

Série
ESCRITOS
BREVES

“Quem cabritos vende e cabras não tem...”

Pedro Caeiro



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

1

PROJECTO
DESAFIOS SOCIAIS, INCERTEZA E DIREITO
(UID/DIR/04643/2013) | INSTITUTO JURÍDICO

Grupo de investigação: | *Thematic strand:*

- Crise, sustentabilidade e cidadania(s) | *Crisis, sustainability and citizenship(s)*

É permitida a distribuição ou reprodução, total ou parcial, do presente trabalho, desde que a título gratuito e citada a fonte, sendo proibida a sua comercialização.



I
o
J

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva | Jorge Ribeiro

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fد.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8787-27-9

INSTITVTO ▲IVRIDICO

Página deixada propositadamente em branco

“QUEM CABRITOS VENDE E CABRAS NÃO TEM...”

1. Em 2012, a Assembleia da República (AR) aprovou uma lei que criminalizou aquilo a que chamava “enriquecimento ilícito”, e que consistia em adquirir ou possuir bens de origem indeterminada, de valor incompatível com os rendimentos legítimos do titular. A incriminação-base abrangia todos os cidadãos e a qualidade de funcionário ou de titular de cargo político agravava as penas aplicáveis (crime específico impuro).

Na altura, o Presidente da República (PR) solicitou ao Tribunal Constitucional (TC) a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas incriminadoras. Dadas as múltiplas e evidentes deficiências de que enfermavam – e que foram logo apontadas pela generalidade dos especialistas e dos órgãos representativos das profissões forenses – o TC não hesitou em declará-las inconstitucionais. A única surpresa terá sido, eventualmente, a extensão do consenso: na parte em que incriminava o “enriquecimento ilícito” dos cidadãos comuns e dos funcionários, a decisão foi alcançada por unanimidade; e na parte em que se referia aos titulares de cargos políticos obteve uma maioria de 11 votos contra 1.

2. Em 2015, a maioria parlamentar do PSD / CDS-PP voltou a aprovar – agora com os votos contra de toda a oposição – a criminalização daquilo a que chama “enriquecimento injustificado”, que consiste em *“adquirir, possuir ou det[er] património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados”*.

Alguns verão nesta lei um encarniçamento obsessivo de dois ou três responsáveis políticos, que resolveram fazer do assunto uma cruzada pessoal. Outros, tendo em mente o desprezo soberbo dispensado às críticas que, de vários quadrantes, fustigaram a lei de 2012, bem como os avisos que foram sendo feitos aos deputados nas audições parlamentares de 2015 pela generalidade das pessoas ouvidas, alimentarão fundadas dúvidas de que alguém tenha querido genuinamente que esta incriminação venha, algum dia, a entrar em vigor.

Seja como for, a nova lei foi aprovada por uma maioria parlamentar e merece, só por isso, respeito democrático. Todavia, o PR entendeu que a criminalização do enriquecimen-

to injustificado continua a suscitar objecções e solicitou, também desta vez, a fiscalização preventiva da respectiva constitucionalidade, que está presentemente a ser examinada pelo TC – processo que merece o mesmo respeito democrático.

A questão está pois em saber se as modificações introduzidas na lei de 2015 eliminam as causas pelas quais o TC declarou inconstitucionais as normas de 2012.

3. No seu acórdão de 2012, o TC decidiu que a incriminação do enriquecimento ilícito (recordemo-la: “*adquirir, possuir ou det[er] património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos*”) violava a Constituição, essencialmente, por três razões: por não existir um bem jurídico claramente identificado e digno de protecção penal; por não estarem suficientemente determinadas a acção ou omissão proibidas; e por se violar a presunção de inocência, ao presumir-se a origem ilícita do património incongruente.

De acordo com as intervenções dos deputados da maioria na 1ª Comissão, o legislador de 2015 teria tomado boa nota do Acórdão do TC e dado os passos necessários para contrariar estas objecções. Vejamos se assim foi.

3.1. Podemos descartar deste curto comentário o problema da descrição típica das modalidades da acção (adquirir, possuir ou deter bens com certas características), pois a formulação mantém-se exactamente igual na nova lei, aplicando-se-lhe, portanto, o juízo do TC sobre este aspecto (“a construção do tipo não permite a identificação da acção ou omissão que é proibida, com o que fica violada a exigência de determinação típica do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição”).

