



associação sindical
dos juizes portugueses

OCULTAÇÃO DE RIQUEZA ADQUIRIDA NO PERÍODO DE EXERCÍCIO DE ALTAS FUNÇÕES PÚBLICAS

ASJP

ABRIL DE 2021

1. Introdução

A apresentação desta proposta pela associação que representa os juizes portugueses (ASJP) surge na sequência da participação na audição pública promovida pelo Governo sobre a *ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO / 2020-2024* (ENCC) e corresponde ao exercício da cidadania e participação cívica no processo democrático, por uma entidade com especiais responsabilidades na melhoria do sistema de justiça.

Ela visa robustecer os instrumentos legais de transparência e fiscalização no exercício de altas funções públicas¹ 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.

A acrescida actualidade da intervenção pública da ASJP nesta matéria resulta, também, da publicação e entrada em vigor da Lei 52/2019, de 31 de Julho (LOD), que passou a incluir os magistrados judiciais em exercício de funções nos tribunais judiciais e administrativos e fiscais no universo dos sujeitos das obrigações declarativas ali previstas.

De resto, a ASJP já antes se tinha pronunciado publicamente sobre este assunto e essencialmente no mesmo sentido em que o faz agora. Em 2011, a propósito de uma petição pública lançada pelo jornal *Correio da Manhã*, responsáveis da ASJP defenderam, em alternativa à tipificação penal do enriquecimento ilícito, a previsão de um crime com base na “injustificação” e não na “ilicitude” do enriquecimento, pela prova efectiva da violação do conteúdo mais alargado do dever de sujeição à fiscalização da riqueza e não com base numa ilicitude presumida².

A proposta que aqui se apresenta em resultado dessa reflexão é entregue a todos os Grupos Parlamentares e dirigida à Assembleia da República, órgão com competência para legislar sobre a definição dos crimes e respectivas penas.

A ASJP está disponível para ser ouvida no decurso do processo legislativo a que a presente proposta venha eventualmente a dar lugar.

¹ Usa-se a expressão “altas funções públicas”, para os efeitos deste documento, com o sentido de abranger todos os sujeitos das obrigações declarativas da Lei 52/2019, de 31 de Julho

² “Caminhar na direcção certa, sem olhar para o lado errado”, Manuel Soares, *Correio da Manhã*, 23MAR2011

2. Antecedentes

Em 16OUT2020, no âmbito da consulta pública sobre a ENCC, a ASJP entregou ao Governo o documento “*ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO 2020/2023 – PRONÚNCIA DA ASJP*”, com conhecimento aos Grupos Parlamentares do BE, CDS-PP, PCP, PS e PSD.

Nesse documento, apresentou-se o seguinte esboço de proposta de “criminalização do enriquecimento incongruente”³:

«Não é este o local para fazer a história dos projectos legislativos de criminalização do enriquecimento ilícito nem das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional. Pode, no entanto, dar-se como adquirida a inconstitucionalidade de qualquer solução de criminalização da incongruência entre o património detectado e os rendimentos lícitos conhecidos, estabelecida com base em qualquer presunção de ilicitude, por violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Não obstante, na situação actual, a ordem jurídica portuguesa continua a não dar cumprimento à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, cujo art. 20.º recomenda aos Estados membros o seguinte: «Sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracção penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo.»

Nas diversas tentativas de formulação do crime de enriquecimento ilícito, não apareceu ainda uma conforme à garantia constitucional da presunção de inocência. Qualquer solução de criminalização que se baste com a prova pela acusação da disparidade objectiva entre o enriquecimento detectado e os rendimentos conhecidos e em que o juízo sobre a ilicitude resulte da falta de provas apresentadas pelo acusado, permitirá condenações por “enriquecimento ilícito” em situações em que não há prova da acção ilícita. A razão da dificuldade de encontrar a formulação exacta resulta da impossibilidade de punir a ilicitude de uma acção

³ Cap. III.1, Página 60

sem que essa ilicitude seja efectivamente demonstrada por quem acusa e não por presunção tirada de um qualquer comportamento activo ou omissivo do acusado.

