

O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação de riqueza e a orelha de Van Gogh*

Pedro Caeiro

Univ Coimbra, IJ, Faculdade de Direito
<https://orcid.org/0000-0002-8899-7399>

SUMÁRIO

- I. Introdução e memória
 - II. As recentes iniciativas legislativas sobre o enriquecimento ilícito/
/injustificado e a ocultação de riqueza e a respetiva conformidade
constitucional
 - 1. O terceiro modelo: um crime de omissão de declaração
 - 2. As benfeitorias necessárias
 - 3. O crime de «ocultação de riqueza/património»
 - III. Epílogo
- Bibliografia

* O presente texto segue a grafia do novo acordo ortográfico por opção dos editores.

Sem malícia, com paciência, sem insistência, principalmente.

GUIMARÃES ROSA

I. Introdução e memória

1. Juntamente com as aves de arribação, regressaram ao Parlamento, na primavera passada, várias iniciativas legislativas que visam a repressão penal de certas condutas associadas ao famigerado «enriquecimento ilícito / injustificado»¹. Agendadas para votação na generalidade no dia 25 de junho de 2021, baixaram todavia à especialidade sem votação, prevendo-se que sejam debatidas e votadas na próxima sessão legislativa.

Como é sabido, a tentativa de criar proibições penais nesta matéria detém o incomum recorde de ter originado duas pronúncias do Tribunal Constitucional (TC), em 2012 e em 2015, no sentido da respetiva inconstitucionalidade². Porém, pressionados por um caso judiciário mediático e iluminados por vários contributos da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)³, todos os partidos com assento parlamentar entenderam lançar uma terceira vaga de

1 Projeto de Lei n.º 805/XIV/2.^a (BE) – Cria o crime de enriquecimento injustificado e ocultação de riqueza (ProjBE); Projeto de Lei n.º 867/XIV-2.^a (CDS) – Cria o crime de sonegação de proventos e revê as penas aplicáveis em sede de crimes de responsabilidade praticados por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos (ProjCDS); Projecto de Lei n.º 807/XIV/2.^a (CH) – Altera o código penal e cria o artigo 335.º-A, definindo o crime de enriquecimento ilícito ou injustificado, clarificando os seus pressupostos objetivos e subjetivos de aplicação, bem como a moldura penal aplicável, distinguindo ainda consoante o agente seja ou não titular de cargo político (ProjCH); Projeto de Lei n.º 874/XIV/2.^a (IL) – Reforça o dever de transparência que impende sobre titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos (2.^a alteração à Lei n.º 52/2019, de 31 de julho) (ProjIL); Projeto de Lei n.º 843/XIV/2.^a (PAN) – Alarga as obrigações declarativas dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos e cria o crime de ocultação intencional de enriquecimento, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 52/2019, de 31 de julho (ProjPAN); Projeto de Lei n.º 860/XIV/2.^a (PEV) – Procedo à segunda alteração à Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, com vista a prevenir e combater o enriquecimento injustificado e a ocultação de riqueza (ProjPEV); Projeto de Lei n.º 798/XIV/2.^a (PCP) – Criminalização do enriquecimento injustificado (52.^a alteração ao Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março e 7.^a alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho) (ProjPCP); Projeto de Lei n.º 816/XIV/2.^a (PS) – Segunda alteração à Lei 52/2019, de 31 de julho, procedendo ao alargamento das obrigações declarativas e à densificação do crime de ocultação de enriquecimento (ProjPS); Projeto de Lei n.º 877/XIV/ 2.^a (PSD) – Segunda alteração à Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, ampliando obrigações declarativas e prevendo a comunicação obrigatória ao Ministério Público da falta de indicação dos factos que originaram aumentos patrimoniais (ProjPSD).

2 AcTC 179/2012, de 4.04.2012 (*DR* 1.^a série, n.º 78, de 19.04.2012, p. 2206 e ss.), e AcTC 377/2015, de 27.07.2015 (*DR* 1.^a série, n.º 156, de 12.08.2015, p. 5759 e ss.). Para uma descrição sintética das várias iniciativas de criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado, vd. a «Nota técnica» dos serviços da AR, de 11.06.2021, incluída no Parecer da Comissão de Transparência e Estatuto dos Deputados (Rel. Deputada Isabel Moreira), de 21.06.2021.

3 Em particular, ASJP, *Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas*, abril de 2021 (doravante PropASJP), onde também se recensiam os restantes contributos.

projetos legislativos que têm por finalidade, na sua vasta maioria, a criminalização de fenómenos associados ao enriquecimento opaco de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos (ou mesmo, num dos casos, dos cidadãos em geral).

Por comparação com os episódios anteriores, estas propostas significam, na sua quase totalidade⁴, um deslocamento da discussão para outro plano de seriedade e decência institucional. No lugar das falácias e erros crassos que enxameavam as iniciativas de 2011-2012 e 2015⁵ – e que justificavam plenamente a dúvida sobre as reais intenções dos respetivos proponentes⁶ – surgem agora construções jurídicas plausíveis, as quais, como é natural, podem gerar pontos de vista divergentes.

A controvérsia é potenciada, ainda, pelo facto de a experiência sobre a criminalização do enriquecimento injustificado continuar a ser nula nos países de referência para o direito português, em particular nos Estados-membros da União Europeia⁷, aconselhando maior circunspeção no exame das propostas apresentadas. A este propósito, e porque se trata de um argumento recorrente⁸, importa sublinhar que a inexistência desta incriminação em muitas ordens jurídicas também se explica por o art. 20.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) *não impor* aos Estados-partes um dever estrito de criminalizar o enriquecimento ilícito⁹. Bastará recordar, neste momento, as palavras avisadas do TC:

4 Excetua-se o ProjCH, que repete acriticamente a formulação declarada inconstitucional pelo TC em 2015 (aquisição, posse ou detenção, «sem justificação atendível», de património incompatível com os rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados), e que por isso não será objeto das considerações seguintes.

5 Era evidente que os projetos de 2011-2012 não passariam o crivo do TC: cf. logo CAEIRO, 2010, p. 35, bem como o aviso do Dr. Manuel Magalhães e Silva, na sua audição pela Assembleia da República (Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias) em 25.10.2011. Situação que só piorou em 2015: recorde-se, a título de exemplo, a inverosímil disposição do n.º 2 do art. 335.º-A, constante do Decreto 369-XII, que *enunciava* por extenso os bens jurídicos ofendidos pelo enriquecimento injustificado.

6 CAEIRO, 2015, p. 7; cf. também a Exposição de Motivos do ProjPCP e do ProjPEV.

7 Disso mesmo dá conta a «Nota técnica» anexa ao *Parecer da Comissão de Transparência e Estatuto dos Deputados*, de 21.06.2021, pp. 40-62, após uma análise dos ordenamentos jurídicos belga, espanhol, finlandês, francês e italiano; cf. também o AcTC 179/2012, cit., p. 2212.

8 Cf., p. ex., a PropASJP, p. 2.

9 Assim logo SANTOS, 2009, p. 146. Contra, SILVA (G.), 2011, pp. 49 e s., confiando no argumento de que seria «muito estranho que o crime de enriquecimento ilícito fosse preconizado numa Convenção das Nações Unidas se a sua consagração nos sistemas jurídicos particulares fosse incompatível com os princípios fundamentais do direito penal tal como resultam de outros textos internacionais». Sucede que a ressalva feita na Convenção permite a cada Estado-parte salvaguardar e alçapremar «a sua Constituição e [os] princípios fundamentais do seu sistema jurídico» relativamente ao dever de considerar a adoção das medidas que se revelem necessárias para criminalizar o enriquecimento ilícito – o que pode dar guarida

«uma eventual não criminalização do enriquecimento ilícito por parte do legislador nacional – ou de qualquer outro Estado que não haja formulado reservas ao artigo 20.º da Convenção – não implica inelutavelmente o incumprimento de uma obrigação convencional internacional. Portugal pode invocar princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico-constitucional – inclusivamente princípios que incorporam igualmente normas de *ius cogens* de direito internacional – desde que isso não o afaste de um necessário combate à conduta visada através de outros meios»¹⁰.

2. É interessante observar o modo como as forças políticas que participaram nas duas primeiras vagas do processo de criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado se posicionam hoje perante a questão e a forma como constroem a história dessa participação.

2.1. O ProjBE mantém no título a intenção formal de criminalizar o enriquecimento injustificado, a que associa agora a ocultação intencional da riqueza («cria o crime de enriquecimento injustificado e ocultação de riqueza»). Nos termos do respetivo preâmbulo, «a criminalização do enriquecimento injustificado e da ocultação de riqueza constitui um elemento indispensável de uma estratégia de combate à corrupção que se pretende robusta e eficaz». Na narrativa do Bloco de Esquerda (BE), as propostas que apresentou em 2009, 2011 e 2016 (rejeitadas na Assembleia da República) combinavam «plena determinação na criminalização da titularidade não justificada de incrementos patrimoniais acima de determinado montante e a obediência estrita ao princípio constitucional elementar da presunção da inocência»¹¹. Parece querer-se assim significar que existem modos legítimos de criminalizar o enriquecimento injustificado – embora a insistência no nome não seja levada ao ponto de fazê-lo constar da epígrafe da disposição onde se propõe a nova incriminação, que menciona apenas a «ocultação intencional de riqueza»¹².

Na verdade, é muito duvidoso que as anteriores iniciativas legislativas do BE pudessem satisfazer todos os critérios de legitimidade da incriminação

não só a princípios de direito interno que não resultem dos «textos internacionais» referidos pelo ilustre Professor, mas também, e sobretudo, a leituras mais generosas dos princípios acolhidos nesses textos. Consequentemente, é possível que se encontrem formas de criminalização do enriquecimento ilícito compatíveis com as garantias jurídico-internacionais em matéria penal que todavia não satisfaçam os estalões exigidos por determinada ordem jurídica nacional.

