

da situação do requerente perante a administração fiscal e a segurança social.

#### Artigo 4.º

##### Licença de operador de pontos de carregamento

1 — A licença de operador de pontos de carregamento para a mobilidade elétrica será emitida a título provisório, pelo prazo de 6 meses, no decurso do qual o requerente deverá apresentar prova da conclusão do processo mencionado na alínea *i*) do n.º 1 do artigo 3.º da presente portaria, assim como da efetiva instalação do(s) ponto(s) de carregamento.

2 — Para o efeito do número anterior, a efetiva instalação aferir-se-á em função da imediata aptidão do ponto de carregamento para entrar em funcionamento, ao abrigo de certificado emitido pela sociedade gestora da rede de mobilidade elétrica para o efeito.

3 — O incumprimento do disposto no n.º 1 determina a caducidade da licença de operador de pontos de carregamento para a mobilidade elétrica, exceto quando ocorrer por força de comprovada causa inimputável ao requerente, o que determinará uma prorrogação única do prazo de 6 meses por igual período, sob pena do início de novo processo.

4 — Cumprido o disposto no n.º 1, a Direção-Geral de Energia e Geologia procederá à emissão da respetiva licença de operador de pontos de carregamento para a mobilidade elétrica pelo período de 10 anos, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 170/2012, de 1 de agosto, e 90/2014, de 11 de junho.

5 — Previamente ao disposto no número anterior, a licença de operador de pontos de carregamento para a mobilidade elétrica não poderá ser utilizada para a instrução e conclusão do processo de reconhecimento como comercializador de eletricidade para a mobilidade elétrica.

#### Artigo 5.º

##### Revogação, suspensão ou cancelamento

1 — A Direção-Geral de Energia e Geologia pode determinar a revogação ou suspensão da licença de operação de pontos de carregamento para a mobilidade elétrica perante a alteração dos pressupostos subjacentes à sua emissão nos termos do artigo 2.º ou sempre que se verifique o incumprimento grave dos requisitos técnicos a que se encontra obrigado.

2 — A revogação ou suspensão é determinada pelo Diretor-Geral de Energia e Geologia, mediante decisão fundamentada, após audição dos interessados nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

3 — A suspensão é aplicada por um prazo máximo até 120 dias, devendo o operador, no prazo concedido, corrigir a situação que justificou o procedimento, sob pena de a licença, após o decurso daquele prazo, ser automaticamente revogada.

4 — O cancelamento da licença pode ser solicitado pelo operador, aplicando-se o disposto no n.º 3.

#### Artigo 6.º

##### Norma revogatória

São revogadas as Portarias n.ºs 1201/2010, de 29 de novembro, 456/2010, de 1 de julho, e 180/2011, de 2 de maio.

#### Artigo 7.º

##### Entrada em vigor

A presente portaria entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

O Secretário de Estado da Energia, *Artur Álvaro Laureano Homem da Trindade*, em 17 de julho de 2015.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015

#### Processo n.º 658/2015

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

#### I — Relatório

1 — O Presidente da República requereu, nos termos do n.º 1 do artigo 278.º da Constituição da República Portuguesa e dos artigos 51.º, n.º 1, e 57.º, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, que o Tribunal Constitucional aprecie a conformidade com a Constituição 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, que aprova o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, alterada pelas Lei n.ºs 108/2001, de 28 de novembro, 30/2008, de 10 de julho, 41/2010, de 3 de setembro, 4/2011, de 16 de fevereiro, 4/2013, de 14 de janeiro, e 30/2015, de 22 de abril, do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República, recebido na Presidência da República no dia 30 de junho de 2015 para ser promulgado como lei.

O pedido de fiscalização de constitucionalidade apresenta a seguinte fundamentação:

#### 1.º

Pelo Decreto n.º 369/XII, a Assembleia da República aprovou o regime que institui o crime de enriquecimento injustificado.

#### 2.º

Este novo tipo criminal é aditado ao Código Penal, na formulação adotada pelo Decreto, sendo aplicável a todas as pessoas, singulares e coletivas (artigo 335.º-A, conjugado com o artigo 11.º).

#### 3.º

Semelhante tipo criminal é aditado à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que aprovou o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

#### 4.º

É a seguinte a formulação dada pelo Decreto ao n.º 1 do artigo 335.º-A do Código Penal: “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”.

## 5.º

De acordo com o Decreto, é a seguinte a redação do crime de enriquecimento injustificado aditado à Lei n.º 34/87, de 16 de julho: “O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, 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 5 anos”.

## 6.º

O tratamento legislativo do crime de enriquecimento injustificado não é matéria desconhecida no ordenamento jurídico português.

## 7.º

Com efeito, já durante a presente legislatura o Parlamento havia aprovado o regime do então designado “enriquecimento ilícito”, através do Decreto n.º 37/XII.

## 8.º

O mencionado Decreto veio a ser objeto de fiscalização preventiva da constitucionalidade, por requerimento do Presidente da República, tendo o Tribunal Constitucional decidido pronunciar-se, em 4 de abril de 2012, pela inconstitucionalidade das normas requeridas, através do Acórdão n.º 179/2012.

## 9.º

Tratando-se de uma matéria com elevada sensibilidade e, além do mais, em face de um Acórdão muito recente — sublinha-se, emitido já no decurso da presente legislatura —, a análise a que se procede no presente requerimento não deve deixar de reportar-se às normas constitucionais ali invocadas bem como à sua jurisprudência.

## 10.º

No mencionado Acórdão, a pronúncia de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional assentou em três fundamentos essenciais:

- i) A indefinição do bem jurídico protegido;
- ii) A indeterminação da ação ou omissão concretamente proibida;
- iii) A violação do princípio da presunção de inocência.

## 11.º

Relativamente à indefinição do bem jurídico protegido, o Tribunal Constitucional recordou a linha jurisprudencial nos termos da qual «No que importa ao disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, enquanto parâmetro para aferir da legitimidade constitucional das incriminações, o Tribunal pronunciou-se, designadamente, no Acórdão n.º 426/91, onde, deixou explícito que “o objetivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade e, nessa medida, a liberdade da pessoa humana.” Nessa medida, “a imposição de penas e

*medidas de segurança implica, evidentemente, uma restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e o direito de propriedade, que é indispensável justificar ante o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Assim, uma tal restrição só é admissível se visar proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito.”*, e, igualmente de forma impressiva, no Acórdão n.º 108/99 em que destacou que “o direito penal, enquanto direito de proteção, cumpre uma função de ultima ratio. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos — e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais. É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à proteção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim, pelo princípio da subsidiariedade, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para a proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais não de constituir sempre o último recurso”». Para concluir, citando Figueiredo Dias, que «Daqui decorre que “toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional”».

## 12.º

Consciente da dificuldade na delimitação do bem jurídico protegido, o legislador vem agora elencar os bens jurídicos que considera protegidos pela norma em causa.

## 13.º

Assim, nos termos do n.º 2 do referido artigo 335.º-A aditado pelo Decreto ao Código Penal, “as condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem 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”.

## 14.º

Uma questão que importa desde logo dilucidar é a de saber se o modo adequado de se divisar o bem jurídico protegido por uma norma penal é o de o legislador acrescentar, em bloco, um conjunto de valores ou princípios genéricos ou se, pelo contrário, tal bem jurídico deve resultar inequívoco do recorte feito pelo tipo.

## 15.º

Esta enunciação é, de resto, singular no contexto do Código Penal Português. A generalidade dos tipos penais definidos dispensa a enunciação dos bens jurídicos protegidos.

## 16.º

A própria necessidade sentida pelo legislador de explicitar uma enunciação destes valores já deixa antever a incerteza que envolve o recorte do tipo aqui em causa.

## 17.º

Pois não bastará ao legislador elencar tais valores ou princípios se o tipo penal os não proteger autónoma e especificadamente.

18.º

Assim, a forma encontrada para superar a dificuldade assinalada na definição dos bens jurídicos protegidos pela incriminação em causa é suscetível de violar o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

19.º

Do mesmo modo parecem permanecer dúvidas quanto à determinação das condutas concretamente proibidas.

20.º

Com efeito, como resulta de elementos constantes dos trabalhos preparatórios, não é claro que esta incriminação incida sobre condutas, parecendo antes incidir sobre situações de facto. Ora, o direito penal deve incidir sobre e punir condutas ou omissões e nunca estados ou situações de facto uma vez que inexistente um Direito Penal do facto, assim parecendo violar o princípio da legalidade penal, na sua vertente tipicidade, previsto no artigo 29.º da Constituição.

21.º

Com efeito, não parece que o Decreto logre ultrapassar as dificuldades inerentes à determinabilidade da ação ou omissão concretamente proibidas.

22.º

O Decreto mantém a incriminação da aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos.

23.º

Ora, como resultava inequívoco do Acórdão do Tribunal Constitucional relativo ao Decreto que aprovava o regime do enriquecimento ilícito, a punição da mera aquisição, posse ou detenção não parece compatível com a determinabilidade que deve subjazer a uma norma penal, sobretudo à luz dos princípios constitucionais da tipicidade e da presunção de inocência.

24.º

Deste modo, o regime agora aprovado também parece violar o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição e inerente ao princípio do Estado de direito, previsto no artigo 2.º

25.º

Com efeito, mesmo na nova formulação, não se vê como poderá o arguido libertar-se da acusação que sobre ele impende.

26.º

Ainda que a discrepância se refira apenas aos bens declarados ou que devam ser declarados, uma vez que a conduta punida é a mera aquisição, posse ou detenção, resulta que a presunção da prática do crime é inerente ao próprio tipo penal.

27.º

De resto, a norma, tal como desenhada, coloca o arguido em posição de ter de provar a licitude da origem do património, o que não diverge do que ocorria a propósito do enriquecimento ilícito, em aparente violação da garantia

constitucional contra a auto incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Isto agravado pela não previsão expressa da possibilidade de tal prova.

28.º

Assim desenhado o tipo criminal, dele parece resultar a presunção da prática do crime bem como a inversão do ónus da prova, em violação do princípio constitucional de presunção de inocência, tal como interpretado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 179/2012.

29.º

Poder-se-ia sustentar, é certo, que a norma evoluiu no sentido de a referida incompatibilidade dizer apenas respeito aos rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados.

30.º

Deste modo, seria punida apenas a discrepância da declaração com o património e não já a sua aquisição, posse e detenção.

31.º

Fosse tal o caso e sempre se afiguraria inconstitucional a norma por violação do princípio da legalidade penal na sua vertente tipicidade na medida em que, ao referir a aquisição, posse ou detenção, estaria a conferir à norma uma indeterminação, como já sublinhado, inconciliável com aqueles princípios.

32.º

Acresce que a incriminação da incompatibilidade entre a declaração e o património já existe no ordenamento jurídico português, pelo que seria incompreensível — e inconstitucional — esta redundância normativa por violação do princípio da necessidade, previsto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

33.º

Na verdade, uma tal interpretação conduziria o intérprete para o domínio dos crimes fiscais como a fraude fiscal. Ou, no limite, para o domínio de crimes como o crime de branqueamento de capitais (artigo 368.º-A do Código Penal), perda de vantagens (artigo 111.º do Código Penal) e perda de bens/confisco (artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro — Medidas de Combate à Criminalidade Organizada), tal como expressamente referido pelo Tribunal no Acórdão citado.

34.º

Assim, das duas uma: ou o crime de enriquecimento injustificado ganha autonomia relativamente a crimes fiscais e padece das dificuldades assinaladas ou não se distingue de outros crimes, inexistindo razões substanciais para a sua manutenção, o que sempre violaria, entre outros princípios, o da proporcionalidade na vertente necessidade.

35.º

Numa área com a sensibilidade do Direito Penal, onde estão em risco valores máximos da ordem jurídica num Estado de direito como a liberdade, não pode subsistir dúvida sobre a incriminação de condutas, tanto mais que a matéria em causa foi recentemente apreciada pelo Tribunal

Constitucional tendo, então, merecido uma pronúncia de inconstitucionalidade.

O Presidente da República requer o pedido de fiscalização de constitucionalidade nos seguintes termos:

Ante o exposto, requer-se, nos termos do n.º 1 do artigo 278.º da Constituição, bem como do n.º 1 do artigo 51.º e n.º 1 do artigo 57.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas do n.º 1 do artigo 1.º, e do artigo 2.º constantes do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República, por violação dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 29.º e 32.º, n.º 2 da Constituição.