A punição da violação do dever de declaração como crime de desobediência qualificada, punível com pena até 3 anos de prisão (conforme previsto no art. 18.º n.º 4 da Lei 52/2019), é um instrumento manifestamente insuficiente 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.

Crê-se que as objecções de constitucionalidade não existirão se a previsão do crime focar o desvalor normativo na “injustificação” e não na “ilicitude” do enriquecimento. Nesse caso, bastará acrescentar aos actuais 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 (e não apenas declarar a aquisição desse, como agora) e fazer corresponder o novo crime à violação desse dever. Aí, se durante o exercício do cargo houver aquisição de património que não tenha sido declarado e justificado, o fundamento da punição será a prova efectiva da violação do dever de sujeição à fiscalização, inerente às obrigações declarativas próprias do exercício de cargos públicos, que a acusação facilmente poderá provar, e não uma ilicitude presumida a partir do comportamento do acusado. 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.»

Posteriormente, na *CONFERÊNCIA DE BALANÇO DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO*, organizada pelo Ministério da Justiça e realizada em 24NOV2020, na qual a ASJP foi convidada a intervir, foi possível desenvolver um pouco mais os contornos da ideia, sugerindo-se, nomeadamente, a ponderação de uma designação do tipo penal, como, por exemplo, “crime de ocultação de riqueza”, que se afastasse das já ensaiadas – “enriquecimento ilícito” e “enriquecimento injustificado” – que remetem para normas julgadas inconstitucionais e para objecções doutrinárias que devem ser tidas como adquiridas.

A sugestão ali apresentada obedecia aos seguintes traços essenciais:

«Primeiro, restringir o âmbito pessoal de aplicação da norma aos titulares de cargos sujeitos às obrigações declarativas previstas na Lei 52/2019: cargos políticos, altos cargos públicos e equiparados, juizes do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Contas, Provedor de Justiça, membros dos conselhos superiores das magistraturas e magistrados judiciais e do Ministério Público.

Segundo, acrescentar ao dever de declaração de rendimentos, património e interesses, já previsto na Lei 52/2019, um novo dever, em desenvolvimento do anterior, de identificar os factos geradores dos aumentos relevantes de rendimentos e património verificados durante o exercício do cargo ou num período posterior a fixar.

Terceiro, definir o tipo legal como a omissão de declaração e justificação da aquisição de riqueza, com intenção de a ocultar às entidades encarregadas da respectiva fiscalização.

Quarto, punir essa omissão de forma mais intensa do que a pena de prisão até 3 anos, actualmente prevista para a violação do dever de declaração, por estar em causa não exactamente – ou não apenas – o desvalor da desobediência ao comando legal mas o desvalor da ocultação intencional da riqueza adquirida: Parece, por isso, que a pena a prever não poderá ser inferior à de prisão de 1 a 5 anos, tal como a prevista no artigo 104º do Regime Geral das Infracções Tributárias para o crime de fraude fiscal, que no fundo também consiste na ocultação de riqueza, embora aqui às autoridades fiscais.

Quinto, incluir o novo tipo no elenco dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 5/2002, para o efeito de lhe ser aplicável o instituto da perda alargada de bens, do seu artigo 7º e seguintes.»

O Governo não acolheu a proposta da ASJP na *ESTRATÉGIA NACIONAL ANTICORRUPÇÃO 2021-2024* que aprovou em Conselho de Ministros⁴. De acordo com a entrevista da Ministra da Justiça ao jornal Público⁵, ter-se-á entendido que o objecto da incriminação já se encontra suficiente e adequadamente previsto nos números 4 a 6 do artigo 18º da LOD, que pune criminalmente a não apresentação da declaração de rendimentos, património e interesses e a omissão de elementos patrimoniais ou rendimentos dessa declaração.

⁴ Resolução do Conselho de Ministros nº 37/2021, RD nº 66, Série I, 6ABR2021

⁵ 21MAR2021, <https://www.publico.pt/2021/03/21/sociedade/noticia/nao-vai-facil-justica-avaliar-fraudes-vacinacao-1955289>

A ASJP aceita que a ideia que tem vindo a defender e se materializa agora neste documento coincide, em parte, com a previsão daquelas normas. 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.