10 AcTC 179/2012, cit., pp. 2211 e s.

11 Exposição de Motivos do ProjBE.

12 A proposta inclusão de um art. 18.º-A na L. 52/2019, de 31 de julho, que passaria a punir a «Desobediência qualificada e ocultação intencional de riqueza».

enunciados pelo Tribunal Constitucional. É certo que, no tocante à incidência subjetiva das normas, o BE sempre recusou a consagração de um crime comum, preferindo construir crimes específicos (que cobriam, ainda assim, um espectro bastante amplo, abrangendo os titulares de cargos políticos, os titulares de altos cargos públicos e os funcionários e equiparados); por essa via, limitava também o bem jurídico protegido à transparência da vida patrimonial dos agentes públicos, não se lhe aplicando, talvez, a parte da censura do TC relativa à inexistência de um bem jurídico claramente definido (perante o crime comum que lhe competia examinar). Porém, verdade é também que os projetos de 2009 centravam o conteúdo de ilícito na aquisição de bens «de valor manifestamente discrepante do seu rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito», cláusula que o TC expressamente viria a considerar – bem ou mal – violadora da presunção de inocência¹³. E em 2011, apesar de considerar «frágeis» os argumentos de quem criticava a ressalva estabelecida na parte final daquela norma¹⁴, o BE acabou mesmo por eliminá-la, deslocando o conteúdo de ilícito – ao menos aparentemente – para a pura discrepância entre o património real e o património declarado («(...) estejam na posse ou título de património e rendimentos manifestamente superiores aos apresentados nas respetivas e prévias declarações»)¹⁵. Ora, foi precisamente esta formulação que o TC entendeu ser violadora do princípio da legalidade no seu Acórdão de 2015, mesmo que referida a crimes específicos¹⁶. Além disso, previa-se também que «a justificação da origem lícita do património ou rendimentos detidos exclui a ilicitude do facto», por aí se evidenciando que o ilícito não era a falta de declaração (ou a declaração falsa), nem mesmo o desfasamento patrimonial, mas sim a posse de um património de origem desconhecida e presuntivamente ilícita – o que faria a proposta cair de novo sob a alçada do juízo de inconstitucionalidade pronunciado no AcTC 179/2012.

Assim, não parece que os anteriores projetos de lei do BE, se aprovados, pudessem escapar à rasoira certa do Tribunal Constitucional. E é provavelmente por essa razão que o BE abandonou aquele modo de estruturar o tipo-de-ilícito, propondo agora um modelo (ao menos formalmente) diferente, assente na pura violação de um dever (omissão de declaração/indicação da origem dos acréscimos patrimoniais significativos).

2.2. O ProjPCP começa com uma breve recapitulação das iniciativas que o Partido Comunista Português (PCP) apresentou sobre a matéria «na última

13 Cf. AcTC 179/2012, cit., p. 2215.

14 P. ex., CAEIRO, 2010, p. 35; e SILVA (G.), 2011, p. 59.

15 *Projeto de Lei n.º 4/XII/1.ª*.

16 AcTC n.º 377/2015, cit., pp. 5768 e s., pp. 5771 e s.

década e meia». Todas foram sendo rejeitadas na Assembleia da República, mas, em 2012, o PCP contribuiu com o Projeto de Lei n.º 11/XII para o texto legal comum que viria a ser aprovado com os votos favoráveis do BE, do Partido Social Democrata (PSD) e do Centro Democrático Social – Partido Popular (CDS-PP) e o voto contra do Partido Socialista (PS), e posteriormente reprovado no teste de conformidade constitucional a que foi submetido pelo Tribunal Constitucional¹⁷. Por sua vez, a iniciativa que se encontra presentemente em discussão reproduz os Projetos de Lei n.º 782/XII/4 (2015) e n.º 221/XIII/1.ª (2016) e recupera a respetiva motivação: «o PCP, embora tenha contribuído para a aprovação do texto [de 2012] na convicção de não incorrer em inconstitucionalidades, não contesta o mérito da decisão do Tribunal Constitucional, e entende ser dever de quem pretende de facto sancionar a falta de transparência na aquisição de rendimentos e património de valor elevado, não insistir em soluções que pudessem vir a ser de novo declaradas inconstitucionais». Assim, «o acréscimo patrimonial não constitui, em si mesmo, qualquer presunção de ilicitude. O que se sanciona como ilícita é a ausência de declaração ou da indicação de origem do património e rendimentos, o que a ser corrigido implica a dispensa de pena»¹⁸.

Mantendo o âmbito de incidência subjetiva de largo espectro (crime comum de base + crimes específicos impróprios), o PCP conserva também a designação de «enriquecimento injustificado». O que, aliás, parece uma opção coerente, porquanto – numa arquitetura algo incomum – o agente pode ser isento de pena, em caso de negligência (ou ver a pena atenuada em caso de dolo), se vier a cumprir os deveres de declaração e indicação de origem (lícita¹⁹) do património cuja violação consubstancia o próprio tipo-de-ilícito²⁰. A (in)justificação do enriquecimento continua a desempenhar, portanto, um papel fulcral na punição, perfeitamente em linha com a manutenção do nome do crime. Aliás, a insistência nesta abordagem já tinha sido afirmada pelo deputado António Filipe no momento da discussão de uma petição dirigida à Assembleia da República, em 2019, para legislar sobre o enriquecimento ilícito e a delação premiada – o que aliás contrastava, de algum modo, com o reconhecimento, por parte do mesmo deputado na mesma intervenção, de que «em matéria de combate à corrupção,

17 AcTC 179/2012, cit.

18 Exposição de Motivos do ProjPCP.

19 Existe uma assimetria, provavelmente involuntária, entre os n.ºs 2 e 3 do proposto art. 335.º-A: ao passo que a atenuação da pena cabida à violação dolosa do dever prevista no n.º 3 exige «a prova da origem *lícita*» dos elementos patrimoniais em causa, a isenção de pena aplicável à violação negligente do dever prevista no n.º 2 parece bastar-se com a «declaração legalmente devida, incluindo a *indicação da origem*» desses elementos (itálicos nossos) – o que abrangeria os casos em que a origem indicada pelo agente é assumidamente *ilícita*.

20 Vd. infra, II, 2.4.

o maior problema no nosso país não é já um problema de lei. (...) não temos uma ordem jurídica que pactue com a impunidade dos crimes de corrupção. Creio, aliás, que, nos últimos anos, até tem ficado patente, tem ficado à vista perante a sociedade portuguesa, que existem meios legais»²¹.

2.3. O CDS, tendo participado ativamente na elaboração e votado a favor dos textos legais reprovados pelo TC em 2012 e 2015, distancia-se agora do modelo ali contido e propõe, no ProjCDS, a criminalização da «sonegação de proventos», que todavia aparece acolitada, na epígrafe da disposição penal, pelo «enriquecimento ilícito». Via que é, também ela, algo surpreendente: na já mencionada discussão da petição pela legislação sobre o enriquecimento ilícito e a delação premiada, o deputado Telmo Correia, depois de referir o fracasso daquelas tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado, expendia o seguinte: «em relação ao enriquecimento ilícito, temos dois caminhos possíveis: ou seguimos uma via completamente diferente – fiscal ou outra – ou, então, aceitemos o repto que o CDS também aqui fez, há uns largos meses, de pensar se esta matéria pode, ou não, ser trabalhada, designadamente em sede de revisão constitucional (...)»²². O deputado não foi porém ao pormenor de especificar quais as disposições constitucionais identificadas pelo TC como impeditivas da criminalização que deveriam ser *revistas*: o princípio do bem jurídico e da necessidade da lei penal, a presunção de inocência ou o princípio da legalidade.

2.4. Tendo-se o PS oposto às anteriores tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado – cuja inconstitucionalidade recorda como «inequívoca», e que já havia sido sublinhada pelo deputado Fernando Rocha Andrade em 2019²³ – o ProjPS propõe, como seria de esperar, designações que pretendem afastar-se decididamente daquele modelo: «ocultação de enriquecimento» no título do projeto, «ocultação intencional de património» na epígrafe da disposição que passaria a incriminar a dita conduta.

2.5. A mudança de perspetiva mais radical é a do PSD, que, de paladino maior da criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado, passou a seu único crítico. E fê-lo muito rapidamente: ainda em data recente, em 2019, a deputada Andreia Neto asseverava que «a criminalização do enriquecimento

21 *DAR*, I série, n.º 39, de 17.01.2019, p. 58. É importante notar que esta discussão ocorreu alguns meses *antes* da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, que examinaremos adiante mais em pormenor.

22 Últ. loc. cit., p. 60.

23 *Ibid.*, p. 58.

ilícito é uma matéria muito nossa. (...) Esse é efetivamente o instrumento que temos repetidamente dito que faz falta no nosso ordenamento jurídico. O PSD, naturalmente, não se cansará de continuar a procurar uma solução que possa ir ao encontro da jurisprudência constitucional e, de alguma forma, de alguma norma jurídica que possa criminalizar esse tipo de comportamentos (...)»²⁴.

Reconhecendo agora, e bem, que «não pode punir-se um “estado de coisas”», considera o PSD que da «posição inequívoca do Tribunal Constitucional resulta que não poderá persistir-se na criminalização dos denominados “enriquecimento ilícito” ou “enriquecimento injustificado”, ainda que, de forma mais ou menos hábil, se lhe emprestem outras e diversas denominações como “ocultação de património” ou “ocultação de riqueza”»²⁵. Consequentemente, embora proponha a instituição de um dever de «indicar os factos que originaram [...] alterações patrimoniais» superiores a certo montante, não criminaliza a violação desse dever, preferindo estabelecer uma obrigação de comunicação ao Ministério Público.

2.6. Este rápido bosquejo permite concluir pela existência de duas abordagens aparentemente muito distintas por parte dos proponentes da nova incriminação – apesar da possível convergência nos resultados que discutiremos mais adiante. Por um lado, e como seria de esperar, o PS banuiu completamente a expressão enriquecimento ilícito/injustificado do léxico, procurando afirmar assim uma diferença radical entre o ProjPS e as iniciativas contra as quais votou no passado. Por outro lado, com a mencionada exceção do PSD, os partidos que participaram (integral ou parcialmente) nas anteriores tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito/injustificado mantêm a referência. No caso do PCP, de forma ostensiva, porque o concreto modelo de incriminação que propõe desde 2015 não foi apreciado pelo TC nem é afetado, no entendimento do partido, pelas decisões deste Alto Tribunal. No caso do BE e do CDS, faz-se uma mescla com outras designações que visa afirmar a continuidade da luta contra o enriquecimento injustificado no plano político (uma *etiqueta*, um «ponto de ancoragem» [J. Vestergaard] do discurso político) e, simultaneamente, distanciar suficientemente as novas propostas daquela noção no plano jurídico, para que sobre elas não recaia o mesmo juízo de inconstitucionalidade.

Assim, podemos sintetizar a evolução do discurso das várias forças políticas deste modo: o PCP mantém a proposta de criminalização do enriquecimento injustificado de uma forma que reputa constitucionalmente conforme; o BE e o CDS propõem-se combater o enriquecimento injustificado através da

24 *Ibid.*, p. 56.