2 — Notificada para o efeito previsto no artigo 54.º da Lei do Tribunal Constitucional, a Presidente da Assembleia da República veio apresentar resposta na qual ofereceu o merecimento dos autos.

3 — Discutido o Memorando a que se refere o artigo 58.º, n.º 2, da LTC, cumpre formular a decisão em conformidade com a orientação definida.

## II — Fundamentação

### A. As normas impugnadas e o seu contexto

4 — São objeto do pedido de fiscalização preventiva de constitucionalidade a norma constante do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República, na parte em que adita o artigo 335.º-A ao Código Penal, bem como a norma constante do artigo 2.º do mesmo Decreto, na parte em que adita o artigo 27.º-A à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que aprova o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, alterada pelas Leis n.ºs 108/2001, de 28 de novembro, 30/2008, de 10 de julho, 41/2010, de 3 de setembro, 4/2011, de 16 de fevereiro, 4/2013, de 14 de janeiro, e 30/2015, de 22 de abril.

As referidas disposições têm o seguinte teor:

#### Artigo 1.º

##### Alteração ao Código Penal

1 — É aditado à secção II do capítulo I do título V do livro II do Código Penal [...] o artigo 335.º-A, com a seguinte redação:

#### “Artigo 335.º-A

##### Enriquecimento injustificado

1 — 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.

2 — As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem 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.

3 — Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes

e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

4 — Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei.

5 — Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 350 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

6 — Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 500 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

#### Artigo 2.º

##### Aditamento à Lei n.º 34/87, de 16 de julho

É aditado o artigo 27.º-A à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos [...], com a seguinte redação:

#### “Artigo 27.º-A

##### Enriquecimento injustificado

1 — O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, 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 5 anos.

2 — As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem 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.

3 — Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

4 — Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei.

5 — Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

6 — Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”

5 — As normas sob apreciação incluem-se numa medida de política legislativa criminal consistente em aditar um novo tipo legal de crime, com a designação «enriquecimento injustificado», ao Código Penal (artigo 335.º-A) e a uma lei avulsa — Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que aprova o regime dos crimes da responsabilidade dos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos [doravante, e por razões de brevidade, referir-se-á apenas à «responsabilidade» de titulares de cargos políticos, incluindo-se nesta genérica categoria também os titulares de altos cargos públicos] (artigo 27.º-A).

Tal medida de política legislativa criminal não é nova. Decorre da estrutura e do conteúdo do Decreto da Assembleia da República n.º 369/XII, bem como dos trabalhos preparatórios, que a mesma se situa em linha de continuidade com uma outra, constante de anterior deliberação parlamentar (Decreto da Assembleia da República n.º 37/XII, DAR 2.ª série-A n.º 128/XII/1 2012.02.27, págs. 2-8). As normas contidas neste decreto foram objeto de fiscalização preventiva da constitucionalidade. Tendo, nessa ocasião, através do Acórdão n.º 179/2012, emitido o Tribunal uma pronúncia de inconstitucionalidade, foi o referido decreto devolvido ao parlamento, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 279.º da Constituição (DAR 2.ª série-A n.º 165/XII/1 2012.04.18, pág. 3).

Retira-se ainda da leitura da «Exposição de Motivos» que acompanhou o Projeto de Lei n.º 798/XII (4.ª) (DAR 2.ª série-A n.º 87/XII/4 2015.02.28, págs. 14-22, págs. 14-16), que esteve na origem do Decreto da Assembleia da República n.º 369/XII, que, tendo o legislador mantido medida de política legislativa criminal análoga, na sua inspiração, à que já tinha sido objeto do Decreto n.º 37/XII, foram agora introduzidas modificações cujo principal desiderato terá sido o de ultrapassar a anterior pronúncia de inconstitucionalidade.

Basta atentar no seguinte excerto da «Exposição de Motivos»:

«Considerando, ainda, que o Tribunal Constitucional na douta jurisprudência do Acórdão 179/2012, fundamentou a pronúncia por inconstitucionalidade do decreto da Assembleia da República n.º 37/XII, com base nas seguintes conclusões fundamentais:

1 — A impossibilidade de discernir na base da incriminação um bem jurídico claramente definido (com dignidade penal);

2 — A impossibilidade de discernir a conduta concretamente proibida;

3 — A violação da presunção da inocência do arguido decorrente da estrutura típica das normas aprovadas pelo parlamento conduzir à presunção da origem ilícita da incompatibilidade entre o património e o rendimento;

4 — Tratar-se de crime subsidiário.

Cumpre-nos dar resposta às questões de inconstitucionalidade apreciadas na jurisprudência citada, razão pela qual promovemos uma mais detalhada identificação dos bens jurídicos tutelados, bem como caracterizamos com maior precisão o comportamento censurado e garantimos que a prova dos elementos do crime compete exclusivamente ao Ministério Público.

Por outro lado, e como é constitucionalmente exigido, tratando-se da aplicação de uma pena criminal, os acusados pela prática do crime que se prevê gozarão de todas as garantias de processo criminal, perante os tribunais».

6 — Assim, e sem pretender sobrevalorizar o elemento histórico na interpretação da lei, poderá ter utilidade, para efeitos da apreciação da conformidade constitucional das normas impugnadas, confrontar, na parte relevante, o teor do Decreto n.º 369/XII com o teor do Decreto n.º 37/XII.

Muito sucintamente, verifica-se existirem, essencialmente, cinco diferenças.

Em primeiro lugar, enquanto através do Decreto n.º 37/XII o legislador pretendia introduzir na ordem jurídico-penal três tipos legais de crime, no Decreto n.º 369/XII apenas se prevê a introdução de dois tipos legais de crime, tendo o legislador abandonado a incriminação autónoma do crime em questão quando praticado por funcionário (cf. artigo 1.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto n.º 37/XII).

Em segundo lugar, enquanto no Decreto n.º 37/XII se previa a incriminação do «enriquecimento ilícito», sendo, esta, aliás, a designação correspondente à epígrafe dos preceitos legais introduzidos, no Decreto n.º 369/XII prevê-se o crime de «enriquecimento injustificado».

Em terceiro lugar, e confrontando o recorte do tipo legal do crime de «enriquecimento injustificado» com o do «enriquecimento ilícito», verifica-se que:

a) foi eliminado o elemento referente à ausência de origem lícita determinada;

b) foi eliminada a expressão «se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal»;

c) o conceito «bens legítimos» deu agora lugar ao conceito «bens declarados ou que devem ser declarados», com a correspondente eliminação da disposição que concretizava aquele conceito (cf. artigos 335.º-A, n.º 3, 386.º, n.º 3, do Código Penal e 27.º-A, n.º 3, da Lei n.º 34/87, de 26 de julho, tal como o Decreto n.º 37/XII os propunha aditar/alterar).

Em quarto lugar, a respeito do crime de «enriquecimento injustificado», o legislador vem enunciar os bens jurídicos que visa proteger (cf. artigos 335.º-A, n.º 2, do Código Penal e 27.º-A, n.º 2, da Lei n.º 34/87, de 26 de julho, tal como o Decreto n.º 369/XII os propõe aditar).

Por último, o artigo 10.º do Decreto n.º 37/XII, com a epígrafe «Prova», o qual dispunha que «[c]ompete ao Ministério Público, nos termos do Código do Processo Penal, fazer a prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito», não tem correspondência em nenhum preceito do Decreto n.º 369/XII.

7 — Ao contrário da avaliação que o próprio autor da norma terá feito, entende o requerente que, não obstante as assinaladas modificações, persistem, quanto à incriminação do «enriquecimento injustificado» prevista no Decreto n.º 369/XII, os fundamentos que, no Acórdão n.º 179/2012, determinaram a pronúncia de inconstitucionalidade da incriminação do «enriquecimento ilícito».

7.1 — No que respeita ao problema da indefinição do bem jurídico protegido, entende o requerente que não resulta claro, considerando o recorte feito pelo tipo, qual o bem jurídico protegido pela incriminação, sendo, assim, duvidoso que o tipo penal proteja autónoma e especificamente os bens jurídicos enunciados nos termos referidos (cf., *supra*, ponto 6).

Assim, na perspetiva do requerente, o problema da indefinição do bem jurídico protegido, identificado no Acórdão n.º 179/2012 (cf. penúltimo e último parágrafos do ponto 8.1. e do ponto 8.2.), não seria resolúvel com a supressão do tipo da expressão «se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal», anterior-

mente integradora da incriminação do «enriquecimento ilícito», nem tão-pouco com a enunciação expressa dos bens jurídicos protegidos.

Em seu entender o bem jurídico protegido pela norma incriminadora, seja ele um ou vários de todos aqueles que vêm elencados no n.º 2 do artigo 335.º-A ou qualquer outro, não tem correspondência na estrutura do tipo.

7.2 — No que respeita à determinação das condutas concretamente proibidas, entende o requerente que não é, desde logo, claro se a incriminação do «enriquecimento injustificado» incide sequer sobre uma conduta, parecendo antes incidir sobre situações de facto.

Ao manter-se a incriminação da aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos, a construção do tipo continua a não permitir a identificação da ação ou omissão que é proibida, não tendo o legislador logrado ultrapassar o problema previamente identificado relativamente à incriminação do «enriquecimento ilícito» (cf. ponto 8.3. do Acórdão n.º 179/2012).

7.3 — Por último, e no que respeita ao princípio da presunção de inocência, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, entende o requerente que, não obstante a construção do tipo não pressupor agora, ao contrário do que se verificava relativamente à incriminação do «enriquecimento ilícito» (cf. penúltimo e último parágrafos do ponto 9 do acórdão n.º 179/2012), a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita — na medida em que se eliminou o elemento «sem origem lícita determinada» —, subsiste o problema de a norma incriminadora presumir a origem ilícita da incompatibilidade entre o património e os rendimentos e bens declarados, imputando ao agente um crime de enriquecimento injustificado. Nas palavras do requerente (ponto 26.º do requerimento), «[...] resulta que a presunção da prática do crime é inerente ao próprio tipo penal».

#### B. Da política criminal em Estado de direito: enquadramento constitucional

8 — Através do Decreto n.º 369/XII deliberou a Assembleia da República instituir um novo tipo de crime ao qual conferiu o nome de *enriquecimento injustificado*. Na sequência desta deliberação, decretou que fosse aditado ao Título V do Livro II do Código Penal (relativo aos «crimes contra o Estado») um artigo 335.º-A, que, contendo a formulação do novo tipo, se acrescentará ao elenco dos crimes já previstos na Secção II do Capítulo I daquele título, e que, segundo o Código, se identificam como sendo os «crimes contra a realização do Estado de direito». Do mesmo modo, e ainda na sequência daquela sua deliberação, decretou ainda a Assembleia que fosse aditado um artigo 27.º-A à Lei n.º 34/87, de 16 de julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), de modo a incluir uma previsão especial do crime de *enriquecimento injustificado* quando perpetrado por quem seja *titular de cargo político* ou de *alto cargo público*, durante o período do exercício das suas funções ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções. São estas duas medidas, incluídas respetivamente no artigo 1.º e no artigo 2.º do Decreto n.º 369/XII, que o requerente impugna junto do Tribunal Constitucional.

9 — Tratando-se ambas de medidas de política criminal, tomadas pela Assembleia no exercício da sua competência para a definição de [novos] crimes e penas, deverá antes do mais dizer-se que não caberá ao Tribunal resolver ou aprofundar as questões de dogmática jurídico-penal que a interpretação de normas incriminadoras (estas novas,

como quaisquer outras) eventualmente coloque, uma vez que esta é função que, naturalmente, aos tribunais comuns competirá exercer.

Ao Tribunal cabe todavia averiguar de uma específica e diferente questão, que é precisamente a de saber se foram ou não cumpridos no caso os *padrões legitimadores da constitucionalidade* das novas incriminações.

