

DA CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DENTRO DOS LIMITES DA CRP

HELENA SUSANO

Juíza de Direito

Recentemente, a sociedade portuguesa, pela vontade e voz do poder político, trouxe à colação a questão da criminalização do enriquecimento ilícito, recomendada pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção aos Estados signatários, tendo sido o Tribunal Constitucional chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de normas do Decreto n.º 37/XII da AR que fiscalizou preventivamente o projecto da sua introdução no sistema penal.

A aludida Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹, que entrou em vigor na ordem internacional, em 12.07.2003, foi aprovada pela Assembleia da República pela Resolução n.º 47/2007, de 21.09, para o que ora releva, nos seguintes termos:

Artigo 20.º

Sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracção penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo.

Pretendendo positivar na ordem jurídica penal portuguesa o conteúdo da norma do citado art. 20.º, veio a lume o Decreto n.º 37/XII da AR, que foi sujeito, por iniciativa do Presidente da República, a fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Sobre ele se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, que teve por objecto verificar se a norma do n.º 1 do art. 1.º, na parte em que adita o art. 335.º - A ao Código Penal, a norma do artigo 2.º, na parte em que altera o art. 386.º do mesmo diploma legal e a

¹ in <http://dre.pt/pdf1s/2007/09/18300/0669706738.pdf>.

norma do art. 2.º, na parte em que adita o art. 27.º-A à Lei n.º 34/87 de 16.07, e a norma do art. 10.º, quando conjugada com as antes referidas, se apresentam conformes à Constituição da República Portuguesa. Trata-se, pois, da designada tipificação do crime de enriquecimento ilegítimo, que está, aliás, ainda, na ordem do dia com vista à sua eventual consagração.

Os fundamentos do recurso despoletado pelo Presidente da República apontam para a violação do princípio da presunção de inocência, do qual decorre que a prova é ónus da acusação e que o arguido tem direito ao silêncio, bem como a violação do sub princípio *in dubio pro reo*; colocam em crise a observância dos princípios da legalidade penal e da tipicidade da lei penal, e designadamente do sub princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege praevia*; e, por fim, invocam a violação do princípio da proporcionalidade na dimensão necessidade.

Na fundamentação do aresto, o Juiz relator Conselheiro Cunha Barbosa começa por transcrever as normas objecto do recurso para, então, anunciar que estruturará a exposição elaborando um enquadramento da matéria ao nível do direito internacional e comparado e, de seguida, do direito interno.

Serve-lhe a primeira abordagem para constatar que a não consagração do tipo não conduz ao incumprimento do legislador português ou do de qualquer outro Estado, trazendo à colação o Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre esta questão; de seguida, e após uma não exaustiva enumeração dos países que tipificaram o crime em questão (Hong-Kong, Chile, Argentina, El Salvador, Equador, China, Região Administrativa de Macau e França), conclui que a figura do enriquecimento ilícito tem expressão praticamente nula no contexto jurídico-penal comparado, contrastando com a que possui no domínio do direito fiscal, o que sucede porque a grande maioria dos Estados não admite a respectiva criminalização, seja porque o reputam desnecessário no quadro de outros instrumentos de combate à corrupção, seja porque têm dificuldade em sustentá-lo à luz do princípio fundamental da presunção de inocência. Referem-se, em particular, os casos espanhol, francês e italiano. Faz-se, de seguida, uma resenha da matéria no sistema português, no âmbito fiscal e não fiscal. Chega-se, então, ao cerne da questão colocada à apreciação do Tribunal.

Iniciando a análise pela invocada violação do art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, ou seja, da legitimidade jurídico-constitucional da incriminação, o Conselheiro

relator chama à colação a Jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.º 426/91, 25/84 e 83/95) e a *opinio doctorum* (Figueiredo Dias e Costa Andrade), a qual sintetiza da seguinte forma: 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. Ilustra seguidamente esta conclusão com a autoridade de Acórdãos do Tribunal Constitucional que a perfilham em número significativo: Acórdãos n.º 25/84, 85/85, 288/98, 617/06, 75/10, 347/86, 679/94, 108/99, 527/95, 302/95, 480/90, 99/02, 577/11, 312/00, 516/00, 595/08 e 128/12.