25 Exposição de Motivos do ProjPSD.

criminalização da ocultação de riqueza; o PS propõe a criminalização da ocultação de riqueza porque não se trata de punir o enriquecimento injustificado; e o PSD opõe-se a todas estas iniciativas porque se trata, em qualquer caso, de formas encapotadas de criminalizar o enriquecimento injustificado, em contra-venção das decisões do Tribunal Constitucional.

3. O que mudou, então, após as malogradas iniciativas de 2012-2015, que possa ter provocado esta terceira vaga de iniciativas legislativas?

3.1. Em primeiro lugar, e decisivamente, entrou em vigor a Lei n.º 52/2019, de 31 de julho (*Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos*), que revogou a vetusta e sucessivamente alterada Lei n.º 4/83, de 2 de abril (*Controlo Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos*), bem como a Lei n.º 64/93, de 26 de agosto (*Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos*).

Como o nome indica, este diploma procede a uma abordagem integrada e estruturada do exercício de funções por um leque alargado de agentes públicos²⁶, regulando os respetivos impedimentos e incompatibilidades, bem como as obrigações que lhes incumbem em matéria de declaração de património e rendimentos, com vista a controlar o enriquecimento que ocorra durante o exercício de funções e até 3 anos após o seu término – tudo em homenagem à «transparência».

No que mais nos interessa, o art. 18.º, n.º 4, manda punir como desobediência qualificada a não apresentação intencional, após notificação para o efeito, da declaração única de rendimentos, património, interesses, incompatibilidades e impedimentos exigida no art. 13.º (DU), ou da respetiva atualização, ou das declarações devidas no final do mandato e 3 anos após esse momento, nos termos do art. 14.º Além disso, o n.º 6 do mesmo dispositivo incrimina quem, «mesmo após [aquela] notificação, omitir da declaração apresentada, com intenção de os ocultar, elementos patrimoniais ou rendimentos que estava obrigado a declarar em valor superior a 50 salários mínimos mensais»²⁷. Por fim, dispõe o n.º 7 que «os acréscimos patrimoniais não justificados apurados ao abrigo do regime fiscal tributário, de valor superior a 50 salários mínimos mensais, são tributados, para efeitos de IRS, à taxa especial de 80%».

26 Por razões de comodidade, englobamos nesta expressão os diversos agentes indicados nos arts. 2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 52/2019.

27 A não apresentação da DU após notificação para o efeito conduz à perda do mandato, demissão ou destituição judicial, salvo quanto ao Presidente da República, Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro (art. 18.º, n.º 2). Porém, o mesmo não parece suceder com as incorreções e omissões de valores ou outros elementos, que todavia podem relevar no plano criminal: vd. já a seguir no texto.

3.2. O segundo novo elemento de vulto é a proposta da ASJP – que se baseia largamente, aliás sem lhes dar o devido crédito, em vários contributos anteriores²⁸ – onde confessadamente se inspiram vários projetos de lei sob análise e que por isso merece ser aqui recenseada nos seus passos essenciais.

A PropASJP «visa robustecer os instrumentos legais de transparência e fiscalização no exercício de altas funções públicas e de prevenção e combate à corrupção e criminalidade conexas, partindo do desenvolvimento de institutos jurídicos consolidados no nosso ordenamento e respeitando, na sua plenitude, os princípios constitucionais que estabelecem o quadro de garantias em processo penal, inerentes ao Estado de direito»²⁹. A sua principal preocupação parece ser a de afastar da construção do tipo qualquer presunção de ilicitude do enriquecimento e a inerente vulneração da presunção de inocência. Por isso, já num texto anterior a ASJP propunha a criminalização, não do enriquecimento ilícito, mas do «enriquecimento incongruente»³⁰. Contudo, a própria ASJP viria a reconhecer que aquela designação não era feliz, porque remetia para uma incriminação assente no puro desfasamento patrimonial (como a que se continha no inconstitucional Decreto n.º 369/XII, de 2015), que aliás não correspondia ao conteúdo da proposta então formulada, assente essencialmente na violação de um dever *a prever* na Lei n.º 52/2019: «basta acrescentar aos atuais dispositivos legais que regulam a fiscalização dos rendimentos e património dos titulares de cargos públicos o dever de justificar a aquisição de património durante o exercício do cargo acima de certo valor»³¹. Consequentemente, em novembro de 2020, a ASJP propôs a alteração do nome da infração para «ocultação de riqueza», o qual foi adotado, com pequenas variações, nos diversos projetos legislativos.

A deslocação do desvalor criminal da presuntiva ilicitude do enriquecimento para a sua «injustificação» permitiria, de acordo com a PropASJP, evitar as objeções relativas à conformidade constitucional da incriminação. Note-se que – e este ponto é importante – a «injustificação» é aqui entendida não como *característica* do enriquecimento, resultante da *inexistência de motivos* que o expliquem, mas sim como *omissão do acto* por meio do qual o agente deve justificá-lo³².

Assim, o elemento fulcral da PropASJP é a instituição de um dever de indicação da origem dos aumentos patrimoniais significativos, adicionando um

28 Vd. infra nota 33.

29 PropASJP, p. 1.

30 *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020/2023 – Pronúncia da ASJP*, 16.10.2020, apud PropASJP, p. 3.

31 PropASJP, pp. 3 e 6.

32 Como notava, de jeito premonitório, DIAS (M.), 2016, 303, louvando-se em Ariel Todarello.

novo n.º 6 ao art. 14.º da Lei n.º 52/2019, nos termos do qual «[n]as declarações previstas neste artigo deve constar também a indicação dos factos geradores das alterações que deram origem ao aumento dos rendimentos ou do ativo patrimonial, à redução do passivo ou à promessa de vantagens patrimoniais futuras». É este dever que dá conteúdo ao novo crime previsto no n.º 3 do art. 19.º aí proposto, segundo o qual «[q]uem, fora dos casos previstos no 1.º, com intenção de ocultar elementos patrimoniais, rendimentos ou promessas de vantagens patrimoniais futuras que estava obrigado a declarar em valor superior a 50 salários mínimos mensais, não apresentar a declaração prevista no artigo 14.º n.º 2 ou omitir de qualquer das declarações apresentadas a descrição ou justificação daqueles elementos patrimoniais ou rendimentos ou promessas de vantagens patrimoniais futuras nos termos do artigo 14.º n.ºs 5 e 6, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos» (itálicos nossos)³³.

II. As recentes iniciativas legislativas sobre o enriquecimento ilícito/injustificado e a ocultação de riqueza e a respetiva conformidade constitucional

1. O terceiro modelo: um crime de omissão de declaração

1.1. Já em 2011 havíamos antecipado que a incriminação do enriquecimento ilícito/injustificado pode, em abstrato, reconduzir-se a três modelos básicos:

³³ Esta formulação corresponde, no essencial, à proposta de SILVA (M.), 2009, com a diferença de que aí se propunham isenções e atenuações de pena caso o arguido (agente público) provasse a licitude da proveniência dos bens (no fundo, o esquema que ainda hoje consta do ProjPCP); proposta que foi reiterada pelo próprio em diversas audições parlamentares (p. ex., em 25.10.2011 e em 14.04.2015), todas disponíveis em www.parlamento.pt. Era também esta a «proposta» (que, como se verá a seguir, não o era verdadeiramente) de SILVA (G.), 2011, pp. 52 e ss. e *passim*: «o crime de enriquecimento ilícito assim configurado não consiste no simples facto de enriquecer, mas [n]o incumprimento do dever de declarar a fonte do enriquecimento lícito»: p. 53), com duas diferenças: por um lado, o A. «propunha» a construção de um crime comum (e não específico); por outro lado, no final do seu estudo, concluía – algo surpreendentemente – que a incriminação do enriquecimento ilícito gizada nos termos que enunciava seria constitucionalmente legítima mas «desnecessária e inconveniente», por ser possível alcançar os mesmos fins com o «aperfeiçoamento» das obrigações declarativas dos agentes públicos e uma «reformulação do crime de fraude fiscal» (p. 62). Conclusão que, além do mais, não deixa de suscitar uma interrogação sobre como poderia uma incriminação «desnecessária» ser constitucionalmente legítima. Acompanhando genericamente o pensamento do A. e concluindo também pela existência de outros mecanismos mais adequados para alcançar os fins propostos, cf. DIAS (M.), 2016, esp. pp. 303 e ss. Ainda no sentido da admissibilidade de uma incriminação deste género, vd. PALMA, 2014, p. 17: «[m]as pode alcançar-se um resultado idêntico, preservando a Constituição, através da criação de normas incriminadoras que obriguem à declaração de rendimentos com explicitação da respetiva proveniência, centrando-se então o juízo de ilicitude penal nos atos e omissões que violem tais deveres».

«um crime de suspeita, cujo conteúdo de ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o agente praticou certos crimes que lhe propiciaram o património incongruente; um crime de estado, cujo conteúdo de ilícito é a própria incongruência entre o património possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente; *ou um crime de falsidade, cujo conteúdo de ilícito consiste no falseamento ou omissão das declarações de riqueza / /património e respetiva fonte que o agente se encontrava obrigado a fazer: o enriquecimento não é ilícito por presuntivamente provir de crimes, mas sim por não ter sido declarado como devia*»³⁴.

Depois de o TC ter demolido, nos seus acórdãos 179/2012 e 377/2015, respetivamente, os citados decretos da Assembleia da República n.º 37/XII (2012) e n.º 369/XII (2015), que se filiavam nos dois primeiros modelos, restava ensaiar aquela terceira modalidade, aliás vista com bons olhos por vária doutrina³⁵.

A isso veio, em parte, a Lei n.º 52/2019, que cingiu os deveres de declaração a certos agentes públicos e criminalizou a falta de apresentação «intencional» das declarações nos vários momentos relevantes, bem como a omissão, com intenção de os ocultar, de elementos patrimoniais ou rendimentos que o agente estava obrigado a declarar³⁶. Trata-se, portanto, de crimes específicos próprios, contra o modelo «crime comum + crimes específicos impróprios» que se encontrava nos decretos de 2012 e 2015 e que está ainda hoje presente no ProjPCP. No desenho adotado, vincula-se o ilícito à protecção daquilo a que se convencionou chamar a «transparência do exercício de funções públicas».

Parece certo, portanto, que a imposição de um dever geral de declaração e justificação do património se encontra definitivamente arredada do horizonte da generalidade das forças políticas, em obediência àquilo que foi – neste aspeto – a posição unânime dos conselheiros do TC nos dois acórdãos prolatados sobre a matéria³⁷. Atendendo ao passado recente, não pode deixar de se ver aqui um desenvolvimento positivo.