Com efeito — e como o Tribunal sempre tem dito, em jurisprudência ininterrupta, desde o início da sua fundação — ao legislador ordinário deve ser reconhecida larga margem de liberdade de conformação na prossecução do que entenda dever ser a política criminal adequada, em cada momento histórico, às exigências de subsistência de bens coletivos fundamentais. Não sendo a Constituição um código detalhado de relações sociais ou sequer do modo de organização do Estado, «o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador» (Acórdão n.º 634/93, ponto 6), enquanto titular da função de primeiro mediador, ou concretizador, da ordem jurídico-constitucional (Acórdão n.º 347/86, ponto 7). Todavia, nem por isso chegará a concluir-se que, em Estado de direito, é isenta de vínculos constitucionais a definição legislativa de medidas de política criminal. Nenhum poder o é; e muito menos o será o poder de definir *novos crimes* e de prever *novas penas*, o qual, pela sua especial natureza, não dispensará naturalmente a condição de poder constitucionalmente vinculado. Assim, e não obstante a larga margem conformadora que, neste domínio, deve ser reconhecida ao legislador, haverá sempre que concluir que a Constituição surge como o horizonte no qual há de inspirar-se, e por onde há de pautar-se, *qualquer programa de política criminal*.

10 — A jurisprudência tem definido, de modo constante, os princípios que dão corpo e sentido a este horizonte.

10.1 — Nos acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 347/86, 634/93, 650/93, 83/95, 211/95, 527/95, 1142/96, 274/98, 480/98, 108/99, 604/99, 312/00, 95/01, 99/02, 22/03, 295/03, 376/03, 494/03, 403/2007, 605/2007, 595/2008, 577/2011, 128/2012 e 105/2013, por exemplo, o Tribunal enunciou o (logicamente) primeiro de todos eles: o princípio da *necessidade de pena*, sediado, textualmente, no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Implicando a previsão de penas restrições a liberdades fundamentais (o requerente indica a liberdade, *tout court*, e a propriedade), a decisão da sua definição *ex novo* não pode deixar de ser reveladora de uma ponderação acertada quanto à indispensabilidade do meio para a «salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

Esta enunciação do primeiro padrão legitimador da constitucionalidade das novas incriminações, assim genericamente fundada numa exigência lata de proporcionalidade, carece no entanto de precisão; e a jurisprudência correspondeu a este repto, concretizando e desdobrando — no que à previsão de novos crimes e de novas penas diz respeito — o sentido da imposição constitucional em duas vertentes essenciais. De acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o *bem jurídico* por esse novo tipo protegido se mostrar *digno* de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará o crivo da legitimação constitucional se o *bem jurídico* protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal. Em qualquer caso — di-lo também a jurisprudência — a verificação destas duas vertentes,

através das quais se traduz a exigência de proporcionalidade quando aplicada a medidas de política legislativa que se cifrem em decisões de novas incriminações, deve ser cumulativa: não basta que o «bem jurídico» protegido pelo novo tipo criminal se mostre *digno* de tutela penal; é ainda necessário que esse mesmo «bem» se revele dela [da tutela penal] «carente» ou «precisado».

Assim, tem sido dito que, antes do mais, as sanções penais, «por serem aquelas que em geral maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais» (Acórdão n.º 99/02, ponto 5) só serão constitucionalmente legítimas se através delas se protegerem bens jurídicos que se mostrem *dignos* de tutela penal. Sustentar esta afirmação equivale a dizer que toda e qualquer decisão legislativa de política criminal, que se traduza na opção de definir novos tipos de crimes e de prever para eles novas penas, deve desde logo revelar-se como uma medida adequada para conferir amparo a interesses, individuais ou coletivos, de conservação ou manutenção de valores sociais aos quais seja possível reconhecer a máxima relevância jurídica; e que, em Estado de direito democrático, o critério para a determinação do que seja a «máxima relevância jurídica» de certo valor social que deva ser preservado há de encontrar-se, não em um qualquer *corpus* normativo que seja exterior à Constituição, mas apenas dentro dela e no quadro axiológico que lhe seja próprio. É neste sentido — exigido pelo primado normativo da Constituição, decorrente do n.º 1 do artigo 3.º da CRP — que se diz que, em cada nova incriminação, «há de observar-se uma estrita analogia entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais» (Acórdão n.º 108/99, ponto 4); e que «toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal *claramente* definido é nula, porque materialmente inconstitucional» (Acórdão n.º 179/2012, ponto 7).

Em segundo lugar, porém, afirmar-se que a decisão de prever novos crimes e novas penas não pode deixar de ser reveladora de uma ponderação acertada [quanto à indispensabilidade da tutela penal para a realização de um fim *suficientemente valioso* que a justifique], equivale ainda a afirmar-se que a pena só será necessária quando se mostrar adequada para proteger bens jurídicos que se mostrem *carentes* de tutela penal. Não basta que, em cada nova incriminação, se divise a intenção de preservar um valor social que, de acordo com a Constituição, possa ser tido como merecedor do mais elevado grau de proteção jurídica; é ainda necessário que o fim almejado — a preservação de tal valor — não possa ser realizado por outro meio de política legislativa que não aquele que se traduz no recurso à intervenção penal. Como se disse no Acórdão n.º 108/99, ponto 4: «o direito penal, enquanto *direito de proteção*, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger *bens jurídicos* — e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas *menos violentas* do que as sanções criminais». E isto por, face ao disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, dever ser a intervenção penal sempre *subsidiária e fragmentária*, a evitar quando não seja certo que inexistem outros meios, de diversa índole e por isso mesmo menos gravosos, para a realização dos fins que inspiraram a intervenção do legislador.

Ao enunciar assim o princípio da *necessidade de pena*, como primeiro princípio orientador das vinculações a que está sujeito o legislador ordinário no desenho ou definição de qualquer programa de política criminal, o Tribunal

recebeu na sua jurisprudência uma orientação que, por ser fundante da própria ideia de Estado de direito, ocupou desde sempre um lugar nuclear nos primeiros textos do constitucionalismo. Muitas referências poderiam a este propósito ser indicadas. Impressiva é, no entanto (e por isso bastará referi-la) a formulação do artigo 8.º da declaração de direitos francesa de 1789, que influenciou toda a evolução posterior, e que determinava:

«La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée».

10.2 — A formulação deste artigo 8.º da declaração de direitos de 1789 (que, recorde-se, é ainda hoje direito constitucional positivo na ordem jurídica francesa) deixa já antever que o *princípio da necessidade de pena*, primeiro elemento definidor do que se possa entender por «padrões de legitimação da constitucionalidade de novas incriminações», se apresentou sempre em estreita associação com um outro princípio, textualmente sediado, na nossa ordem jurídica, no n.º 1 do artigo 29.º da CRP, e cujo conteúdo se resume, habitualmente, a um aforisma latino: *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia et certa*. Diversamente da ideia de *necessidade de pena* — que atua como vínculo do legislador no momento em que este se decide pelo recurso, que deve ser de última instância, à criminalização de certos e determinados comportamentos — o princípio da legalidade da pena (e do crime) vinculam-no, já não quanto ao *se* da criminalização, mas quanto ao *modo* pelo qual o poder legislativo constrói a previsão típica dos comportamentos que entende deverem ser criminalmente relevantes. Não obstante esta diferença, os dois princípios associam-se estreitamente, integrando afinal o mesmo âmbito nuclear do que [pode] deve ser a política criminal de um Estado de direito.

Como se sabe — e a jurisprudência constitucional tem sido, também quanto a este ponto, ilustrativa: vejam-se, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 25/84, 264/97, 147/99, 168/99, 179/99, 383/00, 545/00, 93/2001, 236/2002, 449/2002, 338/03, 358/05, 29/2007, 110/2007, 183/2008, 146/2011, 379/2012, 397/2012, 105/2013 — do princípio constante do n.º 1 do artigo 29.º da CRP decorrem várias obrigações para o legislador, que devem ser cumpridas aquando da prossecução de medidas de política criminal através da definição de novos crimes e da previsão de novas penas. Entre essas obrigações encontra-se aquela, que sobre ele impende, de identificar o comportamento que se considera punível da forma mais precisa possível, evitando portanto — tanto quanto o consente a natureza da linguagem e a inevitável descrição de «aspetos da vida» por recurso a conceitos com algum grau de indeterminação — toda e qualquer desnecessária ambiguidade.

Deste dever especial de precisão decorre que, em princípio, a punição deve incidir sobre um comportamento específico e suficientemente descrito de um determinado agente, comportamento esse que se traduzirá numa certa e determinada *ação* ou numa certa e determinada *omissão* que àquele mesmo agente possam ser imputadas [como diz o artigo 29.º, n.º 1, da CRP, «[n]inguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei [...] que declare punível a *ação* ou *omissão*»]. Todavia, para além disso ou mesmo *antes disso*, do princípio da legalidade, nas suas vestes de imperativo de *lex certa*, decorre para o legislador o dever de «desenhar» o novo tipo criminal de

modo a tornar cognoscíveis para os cidadãos quais os factos voluntários que são merecedores do juízo de desvalor jurídico-criminal. Na verdade, o princípio *nullum crimen sine lege* tornar-se-ia inoperante se ao poder legislativo fosse dada a possibilidade de não determinar com um mínimo de rigor, através do tipo legal, o facto voluntário a considerar punível. Por isso, e como se disse, por exemplo, no Acórdão n.º 168/99, ponto 6: «[a]veriguar da existência de uma violação do princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, equivale a apreciar da conformidade da norma penal [aplicável] com o grau de determinação exigível para que ela possa cumprir a sua função específica, a de orientar condutas humanas, prevenindo a lesão de relevantes bens jurídicos. Se a norma incriminadora se revela incapaz de definir com suficiente clareza o que é ou não objeto de punição, torna-se constitucionalmente ilegítima».

A associação estreita entre esta obrigação, que impende sobre o legislador, de definir com suficiente precisão em que é que consistem os comportamentos aos quais se confere relevância criminal, e aquela outra que para ele também decorre de usar o recurso à sanção penal apenas como «recurso de última instância», estará na garantia de que só assim — só através de uma valoração jurídico-criminal dos comportamentos formulada de maneira tão precisa quanto possível, de modo a que não restem dúvidas quanto aos valores protegidos e quanto à clara definição dos elementos de infração — se poderá saber o que é criminalmente censurável, e, portanto, passível do mais *intenso juízo de desvalor* que o Estado, através da lei, pode aplicar aos membros da comunidade. Sem esta *cognoscibilidade necessária* do que é criminalmente relevante (e das razões por que o é) não pode em última análise garantir-se a lealdade dos membros da comunidade ao direito, entendida nos termos em que o Tribunal a descreveu no Acórdão n.º 83/95, ponto 6: «[o] direito penal de um Estado de Direito tem de edificar-se sobre o homem como ser pessoal e livre para se decidir pelo direito ou contra o direito — de um homem, por isso mesmo, responsável pelos próprios atos e responsável para estar com os outros».

10.3 — Tanto o princípio da necessidade de pena (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) quanto o princípio da legalidade, sob a veste de *lex certa* (artigo 29.º, n.º 1), integram valores nucleares do Estado de direito na exata medida em que ambos exprimem o valor da liberdade individual. E ambos pressupõem que, em casos de dúvida, prevaleça essa mesma liberdade: *in dubio pro libertate*.

Por isso mesmo, no momento em que define o alvo da sua censura, o legislador que escolhe fixar novas criminalizações — com o intuito de assim prosseguir uma certa política criminal — também não deve construir as normas penais de tal modo que, através das suas formulações, possa o cometimento do crime presumir-se (Acórdãos n.ºs 270/87, 426/91, 135/92, 252/92, 246/96, 604/97 e 609/99). A tal se opõe o n.º 2 do artigo 32.º da CRP que consagra o princípio da presunção de inocência, princípio esse que — embora protraído nas regras processuais de proibição de autoincriminação do arguido e de inversão do ónus da prova — não deixa de ter como o primeiro destinatário, não apenas o legislador das normas de processo, mas antes, como sucede no caso, o que define substantivamente os novos tipos incriminadores.

10.4 — A *necessidade de pena* (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), a *exigência de lei certa* (artigo 29.º, n.º 1) e a *presunção de inocência* (artigo 32.º, n.º 2) são padrões de

legitimação da constitucionalidade de novas incriminações cuja verificação, em caso algum, se pode dispensar. Em Estado de direito, nenhuma política criminal, qualquer que seja o seu escopo, se legitima, se através dela se não reunirem as exigências decorrentes destes três princípios. A possibilidade de decomposição analítica dos seus conteúdos, através da descrição separada dos diferentes *standards* de julgamento que deles emirjam, não pode fazer perder de vista a unidade substancial e valorativa em que todos eles [estes princípios] se encontram, unidade essa que ocupa, numa ordem constitucional como a nossa, que *favorece a liberdade*, um lugar primordial.

