



ENRIQUECIMENTO ILÍCITO/INJUSTIFICADO: BREVES NOTAS SOBRE A CONSTRUÇÃO DE UM TIPO INCRIMINADOR

Unjust Enrichment: Brief Notes On The Construction Of A Legal Text

BEATRIZ SEABRA DE BRITO
CRIMINALIA/CEDIS

SUMÁRIO

1. Enriquecimento ilícito/injustificado e esfera de previsão normativa. 2. Distribuição do ónus da prova e princípio da presunção inocência.

RESUMO

O presente estudo parte de segmentos de fundamentação do Acórdão n.º 377/2015 do Tribunal Constitucional como impulso ao tratamento hermenêutico de um núcleo problemático que articula duas realidades: a distribuição do ónus da prova e o princípio da presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVE

Código de Processo Penal, Tribunal Constitucional, Enriquecimento ilícito/injustificado, princípio da legalidade, princípio da presunção de inocência, in dubio pro reo, princípio da necessidade da pena, ónus de prova, aplicabilidade normativa, construção normativa.

SUMMARY

Unjust enrichment and the sphere of application of a legal provision. 2. The distribution of the burden of proof and the principle of the presumption of innocence.

ABSTRACT

This text uses reasoning segments of the Constitutional Court Case n.º 377/2015 to produce a hermeneutic treatment of a problematic that relates: the distribution of the burden of proof and the principle of presumption of innocence.

KEYWORDS

Portuguese Code of Criminal Procedure, Constitutional Court, Unjust enrichment, Principle of legality, Principle of presumption of innocence, In dubio pro reo, Principle of necessity, Burden of proof, Regulatory applicability, Normative construction.

(...) *Os tipos legais de crime são, em primeira linha, norma-texto*
José de Faria Costa

1. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO/INJUSTIFICADO E ESFERA DE PREVISÃO NORMATIVA

Na delimitação da aplicabilidade normativa, vale a operação subsuntiva que permite caracterizar certo *facto* como *facto* da norma¹.

Será, portanto, este exercício de subsunção precedido da seleção da norma que se toma em análise, reconhecendo-se todavia que o sentido jurídico do texto legal não se basta com a sua dimensão puramente textual².

Na dogmática jurídico-penal, o princípio da legalidade, na sua vertente *nullum crimen sine lege certa*, impõe ao legislador um mandato de determinação na redação legal dos pressupostos de punibilidade, exigindo-se que do teor textual do tipo incriminador se possa deduzir com clareza a conduta jurídico-penal proibida, o que, antecipe-se, o desenho normativo do regime legal censurado pelo Tribunal Constitucional não permite.

Com efeito, sendo evidente que os tipos incriminadores são construções textuais cujo sentido legal se arranca da própria formulação, tudo estará, na análise da construção

¹ Na esteira de José de Sousa e Brito, chama-se subsunção à “operação de determinar a lei aplicável a um certo *facto*, olhada do ponto de vista do caso concreto”, *Sentido e valor da análise do crime*, in *Textos de Direito Penal*, II, (reimpress.), Lisboa, AAFDL, 1999, p.45.

² Falando em *fixação do sentido jurídico definitivo do texto*, Maria Fernanda Palma, *Direito Penal, Parte Geral*, AAFDL (1994), p.49.

do tipo legal de crime de enriquecimento ilícito ou injustificado, que é o objeto deste estudo, em determinar o seu sentido³ de acordo com o regime proposto pelo legislador.

Na apreciação da conformidade constitucional das normas constantes do n.º 1 do artigo 1.º, na parte em que adita o artigo 335.º-A ao Código Penal, e do artigo 2.º, na parte em que adita o artigo 27.º-A à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, pelo Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República, que institui o crime de enriquecimento injustificado, deve convocar-se a análise da muito recente decisão do Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 377/2015⁴, no sentido em que se pronuncia pela inconstitucionalidade destas normas por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Esta solução revisita os fundamentos da decisão proferida no Acórdão n.º 179/2012⁵ do Tribunal Constitucional, quando se pronuncia pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, e 2.º do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República, que institui o crime de enriquecimento ilícito, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, e 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

O presente texto parte de segmentos de fundamentação do Acórdão n.º 377/2015 do Tribunal Constitucional como impulso ao tratamento hermenêutico de um núcleo problemático que articula duas realidades: a distribuição do ónus da prova e o princípio da presunção de inocência.

³ No sentido de que os limites do sentido literal podem ser forçados mas não ultrapassados, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 10.ª Edição, p. 195 e ss.

⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, de 27 de julho de 2015, proc. N.º658/2015 (Relatora Maria Lúcia Amaral), texto disponível em www.tribunalconstitucional.pt, em 20.03.2016.

⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, de 4 de abril de 2012, proc. N.º182/2012 (Relator José da Cunha Barbosa), texto disponível em www.tribunalconstitucional.pt, em 20.03.2016.