A este propósito, sempre diremos que, a nosso ver, o maior problema não está tanto na indeterminação das condutas típicas, mas sim *na incriminação de condutas a que não subjaz a violação de qualquer dever*: não existe, como veremos, um dever de não adquirir ou disfrutar de bens que sejam incompatíveis com os rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados.

3.2. Começaremos por notar que o legislador de 2015 extirpou da norma incriminadora o elemento “*sem origem lícita determinada*” com que caracterizava, na lei de 2012, o património adquirido ou detido pelo agente, procurando assim acolher a objecção do TC relativa à violação da presunção de inocência.

A função deste elemento era apenas a de excluir da incriminação os casos em que se provasse positivamente a *origem lícita* do património. O que significava também, forçosamente, que o conteúdo do ilícito não se encontrava na incongruência patrimonial em si mesma considerada, mas sim na *possível* origem criminosa do património de fonte desconhecida, por aí se justificando a conclusão de que a norma violava a presunção de inocência.

Ora, ao eliminar aquela *causa de exclusão da tipicidade*, o legislador de 2015 afastou-se decididamente da intencionalidade que subjazia, ainda que de forma implícita, à lei de 2012 (a punição, por via indirecta, dos crimes não esclarecidos que geraram o enriquecimento), e assumiu que o ilícito material é *o puro desfasamento entre o património que se tem, ou de que se disfruta, e os rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados*.

Com esta formulação, não há razão para se falar em violação da presunção de inocência.

3.3. Sucede que uma incriminação com este conteúdo é não só político-criminalmente (ainda mais) inadequada, como continua a ser jurídico-constitucionalmente inválida.

Desde logo, ela assenta numa falsa premissa, qual seja, a de que todos os rendimentos e bens de que uma pessoa pode fruir licitamente *devem ser por ela declarados*, daí se inferindo, como consequência lógica, a ilicitude da detenção dos que não devam sê-lo. Não é todavia assim, como se depreende imediatamente do seguinte exemplo: suponhamos que *A*, pessoa de elevadas posses, “mantém” o seu / a sua amante *B*, desempregado(a) e sem bens [ou empregado(a) e remediado(a), pouco importa], “pondo-lhe” casa e carro (registados no nome de *A*, que sobre eles paga os devidos impostos) e oferecendo-lhe jantares, jóias e viagens. *B* não tem qualquer dever de declarar a fruição / detenção / recebimento destes bens, que não são tributados em imposto de selo nem em IRS, pelo que o padrão dos rendimentos “declarados ou que devam ser declarados” de *B*, para os efeitos desta incriminação, será, quando muito, o subsídio de desemprego – que não é compatível com a fruição / detenção / recebimento daqueles bens.

Assim, se a versão de 2012 tinha por efeito obrigar *A* e *B* a expor a sua relação pessoal às autoridades, com vista a provar a origem lícita dos bens e, por aí, a afastar a tipicidade da conduta, a lei de 2015 desinteressa-se por completo da situação: *tudo o desfasamento patrimonial é típico*, e a circunstância de os bens terem uma fonte legítima é perfeitamente irrelevante, porque já não é a eventual origem criminoso dos mesmos que constitui o ilícito. Por outro lado, como o conteúdo de ilícito reside nessa desproporção patrimonial, a origem lícita dos bens não pode constituir, *de per si*, uma causa de justificação. Consequentemente, no caso do exemplo, *B* cometeria o crime de enriquecimento injustificado (tal como *A*, aliás, na veste de cúmplice).

Bem vistas as coisas – e correspondendo à preocupação do legislador com o escândalo público causado pela ostentação de riqueza de fonte desconhecida – aquilo que a lei de 2015 pretende impor é um dever penal de *não adquirir, não possuir nem deter bens incompatíveis com os rendimentos e bens que o agente deva declarar*. Proibição que, além de absurda, é manifestamente inconstitucional, pois impõe uma restrição desproporcional e desnecessária ao direito de propriedade e à livre iniciativa privada – sobretudo porque, como veremos já de seguida, não protege bem jurídico algum.

3.4. Na verdade, esta caracterização da conduta proibida mostra à sociedade que não existe aqui qualquer bem jurídico digno de tutela, tal como não existia na lei de 2012.