O Conselheiro relator argumenta também com a vontade do legislador, reproduzindo um trecho dos “trabalhos preparatórios”: “*a incriminação em causa visa obstar a que os mais diversos crimes fiquem impunes em função das mais diversas vicissitudes, incluindo processuais*” para concluir que se a finalidade é punir crimes, geradores de enriquecimento ilícito, anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, então não há um bem claramente definindo, reprimando a conclusão anterior de que se a norma pune para proteger um bem jurídico indefinido, então ela é materialmente inconstitucional.

Explora seguidamente a questão da violação do princípio da legalidade e do sub princípio *nullum crimen sine lege*, ínsito na norma do art. 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, concluindo que ela resulta da constituição do tipo por não permitir a identificação da acção ou omissão que é proibida.

Centra, depois, mais detalhadamente, a argumentação na violação do princípio da inocência consagrada na art. 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Suportando-se na autoridade das vozes de Gomes Canotilho e Vital Moreira, Maria Fernanda Palma, Figueiredo Dias, e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional que veio a lume através dos Acórdãos n.º 198/90 e 270/87, conclui que a falta de prova não pode desfavorecer a posição do arguido e um *non liquet* tem de ser valorado a favor dele, daí retirando que as normas penais não podem consagrar presunções de culpa nem podem fazer decorrer a responsabilidade de factos apenas presumidos.

Ora, a questão que se pretende dilucidar primeiramente, a partir dos ensinamentos colhidos no Ac. que acabámos de enunciar, é a de apurar se é necessário e possível, dentro dos limites constitucionais que se impõem observar, a criminalização do enriquecimento ilegítimo.

A corrupção, o peculato, bem como o tráfico de influências constituem fenómenos que colocam em profunda crise a democracia e o Estado de Direito e, como é consabido, configuram crimes que, pela sua própria natureza, apresentam dificuldades acrescidas não só de detecção, mas também de prova. São poucas as acusações que chegam a Julgamento e, ainda assim, são filtradas pelas dificuldades, quando não mesmo impossibilidades, de apuramento da verdade dos factos. Para tanto concorrem os métodos sofisticados de actuação dos agentes, as conexões com os intermediários, as relações de cumplicidade com proveito comum, a ocultação de bens, o branqueamento do produto do crime, as mais das vezes revestindo carácter transnacional.

Como contrapartida necessária desta sofisticada realidade criminógena, há que ponderar, naturalmente, na sequência dos ensinamentos colhidos no Ac. n.º 179/2012, se é adequado e proporcional criminalizar o agente por força da ocultação da evolução da sua situação patrimonial, cuja aquisição não decorre de facto lícito conhecido, consabido que é impor o art. 18.º, n.º 2, da CRP, que o Direito Penal cumpre uma função *de ultima ratio*. Não basta, pois, para a criminalização que a conduta afecte bens jurídicos fundamentais, é necessário que a protecção de tais bens não possa realizar-se senão através de penas ou medidas de segurança. Como justamente ensina o Professor Sousa e Brito: “*As sanções penais só se justificam quando indispensáveis, isto é, indispensáveis tanto na sua existência como na sua medida à conservação e à paz da sociedade civil*”².

O Professor Figueiredo Dias refere-se à carência da tutela penal para traduzir o critério da necessidade de intervenção penal, escrevendo: “*padrão legitimador da constitucionalidade de uma incriminação é que esta vise a tutela de um bem jurídico digno de pena, mas também carente de punição (aqui residindo a justificação mais funda de expressões neste contexto utilizadas como as de que a intervenção penal é subsidiária ou de ultima ratio)*”³.

Desde já manifestamos a nossa convicção positiva quanto à necessidade e proporcionalidade da incriminação, por entendermos que se trata de uma medida que fortalece, previne e combate a corrupção e crimes congéneres. Através dela, cremos, cultiva-se a

² SOUSA E BRITO, JOSÉ, “A Lei Penal da Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, coord. Jorge Miranda, 1978, vol. II, p. 218.

³ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “O Direito Penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional”, in *XXV anos de Jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 42.

transparência econômico-financeira que deve presidir às condutas dos titulares de órgãos públicos e de determinados funcionários públicos, com funções decisórias, imprescindível, além do mais, para a livre concorrência e leis da economia e do mercado. E pune-se, como contrapartida, a opacidade na evolução patrimonial decorrente da aquisição de bens desses agentes, nos casos em que existe uma desconformidade entre os bens e rendimentos declarados e os realmente existentes.

É verdade que o direito comparado que analisámos, designadamente o sistema francês e, em particular, o espanhol, não constituem um ponto de referência no que tange à positividade da criminalização do tipo.

Com efeito, em Espanha, a desconformidade entre o património declarado, adquirido ou possuído e o rendimento ou património declarado pelo contribuinte recolhe sanção em sede de Direito Fiscal, no art. 39.º da *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*⁴.

Em França, o sistema penal prevê que o ónus da prova da proveniência dos recursos que sustentam o nível e modo de vida, no que tange a agentes que têm ligações familiares ou de proximidades com determinadas pessoas, lhes compita. Encontram-se abrangidos por esta situação quem tem conexão com pessoas que pratiquem prostituição⁵, mendicidade⁶, ou se dediquem à prática de crimes⁷.

⁴ Ley 35/2006 de 28 de noviembre, in http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/I35-2006.html
Ganancias patrimoniales no justificadas

Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales.

Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del período impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del período de prescripción.

⁵ Art. 225-6

Est assimilé au proxénétisme et puni des peines prévues par l'article 225-5 le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit:

(...)

Acresce a estas disposições do Código Penal a norma do art. 168.º do *Code Générale des Impôts*⁸, também sanciona o sujeito que apresente uma desproporção entre o nível e modo de vida e os respectivos rendimentos, nas condições descritas na norma.

Em Portugal, também no Direito Fiscal encontramos previsões normativas que abrangem a desconformidade entre os rendimentos declarados em sede de IRS e os padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo (art. 87.º, al. d) da LGT, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 30-G/2000), o que

3° De ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution;

⁶ Art. 225-12-5

(...)

Est assimilé à l'exploitation de la mendicité le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en exerçant une influence de fait, permanente ou non, sur une ou plusieurs personnes se livrant à la mendicité ou en étant en relation habituelle avec cette ou ces dernières.

L'exploitation de la mendicité est punie de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 Euros.

⁷ Art. 321-6

Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect.

⁸ In <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>

Art. 168.º

2. (Abrogé).

2 bis. La disproportion marquée entre le train de vie d'un contribuable et ses revenus est établie lorsque la somme forfaitaire qui résulte de l'application du barème et de la majoration prévus aux 1 et 2 excède d'au moins un tiers, pour l'année de l'imposition, le montant du revenu net global déclaré y compris les revenus exonérés ou taxés selon un taux proportionnel ou libérés de l'impôt par l'application d'un prélèvement.

consequencia uma avaliação indirecta. Ademais, há lugar ao mesmo tipo de avaliação quando se verificar um *“acréscimo de património ou despesa efectuada, incluindo liberalidades, de valor superior a 100 000 €, verificados simultaneamente com a falta de declaração de rendimentos ou com a existência, no mesmo período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados (art. 87.º, al. d) da LGT).*

Em ambas as situações, em conformidade com o art. 89.º-A, n.º 3, da LGT, *“cabe ao sujeito passivo a comprovação de que correspondem à realidade os rendimentos declarados e de que é outra a fonte das manifestações de fortuna ou do acréscimo de património ou da despesa efectuada.”*

Relevante, outrossim, para a análise que nos ocupa é a norma contida no n.º 10 do aludido art. 89.º - A, introduzida pela Lei 19/2008 de 21.4: *“A decisão de avaliação da matéria colectável com recurso ao método indirecto constante deste artigo, após tornar-se definitiva, deve ser comunicada pelo director de finanças ao Ministério Público e, tratando-se de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, também à tutela destes para efeitos de averiguações no âmbito da respectiva competência.”*

Em suma, há legislação que possibilita, no domínio fiscal, a avaliação indirecta sempre que se verifiquem os pressupostos de desconformidade entre o rendimento e as manifestações de fortuna.