De resto, a exposição far-se-á sempre em confronto com as formulações dos tipos incriminadores que pretenderam instituir o regime legal do enriquecimento ilícito e do enriquecimento injustificado, tendo como pedra de toque o reconhecimento de que os *tipos legais de crime são, em primeira linha, norma-texto*.

2. Distribuição do ónus da prova e o princípio da presunção de inocência

No que interessa a esta análise, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015 sustenta a inconstitucionalidade da norma que institui o regime legal do enriquecimento injustificado, por violação do princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 32, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, parecendo resultar do desenho o tipo incriminador *a presunção da prática do crime, bem como a inversão do ónus da prova*⁶.

Na verdade, tratar-se-ia de um desfecho pouco menos que evidente atendendo ao fio lógico de fundamentação constante do Acórdão n.º179/2012, ao estabelecer que o regime legal aí censurado imporia ao suspeito de enriquecimento ilícito a insuportável carga de demonstrar positivamente a licitude da evolução patrimonial incompatível com os seus rendimentos.

Sem embargo de a reconfiguração legislativa do tipo incriminador ter determinado a eliminação da expressão *sem origem lícita determinada*⁷, entendeu o Tribunal

⁶ Ponto 28 do texto do acórdão referido.

⁷ É a seguinte a formulação dada pelo Decreto n.º 37/XII 1 do artigo 335.º-A do Código Penal: “Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”.

Constitucional que da formulação adotada no Decreto n.º 369/XII, segundo a qual “*quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos*”, resulta que a presunção da prática do crime é inerente ao próprio tipo penal.

Antecipo que, em meu entender, nenhuma das duas formulações permite se presuma a origem criminalmente ilícita da incompatibilidade patrimonial, nem que dela se retire a responsabilidade criminal imediata por factos apenas presumidos.

O vício das construções normativa não está, por isso, num e noutro caso, na inversão do ónus probatório, mas antes na operacionalidade ou conveniência⁸ das respetivas formulações.

Na verdade, são dois os elementos objetivos do tipo legal de crime comuns à formulação do legislador (*adquirir possuir ou detiver património; incompatível com os rendimentos e bens legítimos/declarados*), sendo a variação relevante, no regime que pretendeu instituir o enriquecimento ilícito⁹, a ausência de *origem lícita determinada*.

Ora, o abstrato sentido gramatical da expressão *sem origem lícita determinada* adquire sentido jurídico definitivo logo que se entenda constituir este um elemento positivo do tipo incriminador formulado negativamente¹⁰, decorrendo dos princípios gerais do

⁸ SHANNA, Van Slyke, BENSON, Michael, CULLEN, Francis T., *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016, p.17, defendendo que a efetividade da regulação deve ser aferida em função do grau de redução do prejuízo social decorrente da prática da conduta ilícita, não da extensão quantitativa das sanções penais.

⁹ Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República.

¹⁰ Para mais e melhores desenvolvimentos, Luis Duarte d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford University Press, 2015, p. 22.

processo penal de estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação¹¹ que incumbe ao Ministério Público a prova deste elemento do tipo¹².

É evidente que o que se diz se não confunde com a imposição ao arguido da revelação da origem lícita do património.

Em contrário, nenhuma contruibuição se exige ao arguido para a prova dos factos constitutivos do tipo, sendo a acusação a única versão onerada pela ausência de determinação da origem não-lícita do património, cabendo-lhe a demonstração positiva da ausência de toda a qualquer causa lícita.

Dito de outro modo: também na formulação deste tipo incriminador o *in dubio pro reo* determina o sentido do *onus probandi*, onerando a acusação com a prova de todos os elementos do tipo e impondo que a incerteza se resolve contra a acusação.

O que, aliás, é particularmente problemático do ponto de vista da operacionalidade do tipo, pois que a demonstração da *ausência de origem lícita do património* sempre implicaria ter o Ministério Público de demonstrar a não aplicação de todas as fontes lícitas, assim redundando numa *diabolica probatio* que certifica a inutilidade da incriminação.

Assim, a estrutura da norma-texto implica que N1 seja integrada pelo elemento típico (A), (B), e ainda por (Não-C), por (Não-D), por (Não-E) e assim sucessivamente.

Isto dito, a conclusão de que a *não demonstração da licitude do tipo dá origem ao seu preenchimento*¹³ é incorreta, confundindo duas realidades: o preenchimento do tipo

¹¹ Sobre o princípio da acusação e a estrutura acusatória do processo, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, fascículos policopiados correspondentes a Lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra, Faculdade de Direito, 1988/89, p. 99 e ss. Também, TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. I, Lisboa AAFDL, p. 51 e ss. Depois, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal, cit.*, 1998, p. 220 ss.

¹² Neste sentido, seria absolutamente dispensável a norma do artigo 10.º do Decreto n.º 37/XII

¹³ Ponto 38 do Acórdão n.º179/2012 do Tribunal Constitucional.

satisfaz-se com a demonstração da *não-licitude*, não se bastando com a *não demonstração da licitude*, que é coisa diferente.