Porém, pretendendo colmatar esse vazio, o legislador incluiu na própria lei (art. 335.º-A, n.º 2) uma norma segundo a qual as condutas de enriquecimento injustificado “*atentam contra o Estado de direito democrático, agridem os interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades*”.

É uma norma risível, a vários títulos.

Desde logo, porque a afirmação de que uma conduta atenta contra certo bem jurídico tem que resultar de uma avaliação de índole criminológica e político-criminal e não é susceptível de se estabelecer por *decreto*. Se a lei pudesse *ordenar* a danosidade social de uma conduta, os mandamentos constitucionais da dignidade penal e da necessidade da lei penal estariam na inteira disponibilidade do legislador ordinário: haveria bem jurídico digno e carecido de protecção penal *sempre que o legislador o dissesse*.

Ao contrário do que foi alardeado nos trabalhos da 1.^a Comissão, não é verdade que esta fantasiosa determinação legal da danosidade social de uma conduta se encontre já presente no n.º 6 do art. 316.º do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de Agosto, que reviu a incriminação da violação de segredo de Estado. Bem diversamente, aquela norma *concretiza*, tipificando-os, os “interesses fundamentais do Estado Português” genericamente referidos, como elemento do tipo objectivo, no n.º 1 do mesmo artigo. O que não significa, evidentemente, que as condutas tipificadas ofendam esses interesses *porque a lei o diz*.

Em segundo lugar, a amálgama de políticas, interesses e valores constante do n.º 2 do art. 335.º-A não tem qualquer semelhança com um (ou vários) bem(ns) jurídico(s). A transparência, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades são políticas públicas importantes, a probidade é uma virtude moral prezável, a equidade é um princípio jurídico fundamental – mas não têm densidade e concreção suficientes para serem, em si mesmas, bens jurídico-penais. Além disso, misturar, no mesmo plano e à sombra do mesmo tipo legal, a protecção do Estado de direito democrático com a protecção da confiança no mercado é sinal ostensivo de uma incriminação errática, a que não preside uma intencionalidade político-criminal racional, impedindo-se por aí, do mesmo passo, qualquer relação de proporcionalidade entre a ofensa ao bem jurídico e as penas cominadas.

Despida esta *ganga* inverosímil, resta a crua evidência de que, tal como sucedia na lei anterior, a aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos declarados ou que devam ser declarados não ofendem, em si mesmas, bem jurídico algum, pelo que as normas que as punem são, também elas, inconstitucionais.

3.5. Por último, para piorar o cenário, a escolha dos rendimentos e bens declarados, *ou que devam ser declarados*, como estalão contra o qual se medirá a incongruência do património, pode levar a um outro absurdo. Na verdade, numa sua interpretação possível, o art. 10.º da Lei Geral Tributária sujeita à tributação (e, portanto, a um dever de declarar) os rendimentos e bens ilicitamente obtidos (neutralidade fiscal), quando se preencherem os pressupostos das normas tributárias aplicáveis.

Se assim for, sempre que a aquisição ilícita de bens deva ser declarada por força da lei tributária, e mesmo que o não seja (por motivos óbvios), não existirá enriquecimento injustificado, porque o património ilícita e efectivamente detido não será “incompatível com os (...) rendimentos e bens declarados *ou que devam ser declarados*”. O que significa que o cometimento do crime não depende da falta de justificação do património, mas sim da circunstância – aleatória para este efeito – de os bens ou rendimentos ilicitamente obtidos deverem ou não ser declarados.

4. Atravessamos um momento confrangedor, em que as decisões dos órgãos de soberania em matéria penal invocam, como suma autoridade, os brocardos segregados pela *sabedoria popular*, num regresso atávico a formas primitivas de legitimação (?) que fazem gala em desprezar a racionalidade jurídica.

É tempo de despedir a política criminal do rifão e as aberrações que produz. Quem cabritos vende e cabras não tem, normalmente é dono de um talho. Ora essa.

14 de Julho de 2015.

Pedro Caeiro

Investigador do IJ
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

PROJECTO DESAFIOS SOCIAIS, INCERTEZA E DIREITO
(UID/DIR/04643/2013) | INSTITUTO JURÍDICO

Grupo de investigação: | *Thematic strand:*

- Crise, sustentabilidade e cidadania(s) | *Crisis, sustainability and citizenship(s)*