No âmbito penal, encontram-se previstos os crimes de branqueamento de capitais, no art. 368-A do CP, a perda de vantagens consagrada no art. 111.º do mesmo Código, e bem assim a perda de bens a que se refere o art. 7.º da Lei 5/2002, de 11.2.

Porém, tal é, a nosso ver, manifestamente mitigado para a prevenção de crimes como, v.g., a corrupção, prevenção esta que é desejável levar a cabo pelos motivos acima explanados.

A necessidade da criminalização do enriquecimento ilícito encontra-se em estreita conexão com o bem jurídico a ser tutelado pela respectiva norma, isto é, importa identificar o bem jurídico que se visa proteger a fim de aquilatar a proporcionalidade da tipificação da conduta ilícita. Entendemos que o bem jurídico se consubstancia na transparência da situação económico-

3. Le contribuable peut apporter la preuve que ses revenus ou l'utilisation de son capital ou les emprunts qu'il a contractés lui ont permis d'assurer son train de vie.

financeira dos titulares de órgãos públicos de natureza política que é condição de dignidade e prestígio do Estado. Com efeito e ao invés, a opacidade relativa à aquisição de bens de fortuna que sejam incompatíveis com os rendimentos que são declarados e, portanto, da esfera do conhecimento das entidades competentes, cria a desconfiança na comunidade que mina os pilares de um Estado de Direito.

Como justamente ensina o Professor Costa Andrade estamos perante um bem jurídico com dignidade de tutela quando se realiza um *juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade*⁹.

Desta feita, a primeira conclusão que nos permitimos apurar é a de que há um bem jurídico devidamente identificado a ser tutelado pela norma, cuja violação é socialmente intolerável. Esta identificação é essencial, a nosso ver, pois coadjuva na limitação do universo de pessoas que deverão ser agentes do crime: não qualquer funcionário (na acepção constante do art. 386.º do CP), mas aqueles que já possuem o dever de declarar extrafiscalmente o seu património e rendimentos, atentas as funções que exercem, e se encontram abrangidas quer pela Lei n.º 34/87 de 16.07, quer pela Lei 38/2010 de 2.09¹⁰.

Porém, de forma a prevenir que estes agentes se sirvam de pessoas com as quais possuem relações familiares, de afinidade ou próximas, para ocultar o património e fugir à esfera de abrangência da norma, afigura-se adequado, proporcional e necessário seguir o exemplo francês, alargando a punição a quem, com elas, se encontre nesse tipo de relação.

A segunda questão suscitada pela Ac. do TC é a da existência de uma acção ou omissão proibida ao agente, a fim de se observar o princípio *nullum crimen sine lege*.

⁹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “A dignidade penal e a carência de tutela penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, 1992, p. 184.

¹⁰ Acompanhando o voto de vencido do Conselheiro Vítor Gomes, aposto no citado Ac. do TC n.º 179/2012, que considera desproporcionada e excessiva a criminalização com maior amplitude que esta por ofender o direito fundamental da reserva da vida privada do próprio e de terceiros; no sentido de que inexistem razões para que, a existir, a norma não incrimine todos os obrigados às declarações de IRS e IRC, veja-se com muito interesse 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. de Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra Editora, 2011, p. 47-63.

Como justamente escreveu o Professor Germano Marques da Silva¹¹, “a *incriminação 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. (...) deve ser típica, respeitar factos imputáveis ao enriquecido, ser sujeita ao juízo de culpa e a incriminação deve ser necessária para salvaguarda de bens jurídicos*”.