34 CAEIRO, 2011, pp. 299 e s.; itálicos acrescentados. Já antes a doutrina havia criticado fortemente as primeiras duas mostrações da incriminação do enriquecimento ilícito, com uma intensidade que alguns consideraram surpreendente mas que era, na verdade, proporcional à respetiva inadmissibilidade: vd., p. ex., GODINHO, 2007, pp. 27 e ss.; e DIAS (A.), 2010, pp. 33 e ss.; e, depois, PATRÍCIO, 2013, pp. 139 e ss.

35 Vd. supra, nota 33.

36 Omissão que já era punível, como crime de falsas declarações, desde 1995, nos termos do art. 3.º, n.º 2, da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, por força da alteração introduzida pela Lei n.º 25/95, de 18 de agosto.

37 Depois dos acórdãos do TC é difícil sustentar a validade da imposição de um dever geral desta natureza, como o havia feito anteriormente SILVA (G.), 2011, p. 54 e *passim* [e, em parte – porque não dizia respeito a um dever jurídico-penal, mas meramente administrativo, cuja violação detetada num procedimento formal deveria conduzir ao confisco da riqueza injustificada –, o Prof. Doutor António M. de Almeida Costa,

1.2. Contudo, o esquema de proteção existente parece não satisfazer ainda a maioria dos partidos, que por isso apresentaram, nos projetos de lei recensados, várias propostas de melhoramento da lei em vigor, com a correção de alguns lapsos mais ou menos óbvios (infra, 2.), a que acresce, complementarmente, a imposição de um novo dever de declaração (dos factos geradores de acréscimos patrimoniais significativos) e a criminalização da respetiva violação, punida com penas mais severas em relação às infrações já contempladas (infra 3.).

2. As benfeitorias necessárias

Há vários aspetos da Lei n.º 52/2019 que podem e devem ser melhorados e que se encontram, na sua maior parte, corretamente identificados na PropASJP e nos vários projetos de lei.

2.1. Desde logo, há que desligar o crime de falta de apresentação das declarações de atualização exigidas no art. 14.º, n.º 2, da *precedência de uma notificação* para o efeito. Como bem lembra a PropASJP, «tratando-se da alteração patrimonial ocorrida no exercício de funções, prevista no artigo 14.º n.º 2 al. a), a entidade fiscalizadora dificilmente notificará o titular do cargo para apresentar a declaração em falta porque não terá, em regra, conhecimento dessa alteração». Consequentemente, enquanto vigorar o atual n.º 1 do art. 18.º, que não distingue as situações, o agente dificilmente poderá ser punido por não entregar as declarações exigidas no art. 14.º, n.º 2, visto que a entidade responsável, desconhecendo a situação, não o notificará para o efeito.

A questão que pode levantar-se a este propósito é a de saber se a falta da declaração prevista na al. b) do n.º 2 do art. 14.º – que não diz respeito a incrementos patrimoniais mas sim a factos ou circunstâncias que obriguem a novas inscrições relativas a impedimentos ou incompatibilidades – deve também ser punível. Atualmente, ela encontra-se abrangida pela *letra* do art. 18.º, n.º 4, que não estabelece qualquer distinção. O ProjPS é o único a propor a restrição da responsabilidade criminal à falta das declarações constantes da al. a) do n.º 2

ao ser ouvido na Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e para a Análise Integrada de Soluções com Vista ao seu Combate (22.ª reunião, 24.05.2010; ata descodificada, disponível em www.parlamento.pt, pp. 19 e ss.)). Não obstante, aquela jurisprudência parece ser desvalorizada por DIAS (M.), 2016, p. 304, em escrito que lhe é posterior, ao afirmar que um dever de alcance geral «não afetava de forma desproporcionada os direitos individuais do cidadão (particularmente os direitos à privacidade e à reserva da propriedade), quando simultaneamente se estava a ponderar o dever do Estado de controlar a riqueza» – dever este que a A. ordena à «desejada transparência na vida económica» e ao «bom funcionamento do mercado», como garantia da «realização de um verdadeiro Estado de direito», mas cuja fonte e conteúdo não explicita; vd. também infra, nota 67.

do art. 14.^o³⁸, e parece ser também esse o entendimento vertido na PropASJP, que se refere especificamente, na justificação do articulado, aos problemas postos pela declaração prevista na al. a)³⁹ – embora a formulação do proposto art. 19.^o, n.º 3, da PropASJP não faça qualquer diferenciação. Em sentido oposto e, em definitivo, com melhor razão, o ProjLL autonomiza a criminalização da falta de comunicação dos impedimentos ou incompatibilidades, bem como as falsas declarações que os tenham por objeto⁴⁰, e dá-lhes um tratamento mais pomenorizado, sujeitando a punibilidade a condições que concretizam o perigo para o bem jurídico⁴¹. Na mesma linha de raciocínio, poderia até aventar-se levar essas circunstâncias ao ilícito-típico, visto que são elas que verdadeiramente corporizam a omissão (presuntivamente) perigosa para o bem jurídico (que neste caso não é a transparência, mas a própria higidez do desempenho de funções públicas, abstratamente posta em perigo com a omissão de comunicação de factos constitutivos de impedimentos ou incompatibilidades).

2.2. Outra inovação que deve saudar-se é a criminalização da *não apresentação dos bens materiais ou serviços* previstos no art. 16.^o ao organismo competente quando tenham um valor idêntico àquele que aciona o dever de declaração «intercalar» [art. 14.^o, n.º 2, al. a)]⁴². Porventura, ela poderia já considerar-se abrangida pela omissão de declaração de aumentos patrimoniais naquele valor, mesmo que se entenda que tais bens não entram na titularidade formal do agente público, mas a sua autonomização garante maior segurança jurídica.

2.3. A inclusão, no dever de declaração (e por consequência no tipo legal de crime), de *promessas de vantagens patrimoniais futuras*, constante da PropASJP e acolhida pela generalidade dos projectos (com exceção do ProjPCP e do ProjPSD), sendo em princípio bem fundada, denota porém alguma ingenuidade. De facto, se o alvo destas normas são as situações de potencial corrupção (em sentido amplo), não se vê muito bem qual o grau de cumprimento esperado em relação à declaração de promessas que possam efetivamente estar relacionadas com aquelas práticas. Não é crível que tais omissões sejam detetáveis

38 Cf. o art. 18.^o-A, n.º 2, al. a), do ProjPS.

39 Cf. supra no texto.

40 Vd. arts. 14.^o e 18.^o, n.º 3, do ProjLL.

41 *Ibid.*, art., 18.^o, n.º 4: «A conduta prevista no número anterior só é punível se os factos ou circunstâncias que devessem ter sido comunicados mas não o foram implicassem incompatibilidade ou impedimento e se essa incompatibilidade ou impedimento devesse ter limitado a prática de qualquer ato no exercício de funções ou imposto a sua omissão.»

42 Art. 19.^o, n.º 4, da PropASJP, p. 12.

pelas autoridades e, quando o forem, constituirão, por norma, *outro* crime (recebimento indevido de vantagem, corrupção, etc.). Não parece arriscado prever que serão declaradas as promessas sem qualquer componente ilícita – e ocultadas as restantes, deixando a norma vazia de sentido e eficácia.

2.4. Já suscita a maior perplexidade a manutenção, na PropASJP e na generalidade dos projetos de lei (com exceção do ProjPCP e do ProjJL), da norma contida no atual art. 18.º, n.º 5, da Lei n.º 52/2019, que prevê uma atenuação da pena no caso de a não apresentação intencional das declarações não ter sido acompanhada de qualquer omissão de declaração de rendimento ou elementos patrimoniais perante a autoridade tributária durante o período do exercício de funções (ou, de novo por iniciativa da PropASJP, até ao termo do prazo previsto no artigo 14.º, n.º 4). Não se alcança o fundamento de tal privilégio. Trata-se de ofensas a bens jurídicos perfeitamente distintos (a chamada transparência patrimonial no exercício de funções públicas e as receitas fiscais⁴³), pelo que a penalidade por falta de entrega da DU não pode ser função de irregularidades fiscais concomitantes, que aliás podem relevar da mais variada ordem e gravidade (falta de entrega da declaração, omissão dolosa ou negligente de rendimentos punível como contraordenação, crime de fraude fiscal, etc.). O cumprimento, de publicidade muito limitada, dos deveres fiscais – limitados a certas espécies de incrementos patrimoniais – nada releva para a transparência que se pretende proteger⁴⁴. Não se compreende, portanto, que o cumprimento de deveres fiscais se reflita sequer na moldura penal aplicável à falta de entrega da DU, quanto mais no grau em que presentemente o faz (de prisão até 3 anos para multa até 360 dias). Tal cumprimento deveria relevar apenas, eventualmente e dependendo das circunstâncias do caso, como elemento de prova de que a falta de apresentação da DU não foi «intencional» e que, portanto, o tipo subjetivo do crime não se preenche.

De outro modo, a atenuação da pena significa o regresso a um crime cujo conteúdo de ilícito é a *posse suspeita* (porque oculta) de certos elementos patrimoniais, e não – como tanto se alardeia em todas as iniciativas – a violação de um *específico dever de declaração* ordenado à transparência do exercício de funções públicas.

43 Cf. SOUSA, 2013, p. 1126. A doutrina também parece cair, por vezes, numa certa indistinção dos objetivos prosseguidos com as obrigações declarativas dos agentes públicos e com as obrigações fiscais: cf. SILVA (G.), 2011, p. 54; e DIAS (M.), p. 304.

44 Reversamente, e pelas mesmas razões, não existe «unidade de lei» entre a falta de entrega da DU e eventuais fraudes fiscais concomitantes; haverá plúrimos sentidos de ilícito, embora se trate, naturalmente, de um campo privilegiado para a operação do mecanismo da consunção («concurso aparente» por interceção dos sentidos de ilícito), a determinar no caso concreto, na construção proposta por DIAS (J.), 2019, pp. 1175 e ss.