Vale por dizer que a *não demonstração da licitude* é um corpo estranho à estrutura da norma incriminadora: ou há *demonstração da não-licitude*, e está preenchida a terceira condição objetiva do tipo incriminador, ou não se logrando demonstrar a origem não-lícita do património, o juízo de incerteza convoca a aplicação do ónus de prova objetivo¹⁴, resolvendo-se a dúvida contra a acusação e, bem assim, não se preenchendo o enunciado descritivo da norma incriminadora.

Entendo, assim, que a formulação dada pelo Decreto n.º 37/XII não viola o artigo 32, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa por não colidir com o princípio *in dubio pro reo* ou com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, não se presumindo a origem ilícita pela não demonstração da origem lícita, nem se impondo ao arguido o contributo para a prova dos factos constitutivos do tipo¹⁵.

Nesta linha de ponderação, semelhantes considerações valem a propósito da estrutura típica das normas aprovadas pelo Decreto n.º 369/XII, que elimina o elemento referente à *ausência de origem lícita determinada*, assinalando-se duas variações relevantes em relação ao regime anteriormente censurado: a latitude da previsão normativa em resultado da não especificação dos motivos da variação patrimonial; o desequilíbrio axiológico da solução desenhada por implicar que a censura jurídico-penal se dirija a comportamentos que lhe são estranhos.

Assim, a estrutura da norma-texto implica que N2 seja integrada pelo elemento típico (A) e (B), tudo parecendo indicar que o tipo incriminador estará preenchido pela reunião

¹⁴ MÚRIAS, Pedro Ferreira, “Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova”, Lex-Edições Jurídicas, 2000, p. 14, pronunciando-se pela existência de ónus de prova objetivo em processo penal.

¹⁵ Em sentido semelhante, ver declaração de voto do Conselheiro Vitor Gomes no Acórdão n.º179/2012 do Tribunal Constitucional.

destes dois elementos objetivos: património detido, possuído ou adquirido e incompatibilidade entre este e o sujeito a declaração.

Entende o Tribunal Constitucional que, *a ser assim presumido o cometimento do crime, sobre o agente recairá o ónus de, já no âmbito de um processo contra si instaurado, vir a oferecer justificação para a verificada variação patrimonial*, daqui se extraíndo a violação da dimensão substantiva do princípio da presunção da inocência¹⁶.

Em meu entender, a circunstância de o legislador reconduzir a censura penal à incongruência entre o património detido/possuído/adquirido e o património sujeito a declaração, não exigindo a justificação da proveniência dos bens, não faz presumir a proveniência ilícita como elemento constitutivo do tipo incriminador, antes possibilitando que tipo se preencha verificada uma prática lícita traduzida em incongruência patrimonial.

Assim, uma aquisição lícita de património que por qualquer circunstância não foi refletida na declaração devida preenche o elemento objetivo do tipo incriminador, pois que revela incongruência entre o património adquirido e o património sujeito a declaração.

Por outro lado, a declaração de património de origem ilícita pode furtar-se ao alcance da norma-texto, porquanto o desvalor jurídico-penal se traduz na incompatibilidade de grandezas, e esta não existe se a aquisição, ainda que ilícita, for declarada.

Tal não significa que a *falta de justificação da proveniência dos bens* faça presumir a *proveniência ilícita* como elemento constitutivo do tipo incriminador, assim sacrificando o princípio da presunção de inocência, mas antes que o desenho do tipo não é tolerado à luz do princípio da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), quando permite que o tipo se preencha tanto através da prática de ilícitos criminais (o que eventualmente violará o

¹⁶ Também neste sentido, COSTA, José de Faria, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, Março/Abril 2012, p.229-264.

princípio da *proibição da dupla condenação pelo mesmo facto*), civis e administrativos, como através de atos lícitos.

Observe-se finalmente que nalguns ordenamentos jurídicos, de que serve de exemplo o direito penal inglês, se dá conta de uma mitigação na repartição do ónus da prova a cargo da acusação em certo tipo de criminalidade, em que que o *persuasive burden*, diferente do *evidential burden*, recai sobre a defesa, embora se satisfaça com uma medida de prova inferior à de que depende, nos casos inversos, a condenação¹⁷.

Afastada esta presunção, não cabe ao suspeito fazer a contraprova da ilicitude, mas também não cabe ao Ministério Público fazer a prova de um elemento objetivo que não consta da redação legal do preceito (*a ilicitude*), concluindo-se antes pela inconstitucionalidade do preceito por violação do princípio constitucional da necessidade da pena.

¹⁷ KEANE, Adrian and MCKEOWN, Paul, in *The Modern Law of evidence*, Oxford University Press, 9th Edition, 2012, p. 88. Refere o autor que “if the issue is raised by the prosecution, they must prove it and satisfy the jury beyond reasonable doubt; if the issue is raised by the defence, they must prove it, but only on a balance of probabilities, the lower standard of proof”, Oxford University Press, 9th Edition, 2012, p. 88.