Com efeito, se, num Estado com as características daquele que o artigo 2.º da CRP institui, o recurso à criminalização de comportamentos e à previsão de penas deve ser um recurso de *ultima ratio*, a evitar sempre que permaneçam incertezas quanto à necessidade da intervenção penal, sempre subsidiária e fragmentária, tal sucede pelo mesmo fundamento que justifica os limites constitucionais ao *modo da incriminação*. Ora, quanto ao modo, não podem também existir em Estado de direito crimes e penas que não sejam previstos em *lei* que seja *certa*, como não podem ser previstos crimes de tal ordem, ou por tal forma, que se presuma o cometimento do ilícito criminal, devolvendo-se a quem é desse cometimento acusado todo o ónus da refutação da acusação. A unidade valorativa que une estas três exigências está no facto de todas elas emergirem da mesma ideia básica de favorecimento da liberdade.

Será, portanto, a partir desta unidade valorativa — repercutida num lastro jurisprudencial que conta com três décadas de afirmação — e tendo-a sempre em conta que se analisará, primeiro, o aditamento ao Código Penal previsto pelo artigo 1.º, n.º 1, do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República; e, de seguida, o aditamento à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, previsto pelo artigo 2.º do mesmo decreto.

### C. Do aditamento ao Código Penal

11 — O artigo 335.º-A, cujo aditamento à Secção II do Capítulo I do Título V do Livro II do Código Penal o decreto da Assembleia determina, contém uma formulação que se estrutura em seis números. No primeiro enunciam-se desde logo os dois elementos que, reunidos, perfarão o novo *tipo* criminal — (i) quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, *adquirir, possuir ou detiver* património; (ii) que seja incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou devam ser declarados. De seguida, faz-se corresponder a este crime, cuja descrição típica se encontra assim perfeita, a pena de prisão até 3 anos. Sendo decisiva para a construção do ilícito criminal a *incompatibilidade* entre património adquirido, possuído ou detido pelo agente (qualquer um, por si ou por interposta pessoa) e aquele outro sujeito a declaração, os n.ºs 5 e 6 do preceito dedicam-se a modular a punição, genericamente prevista no n.º 1 (prisão até 3 anos), em função do «valor» a que ascenda tal incompatibilidade. Assim, não só é excluída a punibilidade se tal «valor» for inferior a 350 salários mínimos mensais (n.º 5), como se alarga o limite máximo da pena de prisão — 5 anos — em caso de excesso para mais de 500 salários mínimos mensais. Por seu turno, os n.ºs 3 e 4 dedicam-se a determinar, não só o que se deva entender por «património», mas também o que se deva entender «por rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados». Finalmente, o n.º 2 esclarece que as «condutas previstas no número

anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem 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».

12 — Deve começar por dizer-se que o facto de o legislador, neste n.º 2 do artigo 335.º-A, ter decidido identificar os valores que, em seu entender, justificam a incriminação — por serem aqueles que, ainda segundo o seu entendimento, as condutas agora puníveis lesam — não dispensa o Tribunal de averiguar se, no caso, se cumpriram ou não os *padrões* que legitimam a constitucionalidade das normas incriminadoras.

Na verdade, não se vê que outro alcance possa ser conferido ao esclarecimento prestado pelo legislador senão esse mesmo — o da identificação dos objetivos que o motivaram, tarefa não raras vezes cumprida pelos preâmbulos ou «exposições de motivos» que antecedem os diplomas legais. Tal como aí sucede, as explicações dadas pelo legislador auxiliarão seguramente o intérprete na melhor compreensão do regime legal; mas, não fazendo parte integrante dele, não relevam elas próprias do domínio do direito instituído, carecendo por isso, em si mesmas, de eficácia prescritiva. Se assim é em geral, por maioria de razão o será quando a «matéria legislada» se traduzir na previsão de novas incriminações. Aí, a proclamação, por parte do legislador, das razões pelas quais entendeu dever criminalizar certa conduta será certamente reveladora da ponderação que ele próprio — enquanto primeiro mediador e concretizador da ordem constitucional — terá feito, quer quanto à necessidade do crime e da pena quer quanto ao *modo* pelo qual procedeu à sua previsão típica. Todavia, nem por isso a «proclamação» legislativa terá por si só qualquer virtualidade de transformar tal ponderação em coisa por si mesma *justa ou constitucionalmente válida*, a dispensar ulterior reexame por parte da jurisdição competente. Se tal ocorresse, não mais estariam as leis «nas mãos» das normas constitucionais vinculantes; seriam antes estas últimas, e particularmente aquelas que consagram liberdades fundamentais, a encontrar-se na inteira disponibilidade das decisões legislativas.

Certo é, no entanto, que à «proclamação» de motivos deste modo feita pelo próprio legislador não poderá o Tribunal deixar de dedicar atenção especial. Cabendo ao poder legislativo, em primeira linha, o juízo sobre a necessidade do recurso à intervenção penal, e dispondo por isso o legislador nesta matéria — quer quanto à decisão de criminalizar, quer quanto ao *modo* por que o fez — da margem de liberdade conformadora que a Constituição lhe reconhece, a limitação, por decisão do Tribunal, dessa ampla discricionariedade legislativa só poderá ocorrer se puder demonstrar-se que foram *in casu* ultrapassados os limites impostos pelos padrões constitucionais que legitimam, em Estado de direito, quaisquer decisões legislativas destinadas a instituir novas incriminações. Sendo este o exato âmbito em que se desenvolve o juízo do Tribunal, para o proferir não pode deixar de conferir-se especial atenção às razões que foram invocadas pelo próprio legislador para justificar esta sua decisão de instituir o novo crime do *enriquecimento injustificado*.

13 — Decretou a Assembleia que o *enriquecimento injustificado* viesse a acrescer, enquanto novo tipo criminal, ao conjunto dos «crimes contra o Estado», e, mais especificamente, no quadro desta categoria, aos «crimes contra

a realização do Estado de direito», os quais incluem já a «alteração violenta do Estado de direito» (artigo 325.º do Código Penal), o «incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito» (artigo 326.º), o «atentado contra o Presidente da República» (artigo 327.º), a «ofensa à honra do Presidente da República» (artigo 328.º), a «sabotagem» (artigo 329.º), o «incitamento à desobediência coletiva» (artigo 330.º), as «ligações com o estrangeiro» (artigo 331.º), a «coação contra órgãos constitucionais» (artigo 333.º), a «perturbação do funcionamento de órgão constitucional» (artigo 334.º) e o «tráfico de influências» (artigo 335.º).

Para justificar o aditamento a este elenco resultante do artigo 335.º-A, revelou o Parlamento, no n.º 2 desse mesmo artigo, que entendia serem os factos descritos no n.º 1 lesivos do Estado de direito democrático, na medida em que por seu intermédio se agrediriam desde logo «interesses fundamentais do Estado» e a «confiança nas instituições e no mercado». Acrescentou-se ainda a lesão da «transparência», da «probidade», da «idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património», a «equidade», a «livre concorrência», e a «igualdade de oportunidades».

Destes dois elementos, conjugados — quer da inserção do *enriquecimento injustificado* no quadro sistemático dos «crimes contra a realização do Estado de direito», quer dos motivos apresentados pelo legislador para o prefigurar como um novo tipo de crime, aí enquadrado —, resulta logo, à evidência, que o poder legislativo conferiu a maior «dignidade», ou o mais intenso peso axiológico, ao bem jurídico que, no seu entender, será protegido pela nova incriminação. Além disso, dos mesmos elementos resulta igualmente que uma tal intensidade axiológica, trazida agora, pelo decreto parlamentar, para o universo da incriminação penal, apresenta uma clara homologia com o sistema de valores constitucionalmente reconhecido. De facto, o legislador não convocou aqui um interesse coletivo na preservação de valores sociais que só à luz de outros ordenamentos — morais, religiosos ou ideológicos — que não o ordenamento constitucional merecessem ser preservados. Pelo contrário: os valores que, de acordo com o decreto, se pretendem preservar, e para cuja preservação se recorre à instância penal, são os da própria subsistência da arquitetura essencial da ordem constitucional.

Ter-se-á na verdade entendido que, numa ordem como esta — que tem como princípios essenciais, entre outros, a limitação dos poderes públicos e a proteção da liberdade individual — cada membro da coletividade política deve poder *confiar* na possibilidade da *máxima efetividade* dos princípios constitucionais, ou na possibilidade da máxima correspondência entre a sua enunciação jurídica e a sua realização na vida. Em Estado de direito democrático nenhuma autoridade que seja superior ou exterior à Constituição dispõe de meios que permitam impor coativamente o cumprimento da ordem que ela própria institui. *Confiar* em que tal cumprimento se verificará, não obstante a ausência deste «elemento coativo externo», consubstancia assim um pressuposto de realização do Estado de direito e da democracia. Ora — ter-se-á também entendido — a disseminação de práticas ilícitas que envolvam *corrupção* (literalmente: ato ou processo de corromper, de perverter, de usar ou obter em benefício próprio ou de outrem vantagens ou bens que à comunidade pertenceria usar ou fruir) constitui um fenómeno que lesa, ou pode vir a lesar gravemente, a *confiança* de que se nutre a ordem que a Constituição estabelece; e por isso se incluiu como crime contra a «realização do Estado de direito» aquele que

decorrerá da incompatibilidade existente entre património adquirido, possuído ou detido e bens e rendimentos declarados ou que devam sê-lo.

A ser, como parece, este o sentido a conferir tanto ao lugar sistemático que o crime de *enriquecimento injustificado* ocupa quanto à proclamação de motivos que acompanha o «desenho» do seu tipo, é claro que o legislador, ao proceder a esse «desenho», entendeu estar em causa uma medida de política criminal que visaria realizar um bem jurídico dotado de particular dignidade, porque com intensa refração no sistema de valores constitucionais. Será pois à luz desta consideração — que não pode deixar de ser tida em conta num contexto em que a margem de decisão legislativa determina o âmbito do controlo que dela faz o Tribunal — que se resolverá a questão de saber se o tipo criminal que por estes motivos foi «desenhado» cumpre ou não os princípios que, sob a perspetiva da Constituição, o legitimam.

14 — Entendeu o legislador dever prosseguir este bem jurídico, por ele próprio caracterizado como sendo um bem de primeira grandeza, através da previsão típica de uma infração que decorre, objetivamente, da reunião de dois elementos: (i) a aquisição, posse ou detenção de património, por um lado; (ii) a incompatibilidade entre este último e os rendimentos e bens declarados ou que devam sê-lo, por outro. O agente típico da infração confundir-se-á com o cidadão comum, uma vez que a incompatibilidade entre o património adquirido, detido ou possuído e aquele outro a declarar será criminalmente relevante sempre que ocorrer na esfera de qualquer pessoa. É o que se depreende da frase com que se inicia o «desenho» do tipo («quem, por si ou por interposta pessoa...»), e que abre o n.º 1 do artigo 335.º-A.

Assim sendo, o alvo da censura jurídico-penal, ou, dizendo por outras palavras, o «comportamento» típico que é punível, e que se considera apto para lesar atual ou potencialmente o bem jurídico valioso que se quis proteger, confunde-se com a existência de uma incompatibilidade ou incongruência entre duas grandezas — o património «tido» e o «sujeito a declaração». E residindo aí, nessa incompatibilidade, o cerne da censura do legislador, o «comportamento» criminalizado traduzir-se-á — se a estes dados juntarmos a qualidade do agente típico da infração, o cidadão comum — na verificação de qualquer variação patrimonial, ocorrida a qualquer altura na esfera de qualquer pessoa, entre o «tido» e o sujeito a declaração.