3. Objecto

Parece razoavelmente evidente que os comportamentos potencialmente corruptivos relacionados com o exercício de altas funções públicas, independentemente da sua tipificação penal, apresentam, em abstracto, um denominador comum: aquisição e ocultação de património incongruente com os rendimentos conhecidos no período coincidente com o exercício das funções. É do senso comum que as pessoas que adquirem rendimentos ou património por via da prática de crimes, não o declaram às autoridades nem os colocam em posição de serem facilmente detectados. Não é, por isso, temerário estabelecer uma relação causal de alta probabilidade entre a ocultação intencional de riqueza adquirida naquele período e a existência uma prévia acção ilícita.

Por outro lado, conhecem-se as dificuldades de investigar e provar a prática de crimes de corrupção e conexos no exercício de altas funções públicas. É reduzido o número de casos investigados e punidos, quando comparado com a percepção existente sobre a dimensão do fenómeno. Daí resulta que as normas penais incriminadoras e a multiplicação dos tipos legais para prevenir e reprimir comportamentos dessa natureza são reconhecidamente tidos como ineficazes.

Foi precisamente para superar esta dificuldade que surgiram as tentativas anteriores de criminalização do enriquecimento ilícito. Sendo razoável supor, com base nas evidências do senso comum, a existência de um nexo causal entre os actos corruptivos e o enriquecimento incongruente e não sendo viável, em muitas situações, punir o fenómeno pela efectiva comprovação da ilicitude do acto causal, procurou-se fazê-lo através da incriminação do seu resultado objectivo.

Essa não é, contudo, uma via constitucionalmente aceitável. O Tribunal Constitucional, através dos acórdãos nºs 179/2012 e 377/2015, julgou inconstitucionais as normas que visavam

criminalizar o enriquecimento ilícito ou injustificado, aprovadas, respectivamente, pelos Decretos da Assembleia da República nºs 37/XII e 369/XII. Para o Tribunal Constitucional uma norma dessa natureza (i) não respeita o princípio da proporcionalidade, por ausência de bem jurídico definido na esfera de protecção da norma e por violação do princípio da subsidiariedade do sistema penal; (ii) não respeita o princípio da legalidade, pois não identifica a acção ou omissão proibida e (iii) não respeita a proibição da presunção de inocência, nos segmentos da inversão do ónus da prova, do *in dubio pro reo* e do direito ao silêncio e à não auto-incriminação.

Deve, pois, ter-se como adquirida e indiscutível a inconstitucionalidade de qualquer solução de criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, com o sentido das anteriores tentativas legislativas.

O sentido da proposta da ASJP é, portanto, outro. Uma proposta que, a bem da necessidade de clarificar conceitos e não inquinar a discussão pública, abandona de vez designações como “enriquecimento ilícito”, “enriquecimento injustificado” “enriquecimento incongruente” ou outras equivalentes.

O que está em causa, primordialmente, não é apontar o foco para o desvalor da ilicitude do enriquecimento no exercício de altas funções públicas, mas sim reforçar a protecção do bem jurídico da transparência no exercício dessas funções, aperfeiçoando os mecanismos previstos na LOD de declaração da situação patrimonial dos titulares de altas funções públicas e de responsabilização criminal em caso de incumprimento.

Consequentemente, por razões de coerência sistemática e de melhor identificação do bem jurídico protegido, defende-se a alteração das normas pertinentes da LOD e não a criação de qualquer tipo criminal autónomo, a inserir no Código Penal ou noutro diploma legal.

4. Justificação

Esta proposta vai no sentido do reforço da prevenção e repressão de actos contrários ao interesse geral praticados por titulares de altas funções públicas no respectivo exercício. Não resulta de uma qualquer intenção deslocada, imprópria e populista de justicialismo penal ou de uma cruzada moral contra os políticos. É uma proposta apresentada pela associação que representa os juizes e destinada, também, ao controlo do exercício, pelos mesmos, das funções judiciais.

