políticos e com a reformulação do crime de fraude fiscal seria possível alcançar, mais eficazmente, os fins prosseguidos pelos projectos de lei que têm sido apresentados na Assembleia da República.

A Lei nº 4/83, de 2 de Abril, recentemente alterada pela Lei nº 38/2010, foi modificada apenas em algumas designações e actualizada no que respeita ao enquadramento de algumas das classes dos titulares. Foi introduzido o conceito de titular de alto cargo público e foram melhor precisadas as suas categorias. Todavia, continua a existir uma concepção muito ampla de cargo público, que, de resto, não é aquela que está subjacente às soluções do Código Penal.

Para combater o enriquecimento ilícito de uma forma mais eficaz, bastaria, no que respeita àquela lei, alargar o prazo para a actualização das declarações de património, agravar a pena aplicável por falsas declarações e estabelecer como eventual sanção a perda do património não declarado e cuja proveniência lícita não fosse justificada. Poder-se-ia, também, alargar o elenco das pessoas sujeitas ao dever de declarar o património, previsto no artigo 4º, daquela Lei, de modo a abranger funcionários públicos com competência para decidir ou para preparar decisões. Ou seja, com o intuito de ir mais longe, seria necessário impor à generalidade dos contribuintes o dever de declarar o seu património, como é imposto já relativamente aos titulares de cargos políticos.

Este tipo de combate devia concentrar-se, portanto, na reformulação do crime de fraude fiscal, acrescentando como consequência a perda dos bens não declarados, independentemente da sua origem, e generalizando o dever de declarar o património para mais fácil controlo do enriquecimento.

Uma vez que com a tentativa de incriminação do enriquecimento ilícito se tentaria, também, combater a fraude fiscal, independentemente da qualidade dos agentes, seria suficiente agravar a pena aplicável às omissões nas declarações fiscais obrigatórias e estabelecer como consequência a perda dos bens não declarados.

Para tal, bastaria consagrar o crime de fraude fiscal no catálogo de crimes que consta do artigo 1º da Lei 5/2002. Assim, já seria possível aplicar o artigo 7º, impondo como consequência a perda de bens a favor do Estado.

Deste modo, aquele que violasse o dever de declaração, quer por omissão de declaração, quer por falsas declarações, seria punido pelo crime de fraude fiscal. Figurando, este tipo incriminador, no catálogo de crimes base de aplicação do confisco¹⁶⁹, o lucro obtido pelo crime de fraude fiscal seria perdido a favor do Estado.

Os crimes de fraude fiscal e as infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou de dimensão internacional ou transnacional geram elevadas vantagens patrimoniais, que implicam a jusante operações de branqueamento de lucros ilícitos¹⁷⁰. Deste modo o crime de fraude fiscal pode funcionar como crime precedente ou base do crime de branqueamento de capitais. Este facto, para além de significar a relevância social económica e jurídico-penal da criminalidade fiscal, permite a utilização de mecanismos legais em sede de investigação criminal, como a perda de bens a favor do Estado.

Como, para a aplicação do regime da perda alargada, é necessária a condenação prévia pela prática de outro crime, não seria atingido o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência.

¹⁶⁹ Este catálogo é constituído pelo crimes de: tráfico de estupefacientes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, Lenocínio e tráfico de menores, contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda. O nº 2 do artigo 1º da Lei 5/2002, dispõe que, no caso de criminalidade organizada, a presente lei só é aplicável aos crimes das alíneas g) a j) do nº 1.

¹⁷⁰ António Trogano, 2º Congresso de Investigação Criminal, p. 226.

IV - Conclusões

A incriminação do enriquecimento injustificado, quer autónoma, quer indirectamente, pelas razões expostas anteriormente, não é viável no nosso ordenamento jurídico.

Embora recomendado pelo Direito Internacional, o combate ao enriquecimento injustificado não pode ser levado a cabo através de um tipo de crime formulado com base numa construção que não respeite o ordenamento jurídico interno, os princípios estruturantes de um Estado.