Perante esta incriminação «típica», porém, torna-se desde logo *manifesto* que, com o seu desenho, o legislador não cumpriu o dever que sobre ele impende de identificar com a máxima precisão que a natureza da linguagem consentir o facto voluntário que considera punível. A descrição da infração criminal, deste modo feita pelo decreto da Assembleia, não cumpre na verdade as exigências decorrentes do princípio constitucional de *lex certa*, textualmente sediado no n.º 1 do artigo 29.º da CRP. É que, desde logo, não cumpre a função precípua de garantia que o princípio da legalidade penal, nas vestes de tipicidade, prossegue — a de tornar cognoscível o sentido da proibição penal, de modo a que os cidadãos com ela se possam conformar ou por ela se possam orientar. Como se disse no Acórdão n.º 168/99 (cf., *supra*, ponto 10.2.): «[a]veriguar da existência de uma violação do princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, equivale a apreciar da conformidade da norma penal [aplicável] com o grau de determinação exigível para que ela possa cumprir a sua função específica, a de orientar

condutas humanas, prevenindo a lesão de relevantes bens jurídicos. *Se a norma incriminadora se revela incapaz de definir com suficiente clareza o que é ou não objeto de punição, torna-se constitucionalmente ilegítima*». Ora é precisamente nestas circunstâncias que se encontra a norma incriminadora constante do n.º 1 do artigo 335.º-A, que o decreto da Assembleia pretende aditar ao Código Penal.

Com efeito, e em primeiro lugar, ao considerar-se punível a verificação de uma mera variação patrimonial, ou uma incongruência entre duas grandezas — o património «tido» e o sujeito a declaração — deixa-se por identificar o concreto «comportamento», comissivo ou omissivo, ao qual se associa o juízo de desvalor penal. A exigência que decorre do n.º 1 do artigo 29.º da CRP, segundo o qual «[n]inguém deve ser sentenciado senão em virtude de lei [...] que declare punível a *ação* ou *omissão* [...]» fica assim por cumprir. O que o artigo 335.º-A do decreto da Assembleia pretende criminalizar confunde-se com um *estado de coisas reportado a uma situação objetiva de incompatibilidade*. Perante uma tal deficiência na construção legislativa do tipo, fica-se logo por esse motivo sem saber em que é que consiste, com o mínimo de determinação exigível, o facto voluntário punível, de modo a que com a previsão penal se possam harmonizar os comportamentos dos cidadãos.

Depois, e em segundo lugar, permanecem incertezas e dúvidas quanto ao sentido que deva ser atribuído aos requisitos dos quais depende o preenchimento do tipo criminal, ou, o que é dizer o mesmo, relativamente às condições que devem estar reunidas para que, considerando-se perfeito o crime, quanto a ele se possa deduzir acusação.

Sendo dois os elementos da infração — (i) património adquirido, possuído ou detido; (ii) incompatibilidade entre este e o sujeito a declaração — parece certo que o cerne da censura penal estará na verificação da «incompatibilidade» entre as duas grandezas. Já se tinha salientado este ponto. Porém, o que importa agora notar é que não há certezas quanto ao que se deva entender por tal «incompatibilidade».

Pode com efeito entender-se que a variação patrimonial censurada é, apenas, de ordem numérica ou quantitativa: se assim for, o tipo criminal preencher-se-á — considerando-se portanto perfeitas as condições para que, relativamente a ele, se deduza acusação — com a mera verificação de uma não coincidência entre os montantes a que ascendem as duas grandezas em confronto, e isto qualquer que seja a respetiva origem ou proveniência (lícita ou ilícita). Para corroborar que foi este o sentido que o legislador quis conferir ao termo [incompatibilidade] invocar-se-ão, porventura, dois argumentos. Por um lado, um argumento de ordem literal, decorrente do que vem disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 335.º-A. Como no n.º 5 do preceito se faz depender a punibilidade da «ação» do montante a que ascenda a discrepância entre o que é «tido» e o que é «declarado» (se a discrepância for inferior a 350 salários mínimos mensais a «conduta» não será punível) e no n.º 6 se agrava a pena (até 5 anos de prisão) caso tal montante ultrapasse os 500 salários mínimos mensais, dir-se-á que o sentido a atribuir ao conceito, nuclear, de variação patrimonial será de ordem estritamente quantitativa. Para confirmar a conclusão invocar-se-á porventura ainda um outro argumento, desta vez de ordem histórica. Uma vez que os trabalhos preparatórios (cf., *supra*, ponto 6) revelam que o legislador, ao pretender construir o tipo criminal do *enriquecimento injustificado* por contraposição ou diferença em relação ao anterior tipo de *crime de enriquecimento ilícito*, pro-

positadamente eliminou, dos termos em que descreve a nova infração, as referências antes existentes à *ausência de origem lícita determinada dos bens e rendimentos* ou aos *bens legítimos*, dir-se-á então que o novo tipo de crime, desenhado portanto com maior amplitude, se perfaz com a mera verificação de uma incompatibilidade quantitativa entre o património «tido» e os bens «declarados» ou que devam sê-lo. E isto independentemente dos motivos, lícitos ou ilícitos, que possam justificar a referida variação patrimonial, uma vez que a inclusão destes elementos *valorativos* na descrição típica do que é agora incriminado veio a ser, propositadamente, evitada. «Incompatibilidade», nesta aceção, seria, assim, um elemento típico estritamente *descritivo*.

Contudo, se assim é, fica por esclarecer a razão de ser do próprio nome que foi conferido ao crime, e que consta da epígrafe do artigo 335.º-A. O qualificativo *injustificado*, que se acrescenta ao substantivo *enriquecimento*, parece pressupor algo mais do que uma simples verificação de montantes patrimoniais não coincidentes; parece pressupor que à não coincidência se associa logo um juízo de desvalor. A ser assim, «incompatibilidade», seria já, nesta aceção, não um elemento típico descritivo, mas um elemento típico *normativo*. Mas não se vê como possa compreender-se um tal juízo de desvalor, se a «incompatibilidade» entre as duas grandezas [património tido, património sujeito a declaração] puder ser verificada pela existência de uma simples discrepância quantitativa — independentemente de qualquer averiguação quanto às suas causas, e à valoração que elas mereçam ao direito.

Seja como for, a incerteza mantém-se, contribuindo ela própria para que a redação do preceito nada ou pouco informe sobre o facto voluntário que se erige em objeto da censura penal.

A este ponto acresce um outro, que surge como consequência direta de tudo quanto acaba de dizer-se.

O âmbito da incriminação, assim tão incertamente definido, é de tal modo amplo que poderá abranger situações de vida muito heterogéneas, e às quais não será legítimo associar um *único e indiferenciado juízo de desvalor jurídico*.

Dada a latitude da previsão, pode suceder que a variação patrimonial verificada seja reveladora de uma prática ilícita, traduzida na prestação de declarações não fidedignas, ou não correspondentes com a realidade. Nessa situação, porém, uma será a censura que o «comportamento» típico merecerá ao direito, e que se concretizará na previsão do crime de fraude fiscal (artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infrações Tributárias). Poderá também acontecer que, subsumidas ao tipo do *enriquecimento injustificado*, deste modo tão latamente descrito, se encontrem variações patrimoniais reveladoras de acréscimos de riqueza obtidos por práticas que, por envolverem corrupção, enquanto fenómeno lato de captura privada de bens que pela comunidade deveriam ser fruídos, lesem o «valor» da confiança, tal como o legislador o prefigurou ao identificar as razões que, a seu ver, justificariam a incriminação. Mas o intenso juízo de desvalor que nesse caso a «ação» merecerá do direito poderá já decorrer, por exemplo, da previsão do crime de branqueamento de capitais (artigo 368.º-A do Código Penal).

Os exemplos mostram que à heterogeneidade das situações de vida que poderão vir a ser incluídas na previsão lata do n.º 1 do artigo 335.º-A corresponderão distintos juízos de desvalor jurídico. A ilegitimidade da associação de todas estas situações a uma única e indiferenciada re-

ação do direito — dotada da intensidade que é própria da intervenção penal — torna, também ela, incompreensível o sentido da incriminação. Assim, ainda por este motivo a norma incriminadora não logra definir, com a clareza que o n.º 1 do artigo 29.º da CRP exige, em que é que consiste o objeto da punição.

15 — A conclusão, que só por si será suficiente para demonstrar que o novo tipo incriminador se não conforma com as exigências constitucionais que o legitimariam, tem no entanto consequências que se repercutem no incumprimento dos demais princípios que ao caso são aplicáveis.

Assim, e subsidiariamente, pode dizer-se que, sendo deste modo construído o tipo, tudo indica que se considerará *consumado* o crime pela reunião destes dois elementos: património detido, possuído ou adquirido por um lado; incompatibilidade entre este e o sujeito a declaração, por outro. Pelo menos, é o que decorre de uma formulação literal que associa a censura penal à simples verificação de uma certa situação ou de um certo estado de coisas, resultante exclusivamente de uma incongruência, ou de uma «incompatibilidade», entre duas grandezas. 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. E tal significará que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP), entendido, na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal.

Por outro lado, perante esta formulação do tipo incriminador torna-se igualmente impossível divisar qual seja o bem jurídico digno de tutela penal que justifica a incriminação. Particularmente, torna-se *manifestamente* impossível nele (no tipo) divisar a prossecução daquele bem, dotado da mais intensa dignidade porque da mais intensa refração na ordem axiológica da Constituição, que o próprio legislador, no caso, diz ter prosseguido.

Criminalizar uma mera variação patrimonial entre duas grandezas, o património detido e aquele outro sujeito a declaração, significa optar por uma medida de política criminal de tal modo *imperfeitamente* desenhada que a partir dela se não consegue vislumbrar qual seja verdadeiramente a «conduta» humana objeto da censura jurídico-penal. Em tais circunstâncias, nas quais se encontra comprometida a própria possibilidade de a formulação da incriminação dar a conhecer o que é ou não proibido pelo direito, comprometida estará também a possibilidade de se anteverem os bens que justificariam a incriminação. Tanto bastará para que se considere que no caso se não cumpriu a exigência que decorre do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, segundo a qual só será constitucionalmente legítima a medida de política criminal que, traduzindo-se na instituição de uma nova incriminação, vise a preservação de um «valor social» cuja tutela se mostre dotada — nos termos atrás expostos (cf., *supra*, ponto 10.1.) — de *dignidade jurídico-penal*. Numa incriminação de tal modo lata que pode englobar situações de vida heterogéneas, às quais não é legítimo associar uma única e indiferenciada reação por parte do direito, é logicamente impossível que se divise por que motivo resolveu o legislador *unir a heterogeneidade*, desencadeando para ela a intervenção penal que, em Estado de direito, deve constituir sempre um recurso de *última instância*.

A estas considerações não obstam as indicações que o próprio Parlamento forneceu, no n.º 2 do artigo 335.º-A,

relativamente às razões pelas quais assim decidia instituir o crime de *enriquecimento injustificado*.

Como já se viu, tais indicações, que não têm eficácia prescritiva, intendiam conferir ao «bem jurídico» protegido pela nova incriminação uma particular intensidade axiológica, e assim, à necessidade da sua tutela, uma particular *dignidade*. A especial refração que esse bem teria no sistema de valores da Constituição — por se concretizar em exigências de preservação do Estado de direito democrático — assim o demonstraria. Contudo, não se vê que articulação possa existir entre o tipo criminal, tal como ele foi desenhado no n.º 1 do artigo 335.º-A, e a preservação deste valor constitucional de primeira grandeza. O tipo, já o sabemos, preenche-se com a verificação da «incompatibilidade» entre o património tido e o sujeito a declaração. Ora, *no que ao cidadão comum diz respeito*, não se vê como pode a ocorrência desta incompatibilidade ser por si só ofensiva dos «interesses fundamentais do Estado» ou da «confiança nas instituições e no mercado», ou tão pouco em si mesma expressão necessária de uma «agressão» a valores como a «transparência» e a «probidade», *inter alia*. Ao cidadão comum, que é o agente típico da infração prevista no artigo 335.º-A, não se conferem especiais poderes de decisão que afetem a vida da sociedade política como um todo. Por isso mesmo — e diversamente do que ocorre, como se verá já de seguida, com os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos — não se encontra ele sujeito a um qualquer dever, que o oponha a toda a comunidade, de perante ela desvelar permanentemente as vicissitudes por que passe a qualquer momento e por qualquer motivo o património que adquira, detenha ou possua. O bem jurídico digno de tutela penal (*maximamente* digno dessa tutela) que, segundo as palavras do legislador, justificaria a incriminação constante do n.º 1 do artigo 335.º-A que o decreto da Assembleia pretendia aditar ao Código Penal não é assim, face à formulação literal que esse mesmo decreto confere à norma penal incriminadora, passível de ser divisado enquanto finalidade a ser prosseguida pela incriminação.