Nesta matéria, é comum afirmar-se que os instrumentos legais de combate à corrupção e criminalidade conexa, nomeadamente a considerável panóplia de tipos penais legislados ao longo nos últimos 20 anos, é suficiente e que, se há algum problema, ele não está na falta de leis mas sim na falta de meios para tornar mais eficaz a investigação e punição dessa criminalidade. Esta objecção não convence. Por um lado, o bem jurídico cuja protecção se visa reforçar – a transparência no exercício de altas funções públicas – é distinto do bem jurídico protegido pelas normas que tipificam os actos corruptivos, o qual não se mostra suficientemente acautelado – como se justificará adiante. Por outro lado, há que reconhecer que, a persistir-se nesse caminho, de afirmar que não são necessárias mais leis mas sim, apenas, mais meios e eficácia, 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, e daqui a 30 anos a sociedade estará exactamente na mesma, a discutir a milésima estratégia anticorrupção e a necessidade de apostar no reforço dos meios.

O objectivo que esta proposta pretende alcançar é, assim, apenas, a punição mais eficaz do acto de ocultação intencional de riqueza adquirida no período correspondente ao exercício dos cargos previstos na LOD, independentemente da licitude da sua fonte de aquisição.

Apontam-se de seguida as razões porque se considera que as normas previstas na LOD são inadequadas e insuficientes para atingir o referido objectivo.

O primeiro aspecto que merece realce é que as obrigações declarativas previstas nos artigos 13º e 14º da LOD – únicas cujo incumprimento pode gerar responsabilidade criminal, nos termos dos números 4, 5 e 6 do artigo 18º – apenas compreendem o dever jurídico de discriminar descritivamente os rendimentos auferidos e os elementos do activo patrimonial, sem que os respectivos sujeitos sejam obrigados a identificar os factos geradores dos acrescentos relevantes de rendimentos e património ou da diminuição do passivo.

Esta omissão é aceitável para a declaração apresentada no início do cargo, porque o que está em causa na LOD não é a fiscalização da situação patrimonial anterior mas sim a fiscalização da sua evolução no período correspondente às funções. Porém, já a aquisição de rendimento ou património de proveniência desconhecida será particularmente problemática se ocorrer no exercício de funções. Com a lei actual, em tese, o titular de um cargo abrangido pela LOD pode declarar um incremento patrimonial superior a 50 salários mínimos mensais – por exemplo, a aquisição da propriedade de um bem ou a liquidação de um empréstimo bancário – sem ter de explicar a proveniência dos respectivos meios financeiros. Nesse caso, mesmo que sob impulso

da autoridade fiscalizadora das declarações haja uma investigação criminal para encontrar uma explicação para aquele incremento de riqueza e descobrir a prática de algum crime, a pessoa visada não será obrigada a justificar nesse inquérito a proveniência do dinheiro ou do bem, por força do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, segundo o qual ninguém é obrigado a auto-incriminar-se ou a contribuir para a sua própria condenação.

Quer isto dizer que a única maneira de assegurar cabalmente a fiscalização da aquisição de riqueza no exercício de funções públicas, inerente ao princípio da transparência prosseguido pela LOD, é obrigar os respectivos titulares, não apenas a declararem a aquisição de rendimentos e património, mas também a justificarem a sua proveniência. Este acrescido dever de declaração, em caso de incumprimento, resultará, também, numa acção em que o tipo de ilícito é bastante mais intenso e justificará, por isso, uma punição mais severa do que a actualmente prevista.

Outro aspecto a destacar é que a LOD não obriga actualmente os sujeitos por ela abrangidos a declararem vantagens patrimoniais futuras cuja promessa de aquisição ocorra no período do exercício do cargo. No entanto, para a ASJP, tornar obrigatória essa declaração será essencial para uma melhor protecção do valor da transparência e também para assegurar melhor a prevenção dos fenómenos corruptivos em que a obtenção da vantagem é relegada para momento posterior à apresentação da última declaração – aquela que deve ser apresentada 3 anos após o fim do exercício do cargo, prevista no artigo 14º nº 4 da LOD. Isso significa, em tese, por exemplo, que o titular de uma alta função pública pode hoje receber no seu exercício uma promessa de vantagem económica futura, de um terceiro com quem se relacionou nessa função, sem que alguma vez tenha de a declarar ou possa ser sancionado por não fazer essa declaração. Esta omissão apresenta-se como muito problemática.