Por seu lado, a isenção de pena prevista no ProjPCP, sendo bastante inusual, merece outro tipo de reflexão. Esta construção parte da imposição de um dever geral de declaração de património e rendimentos superiores a 400 salários mínimos à Autoridade Tributária. Depois, os cidadãos teriam o dever de atualizar a declaração sempre que adquirissem património e rendimentos que excedessem o montante anteriormente declarado em valor superior a 100 salários mínimos, justificando a respetiva origem. No n.º 1 do proposto art. 335.º-A (e dos restantes crimes agravados em função da qualidade do agente) pune-se a violação destes deveres de declaração; e os n.ºs 2 e 3 preveem, respetivamente, uma isenção e uma atenuação de pena, consoante a falta de entrega tenha sido negligente (n.º 2) ou dolosa (n.º 3), se o agente proceder à declaração em falta, indicando a origem dos bens (n.º 2), ou se provar a origem lícita dos bens (n.º 3). Postos entre parêntesis a já criticada opção pela construção de um crime comum e outros defeitos avulsos⁴⁵, a nota mais marcante desta regulamentação é que o cumprimento do dever *após* a sua violação, com *consumação* do crime, possa conduzir a uma isenção de pena – um «arrependimento ativo» *sui generis* (porque não impede a consumação, nem um resultado não compreendido no tipo). Além de estimular o cumprimento (ainda que extemporâneo) do dever, esta solução⁴⁶ é – no quadro do ProjPCP – dogmaticamente consistente, porque significa a negação da dignidade penal de um facto ilícito e culposo, que efetivamente ofendeu um bem jurídico, ao invés de propostas passadas que davam ao cumprimento do dever o estatuto de causa de justificação⁴⁷. O que, de qualquer modo, não deixa de transformar estes crimes numa espécie de «crimes de aviso» ou «de injunção», tornando claro que o motivo da punição, no ProjPCP, continua a residir no *estado injustificado* da riqueza, e não no incumprimento das formalidades e tempos da declaração.

3. O crime de «ocultação de riqueza/património»

É chegado o momento de examinar a nova incriminação: a ocultação de riqueza/património, como crime contra a «transparência no exercício de funções públicas», que se propõe que acresça à falta de entrega das declarações devidas e à omissão de elementos patrimoniais que devam ser declarados⁴⁸. Olharemos

45 Por exemplo: (i) atendendo à razão de ser da isenção/atenuação, não parece que a consequência deva variar em função da existência de dolo ou de negligência na falta de entrega; (ii) não se prevê a punibilidade do facto por negligência (art. 13.º do CP), mas assume-se essa possibilidade no n.º 2; (iii) não se percebe se a indicação da origem no n.º 2 é algo de diverso da prova da origem lícita do n.º 3 (e se sim, em quê).

46 Que havia também sido avançada por SILVA (M.), 2009: vd. supra nota 33.

47 CAEIRO, 2011, pp. 303 e s.

48 Não trataremos da matéria de sanções, em particular da perda dos bens não declarados ou cuja

primeiro para a concreta fundamentação oferecida nas iniciativas legislativas (infra 3.1.) e, seguidamente, para outras possíveis vias de fundamentação (infra 3.2.).

3.1. A fundamentação das iniciativas legislativas

Como dissemos no início deste estudo, a generalidade das propostas apresentadas muda o paradigma relativamente às iniciativas de 2012-2015. Em vez de um crime de suspeita ou de estado⁴⁹, estaríamos perante um crime de violação do dever (de indicar a fonte dos acréscimos patrimoniais significativos), integrado no terceiro modelo de repressão do enriquecimento injustificado⁵⁰: um crime específico próprio, consubstanciado numa omissão pura, pertinente à regulamentação de declarações patrimoniais.

Vejamos a fundamentação avançada pelos partidos, na esteira da PropASJP, para a nova criminalização.

a) De acordo com a PropASJP, as normas penais existentes seriam «manifestamente insuficientes para combater as situações de enriquecimento com origem ilícita e ligada ao exercício do cargo, na medida em que, como é evidente, o património ilícito dificilmente se encontra na titularidade da pessoa sujeita à obrigação declarativa (...)». E que vantagem traria a incriminação da ocultação de riqueza? «Nas situações em que o património não se encontre formalmente na titularidade do agente do crime, uma vez feita a prova dessa titularidade, o agente será punido não por se presumir que enriqueceu ilicitamente, mas por ter enriquecido sem o declarar e justificar». Se não se criminalizar a ocultação de riqueza, escreve-se na PropASJP, «continuarão a repetir-se no futuro, com toda a probabilidade, casos de exibição imoral de património incongruente e não declarado, por pessoas que exerceram altas funções públicas, sem que se chegue a descobrir a fonte desse enriquecimento»⁵¹.

Creemos que esta fundamentação da necessidade da nova incriminação – acolhida, quase *ipsis verbis*, no ProjBE e no ProjPEV – não procede.

Em primeiro lugar, na ausência de dados empíricos concretos, não se pode acompanhar o requisito contra a «manifesta insuficiência» da lei existente – que conta menos de dois (!) anos de vigência. Este clamor sôfrego por novas

origem não é declarada, ou da sua tributação à taxa de 100%, previstas em alguns projetos; sobre este assunto, vd. o lúcido Parecer do Conselho Superior do Ministério Público emitido sobre as várias iniciativas (Rel. PGA M.^a Raquel Desterro Almeida Ferreira), de 4 de junho de 2021, p. 6 e p. 9.

49 Para uma crítica do enriquecimento ilícito/injustificado como crime de estado, cf. CAEIRO, 2011, pp. 302 e ss.; e depois, desenvolvidamente, COSTA (J.), 2012, pp. 256 e ss. («crime de estamento»).

50 Supra, 1.1.

51 PropASJP, p. 3.

leis, que mais não é do que uma contínua fuga para a frente encavalada em necessidades hauridas e validadas no senso comum («a corrupção está a aumentar»)⁵² com pouco ou nenhum apoio empírico sólido, tem efeitos muito perniciosos, porque, juntamente com a perene «falta de meios», serve de pretexto para a justificação das perceções (verdadeiras ou erróneas, ninguém sabe) de *insucesso* na repressão do crime económico.

Em segundo lugar, e decisivamente, a incriminação da ocultação de riqueza é *inadequada* para o *concreto problema* a que se quer atalhar. Como se depreende dos excertos transcritos, a grande preocupação dos seus proponentes é obviar à dificuldade de punir o agente público que possui/frui de bens de origem ilícita *que não se encontram na sua titularidade formal e que por isso não declara*. Ora, não é a obrigação de justificação da *origem* dos bens que permitirá reprimir o enriquecimento ilícito *se tais bens nem sequer forem declarados*. Evidentemente, esses bens «furtivos» continuarão a não ser declarados – e não é o dever de indicar a respetiva *origem* que pode prevenir a dissimulação. Seria como pretender contrariar a evasão fiscal criminalizando e punindo mais severamente a não discriminação adequada da fonte dos rendimentos.

Além disso, é uma incriminação *redundante*: se a omissão da declaração de bens que deviam ser declarados for detetada pelas autoridades, tratar-se-á de uma omissão de manifestar bens que deveriam ter sido declarados e não o foram, preenchendo-se assim o tipo-de-ilícito do art. 18.º, n.º 6.

Note-se que esta negação da carência de tutela penal não se confunde com juízos sobre a necessidade (subsidiariedade) da lei penal fundados numa apreciação empírica da realidade. Sabe-se que o TC tem uma atitude bastante conservadora neste plano, reconhecendo uma ampla margem de discricionariedade ao legislador ordinário⁵³. Porém, não se trata aqui de controlar a correção dos juízos do legislador em função de certa realidade empírica, mas sim de uma operação puramente *lógico-normativa*⁵⁴, que se processa num plano abstrato e obriga a concluir que o dever imposto *não pode* prevenir a ofensa que se

52 Como muito bem alertavam SANTOS, 2010, p. 56, precisamente a propósito do enriquecimento ilícito/ injustificado: «[h]á propostas de alteração que não se julgam razoáveis, sempre protegidas por esse véu diáfano de que pretendem combater a corrupção e cultivadas por uma certa opinião pública de tendência maniqueísta que alimenta uma cisão entre os cidadãos sérios (aqueles que defendem tais medidas) e os cidadãos hipoteticamente menos sérios (os que as não aceitam)», e DIAS (M.), 2016, p. 292: «[a] resposta fácil, através da criação de tipos legais, que muitas vezes são apenas de fachada ou simbólicos, surge como forma de sossegar a opinião pública e de apaziguar temporária e superficialmente a insatisfação geral».

53 Cf. ANTUNES, 2012, p. 102.

54 Cf. PALMA, 2016, p. 115: «a eficácia preventiva geral positiva da pena, na perspetiva do reforço da coesão social, não legitima sem mais qualquer intervenção penal absolutamente ineficaz e inadequada (...)».

quer repelir (um caso de «penalização (...) inapta»⁵⁵), e que, por outro lado, essa agressão ao bem jurídico (omissão de declaração de bens) já é prevenida por outra norma penal.

b) Aliás, se bem vemos, esta confusão reflete-se também no nome da incriminação proposta: como dissemos, a ocultação de riqueza já é punível à luz do art. 18.º, n.º 6, na medida em que o agente não declare os bens que deveria declarar. A isso se chama ocultar (ou sonegar, dissimular) riqueza (ou património). O que a nova *facti-species* propõe é uma coisa diferente: punir a *não revelação da origem* dos acréscimos patrimoniais. Claro que a terminologia não é inocente – como não o era com o «enriquecimento ilícito» – e, no âmbito do discurso político, é mais apelativo fazer passar a mensagem de que se pretende punir quem esconde bens recebidos durante o exercício de funções públicas. Mas aquilo que se incrimina é uma conduta bem diversa, que abrange *também* quem não ocultou riqueza alguma – ao contrário, declarou-a integralmente – mas não indicou a respetiva origem.

Por outro lado, não se trata, rigorosamente, de uma injustificação, que suporia um qualquer dano social causado pelo enriquecimento que precisa de ser justificado⁵⁶. A designação mais apropriada deste crime, porque mais verdadeira, seria a não revelação da origem de certos elementos patrimoniais.

c) Por último – e apesar dos protestos de que não se trata de punir um enriquecimento presuntivamente ilícito, que levam até a um *rebranding* do crime para evitar qualquer contaminação – a PropASJP acaba por se deixar cair em pecado, convocando a origem presuntivamente ilícita dos bens para escoltar a sua opção:

«A ASJP aceita que a ideia que tem vindo a defender e se materializa agora neste documento coincide, em parte, com a previsão [das normas que punem a violação das obrigações declarativas]. Porém, considera que as mesmas são insuficientes e não punem adequadamente todas as condutas omissivas de ocultação intencional de riqueza adquirida em período coincidente com o exercício de altas funções públicas, às quais, em regra corresponderão *actividades de natureza corruptiva, com maior desvalor que a simples desobediência aos comandos legais das obrigações declarativas*»⁵⁷.