Assim, quanto ao juízo de inconstitucionalidade das normas penais incriminadoras do enriquecimento ilícito, vimos que é reconhecida a validade material de argumentos como a violação dos princípios constitucionais da necessidade da intervenção penal, da determinação da conduta típica e da presunção de inocência.

A primeira obrigação do legislador em matéria criminal consiste em elaborar o tipo legal de crime de forma a denominar ou, pelo menos, a deixar reconhecível o bem jurídico através dele tutelado. Se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma.

Quando se pune apenas para proteger um qualquer bem jurídico indefinido, estamos perante uma indeterminação que coloca em crise não só o juízo de proporcionalidade, como a própria possibilidade concreta de definição do tipo legal.

O princípio da legalidade, enquanto imperativo constitucional, requer que a redacção legal dos tipos, dos pressupostos de punibilidade, seja o mais clara e precisa possível. Logo, na formulação de qualquer tipo incriminador, o legislador deve evitar a indeterminação desnecessária e escolher a variante de formulação típica mais precisa.

Posto isto, uma formulação de um tipo de crime de enriquecimento ilícito deveria permitir ao cidadão ou ao intérprete conseguir levar a cabo a identificação do facto proibido.

Tendo em conta que princípio da legalidade criminal se assume como um forte estímulo em favor do “direito penal do facto”, o único compatível com os princípios inerentes a um Estado de Direito democrático que ainda deseje ser minimamente liberal, a criminalização do enriquecimento ilícito resulta dificilmente harmonizável com a dimensão político-criminal que exige a estrita vinculação da punibilidade a um específico comportamento humano, seja activo ou omissivo.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, verifica-se que a incriminação autónoma do enriquecimento ilícito coloca também este princípio em causa, traduzindo-se numa indesmentível contrariedade à CRP.

Ainda exigências de subsidiariedade ou fragmentariedade levariam também à conclusão que importaria a ilegitimidade da nova incriminação.

Um inventário obrigatório dos bens possuídos por cada cidadão, embora teoricamente seja uma forma possível de contornar a violação da presunção de inocência, seria, na prática, uma medida exagerada e certamente contrária à ideia de Estado de Direito.

Uma forma potencialmente eficaz de enfraquecer a actividade daqueles que enriquecem ilicitamente passaria pela reformulação dos pressupostos do tipo de crime de fraude fiscal, acrescentando este tipo ao catálogo de crimes que consta do artigo 1º da Lei 5/2002.

Figurando o crime de fraude fiscal no catálogo de crimes que estão na base da aplicação da figura do confisco, seria então possível aplicar o artigo 7º da Lei 5/2002, impondo como consequência a perda de bens a favor do Estado.

Desta forma o enriquecimento injustificado, presuntivamente ilícito, ficaria indisponível, através da figura do confisco alargado, quer para os criminosos, quer para o financiamento da prática de novos crimes.

Quanto ao sigilo bancário, é também de referir uma necessária mudança de posição, instrumental, no que toca ao papel dos bancos que, no cumprimento do dever de fornecer os elementos solicitados, raramente respeitam os prazos previstos para o efeito que constam do nº 2 do artigo 3º da Lei nº 5/2002.

Na luta contra as formas organizadas de crime, a implementação de novos meios de prova e de obtenção de prova, caracterizados pelo enorme potencial de repressão e prevenção criminal, implica um processo global de mudança no funcionamento de justiça criminal. Ou seja, estes novos meios devem ser consolidados e interiorizados na prática e na cultura judiciais¹⁷¹.

Ainda uma palavra para a cooperação judiciária entre os países, para o direito premial que atribui benefícios àqueles que colaboram com a Justiça e que tem vindo a invadir os ordenamentos jurídico-penais modernos, e para a protecção de testemunhas que, muitas vezes, auxiliam as autoridades na resolução de casos, que não podem deixar de ser tidos em conta, pela crescente importância que desempenham na actualidade.