Outra omissão, ainda, prende-se com o facto de os artigos 13º e 14º da LOD não imporem a declaração de ofertas de serviços e outras liberalidades de elevado valor económico. É certo que o artigo 16º prevê o dever de comunicação do recebimento dessas vantagens. Simplesmente, a sua omissão e ocultação não são abrangidas pelas incriminações previstas nos números 4, 5 e 6 do artigo 18º. Em face desta exclusão, o titular de uma alta função pública pode receber a prestação de serviços gratuitos de elevado valor durante o exercício de funções – por exemplo, a reconstrução de um imóvel – sem que tenha de o declarar e sem que a ocultação dessa vantagem económica seja punida como crime, nos mesmos termos em que é a ocultação de um bem de idêntico valor.

Note-se, também, mais uma disfuncionalidade da LOD: para as situações de omissão de declaração de elementos patrimoniais ou rendimentos de menção obrigatória, com intenção de ocultação (pondo agora de lado a questão de saber se resulta ou não do tipo legal a necessidade de uma notificação prévia da entidade fiscalizadora, face à redacção muito imperfeita da norma), o artigo 18º nº 6 prevê a punição com pena de prisão até 3 anos. A norma não diz se é um crime autónomo – e se for, será necessário discutir que crime é – ou se é ainda uma subespécie do crime de desobediência qualificada previsto no nº 3; isto é, não se sabe se é um crime de violação de ordens da autoridade pública, de falsidade da declaração ou de ocultação de rendimentos tributários. Seja como for, independentemente destas dificuldades, tendo em conta que o prazo de prescrição desse crime é de 5 anos (por força do disposto no artigo 118º nº 1 al. c) do Código Penal), a norma é ineficaz para a maioria das situações que visa abarcar. Se, por exemplo, relativamente a alguém que tiver exercido altas funções públicas, se vier a detectar 5 anos depois a posse de património de valor elevado e incongruente que não foi declarado no momento devido – o que é em abstracto bem plausível –, a eventual responsabilidade criminal estará extinta por prescrição.

Mesmo quanto ao crime de desobediência qualificada, previsto no artigo 18º nº 4 da LOD, a lei é totalmente inadequada. Prevê-se que é crime se houver omissão intencional de declaração “após notificação” [da entidade fiscalizadora]. Ora, tratando-se da declaração inicial (artigo 13º nº 1), da declaração final (artigo 14º nº 1) ou da actualização da declaração final 3 anos após o fim do cargo (artigo 14º nº 4), é plausível que essa notificação ocorra, na medida em que a entidade fiscalizadora tem conhecimento dos marcos temporais relevantes e da omissão de entrega da declaração nos respectivos prazos legais. Só que as situações problemáticas mais plausíveis ocorrerão com factos ocorridos no exercício do cargo. Nesse período, se o titular do cargo tiver um incremento patrimonial de valor superior a 50 salários mínimos mensais e falhar a entrega da declaração a que se refere o artigo 14º nº 2, é evidente que a entidade fiscalizadora normalmente não conhecerá esse facto e não notificará o titular em falta para apresentar a sua declaração. Significa isto que, nessas situações, não haverá, sequer, crime de desobediência ou de falsificação da declaração.

Correspondentemente, face à redacção do nº 6 do artigo 18º e à sua conjugação com o disposto nos seus números 4 e 5, é mais que duvidoso que seja crime a omissão intencional de indicação na declaração de rendimentos ou elementos patrimoniais que devessem ser revelados, com o propósito de os ocultar – isto é, a “falsificação” da declaração. A lei, ao dispor: “Quem, mesmo após a notificação prevista no nº 1, omitir (...)”, parece prever que só

haverá crime de “falsificação” da declaração nas situações em que a entidade fiscalizadora tiver notificado o titular para apresentar a declaração em falta. É manifesto que uma situação como essa dificilmente se poderá verificar, na medida em que, como se apontou, a entidade fiscalizadora não terá forma de notificar o titular do cargo para declarar incrementos patrimoniais que desconhece.