#### D. Do aditamento à Lei n.º 34/87, de 16 de julho

16 — A segunda medida de política criminal tomada pela Assembleia da República através do Decreto n.º 369/XII que nos presentes autos é impugnada diz respeito aos *crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos*. É na Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que se sedia o regime aplicável à prática desta categoria de crimes. Por isso mesmo, a lei começa por definir não apenas o que se deva entender por *titulares de cargos políticos e titulares de altos cargos públicos* (artigos 3.º e 3.º-A) mas ainda o que se deva entender por *crimes de [sua] responsabilidade*, esclarecendo que no âmbito do conceito se incluirão todos os que forem praticados no exercício de funções (artigo 1.º). A seguir, preveem-se os [concretos] tipos de crimes e as sanções que lhes serão aplicáveis, sendo por ora de destacar, nesse elenco, a previsão do crime de prevaricação (artigo 11.º), recebimento indevido de vantagem (artigo 16.º), corrupção passiva (artigo 17.º), peculato (artigo 21.º), peculato de uso (artigo 21.º), participação económica em negócio (artigo 23.º) e abuso de poderes (artigo 26.º).

O crime de *enriquecimento injustificado*, a ser aditado, conforme pretende o artigo 2.º do decreto da Assembleia, a este diploma, através da sua inscrição como artigo 27.º-A, virá portanto acrescer a este elenco, aplicando-se ao âmbito

de pessoas que a própria lei identifica através das listas contidas nos seus artigos 3.º e 3.º-A.

Tal como vem formulado, o novo tipo legal de crime reproduz quase integralmente a construção já feita no artigo 1.º do decreto quanto ao artigo 335.º-A, a ser aditado ao Código Penal. Assim, tal como este último preceito, também o novo artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87 contém uma redação estruturada em 6 números. O n.º 1 dedica-se a «desenhar» o tipo legal de crime de acordo com a reunião dos dois elementos que acabámos de analisar [(i) a aquisição, posse ou detenção de património; (ii) que seja incompatível com rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados]; o n.º 2 a enunciar aqueles «valores» jurídicos que, segundo o legislador, justificam a incriminação, em enumeração totalmente coincidente com a já feita a propósito do aditamento ao Código Penal; os n.ºs 3 e 4 a determinar o que se deva entender por «património» e por «rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados» de forma também coincidente com o feito anteriormente; e os n.ºs 5 e 6 a modular a pena de acordo com o montante a que possa ascender a «incompatibilidade» existente entre património detido (ou possuído, ou adquirido) e património declarado, ou que deva sê-lo. Por conseguinte, e tal como sucede quanto ao n.º 5 do artigo 335.º-A, é excluída a punibilidade se o montante da discrepância entre património «detido» e «declarado» não exceder um certo limite. A única diferença entre um e outro regime está no facto de esse limite ser agora, para os «crimes de responsabilidade», não de 350 salários mínimos mensais (como é de acordo com o n.º 5 do artigo 335.º-A) mas apenas de 100, alargando-se portanto, em regime mais severo, o âmbito da punibilidade. Em idêntico sentido de maior severidade vai também o disposto no n.º 6, que prevê a possibilidade de punição com prisão até 8 anos caso o «valor» da incompatibilidade exceda os 350 salários mínimos mensais. Aliás, a maior severidade deste regime, aplicável aos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, já decorre — por comparação com o regime fixado no n.º 1 do artigo 335.º-A — do n.º 1 do preceito que agora vimos analisando. Aí, a punição genericamente prevista é a de prisão até 5 anos; de acordo com o preceito que se pretende aditar ao Código Penal, tal punição seria de prisão até 3 anos.

Para além deste aspeto geral, que demonstra que o crime de *enriquecimento injustificado*, quando previsto em relação a quem seja «titular de cargo político» ou «titular de alto cargo público», se distingue do outro que com o mesmo nome se procura prever — para ser aplicado a todo aquele que detiver, possuir, adquirir património cujo valor seja discrepante com declarações feitas ou que devam ser feitas — apenas no que diz respeito à maior severidade da punição, existe ainda um outro traço distintivo desta nova incriminação que merece ser sublinhado. Diversamente da maior severidade da punição, este outro traço distintivo não diferencia este tipo de crime face àquele outro que se pretende aditar ao Código Penal; diferencia-o, sim, face aos demais *crimes de responsabilidade* que já se encontram previstos na Lei n.º 34/87, de 16 de julho. Enquanto estes últimos serão apenas aqueles que o agente típico incluído no conceito legal de «titular de cargo político» ou de «titular de alto cargo público» cometer *no exercício das suas funções* (artigo 1.º da Lei n.º 34/87), o crime de *enriquecimento injustificado*, agora previsto pelo artigo 27.º-A, valerá não só para o «período do exercício de funções públicas»

mas ainda para «[o]s três anos seguintes à cessação dessas funções». É o que decorre do n.º 1 daquele preceito.

Assim descrito o regime especial que tem que analisar-se, e sendo certo que a raiz da sua especialidade, em todos os aspetos de que revista, se encontra no agente típico desta *nova* incriminação — que, diversamente do que vimos suceder quanto ao aditamento ao Código Penal, se não confunde com o cidadão comum —, importa resolver a questão de saber se, por esse motivo, deverá o Tribunal proceder a ponderações diversas daquelas que lhe merece o artigo 335.º-A, a cuja redação procede o artigo 1.º do decreto parlamentar. Por outras palavras, o problema que tem agora que resolver-se é o de saber se, e em que medida, o *enriquecimento injustificado* cujo agente típico é o titular de cargo político e alto cargo público merecerá, quanto à sua conformidade constitucional, juízo diferente daquele que já foi feito sobre o mesmo *enriquecimento injustificado*, quando o seu agente típico é o cidadão comum: «quem, por si ou por interposta pessoa [...]».

17 — Os titulares de cargos políticos (incluindo-se nesta genérica categoria também os titulares de altos cargos públicos) assumem perante a comunidade que servem especiais deveres e responsabilidades. Se dúvidas houvesse quanto à justeza desta asserção, frequente na linguagem comum, ou quanto à possibilidade da sua relevância no plano mais estrito da dogmática jurídico-constitucional, dissipá-las-ia o reconhecimento pela CRP da existência de um *estatuto dos titulares de cargos políticos*, feito pelo artigo 117.º a propósito dos «princípios gerais de organização do poder político». Aquele ao qual foi confiado, nos termos da Constituição, um certo *múnus*, deve, perante a sociedade estadual, prestar contas pelos atos que pratique no exercício das suas funções de forma mais exigente do que aquela que é prevista para quem não detém quaisquer poderes de decisão quanto ao devir da coletividade. É isto mesmo que resulta do já referido artigo 117.º, que não apenas prevê genericamente a responsabilidade política, civil e criminal dos titulares de cargos políticos pelas «ações e omissões» conexas com o exercício de funções, como, para além disso ou por causa disso mesmo, endereça ao legislador duas ordens de regulação: a lei deve — diz o n.º 2 do preceito — dispor sobre os «deveres responsabilidades e incompatibilidades» desses titulares e sobre as «consequências do respetivo incumprimento»; a lei deve — diz o n.º 3 — determinar os crimes de responsabilidade e as sanções que lhe sejam aplicáveis. A Lei n.º 34/87, de 16 de julho, a cujo articulado o decreto da Assembleia se propõe aditar o artigo 27.º-A, sobre o *crime de enriquecimento injustificado*, ao estatuir precisamente sobre os «crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos», traduz o cumprimento, por parte do legislador ordinário, da ordem de regulação que lhe é endereçada nos termos do n.º 3 do artigo 117.º da CRP.

Para além disso, não restarão dúvidas de que, por causa da especial posição que ocupam, sobre os titulares de cargos políticos recairá um dever geral de «transparência» quanto a formas de condução de vida pessoal ao qual não estará sujeito quem não detém quaisquer poderes de decisão pública. A legitimidade constitucional da imposição deste «dever de transparência», de incidência essencialmente patrimonial, a quem decide politicamente [publicamente], pode encontrar, sob o ponto de vista textual, fundamento bastante no já mencionado artigo 117.º, referente à «especialidade» do estatuto dos titulares de cargos. O seu fundamento axiológico geral, porém, encontrar-se-á porventura

na formulação do seguinte princípio: se ao legislador incumbe evitar que a *confiança* — entendida como acima se entendeu, enquanto elemento *ético* que sustenta o Estado de direito democrático (cf., *supra*, ponto 13) — sofra erosão por causa da disseminação de práticas que se traduzam no aproveitamento privado de bens ou vantagens que a toda a comunidade pertenceria usar ou fruir, sobre quem dispõe de poderes de decisão — encontrando-se assim, pela natureza das coisas, em condições *fáticas* eventualmente favorecedoras da ocorrência daqueles atos ilícitos — deve pesar um especial ónus de «transparência» patrimonial, sem que com isso se deva entender que injustificadamente se invadem esferas reservadas de vida, própria ou de terceiros. Assim é que a Lei n.º 4/83, de 2 de abril (alterada por último pela Lei n.º 38/2010, de 2 de setembro), que dispõe sobre o controlo da riqueza dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, manda que esses mesmos titulares apresentem no Tribunal, no prazo de 60 dias contado do início ou da cessação de funções, declaração de rendimentos, património e cargos sociais. Tal é suficiente para que se conclua que sobre aquela categoria de pessoas que segundo o artigo 27.º-A serão os agentes típicos do novo crime de *enriquecimento injustificado* pesa um dever geral, e de cumprimento constante, de «transparência», dever esse que se traduz numa obrigação especial de revelação de quaisquer vicissitudes por que passe o seu património. Semelhante dever não impende sobre quem não exerce quaisquer cargos públicos; e da justeza da sua imposição não pode duvidar-se, atendendo ao que decorre do sistema da Constituição.

18 — Não obstante a conclusão, haverá desde já que esclarecer que do estatuto constitucional dos titulares de cargos políticos nenhuma ilação se pode retirar que altere as ponderações já feitas pelo Tribunal a propósito do ilícito criminal que o decreto da Assembleia, através do artigo 335.º-A, pretendia aditar ao Código Penal.

No artigo 27.º-A, que o mesmo decreto pretende aditar à lei sobre os *crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos*, formula-se uma incriminação típica que é em tudo homóloga àquela que consta do referido artigo 335.º-A. O crime de *enriquecimento injustificado* dos titulares de cargos políticos só se distingue do outro crime com o mesmo nome, previsto para ser aplicado a qualquer cidadão («quem, por si ou por interposta pessoa...»), pela especial condição do agente que o comete e pela maior severidade das sanções que lhe são aplicáveis. Em tudo o resto, a estrutura dos dois tipos incriminadores permanece idêntica.

Sendo assim construído o tipo constante do artigo 27.º-A, todas as questões que se colocaram a propósito do seu homólogo (o previsto no artigo 335.º-A, a aditar ao Código Penal) mantêm inteira pertinência.

Desde logo, o *enriquecimento injustificado* dos titulares de cargos políticos permanece, tal como o crime homólogo perpetrado pelo «cidadão comum», um *crime de situação ou de estado de coisas*. Uma vez que a formulação da incriminação se esgota na verificação da «incompatibilidade» entre a riqueza que se tem e aquela outra sujeita a declaração, também aqui o legislador, com essa formulação, se afastou das exigências que para ele decorrem do disposto no n.º 1 do artigo 29.º da CRP, uma vez que se omite — tal como se omitiu na redação do n.º 1 do artigo 335.º-A — a especificação do concreto comportamento, comissivo ou omissivo, que constitui o objeto da censura penal.

Além disso, mantém pertinência a questão relativa à observação do princípio constitucional da presunção de

inocência. Também aqui será de concluir que se considerará *consumado* o crime pela reunião de dois elementos: património detido, possuído ou adquirido por um lado; incompatibilidade entre este e aquele outro sujeito a declaração, por outro. Tal como vimos suceder quanto ao preceito a aditar ao Código Penal, o cerne da censura do legislador encontrar-se-á, também quanto ao *enriquecimento injustificado* dos titulares de cargos políticos, na verificação de uma «incompatibilidade» entre duas grandezas. Assim, a conclusão a extrair será a mesma que se obteve aquando da análise do artigo 335.º-A: tal significa que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP), entendido, na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal.