“Num País felizmente poupado à grande ameaça do terrorismo, outros fenómenos criminais preocupantes se perfilam, porém, a exigir atenção e respostas adequadas. Não somente ao nível policial (como frequentemente se tende a considerar de forma redutora), como também ao nível da intervenção do Ministério Público, dos Tribunais de instrução criminal e dos Tribunais de julgamento em primeira instância (para apenas se falar na vertente repressiva, pois quanto a prevenção é a indigência total). Todos eles carecem de meios e de especialização, da atenção e do investimento que sempre lhes foi negado, para enfrentarem desafios tão intensos e perturbantes como a corrupção instalada, a evasão fiscal generalizada, o narcotráfico e o branqueamento de capitais”¹⁷².

Assim, tendo em conta as dificuldades de elaboração de um tipo incriminador que se prendem, nomeadamente, com os princípios da necessidade, da legalidade e da presunção de inocência, devem ser procuradas formas alternativas de fazer frente ao enriquecimento ilícito.

Tendo como pano de fundo o combate à corrupção, essa busca de alternativas à incriminação, deve consistir em soluções extra-penais, deve ter presente a constante tensão entre interesse público e direitos fundamentais e deve passar pelo aperfeiçoamento dos meios actualmente existentes, com o objectivo de atenuar os prejuízos causados por este grave problema.

¹⁷¹ Assim, José Braz, in *Um novo paradigma metodológico na investigação de crime*, p. 346.

¹⁷² Euclides Dâmaso Simões, in *Direcção e Execução da investigação criminal no quadro do Estado de Direito (contributos para uma melhor sintonia)*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, 2010, p. 329.

Em suma, uma vez que as sugestões avançadas até hoje para incriminar o enriquecimento ilícito não conseguiram vingar porque todas acabaram por colidir com a CRP, concluímos que a construção de um tipo de crime de enriquecimento ilícito, conforme à Lei Fundamental, apresenta muitas barreiras à sua formulação.

Assim, poderão e deverão ser procuradas alternativas à sua criminalização, sendo necessário aperfeiçoar outros mecanismos actualmente existentes no sistema jurídico, melhorar o desempenho das polícias e órgãos judiciais de forma a combater de forma mais eficaz o enriquecimento ilícito.

Bibliografia

Almeida, Carlos Rodrigues de – “Criminalidade Organizada e Corrupção”, in *2º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Almedina, 2010. ISBN – 97897240422b8

Ambos, Kai – “A liberdade no Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge Figueiredo Dias”, in *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. I. Coimbra, 2009.

Beccaria, Cesare – *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1998. ISBN – 972310816X

Bolina, Helena Magalhães – “Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência”, in *Estudos nos Cursos de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito*, nº 70, 1994.

Braz, José – “Um novo paradigma metodológico na investigação de crime”, in *2º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Almedina, 2010. ISBN – 97897240422b8

Caeiro, Pedro - «Enriquecimento “ilícito”: tapar o sol com más peneiras», *Jornal O Público*, 10-01-2010.

Caeiro, Pedro – «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 2 (Abr. – Jun.) Coimbra Editora, 2011.

Canas, Vitalino – *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN – 9724022455

Canotilho, Gomes e Moreira, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I. Coimbra, 2007.

Catarino, João Ricardo e Victorino, Nuno – “Sentido e Perspetivas do Combate à Fraude nos Novos Tipos Contraordenacionais Criminais previstos no RGIT (Lei nº 64-B/2011, de 30 de Dezembro)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano V, nº 1. Almedina, 2012.

Costa, António Manuel de Almeida – *Sobre o Crime de Corrupção*, Coimbra Editora, 1987.

Costa, José de Faria – “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: pladoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141, nº 3973 (Mar. – Abr. 2012).

Cunha, José Manuel Damião da – “Perda de bens a favor do Estado”, in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra, 2009.

Cunha, José Manuel Damião da – “Perda de bens a favor do Estado: Medidas de Combate à criminalidade organizada e económico-financeira”, Centro de Estudos Judiciários. Lisboa, 2002. ISBN – 9729122229

Cunha, José Manuel Damião da - *Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*. Coimbra Editora, 2011. ISBN – 9789723219302

Dias, Augusto Silva – “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *2º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Almedina, 2010. ISBN – 97897240422b8

Dias, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português: Parte Geral II*, Coimbra Editora, 2009. ISBN - 9789723213539

Dias, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2007.

Dias, Jorge de Figueiredo – *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.