5. Articulado

Com fundamento nas razões acabadas de expor, sugere-se que a Assembleia da República pondere a introdução das seguintes alterações na LOD (apenas se indicam as normas cuja alteração se sugere com realce do texto modificado em “negrito”):

5.1. Artigo 14º (actualização da declaração)

- Número 5 (novo): ***Nas declarações previstas neste artigo deve constar também a descrição de promessas de vantagens patrimoniais futuras que possam alterar os valores declarados, referentes a alguma das alíneas do nº 2 do artigo anterior, em montante superior a 50 salários mínimos mensais, cuja causa de aquisição ocorra entre a data de início do exercício das respectivas funções e os três anos após o seu termo.***

Explicação: Visa-se incluir nas obrigações declarativas a que se refere o artigo 14º, que são aquelas que permitem fiscalizar as variações ocorridas no período já considerado relevante por lei, as promessas de obtenção de vantagens futuras com valor económico. Sem uma norma como esta, a protecção do bem jurídico da transparência no exercício do cargo é incompleta, na medida em que o recebimento da vantagem depois de 3 anos após a cessação de funções pode traduzir-se num aumento significativo de riqueza não sujeita a qualquer tipo de fiscalização ou sanção.

- Número 6 (novo): ***Nas declarações previstas neste artigo deve constar também a indicação dos factos geradores das alterações que deram origem ao aumento dos rendimentos ou do activo patrimonial, à redução do passivo ou à promessa de vantagens patrimoniais futuras.***

Explicação: Na declaração correspondente ao início do cargo a indicação dos factores geradores da riqueza não é relevante para a protecção do bem jurídico em causa na LOD. Porém, nas declarações subsequentes, previstas no artigo 14º (60 dias após a cessação de funções, 30 dias após as alterações patrimoniais relevantes e 3 anos após o fim do exercício de funções), que permitem fiscalizar as variações ocorridas no período correspondente, considera-se que as declarações devem também indicar a fonte da riqueza adquirida, visando aumentar a protecção do bem jurídico e tornar mais efectiva a possibilidade de fiscalização.

5.2. Artigo 18º (incumprimento das obrigações declarativas)

- Números 4, 5, 6 e 7: *Eliminar.*

Explicação: A tipificação penal da omissão de entrega de declaração ou de ocultação de rendimentos e património deve ser feita em norma autónoma.

- Nova norma:

Artigo 19º

(desobediência qualificada e ocultação intencional de riqueza)

1 – *Sem prejuízo do disposto do artigo 18º, a não apresentação intencional das declarações previstas nos artigos 13º e 14º, após notificação, é punida por crime de desobediência qualificada, com pena de prisão até 3 anos.*

2 – *Quando a não apresentação intencional das declarações referidas no número anterior não tenha sido acompanhada de qualquer omissão de declaração de rendimento ou elementos patrimoniais perante a autoridade tributária durante o período do exercício de funções **ou até ao termo do prazo previsto no artigo 14º nº 4**, a conduta é punida com pena de multa até 360 dias.*

3 – *Quem, **fora dos casos previstos no nº 1**, 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 14º nº 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 14º nºs 5 e 6, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

4 – Incorre na mesma pena prevista no número anterior quem, com intenção de os ocultar, não apresentar no organismo ali previsto as ofertas de bens materiais ou serviços a que se refere o artigo 16º, quando o seu valor for superior a 50 salários mínimos mensais.

5 – 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%.

Explicação:

Nº 2: Visa-se aperfeiçoar a redacção por o período relevante para a fiscalização prevista na LOD não ser apenas o correspondente ao exercício de funções, como erradamente parece decorrer do actual nº 5 do artigo 18º, mas dever incluir também os 3 anos a que se refere o artigoº 14º nº 4.

Nº 3: O nº 1 (correspondente ao actual nº 4 do artigo 18º) pune como desobediência a não entrega da declaração devida após notificação para o efeito da entidade fiscalizadora. Simplesmente, tratando-se da alteração patrimonial ocorrida no exercício de funções, prevista no artigo 14º nº 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. Daí resulta que, no regime em vigor, o titular do cargo que não apresente a declaração de alteração patrimonial superior a 50 salários mínimos mensais não é punido. Não comete crime de desobediência porque não foi notificado previamente para a apresentar e não comete o crime do actual artigo 18º nº 6 porque este não se refere à falta de entrega de declaração mas sim à omissão de indicação de elementos patrimoniais ou rendimentos numa declaração entregue. Ora, no caso de se verificar no decurso de funções uma alteração patrimonial superior a 50 salários mínimos mensais, o que deve ser punido como ocultação intencional de riqueza é a própria omissão de apresentação da respectiva declaração.