Finalmente, a indeterminação, que permanece na construção típica do crime de enriquecimento injustificado dos titulares de cargos políticos, não permite que se conclua que, através dele, se prossegue um *bem jurídico digno de tutela penal*, nos mesmos termos em que tal impossibilidade se verifica quanto ao crime previsto no artigo 335.º-A. Não se duvida que o bem jurídico complexo (e resumido, na sua complexidade, a uma ideia geral de *confiança*, enquanto elemento ético do Estado de direito) que o legislador diz ter corresponder, *em abstracto*, a um valor constitucional de primeira grandeza. Todavia, e como se deixou já claro, não basta, para que se considere perfeita a imposição constitucional da *necessidade de pena*, a valoração que em tese possa merecer o bem que, segundo o legislador, com a nova incriminação se terá querido proteger. Fundamental é que, perante a formulação do concreto tipo criminal que para a sua garantia foi construído, se possa concluir que o bem ou «valor» protegido não poderia ser garantido de outra forma que não pela criminalização daquele «comportamento» que foi tipicamente descrito. Ora é uma tal conclusão que a indeterminação da formulação típica constante do artigo 27.º-A a aditar à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, não permite que se retire. Assim, também por este motivo lesa a norma referida o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

### III — Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas constantes do n.º 1 do artigo 1.º e do artigo 2.º do Decreto da Assembleia da República n.º 369/XII, 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.

Lisboa, 27 de julho de 2015. — *Maria Lúcia Amaral* (com declaração conjunta com o Senhor Conselheiro Pedro Machete) — *Teles Pereira* — *Maria de Fátima Mata-Mouros* — *Catarina Sarmento e Castro* — *João Pedro Caupers* — *Maria José Rangel de Mesquita* — *Pedro Machete* (com declaração conjunta com a Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral) — *Lino Rodrigues Ribeiro* (com declaração) — *Fernando Vaz Ventura* (com declaração) — *Carlos Fernandes Cadilha* (com declaração) — *João Cura Mariano* — *Ana Guerra Martins* — *Joaquim de Sousa Ribeiro*.

### Declaração de voto

Entendeu a maioria que, em relação ao aditamento à lei sobre crimes da responsabilidade dos titulares de cargos

políticos, previsto pelo artigo 2.º do decreto, se não deveriam retirar quaisquer conclusões do particular estatuto constitucional que detêm os agente típicos da incriminação, estatuto esse que é reconhecido nos pontos 16 e 17 do Acórdão.

Dissentimos deste entendimento pelas seguintes razões:

1 — Tal como se diz no Acórdão (ponto 10.1.), o princípio constitucional da *necessidade de pena* desdobra-se em duas vertentes essenciais: é não apenas exigível que, perante cada nova incriminação, se possa divisar no «tipo» desenhado pelo legislador a prossecução de um bem jurídico que seja *digno de tutela penal*, como é também necessário, para que se cumpram as exigências decorrentes do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, que perante a nova decisão de criminalizar se revele tal bem *carente*, ou *precisado*, da referida tutela.

Acompanhamos a conclusão sufragada pelo acórdão quanto à impossibilidade de se divisar, perante o tipo incriminador constante do artigo 1.º do decreto parlamentar — relativo ao artigo 335.º-A do Código Penal —, um qualquer bem jurídico que seja *digno de tutela penal*; mas dissentimos da maioria quanto à possibilidade, por ela afirmada, de sustentar idêntica conclusão quanto ao previsto no artigo 2.º do decreto. Aí, entendemos que o problema não estará na ausência de bem digno de tutela, mas antes na impossibilidade de se afirmar que o bem protegido pelo legislador será ainda, perante a formulação típica que é desenhada, um bem «carente» ou «precisado» dessa mesma tutela.

2 — A impossibilidade de se divisar na concreta formulação do tipo criminal previsto pelo artigo 335.º-A do Código Penal um qualquer bem jurídico que seja digno de tutela penal só surge justificada, a nosso ver, pela consideração que segue.

Ao cidadão comum, que é o agente típico da infração prevista no artigo 335.º-A, não se conferem especiais poderes de decisão que afetem a vida da sociedade política como um todo. Por isso mesmo, não se encontra ele sujeito a um qualquer dever, que o oponha a toda a comunidade, de perante ela desvelar permanentemente as vicissitudes por que passe a qualquer momento e por qualquer motivo o património que adquira, detenha ou possua. O dever que impende sobre qualquer membro comum da sociedade política, que é constitucionalmente fundado e que deve ser prestado perante a autoridade estadual, é o de pagar impostos (artigo 103.º, n.º 3 da CRP), e, conseqüentemente, de proceder às declarações fiscais nos termos em que o impõe a lei geral tributária. Do incumprimento desse dever decorrem as conseqüências que a ordem jurídica, nos termos dessa mesma lei, já prescreve. Ver no incumprimento desse dever — traduzido em qualquer incompatibilidade ocorrente a qualquer momento entre o património «tido» e o «declarado» ou que deva sê-lo — uma *ofensa*, atual ou potencial, à preservação da ordem constitucional, porque à manutenção da confiança no Estado de direito e na democracia, é algo que, por se tornar insuscetível de ser racionalmente credenciado, se revela à evidência como *manifestamente excessivo*.

3 — Todavia, e diversamente do que sucede com o cidadão comum, o agente típico do crime de *enriquecimento injustificado*, previsto no artigo 27.º-A da Lei sobre os crimes da responsabilidade dos titulares de cargos políticos, não está apenas adstrito a uma obrigação, decorrente do dever fundamental de pagar impostos, de proceder àquelas declarações de património que sejam prescritas pelas regras

gerais das leis tributárias que sejam aplicáveis. Muito mais do que isso, sobre os titulares de cargos políticos impende um dever especial, fundado na natureza própria do múnus que exercem, de desvelar perante a comunidade todas e quaisquer vicissitudes por que passe o seu património durante o período de tempo correspondente ao exercício de funções. A conclusão, que induz a que se tenha em conta a especialidade da relação que, por esta via, se estabelece entre os titulares destes cargos e a comunidade política no seu todo considerada, não pode deixar de ter consequências quando se analisa a conformidade do prescrito no artigo 27.º-A com os padrões legitimadores da constitucionalidade de qualquer nova incriminação.

4 — Na verdade, não cremos que seja possível transpor para este novo tipo de crime todas as considerações que já foram feitas a propósito do *enriquecimento injustificado* do — chamemos-lhe assim — «cidadão comum». Uma vez que o agente típico da infração descrita pelo artigo 27.º-A vive em contexto juridicamente marcado pela obrigação de desvelo de todo o seu património perante a comunidade que serve, qualquer «incompatibilidade» ou incongruência que se detete entre aquele último e os rendimentos e bens declarados ou que devam sê-lo traduz logo, por si própria e em si mesma, uma *situação* merecedora de um certo e determinado juízo de desvalor jurídico. O espetro da diversidade de situações da vida que se pode albergar sob o tipo do *enriquecimento injustificado*, quando previsto, enquanto crime, para o cidadão comum, estreita a sua amplitude quando o mesmo tipo é previsto para ser aplicado, apenas, a titulares de cargos políticos. No que a estes últimos diz respeito, qualquer divergência que se verifique ocorrer entre o património «tido» e o «declarado» [ou que deva sê-lo] terá para o direito, só por si, um significado próprio, na exata medida em que será, também só por si, sinal de incumprimento do especial dever de «transparência» a que a ordem jurídica obriga o agente.

5 — Se a este dado, que releva antes do mais da ordem jurídico-constitucional, se juntar um outro, já assinalado, e que releva da ordem da observação empírica — os titulares de cargos políticos, aos quais são conferidos poderes de decisão que afetam a comunidade, encontram-se em situação *fáctica* de vantagem quanto à possibilidade de captura, em proveito próprio ou alheio, de bens que a essa mesma comunidade pertenceria fruir —, reunidas estão as condições para que se não possa sem mais «aplicar» a este tipo de crime todas as ponderações que foram feita aquando da análise do *enriquecimento injustificado* do «cidadão comum».

Disse-se, a propósito deste último tipo de crime, que a formulação lassa da incriminação não permitia que se divisasse nela a prossecução de um qualquer bem jurídico que fosse digno de tutela penal; e que, se assim era em geral, também o seria em relação àquele particular bem que o legislador, no n.º 2 do artigo 335.º-A — textualmente reproduzido no n.º 2 do artigo 27.º-A — invocava como sendo o que, a seus olhos, justificaria a incriminação. Ora, é esta afirmação, relativa à manifesta impossibilidade de discernir no tipo incriminador o *bem que é digno de tutela penal*, que não pode ser repetida face à incriminação resultante do artigo 27.º-A. Seja pelo acervo de deveres que impende sobre o titular de cargos políticos e que não impende sobre o cidadão comum, e que se traduz na condição especial em que aquele se encontra de desvelo constante de toda e qualquer variação que ocorra em património que seja seu; seja pela posição *fáctica* em que o exercício de poderes públicos o coloca, posição essa que favorece

empiricamente a ocorrência da hipótese de captura para fins privados de bens comuns, a verdade é que, no que lhe diz respeito [ao titular de cargo político], a verificação da mera «incompatibilidade» entre o património «tido» e o «declarado» adquire, para o direito, um sentido *qualitativamente* diverso daquele que vimos poder ser atribuído à mesma «incompatibilidade», quando prevista no tipo incriminatório constante do artigo 335.º-A. E, dentro desse diverso sentido, não pode manifestamente excluir-se a hipótese do estabelecimento, pela ordem jurídica, de uma relação de articulação entre o «facto» incriminado — a discrepância entre as duas grandezas — e o bem valioso que se quis proteger. A previsão, estabelecida pelo legislador, de uma atual ou potencial relação de «danosidade» ou de «ofensividade» entre uma coisa e outra — entre a discrepância detetada entre o que se tem e o que se declara ou deva declarar, por um lado, e a capacidade que essa discrepância terá para erodir o bem jurídico valioso que é a *confiança* no Estado de direito e na democracia — não é coisa que, no contexto do artigo 27.º-A, apareça destituída de qualquer credenciação racional. E esta é uma conclusão à qual o Tribunal, que tem neste contexto um controlo limitado pela margem de liberdade conformadora do legislador (ponto 9), não pode deixar de estar vinculado.

6 — No entanto, não basta, para que se legitime constitucionalmente uma nova incriminação, que seja ainda discernível num certo «tipo incriminador» um *bem jurídico digno de tutela penal*, ou que, pelo menos — em formulação mais adequada ao âmbito de controlo que é próprio do Tribunal —, seja impossível sustentar-se, perante certa incriminação, que os termos em que ela é feita não permite, manifestamente, que se divise um qualquer *bem* que seja dotado daquela dignidade. Imprescindível é ainda, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, que, perante cada nova incriminação que é decretada, um tal bem se mostre ainda *carente* ou *precisado* de tutela penal. Ou por outras palavras, usadas aliás no Acórdão: não basta que em cada nova incriminação se divise a intenção de preservar um valor social que, de acordo com a Constituição, possa ser tido como merecedor do mais elevado grau de proteção jurídica; é ainda necessário que o fim almejado — a preservação de tal valor — não possa ser realizado por outro meio de política legislativa que não aquele que se traduz no recurso à *nova* intervenção penal.

Ora a indeterminação, que permanece na construção típica do crime de enriquecimento injustificado dos titulares de cargos políticos, não permite que se conclua que, através dele, se prossegue ainda um *bem jurídico que seja «carente» ou «precisado» de tutela penal*. Perante a ausência de uma qualquer indicação precisa de qual seja, no caso, o «comportamento» punível, fica-se sem saber *o que acrescenta o novo tipo incriminador* ao conjunto de normas já existentes, e já dispostas a prosseguir o mesmo fim valioso que o artigo 27.º-A se propõe realizar. E sem que se saiba o que acrescenta a nova intervenção penal ao conjunto de medidas já previstas para a preservação da *confiança* no Estado de direito democrático não pode afirmar-se a sua necessidade.

Com efeito, o artigo 3.º da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, já prevê, em relação aos titulares de cargos políticos, consequências para a não apresentação das declarações devidas ou para a apresentação de declarações falsas. O novo tipo incriminador, ao considerar a incompatibilidade do património adquirido, possuído ou detido por tais titulares não só com os bens e rendimentos por si já declarados, mas

também com aqueles que os mesmos titulares devam declarar, revela-se por isso, *inadequado* a reforçar a tutela atualmente já dispensada ao bem jurídico-penal visado, nomeadamente através do sancionamento autónomo do incumprimento do *dever especial de declaração* a que se encontram obrigados os titulares de cargos políticos.