Dias, Jorge de Figueiredo – “O ónus de alegar e de provar em Processo Penal?”, *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 105, nº 3474 (1972/73).

Dias, Jorge de Figueiredo – “Para uma reforma global do processo penal português: Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, *in AA. VV. Para uma nova justiça penal*. Coimbra, Almedina, 1996

Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio – “Constituição e escolha dos bens jurídicos”. Tradução de José de Faria Costa, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal* nº 4 (1994), Lisboa.

Ferrajoli, Luigi – *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

Ferreira, Cavaleiro – *Curso de Processo Penal*, Vol. I. Lisboa: Danúbio, 1986.

Fonseca, Jorge Carlos – «O crime de “lavagem de capitais”: uma perspectiva dogmática e de política criminal, em especial a partir da experiência legislativa cabo-verdiana», *in 2º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*. Almedina, 2010.

Godinho, Jorge – “Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, *in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

Godinho, Jorge – *Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN – 9724014541

Godinho, Jorge A. F. – “Do crime de «riqueza injustificada» (artigo 28º da Lei 11/2003, de 28 de Julho)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, nº 23, 2007.

Gonçalves, José Renato – *Acesso à informação das entidades públicas*, Coimbra: Almedina, 2002. ISBN – 9724017680

Gonçalves, José Renato – “O Estado burocrático e o Estado transparente: modelos de tutela do princípio da transparência”, in *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. 3. 2008.

Lamas, Ricardo – “O Recebimento Indevido de Vantagens: análise substantiva e perspectiva processual”, in *Revista do Ministério Público*, 126 (Abril – Junho 2011).

Martins, Lourenço – “Luta contra o tráfico de droga: Necessidades de investigação e sistema garantístico”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, 2007

Mendes, Paulo de Sousa, Reis, Sónia e Miranda, António – “A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 68, nº 2/3 (Set. – Dez. 2008).

Monte, Mário Ferreira – “Da realização integral do Direito Penal”, in *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3. 2008.

Morgado, Maria José e Vegar, José – *Fraude e Corrupção em Portugal: O inimigo sem rosto*, 3ª Ed. Dom Quixote, 2003. ISBN – 9722025813.

Neves, António Castanheira - *Sumários de processo criminal*. Coimbra: João Abrantes, 1967/68.

Palma, Maria Fernanda – “A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, *in Revista do Ministério Público*. Vol. 15, nº 60 (Out – Dez. 1994).

Pereira, Júlio – “O Crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal”, *in Polícia e Justiça*, nº 8, 3ª série (Jul. – Dez. 2006).

Pinheiro, Rui e Maurício, Artur – *A constituição e o processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN – 9789723215069

Pinto, António Marinho e – «O Enriquecimento Ilícito», *Jornal de Notícias*, 09/04/2012.

Roxin, Claus – *Derecho Penal, Parte General*, I, Civitas, 1997.

Silva, Germano Marques da – “Meios expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)”, *in Direito e Justiça*, Vol. 17. 2003.

Silva, Germano Marques da – “Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado), Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal”, *in Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coord. Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra Editora, 2011. ISBN – 9789723219203

Silva, Isabel Marques da – “Tributação da riqueza e sinais exteriores de riqueza (manifestações de fortuna)”, *in Estudos em Memória do Professor J.L. Saldanha Sanches*. Coimbra, 2011.

Simões, Euclides Dâmaso – “Combate à Corrupção: A decisiva importância da prevenção e da especialização. O sistema português face à Convenção de Mérida”, *in Polícia e Justiça*, nº 7, 3ª série (Jan. – Jun. 2006).

Simões, Euclides Dâmaso – *Contra a Corrupção: as Leis de 2010. As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: CEJ, 2010.

Simões, Euclides Dâmaso – “Direcção e Execução da investigação criminal no quadro do Estado de Direito (contributos para uma melhor sintonia)”, *in 2º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Almedina, 2010. ISBN – 97897240422b8

Trogano, António – “A investigação da criminalidade tributária organizada: relato de uma experiência”, *in 2º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Almedina, 2010. ISBN – 97897240422b8

Valente, Manuel Monteiro Guedes – *Lei e Crime: O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN – 9724015483