55 CANOTILHO / MOREIRA, 1984, p. 139.

56 Assim COSTA (J.), 2012, p. 260.

57 PropASJP, p. 5.

E assim temos de novo, a entrar pela janela, aquilo que se jurou empurrar porta fora. Nesse contexto, não surpreende que a persistência subterrânea da intenção de punir o velho crime de enriquecimento ilícito se reflita também na agravação substancial da moldura penal (de até três para até cinco anos de prisão). Se se compreende bem a opção de punir mais gravemente a falsidade da declaração que omite bens em relação à pura não entrega da declaração – pois existe ali um elemento de *fraus* que está ausente, em princípio, da segunda⁵⁸ – só a *presunção da ilicitude do enriquecimento* explica que à conduta fraudulenta se equipare, para efeitos de punição, a simples omissão dos factos geradores dos bens, para a qual toda a pena superior a três anos de prisão se antolha como manifestamente desproporcionada.

3.2. Outras vias de fundamentação?

Existirão outras vias possíveis para fundamentar a legitimidade e necessidade da incriminação da ocultação de riqueza nos termos propostos?

3.2.1. A primeira questão que se põe é a seguinte: em que se traduz a «transparência do exercício de funções públicas» enquanto bem jurídico-penal? Trata-se de uma fórmula usada até à exaustão no espaço público, como se o seu exato conteúdo, a sua materialidade, fosse evidente, mas que tem de ser problematizada e densificada.

Não está aqui em causa a «transparência da administração e das instituições públicas», que realiza a garantia de acesso e conhecimento, por parte dos cidadãos, dos procedimentos, atos e documentos produzidos pelas instituições, bem como do seu próprio funcionamento. Nem se trata da vinculação da administração e das instituições do Estado à prossecução do interesse público, com as inerentes notas de imparcialidade, isenção e objetividade, conhecida na literatura brasileira como «higidez» do aparelho do Estado⁵⁹, e condensada por A. M. de Almeida Costa na lapidar expressão «autonomia intencional do Estado»⁶⁰, que enucleia os crimes de corrupção (em sentido amplo).

58 PropASJP, p. 13: «é maior o desvalor da ação de ocultação intencional de riqueza adquirida no período do exercício de altas funções públicas que relativamente ao desvalor da simples omissão de entrega da declaração. No primeiro caso está em causa a *falsidade* de uma declaração com intenção de ocultar riqueza, ao passo que no segundo se trata apenas da desobediência a um comando legal, sem essa intenção». Embora esta nota diga formalmente respeito ao n.º 4 do proposto art. 19.º, cremos que ela vale (pelo menos também) para o n.º 3, pois na nota a este número nada se diz acerca da agravação da pena.

59 Mas vd. PEREIRA, 2006, associando a «transparência e probidade» dos agentes públicos à «transparência das instituições públicas» (p. 43), em termos tais que, apesar de «a transparência da situação patrimonial» dos agentes públicos «não se confund[ir] com a transparência da Administração Pública (...), uma reflecte a outra tal como a Lua reflecte a luz do Sol» (p. 58).

60 COSTA (A.), 1984, pp. 144 e ss.

Diversamente, a «transparência» é a propriedade de algo que permite a um observador externo ver um objeto através do *quid* que predica. Daqui decorre que a própria ideia de transparência implica sempre três elementos: o sujeito que olha, o objeto olhado e um material que se interpõe entre os dois e que pode dificultar ou impedir a visualização. Ora, o que se pretende que seja visível com a imposição destes deveres de declaração? Não é, decerto, o efetivo e concreto exercício de funções pelos agentes públicos: na parte em que deve ser visível – porque também aí há zonas que devem permanecer opacas, e por isso se encontram cobertas por segredos de vária ordem (de justiça, de Estado, etc.) –, participa já da referida transparência das instituições públicas. O objeto que se pretende revelar com estas imposições é *a vida privada dos agentes públicos na esfera patrimonial*, e a matéria que se pretende tornar transparente são as cortinas que a resguardam, postas pelo direito à reserva da vida privada e à própria segurança – direitos com cuja proteção, no contexto das obrigações declarativas impostas pela Lei n.º 52/2019, a ASJP já manifestou, aliás, forte e compreensível preocupação, quando os agentes públicos sejam *magistrados judiciais*⁶¹. Assim, estas propostas têm por pano de fundo a assunção de que o dever de exposição da própria vida patrimonial impedirá os agentes públicos de cometerem crimes reditórios propiciados pelas funções que exercem.

A transparência nada mais é, portanto, do que uma construção jurídica resultante da restrição temporária de certos direitos fundamentais dos agentes públicos (em particular do direito à reserva da vida privada), cujas nervuras são os corresponsivos e específicos deveres legais que lhes são impostos. Embora não constitua um valor em si e se traduza essencialmente numa restrição de direitos fundamentais⁶², ela pode talvez ser elevada à categoria de *bem jurídico-penal*

61 A ASJP impugnou junto do Supremo Tribunal de Justiça, com assinalável êxito, algumas normas do Regulamento das Obrigações Declarativas n.º 226/2021, de 12.01.2021, emanado pelo Conselho Superior da Magistratura (*DR* 2.ª série, n.º 51/2021, de 15.03.2021), precisamente por não protegerem suficientemente os direitos fundamentais daqueles agentes públicos (e de terceiros que com eles se encontrem relacionados): cf. o AcSTJ de 14.07.2021, proc. n.º 15/21.5YFLSB-A, pp. 53 e ss.

62 A rarefação da transparência patrimonial como bem jurídico não passa despercebida e por isso se encontram referências cumulativas a entes com maior densidade axiológica, como o *prestígio do Estado* («[é] exactamente aqui que reside a legitimidade da intervenção da lei penal, tendente a contrariar a violação do dever de transparência e assim poupar o prestígio da Administração»: PEREIRA, 2006, p. 59) ou a *confiança nas instituições* [«a confiança ou credibilidade do Estado (*ato sensu*) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico mediato da incriminação), que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legítima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação)»: Declaração de voto do Juiz-Conselheiro Vítor Gomes, aposta ao AcTC 179/2012, *cit.*, pp. 2217 e s.; no mesmo sentido, vd. a seguir no texto a declaração de voto aposta pelos Juizes-Conselheiros Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete ao AcTC n.º 377/2015, *cit.*]. Para a crítica, que acompanhamos, das conceções que elevam o prestígio ou a confiança no Estado (e, mais geralmente, a confiança em sistemas) à categoria

instrumental («bem-meio») em função dos fins a que se encontra ordenada⁶³. Com efeito, a transparência da vida patrimonial dos agentes públicos permite às autoridades competentes detetar e investigar situações anómalas – seja porque as declarações apresentadas não refletem a realidade do respetivo modo de vida (omissão de elementos patrimoniais, em eventual concurso com outros crimes), seja porque são declarados acréscimos de riqueza de fonte ignota ou possivelmente falsa (provenientes de eventuais crimes reditícios).

3.2.2. Neste contexto, não surpreende que as propostas de criminalização da ocultação intencional de riqueza partam da (lógico-normativamente prévia) instituição de um dever de justificar, nas declarações, os aumentos patrimoniais significativos, como dimensão relevante do bem jurídico protegido. Enquanto esse dever não existir, não pode afirmar-se que a falta de justificação ofende (pondo em perigo ou lesando) a transparência no exercício de funções, precisamente porque essa não é ainda uma dimensão constitutiva da construção jurídica da transparência.

Esta circunstância leva a uma primeira conclusão: no plano da validade constitucional, a avaliação das várias propostas deverá começar pela consideração da legitimidade da imposição do próprio dever, independentemente das consequências da sua violação⁶⁴. Se esse dever, enquanto tal, for visto como uma restrição excessiva e desproporcional de direitos, não se põe sequer a possibilidade da criminalização da respetiva violação, que coloca um «peso» adicional (os direitos limitados pelas penas) no prato dos direitos fundamentais relevantes para a ponderação da proporcionalidade da restrição⁶⁵.

Ora, neste plano (prévio) do exame da solvabilidade constitucional de um dever não penal, cuja violação seja eventualmente objeto de sanções de outra natureza, e sem prejuízo de se poderem importar para esta sede algumas das considerações que teceremos de seguida a propósito da carência de tutela penal⁶⁶, notar-se-á que o dever de revelar os factos geradores dos acréscimos

de bens jurídico-penais, cf. COSTA (A.), 1984, pp. 132 e ss., esp. pp. 139 e ss.; e BECKEMPER, 2011, pp. 318 e ss., esp. pp. 321-323.

63 Aplicando aqui a dicotomia «bem-meio» (instrumental) / «bem-fim» explorada por COSTA (A.), 1984, pp. 141 e ss.

64 Veja-se, a propósito, o ProjPSD, que propõe a criação de um dever cuja violação não criminaliza.

65 Para a distinção destes dois momentos (restrição derivada da proibição/imposição da conduta e restrição derivada da pena), cf. ANTUNES, 2014, pp. 1017 e s.

66 Na realidade, os tópicos que se convocam para apreciar a validade constitucional das normas que preveem crimes (em particular, a dignidade penal e a necessidade/carência de pena: vd. ANDRADE, 1992, pp. 173 e ss.) não são algo de fundamentalmente distinto do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), mas sim cristalizações do mesmo que lhe conferem maior plasticidade e concretude: cf. logo CUNHA, 1995, esp. pp. 234 e ss., e, recentemente, o AcTC n.º 134/2020, proc. n.º 1458/17, de 3.03.2020.

patrimoniais constitui uma *intensificação*, em relação aos restantes deveres de declaração, da restrição do direito à reserva da vida privada e à segurança pessoal⁶⁷. Há um inequívoco aprofundamento da transparência, com o correlativo sacrifício da opacidade pessoal: não basta que os obrigados digam quanto ganharam, devem também indicar os factos que originaram esses ganhos.

A esse maior sacrifício somam-se as dúvidas sobre se a formulação do dever terá a precisão suficiente para se aquilatar da proporcionalidade (em sentido estrito) da restrição dos direitos que nela vai implicada: qual é a exata extensão e conteúdo da «indicação dos factos geradores das alterações que deram origem aos acréscimos patrimoniais» constante da PropASJP e acolhida, com pequenas variações, pelas diversas iniciativas? Basta a indicação dos factos ou é necessário juntar documentos comprovativos? E pode o cumprimento do dever implicar o envolvimento de terceiros que, não estando sujeitos às obrigações declarativas, verão a sua vida exposta⁶⁸? Se se tratar, por exemplo, de um empréstimo, ou de uma doação, deve a obrigada identificar a mutuante / doadora e fornecer às autoridades o contrato de mútuo, ou pedir (exigir?) à doadora que preste declarações? Ou, pelo contrário, basta a indicação formal de um tipo de facto como fonte do acréscimo, cuja veracidade será investigada pelas autoridades – como poderia sê-lo mesmo sem declaração justificativa da origem – no caso de suscitar suspeitas? Tudo questões com que poderá ter de debater-se o exame da validade constitucional destas propostas legislativas – mas que não integram o núcleo principal da nossa análise.