Importa, portanto, que a norma contemple, a montante, uma obrigação de *facere* ao agente por ela visado, qual seja a de declarar a aquisição, detenção ou posse de bens, de um valor que se tenha por proporcional e adequado ao escopo visado, e que não deve ser inferior a 150 000 € para ter dignidade financeira atendível penalmente e para se conformar com o domínio fiscal (cfr. valor constante do art. 87.º, al. d) da LGT), e a causa da respectiva aquisição, detenção ou posse. Desta feita, a conduta ilícita consiste na aquisição, detenção ou posse de bens cuja causa é desconhecida.

Dir-se-á que, ainda assim, a prova da não desconformidade entre o património real e o rendimento declarado acabará por ser ónus do suspeito. Não cremos que assim seja, já que se imporá à acusação fazer prova de que a evolução do património do suspeito não possui origem lícita, qual seja por exemplo, rendimento do trabalho, fruto de investimento, herança, doação, empréstimo, jogo, ou outra similar. Ou seja, há uma alegação e prova de inexistência de licitude quanto à forma da aquisição. Ao suspeito caberá, por outro lado, fazer a contraprova da licitude da aquisição. O ónus da prova do facto positivo recai sobre o suspeito, ao passo que sobre a acusação a prova de facto negativo é, pela sua própria natureza, inconsistente e incompleta. Admitimos, nesta perspectiva, a evidência de uma mitigação na repartição do ónus da prova a cargo da acusação, sem embargo de, no entanto, termos por certo que a conduta há-de punir a aquisição, posse ou detenção de património sem origem lícita conhecida e, nesta medida, a prova deste elemento objectivo do tipo recair, nos limites dos actos típicos de aquisição comumente aceites, sobre o MP .

E a questão que se coloca, nesta sede, é a da violação, ou não, do princípio constitucional da presunção de inocência.

¹¹ Nota 10.

Sobre esta matéria, no âmbito da UE, o *Green Paper sobre presunção de inocência*¹² admite que este princípio seja mitigado, inclusivamente com inversão do ónus da prova.

Como bem referiu o Conselheiro Vítor Gomes no voto de vencido que fez juntar ao Ac. do TC n.º 179/2012 a que acima aludimos, o TEDH “*tem admitido como válida a existência de presunções de facto, desde que o arguido possa desmontar o nexó lógico-inferencial em que a presunção se sustenta e baste a contra-prova (e não a prova do contrario) para assegurar uma decisão favorável ao arguido*”. E veja-se o elucidativo elenco de situações que o Conselheiro exara a seguir à transcrição para a ilustrar, designadamente, a “fé em juízo” dos autos de notícia, o art. 26.º, n.º 2, al. a) e b) e n.º 3 da Lei de Imprensa, art. 22.º, n.º 2 do RJIFA, para concluir, citando, o Ac. TC n.º 246/96 que “*não constitui afrontamento ao princípio da presunção de inocência o facto de a lei estabelecer, em alguns tipos criminais, que a não demonstração da verificação de certos factos possa actuar em desfavor do arguido*”.

Traz-se, de igual modo à colação o Ac. do STJ de 6.1.82¹³, no qual se fez saber que, em certos tipos de crime, a lei, considerando o risco criminal e a difícil prova directa de certa actividade, põe o risco a cargo do agente e prevê para tal efeito a validade de um juízo circunstancial.