Pelo exposto, a conclusão segundo a qual esse fim almejado pelo legislador que estabeleceu uma nova incriminação não poderia ser realizado por medida de política legislativa menos *violenta* do que aquela que se traduz na previsão de novos crimes e de novas penas não pode, no caso, ser afirmada. Mas é por esse motivo, e não por qualquer outro, que entendemos ser ainda, quanto a este ponto, a norma em causa lesiva do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP. (*Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete*).

#### Declaração de voto

Acompanho a decisão e, no geral, a fundamentação, mas desta me afasto quanto à posição assumida no âmbito do ponto 18 quando se considera que a construção típica do crime de enriquecimento injustificado não permite concluir que, através dele, se prossegue um bem jurídico digno de tutela penal.

A construção de uma norma criminal que se queira legitimada e reconhecida como tal exige a tutela de um bem jurídico-penal que se reflita, de forma explícita ou implícita, mas sempre clara, na ilicitude típica. Ora, se é certo que, por exigências de legitimação penal, as condutas proibidas e punidas devem estar referidas à proteção de um bem jurídico-penal, não é menos certo que esse bem jurídico é incapaz de fornecer imediatamente a conduta que tem de ser incriminada. A conduta em que se consubstancia um tipo de crime não pode ser determinada por uma aplicação racionalmente dedutiva ou lógico-subsuntiva do bem jurídico. Ao bem jurídico-penal cabe apenas a função de indicar o que pode ser legitimamente tutelado pelo direito penal, ou seja, os valores e interesses essenciais à realização humana em sociedade que se encontram refletidos no texto constitucional.

Cabendo ao bem jurídico a função de delimitar negativamente a conduta a criminalizar, então é possível divisar no tipo incriminador do enriquecimento injustificado — artigo 2.º do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República pretende aditar à Lei n.º 34/87, de 16 de julho — a proteção de um específico bem jurídico: a *transparência da situação patrimonial* dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos. Trata-se de um valor ou bem jurídico com capacidade para intervir na conformação de ilícitos e condutas penais. Na verdade, a consciência atual da relevância do fenómeno e da origem da corrupção, suborno, clientelismo e fraude, assim como os reflexos perniciosos que estes atos têm na sociedade e nas instituições, contribuem para que se conceda à transparência dos proventos dos titulares de cargos políticos (e até aos demais funcionários públicos, em especial os que exercem cargos de direção e chefia) a dignidade de bem jurídico-penal. Sabendo-se que a corrupção — independentemente do valor, patrimonial ou não, e das suas manifestações concretas — provoca a erosão da *confiança* nas instituições político-administrativas e inutiliza boa parte dos esforços de concretização dos objetivos proclamados, aquela transparência assume grande *importância social*, tornando-se um bem cada vez mais precioso aos olhos da comunidade. Um indício seguro dessa importância é a ligação desse valor a bens constitucionalmente relevantes no exercício de

funções públicas, como o da legalidade, da imparcialidade e da exclusividade (cf. artigos 266.º, n.º 2 e 269.º da CRP). Ora, a prossecução objetiva, exclusiva e transparente do interesse público impõe, como um dos seus corolários, o dever de idoneidade material ou o dever de probidade, segundo o qual quem exerce funções públicas está proibido de se aproveitar dos poderes e da sua posição como fonte de receitas ou vantagens para si ou para outrem.

De modo que, quem durante o exercício de funções públicas ou por causa desse exercício «*adquirir, possuir ou detiver património*» que não tem justificação nos rendimentos e bens conhecidos e possuídos legitimamente, cria no público a suspeita de aproveitamento do cargo para obtenção de vantagens indevidas; e ausência de justificação desse património faz presumir a proveniência ilícita, com a conseqüente afetação da confiança da comunidade nas instituições do Estado.

Simplesmente, ao medir-se o enriquecimento injustificado pelos rendimentos e bens «*declarados ou que devam ser declarados*», a conduta a incriminar acaba por se distanciar do bem jurídico objeto de tutela. Com efeito, se o titular de cargo político declarar, para efeitos fiscais ou extrafiscais, todos os rendimentos, incluindo os de proveniência ilícita, fica fora do alcance do tipo de enriquecimento injustificado, porque o património que adquirir durante o exercício do cargo não será «incompatível» com o declarado; já a aquisição lícita de património que, por algum motivo, ainda não foi refletida nas declarações, preenche o elemento objetivo do tipo de ilícito, porque revela incongruência com os rendimentos e bens declarados. Naquela situação, a incriminação do enriquecimento injustificado não tem qualquer aptidão para proteger os bens da transparência e da confiança; nesta outra, sendo o património de origem lícita, não há bem jurídico carente de proteção. E o desvalor jurídico-penal da falta da declaração já se encontra amparado com outras prescrições legais, como as que estabelecem crimes fiscais (artigo 103.º do RGIF) e falsas declarações em relação à declaração de rendimentos (cf. n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 4/83, de 2 de abril). Daí que a relação que se estabeleceu entre a ação e o bem jurídico não tenha sido um *modo adequado* de tutelar a transparência patrimonial dos titulares de cargos políticos, e por conseguinte, o tipo incriminador não está suficientemente credenciado pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade ou proibição do excesso (artigo 18.º n.º 2 da CRP).

É claro que reconduzir o ilícito-típico à simples incongruência entre o património atualmente possuído e património anteriormente declarado, sem exigir a justificação da proveniência dos bens, significa construir um tipo incriminador com base na suspeita de que a incongruência tem origem em atos ilícitos. De facto, o que causa dano social é a inexistência de explicação satisfatória do modo como o património não correspondente aos rendimentos percebidos chegou à posse de quem exerce funções públicas. A ausência de justificação do património possuído faz presumir a proveniência ilícita, uma presunção de violação dos deveres de probidade e transparência. Só que, como já foi apreciado no Acórdão n.º 179/2012, a falta de justificação da proveniência dos bens como elemento constitutivo do crime sacrifica o princípio da presunção de inocência, o que não é constitucionalmente tolerado. (*Lino Rodrigues*).

### Declaração de voto

Acompanho a pronúncia de inconstitucionalidade quanto às duas normas incriminadoras visadas no pedido — que por partilharem a mesma estrutura típica consentem uma abordagem conjunta —, por violação dos princípios da necessidade de tutela penal, da legalidade e da presunção de inocência.

Impõe-se, contudo, quanto ao princípio da necessidade de tutela penal, esclarecer que as razões que me conduzem a tal juízo não assentam na consideração de que os valores e interesses cuja prossecução é enunciada pelo legislador, com vista a assegurar a legitimidade jurídico-constitucional da decisão de política criminal em presença, não preexistam como bens jurídicos — alguns como *valores-meios* ou instrumentos — dotados de dignidade jurídico-penal, porque concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.

Em meu entender, os termos em que foi arquitetado o tipo impedem que se estabeleça o indispensável nexó referencial entre tais bens jurídicos e uma (*certa*) conduta proibida, deixando essencialmente sem resposta a questão de saber o que de *novo*, ou mesmo como *reforço* — face ao arsenal jurídico-penal votado igualmente à luta contra a corrupção ou ainda aos crimes fiscais —, se pode retirar da norma penal incriminadora, enquanto critério orientador do comportamento dos cidadãos. E, sem o poder determinar, não é possível assegurar o respeito pela “*exigência de dignidade punitiva prévia das condutas enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1.º da Constituição, do qual decorre a proteção da essencial dignidade da pessoa humana) que se exprime no princípio constitucional da necessidade das penas (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico)*” (Acórdão n.º 211/95). Seguramente, pelo menos ao nível do critério da *carência* de tutela penal, as normas que se pretendem introduzir não obedecem às exigências jurídico-constitucionais decorrentes do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

O especial estatuto jurídico-constitucional dos titulares de cargos políticos e a consagração no ordenamento jurídico de um dever de revelação da *riqueza* por parte dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, nos termos da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, não constitui obstáculo a este entendimento. É certo que confere sentido mais evidente a um dos elementos do tipo — os bens e rendimentos sujeitos a declaração para fins extrafiscais — e, do mesmo jeito, aproxima o quadro de tutela de valores e interesses como a *transparência*, a *probidade* e a *idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património*, enunciados pelo legislador, na perspetiva da especial posição de poder que caracteriza os agentes a que pode ter aplicação o artigo 27.º-A.

Contudo, para além de à violação do dever de *transparência* e *verdade* ínsito na relação de comunicação para com a comunidade contida no referido diploma já se encontrar associada censura jurídico-penal, através do crime de falsas declarações, nos termos n.º 2 do artigo 3.º, da mesma lei, e também de tal dever não ser exclusivo dos agentes que, para efeitos da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, são considerados titulares de cargos políticos e altos cargos públicos — ainda que o elenco dos artigos 3.º e 3.º-A, da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, e artigos 4.º da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, seja largamente coincidente —, persiste a

consideração de que o tipo de *enriquecimento injustificado* não surge estruturado como *delito de falsidade*. O desvalor jurídico-penal não decorre da inverdade ou ocultação de bens e rendimentos no ato declarativo produzido em cumprimento das injunções que decorrem da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, pois, mesmo que infringidas, não assumem relevo autónomo para o efeito da incriminação como *enriquecimento ilegítimo*. Permanece a exigência de uma variação patrimonial, cuja medida nem mesmo é encontrada a partir do que foi efetivamente declarado, mas sim do que *deva ser declarado*. É, pois o acréscimo patrimonial sem origem conhecida que emerge *em si mesmo* como desvalioso — e não a divergência entre o declarado e a realidade ou mesmo a omissão de declaração —, sem que se logre identificar um dever jurídico — e o correspondente défice pessoal a sancionar — que o legitime. Aliás, no que concerne ao património adquirido, possuído ou detido nos três anos seguintes à cessação de funções — idóneo, nos termos do n.º 1 do artigo 27.º-A, a conduzir a um apuramento de *incompatibilidade* —, nem mesmo persiste qualquer obrigação declarativa fundada na Lei n.º 4/83, de 2 de abril: a declaração final deve ser apresentada no prazo de 60 dias a contar da cessação de funções (cf. artigo 2.º, n.ºs 1 e 4). (*Fernando Vaz Ventura*).

### Declaração de voto

Com base nas considerações já expendidas na declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 179/12, que se pronunciou sobre o Decreto da Assembleia da República que pretendia instituir o crime de enriquecimento ilícito, e que entendo serem ainda aplicáveis no presente caso, acompanho o juízo de inconstitucionalidade mas apenas no que se refere à violação do princípio da presunção de inocência do arguido.

A eliminação, nas normas dos artigos 335.º-A do Código Penal e 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, aditadas pelo Decreto da Assembleia da República n.º 369/XII, do inciso “sem origem lícita determinada”, que constava do anterior diploma e representava a formulação negativa de um elemento constitutivo do tipo legal, não evita a presunção do resultado ilícito em que se traduz a divergência entre o património e os rendimentos declarados. Nesse sentido, o arguido terá sempre de tomar a iniciativa de alegação e prova em relação aos factos que revelem a discrepância, em vista a determinar a origem lícita do património ou, ao menos, suscitar o estado de dúvida sobre o carácter injustificado do enriquecimento. E não poderá limitar-se a exercer o direito ao silêncio, visto que a não prestação de declarações terá sempre a consequência desvantajosa de não permitir contraditar a prova documental que evidencie a variação desproporcionada entre o património e os rendimentos.

Na verdade, o tipo legal não exige a prova da origem ilícita do património — que, a verificar-se, conduziria ao preenchimento de um outro tipo de incriminação —, nem será possível ao Ministério Público, em fase de investigação, desvelar eventuais circunstâncias justificativas do enriquecimento que sejam do conhecimento pessoal do arguido. Encontrando-se o tipo legal construído em termos tais que o arguido tem de prescindir necessariamente do direito ao silêncio para esclarecer aspetos que não poderão ser objeto de prova por outro meio, o que está em causa é uma verdadeira transferência do ónus da prova da acusação para a defesa. (*Carlos Fernandes Cadilha*).