3.2.3. A questão que se põe de seguida é a de saber se, perante um bem jurídico *digno* de tutela penal, que se encontra já provido da armadura resultante da criminalização da falta de declaração e da omissão de elementos patrimoniais, é ainda *necessário* criminalizar a falta de indicação dos factos geradores dos aumentos patrimoniais (justificação). Esse juízo depende da afirmação de uma relação de adequação (eficácia) entre a construção do tipo de ilícito e o

67 Esta dimensão do problema é subvalorizada pelas concepções que fundam tais restrições na prerrogativa (ou até num «dever») do Estado (de um «Estado moderno», de um «Estado social de direito») de «controlar» a riqueza dos cidadãos (assim SILVA (G.), 2011, p. 54 e *passim*: «controlo público da riqueza»; DIAS (M.), 2016, p. 304: «à obrigação do Estado, perante todos os contribuintes, de controlar a riqueza do país (forma também de satisfazer a desejada transparência da vida económica e o bom funcionamento do mercado, assim garantindo a realização de um verdadeiro Estado de direito), contrapõe-se a exigência de transparência na vida em sociedades democráticas e o dever de cada cidadão contribuir para clarificar a sua situação fiscal».

O nosso ponto de partida é exatamente o oposto: o princípio não é o do controlo público da riqueza, mas sim o da reserva e da opacidade, exceto quando se justifique impor, por razões ponderosas, um dever de revelar os rendimentos ou o património, como sucede em matéria fiscal (para todos os cidadãos) e em relação aos incrementos patrimoniais dos agentes públicos.

68 Problema para o qual alertava já SILVA (G.), 2011, p. 61.

fim de proteção prosseguido, bem como do respeito pela natureza subsidiária (*ultima ratio*) da norma penal.

É instrutivo recuperar, neste momento, algumas declarações de voto apostas ao AcTC 377/2015, que, convergindo no juízo de inconstitucionalidade, divergiram da respetiva fundamentação, em particular no que dizia respeito à inexistência de um bem jurídico protegido, e sublinharam antes a exigência da necessidade/adequação da lei penal para a respetiva protecção.

Os Juízes-Conselheiros Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete, em declaração de voto conjunta, entenderam que, relativamente aos titulares de cargos políticos, e diversamente do que vale para os cidadãos comuns, «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». Porém, apesar dessa conexão entre o (a seu ver existente) bem jurídico e as condutas suscetíveis de o ofenderem, expenderam também os dois magistrados o seguinte:

«(...) 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* (...). 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. (...) 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 protecção 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 (...). 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 ad-

quirido, 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 devessem 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» (*itálicos no original*).

Em sentido próximo se pronunciou o Juiz-Conselheiro Fernando Vaz Ventura, para quem haveria também, subjacente à incriminação, um bem jurídico-penal digno de tutela. Não obstante,

«os termos em que foi arquitectado o tipo impedem que se estabeleça o indispensável nexos 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. (...) 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» (*itálicos no original*).

Não se esquece, naturalmente, que estas considerações tinham por objeto uma configuração diferente do tipo, assente na pura incongruência patrimonial. Contudo, importa-nos guardar delas duas ideias que, pela sua natureza principiológica, se aplicam a todas as iniciativas de criminalização: em primeiro lugar, a dignidade penal de um bem jurídico não legítima, por si só, a intervenção penal, exigindo ainda o art. 18.º, n.º 2, da CRP que o bem jurídico se encontre carente de pena contra aquela conduta; em segundo lugar, a afirmação da carência ou necessidade de pena passa por uma «demonstração» racionalmente fundada de que a criminalização da concreta conduta em causa torna o Estado capaz (ou mais capaz) de proteger o bem jurídico contra a ofensa que

se pretende prevenir (adequação/eficácia da tutela) e que só ela pode fazê-lo (subsidiariedade/*ultima ratio*).

3.2.4. Tudo o que se resume na seguinte interrogação: a imposição de um dever genérico e sistemático de revelar a origem de acréscimos patrimoniais aos agentes públicos e a criminalização da respetiva violação são formas adequadas de proteger a «transparência no exercício de funções públicas», portadoras de «algo de novo» que não possa ser alcançado de outro modo?

a) Numa visão das coisas que supomos já perimida – mas que valerá a pena recordar e refutar, dado o modo como continua a assomar, a espaços, no discurso – a utilidade da imposição daquele dever poderia encontrar-se na *prevenção dos crimes geradores do enriquecimento*: sabendo que terá de justificar a origem dos bens recebidos, o agente público abster-se-ia de cometer crimes de corrupção, etc. Esta construção sucumbe por força de três malformações fatais. Em primeiro lugar, estaríamos de novo perante a proteção de um bem jurídico qualquer, ou todos os bens jurídicos cuja violação possa propiciar rendimentos, o que é o mesmo que dizer *bem jurídico nenhum*. Seria uma incriminação ordenada ao geral não cometimento de crimes reditórios. Em segundo lugar, a prevenção desses crimes faz-se já através das normas que os preveem e punem. Por fim, não é verosímil supor, no plano empírico, que quem está disposto a deixar-se corromper para auferir proveitos deixe de fazê-lo porque terá de «justificar» a origem dos bens. Tal como na incriminação das promessas de vantagens futuras, parece existir aqui uma certa candura do legislador.

b) Seguidamente, conviria reconhecer-se que a identificação das concretas fontes dos acréscimos patrimoniais significativos – isto é, saber se o agente público recebeu os bens por herança, por empréstimo ou porque ganhou a lotaria – é crassamente irrelevante para a transparência no exercício de funções públicas e só pode servir para satisfazer as pulsões voyeurísticas de algumas camadas da população, alimentadas pelo conúbio antigo, deplorável mas sempre operativo, entre certos órgãos do Estado e a comunicação social. E todavia, tal como a conduta se encontra tipificada nos diversos projetos de lei, *será punível* por crime de ocultação de riqueza o agente público que se recuse a especificar se recebeu os bens por herança, por empréstimo ou por ter ganho a lotaria. Também nesta perspetiva, a criminalização da violação de um dever que nada acrescenta à proteção do bem jurídico é contrária à Constituição.

c) Poder-se-ia ainda aventar que a imposição de revelar a fonte dos acréscimos patrimoniais é necessária, não para se conhecer a *específica* origem

dos bens, mas para destrinçar os que têm proveniência lícita daqueles que são gerados por *atividades criminosas*. A falta de indicação da fonte dos bens constituiria, em geral, um perigo para a transparência do exercício de funções públicas porque não permitiria saber se os acréscimos patrimoniais têm uma origem lícita.

Ora, em nosso entender, a suspeita de que o agente público não declarou todos os bens que devia ter declarado, ou que tem na sua disponibilidade bens resultantes de crimes reditórios, não pode ser um *prius*, um pressuposto de aplicação geral, um ponto de partida que justifique, *a priori*, a imposição de revelar a concreta fonte dos acréscimos patrimoniais a toda a classe dos agentes públicos.

Essa suspeição generalizada é contraintuitiva e só se legitimaria com uma fundamentação empírica que mostrasse que uma percentagem significativa dos agentes públicos utiliza os seus cargos para enriquecer ilicitamente. No entanto, nem a PropASJP, nem os projetos de lei apresentam quaisquer dados sobre o assunto, nem na verdade chegam a afirmar, em lado algum, que tal suspeita generalizada exista.

Tão-pouco se apontam dados – ou sequer se formula a sugestão – de que, numa percentagem significativa de casos, é a falta de uma declaração dos agentes públicos sobre a origem de aumentos patrimoniais significativos que *impede* as autoridades de realizar uma investigação bem-sucedida dos crimes geradores de proventos. Seria mesmo bizarro que tal ocorresse. Se esse fosse o caso, haveria que questionar se os agentes públicos portugueses serão particularmente astutos em face dos seus homólogos europeus, visto que nos restantes países da União Europeia a inexistência de um crime de ocultação de riqueza não parece impedir as respetivas autoridades de investigarem, acusarem e condenarem os agentes públicos que praticam crimes geradores de um enriquecimento ilícito – ou pelo menos não em termos que levem as forças políticas a afirmar que as obrigações declarativas e os mecanismos de responsabilização existentes também nesses ordenamentos jurídicos são «manifestamente insuficientes».

Por fim, não se avançam, sequer, dados sobre o número de DUs (intercalares ou finais) que contêm aumentos do património daquela ordem, pelo que se desconhece inteiramente a dimensão prática que o problema assume. Incumbiria aos proponentes da criminalização da violação do novo dever mostrar, com dados empíricos, que o sancionamento da mesma nos termos do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, eventualmente associado a uma comunicação obrigatória ao Ministério Público como se propõe no ProjPSD e/ou a mecanismos de publicitação das declarações omissas como se prevê na lei francesa, seria insuficiente – e porquê – para alcançar as finalidades prosseguidas. Exercício que poderia começar

por se averiguar o modo como as declarações têm sido processadas ao abrigo da Lei n.º 52/2019 – revelando-se, por exemplo, quantas declarações foram já escrutinadas sob esse regime e, de entre essas, quantas poderiam ser consideradas problemáticas. Só assim seria possível angariar dados concretos sobre a «manifesta insuficiência» dos mecanismos existentes.

A exigência desta base mínima de conhecimento empírico não se confunde, de novo, com a avaliação *ex ante* da real capacidade de transformação da realidade de medidas abstratamente adequadas, que cabe principalmente ao legislador ordinário em virtude da postura de autocontenção adotada pelo Tribunal Constitucional⁶⁹. Do que aqui se trata, radicalmente, é de mostrar a própria *existência* de um problema que deva ser objeto da lei penal⁷⁰, sob pena de termos de admitir que esta pode ser erguida sobre percepções e casos do dia⁷¹, com a conivência do Tribunal Constitucional.

d) Por outro lado, nos casos em que os proventos têm efetivamente uma origem ilícita – e que são, desde o início, os verdadeiros alvos desta incriminação –, ela nunca será declarada pelo agente público (nem, provavelmente, se pode exigir que o seja, sob pena de violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*): alegar-se-á falsamente um empréstimo ou a lotaria. Externamente, essa justificação aparecerá tão regular como as verdadeiras, pelo que o contributo da norma penal para a transparência do exercício de funções públicas será, também nesses casos, nulo.

e) Dizíamos: a suspeita não pode ser um *pressuposto* dos deveres que inervam a transparência. Ao invés, ela é – ou deve ser – o *resultado* do jogo das obrigações de declaração, com verdade, dos aumentos patrimoniais significativos. A função da transparência no exercício de cargos públicos é justamente essa: permitir a deteção de situações patrimoniais suspeitas e caracterizá-las como tal – seja porque o agente não entregou a declaração devida, seja porque o seu conteúdo não corresponde à realidade conhecida, seja ainda porque o volume do acréscimo patrimonial declarado não encontra respaldo nas fontes

69 Sobre isto, cf. NIETO MARTIN, 2019, p. 31, e, com muito interesse, Antunes, 2019, pp. 87 e ss. Note-se, porém, que a exigência de fundamentação das soluções legislativas com dados empíricos, em particular daquelas que restringem direitos, com vista ao cumprimento do princípio da necessidade é de há muito afirmada pela doutrina: cf., no plano do direito europeu, CAEIRO, 2014, p. 890; e RODRIGUES, 2017, pp. 31 e ss. e *passim*.