¹² Pode ser consultado em http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihm_lang=pt&lng1=pt,en&lng2=cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,nl,pl,pt,sk,sl,sv,&val=425552:cs&page= transcrevendo-se o seguinte excerto: “*Em geral, a acusação deve provar a culpabilidade do arguido para além de qualquer dúvida razoável. O TEDH considerou que “o ónus da prova incumbe à acusação e se existir alguma dúvida esta deve ser interpretada a favor do arguido. Cabe igualmente à acusação [...] apresentar elementos de prova suficientes para condenar o arguido”. Com base na jurisprudência do TEDH, a Comissão identificou três situações em que o ónus da prova não incumbe exclusivamente à acusação: (a) infracções de responsabilidade objectiva, (b) infracções em que se inverte o ónus da prova e (c) quando é proferida uma ordem de confisco. (...) (b) Neste segundo caso, a acusação deve provar que o arguido actuou de determinada forma e este deve apresentar uma justificação para as suas acções que comprove a sua inocência. O ónus que cabe ao arguido é mais pesado do que no caso referido em (a). O TEDH declarou que esta situação é aceitável para infracções “de menor gravidade”. O estudo sobre a prova revelou que, embora na UE o ónus de provar a culpabilidade do arguido incumba normalmente à acusação, por vezes em casos excepcionais, como as infracções de carácter documental ou as contravenções, uma vez que a acusação tenha provado a existência de uma obrigação, verifica-se a inversão do ónus da prova e o arguido tem de demonstrar que cumpriu essa obrigação. Em certos casos o arguido também teve de invocar um meio de defesa (por exemplo, a legítima defesa, a incapacidade mental ou um alibi) antes de a acusação ter de o refutar. (c) A recuperação de activos junto do arguido ou de um terceiro pode implicar uma inversão do ónus da prova no caso de os activos serem produto de uma actividade criminosa, o que o proprietário desses activos deverá refutar, ou uma redução do nível de exigência da prova, em que a acusação é autorizada a provar a culpabilidade em função das probabilidades, em vez de a provar para além de toda a dúvida razoável, como é normalmente o caso.”*

¹³ In *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 313.

Figueiredo Dias¹⁴ refere a existência de excepções a este princípio (e portanto *in dubio contra reum*) em sede de crime de difamação, designadamente nos art. 408.º (prova da verdade dos factos imputados) e 409.º (prova da verdade dos factos e calúnia) do anterior CP, nos quais o não conseguimento da prova de certos factos ou circunstâncias actua em desfavor do arguido. Mais diz não se tratar nesses casos de “presunções de culpa” mas sim da circunstância de em tais tipos de crime ser posto a cargo do agente um certo risco pela sua conduta¹⁵.

Destarte, apurando-se ter existido, por parte do enriquecido, uma omissão voluntária de declarar a verdade da sua situação patrimonial, bem como uma desconformidade entre a fonte de rendimento conhecido e lícito por ele auferido e essa situação patrimonial real, não é desproporcionada a incriminação, atento o bem jurídico que a norma visa proteger.

Em suma:

Creemos que a tipificação do crime de enriquecimento ilícito no ordenamento penal português merece acolhimento, tendo como pressuposto o dever legal do agente declarar os factos geradores de riqueza. É consabida a dificuldade de combater a corrupção e outras actividades criminosas de grande relevância social. O dever de transparência dos titulares de órgãos públicos e de determinados funcionários públicos, com funções políticas decisórias, de comunicar as causas do seu enriquecimento com verdade é uma circunstância que confere credibilidade e legitima o Estado de Direito democrático, valor constitucionalmente protegido. Afiguram-se, então, evidentes os elementos objectivos do tipo que importa consagrar: a omissão da declaração e a desconformidade do enriquecimento com os rendimentos conhecidos lícitos.

Ao MP caberá o ónus da prova de que se verifica o enriquecimento, o que implica a evolução da situação patrimonial do enriquecido, sendo, pois, necessário, considerar um período temporal razoável que antecede e seja subsequente ao exercício das funções; bem como a prova de que esse enriquecimento é desconforme com a declaração exigida, que esta omissão foi intencional e que o enriquecido bem conhecia a ilicitude da sua conduta.

¹⁴ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Processo Criminal, Lições ao 5º Ano da Faculdade de Direito de 1970-1971*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1971, policopiado, p. 208.

¹⁵ Obviamente não se olvida que estas disposições legais são anteriores à CRP de 1976. Porém, é o Ac. do TC n.º 135/92 que justamente se estriba, sobre a mesma matéria, nas palavras do insigne Professor, ainda que reportando-se à versão impressa de 1974.

Afigura-se, assim, possível, proporcional, necessária e adequada a criminalização do enriquecimento ilícito, sendo, nos termos descritos, cremos, conforme à Lei Fundamental portuguesa.