70 Neste sentido, a questão da necessidade de pena é decerto mais complexa do que aquilo que uma sua compreensão puramente empírica levaria a crer: cf. PALMA, 2016, p. 107.

71 Já em outros lugares manifestámos a nossa oposição à tendência, muito em voga, de utilizar o direito penal ao sabor de «percepções» e para «evitar o escândalo público» (em sentido contrário, parecendo aceitar estas finalidades como legítimas, pronunciou-se o Dr. Manuel Magalhães e Silva nas audições parlamentares referidas supra na nota 33).

conhecidas de rendimento. Por isso se trata de um bem jurídico *instrumental*. A possibilidade de ver a situação patrimonial dos agentes públicos «à transparência» permite – e impõe – às autoridades que identifiquem omissões, falsidades ou enriquecimentos de origem ilícita, desencadeiem os mecanismos investigatórios e repressivos que a lei põe à sua disposição, e assim, isolando e processando esses casos, reafirmem a existência de condições para a geral higidez do exercício de funções públicas e a efetividade do respetivo controlo.

Esta perspetiva, que avançámos há uma década⁷², só pode ter reforçado a sua validade, entretanto, com a imposição de mais amplos deveres declarativos na Lei n.º 52/2019 para cuja violação se cominam penas criminais, escoltadas por uma tributação à taxa de 80% dos incrementos patrimoniais não justificados. Recuperando a formulação de Cláudia Cruz Santos, num momento em que nem existia ainda a Lei n.º 52/2019, «isso é o mais longe que se pode porventura ir num Estado que é de Direito»⁷³.

f) Em suma: não se tratando de uma criminalização radicalmente ilegítima – como o era a imposição de um dever geral de declaração e justificação do património a todos os cidadãos –, é nosso entendimento que estamos ainda perante uma criminalização que não respeita os parâmetros da adequação e da necessidade postos pelo art. 18.º, n.º 2, da Constituição.

III. Epílogo

1. Há precisamente dez anos, com a eloquência que o caracteriza, vaticinava o Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade a propósito da criminalização do enriquecimento ilícito:

«(...) vamo-nos entretendo a contemplar o ordenamento jurídico, apostados em descortinar lacunas e excogitar decantadas soluções normativas para as colmatar. Como se a lei de que dispomos não oferecesse já os pressupostos normativos bastantes para enfrentar e punir os corruptos e a corrupção. (...) Lançar permanentemente leis – por definição cada vez mais próximas da perfeição – tem outra aura. Sabe-se, porém, que isso condena a uma peregrinação entre frustrações, cada vez maiores, a induzir

72 CAEIRO, 2011, p. 304-306.: «a detenção de um património *anormal, de origem desconhecida*, não é uma ofensa à transparência da administração, mas sim, em último termo, uma *realização* dessa transparência» (*italicos no original*).

73 SANTOS, 2010, p. 57.

cotas cada vez mais elevadas de desesperança, cinismo e anomia. Cada lei que chega traz, renovados e reforçados, os marcadores da excelência. Alimentando a expectativa de em breve termos ao alcance da mão a resposta acabada aos problemas. Só que, quanto maior a esperança, maior a desilusão e mais dolorosa a frustração. E mais aguda a procura de novas leis. E mais inelutável o nosso destino, amarrados a esta dialética entre lei, esperança e frustração (...)»⁷⁴.

A lei que criminaliza a violação das obrigações declarativas dos agentes públicos e que é, segundo os proponentes da nova incriminação, «manifestamente insuficiente», entrou em vigor há menos de *dois* anos. Não existem dados públicos sobre os resultados da sua aplicação. Porém, no momento em que este texto for publicado, a nova incriminação terá sido aprovada, com grande probabilidade, pelo Parlamento. E, se contar com o beneplácito do TC, passarão outros dois anos até que as mesmas vozes clamem de novo contra a sua «manifesta insuficiência» e pela imperiosa necessidade de criminalizar outra coisa qualquer. *Nihil novum*.

2. Independentemente destas considerações, que alguns verão como exercícios de semântica, não se terá logrado, por fim, uma solução que permite combater a corrupção sem criminalizar o enriquecimento ilícito?

Embora existam dezenas de autorretratos de Van Gogh com ambas as orelhas intactas, aqueles que nos fazem evocar «a orelha de Van Gogh» são as duas pinturas em que o mestre holandês surge com o lado direito da face enfaixado, após se ter mutilado⁷⁵. Contemplamos as duas obras e recordamos o episódio do corte do lobo da orelha esquerda depois da discussão com Gauguin e a sua oferta a Rachel. Quer dizer: a orelha de Van Gogh, enquanto ícone, torna-se presente através da imagem da sua *ausência*, que nos é garantida – mesmo que não possamos verificá-la – pela ligadura *posta em seu lugar*. E ninguém se detém a analisar a representação desse pedaço de pano em si mesma, um pouco tosca e com aspecto (deliberadamente?) postiço, como se tivesse sido pintada à pressa sobre o retrato já pronto: é a orelha ausente que domina toda a cena.

Algo de semelhante sucede com o enriquecimento ilícito/injustificado. Por mais que se tente afastá-lo do horizonte, colocando no seu lugar uma incriminação que o substitua – um penso que estanque o sangramento causado pela sua

74 ANDRADE, 2011.

75 *Autorretrato com orelha ligada e Auto-retrato com orelha ligada e cachimbo*, ambos de 1889.

necessária remoção – é ele que permanece no centro da discussão. E é ainda ele que, *volente o nolente*, exsurge na tentativa de justificação das propostas apresentadas, explicando soluções que, de outro modo, são tão inusitadas como o autorretrato de um pintor com uma ligadura no rosto.

Coimbra, 14 de julho de 2021.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa, 1992, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2, pp. 173 e ss.
- ANDRADE, Manuel da Costa, 2011, «Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caríbdis», in *Público*, 26.10.2011.
- ANTUNES, Maria João, 2012, «A problemática penal e o Tribunal Constitucional», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 97 e ss.
- ANTUNES, Maria João, 2014, «Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (da norma dos casos à norma do artigo 173.º do Código Penal)», *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 1009 e ss.
- ANTUNES, Maria João, 2019, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra.
- BECKEMPER, Katharina, 2011, «Das Rechtsgut “Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte”», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 5/2011, pp. 318 e ss.
- CAEIRO, Pedro, 2010, «Enriquecimento “ilícito”: tapar o sol com más peneiras», in *Público*, 10.01.2010.
- CAEIRO, Pedro, 2011, «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 21-2, pp. 453 e ss.
- CAEIRO, Pedro, 2014, «Observações sobre a Proposta de Directiva relativa à protecção do euro e outras moedas contra a contrafacção, de 2013», in L. P. Cunha / J. M. Quelhas / T. Almeida (org.), *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes – Boletim de Ciências Económicas*, vol. LVII, Tomo I, Universidade de Coimbra, pp. 885 e ss.

- CAEIRO, Pedro, 2015, *Quem Cabritos Vende e Cabras Não Tem...*, Instituto Jurídico (e-book).
- CANOTILHO, J. J. Gomes / Moreira, Vital, 1984, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., vol. I, Coimbra Ed., Coimbra.
- COSTA, António Manuel de Almeida, 1984, «Sobre o crime de corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, BFD, pp. 55 e ss.
- COSTA, José de Faria, 2012, «T. C., Acórdão n.º 179/2012 – Processo n.º 182/12. (Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado)», *Revista de Legislação e Jurisprudência* 141, pp. 229 e ss.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 1995, «*Constituição e Crime*». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, UCP Editora, Porto.
- DIAS, Augusto Silva, «Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito», 2010, in Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, pp. 23 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (com a colaboração de M. J. Antunes, S. Aires de Sousa, N. Brandão e S. Fidalgo), 3.^a ed., 2019, Gestlegal, Coimbra.
- DIAS, Maria do Carmo Silva, 2016, «Enriquecimento ilícito/injustificado», *Julgar* 28, pp. 281 e ss.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, 2007, «Do crime de “riqueza injustificada” (Artigo 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau* 9-24, pp. 17 e ss.
- NIETO MARTIN, Adán, 2019, «Saudade of the constitution: the relationship between constitutional and criminal law in the European context», *New Journal of European Criminal Law* 10-1, pp. 28 e ss.
- PALMA, Maria Fernanda, 2014, «Conceito material de crime e reforma penal», *Anatomia do Crime* 0, pp. 11 e ss.
- PALMA, Maria Fernanda, 2016, «O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade», *Julgar* 29, pp. 105 e ss.
- PATRÍCIO, Rui, 2013, «Sete pecados capitais (sobre a criminalização do “enriquecimento ilícito”)», *Revista do Ministério Público* 34, n.º 136, pp. 139 e ss.
- PEREIRA, Júlio, 2006, «O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal», *Polícia e Justiça*, III Série, n.º 8 (jul./dez.), pp. 43 e ss.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, «O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso de mercado», *Católica Law Review* 1-3, pp. 11 e ss.

- SANTOS, Cláudia Cruz, 2009, «A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência», in Cláudia Cruz Santos et al., *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Ed., Coimbra, pp. 99 e ss.
- SANTOS, Cláudia Cruz, 2010, «Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico», *Julgar* 11, pp. 51 e ss.
- SILVA, Germano Marques da, 2011, «Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal», in *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Paulo Pinto de Albuquerque), Coimbra Ed., Coimbra, pp. 47 e ss.
- SILVA, Manuel Magalhães e, 2009, «Enriquecimento ilícito», in *Diário de Notícias*, 10.12.2009 [<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/convidados/magalhaes-e-silva-enriquecimento-ilicito-1443293.html>].
- SOUSA, Susana Aires de, 2013, «Os crimes fiscais na Alemanha e Portugal: entre semelhanças e diferenças», *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 1111 e ss.