Nº 4: Com o regime em vigor, o titular do cargo que no período correspondente ao seu exercício receba ofertas de bens ou serviços e não as apresente ao organismo competente, nos termos do artigo 16º, não sofre qualquer consequência penal. Tratando-se de uma oferta com valor superior a 50 salários mínimos mensais, a omissão dessa apresentação com intenção de

a ocultar deve ser equiparada para efeitos penais à omissão de declaração de elementos patrimoniais ou rendimentos.

No que respeita ao agravamento da pena proposto, ele resulta do facto de haver um aumento de ilicitude da acção, resultante do maior desvalor da violação da obrigação não apenas de declarar os rendimentos e património mas também de justificar a respectiva proveniência.

Por outro lado, mesmo com o regime actual, considera-se que existe uma desproporção nas medidas das penas previstas nos números 4 e 6 do artigo 18º, que esta proposta também elimina. É diferente e maior o desvalor da acção 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.

A pena que se propõe, de 1 a 5 anos de prisão, é a que corresponde actualmente aos crimes de falsificação de documentos por funcionários no exercício de funções, previstos nos artigos 256º nº 4 e 257º do Código Penal, que se consideram de desvalor jurídico equivalente.

6. Constitucionalidade

Considerando que a presente proposta não visa recuperar a criminalização do enriquecimento ilícito, incongruente ou injustificado, nos mesmos termos já sujeitos à apreciação do Tribunal Constitucional, a ASJP julga que as objecções de constitucionalidade que ali se suscitaram não têm sequer aplicação. No entanto, é útil terminar verificando, sinteticamente, as principais objecções suscitadas no passado pelo Tribunal Constitucional nas duas vezes em que foi chamado a pronunciar-se para demonstrar esta afirmação.

A objecção da constitucionalidade de um dever geral de declaração de bens aplicável a todos os cidadãos, por oposição ao direito fundamental à propriedade privada

Os sujeitos da criminalização cujo aperfeiçoamento aqui se propõe são apenas os titulares de cargos sujeitos às obrigações declarativas previstas na LOD, relativamente aos quais se justifica a protecção do bem jurídico em causa, que é a fiscalização da riqueza inerente à transparência no exercício de altas funções públicas.

A objecção da violação da presunção de inocência

A incriminação da ocultação intencional de riqueza adquirida no período correspondente ao exercício de altas funções públicas não se baseia numa qualquer presunção de ilicitude da acção que deu origem a essa aquisição. O Ministério Público terá de provar que houve aquisição de riqueza em montante relevante e no período do exercício cargo ou nos 3 anos após o seu termo e que houve uma omissão de declaração e justificação com intenção de ocultar essa riqueza. Será irrelevante saber se a aquisição foi lícita ou ilícita, porque o bem jurídico protegido é a transparência no exercício de altas funções públicas, cuja violação se materializa na ocultação intencional, e não o bem jurídico correspondente ao crime de corrupção e crimes conexos já previstos na lei. A incriminação não se baseia, portanto, numa presunção que o agente tenha de afastar, invertendo o ónus da prova e violando o princípio *in dubio pro reu* e o direito ao silêncio.

A objecção da violação do princípio da proporcionalidade, por causa da indefinição do bem jurídico

Nesta proposta há uma identificação precisa do bem jurídico protegido, que se encontra nas exigências de transparência da situação patrimonial e de fiscalização da riqueza, inerentes ao exercício de altas funções públicas – bem jurídico, aliás, com relevância penal já consolidada na nossa ordem jurídica.

A objecção da violação do princípio da proporcionalidade, por indemonstração da necessidade da punição

O respeito pelo princípio da subsidiariedade ou necessidade da tutela penal é garantido pela existência de outra norma ou mecanismo menos restritivo de direitos que assegure com a mesma eficácia a protecção do bem jurídico em causa. Sucede que para os comportamentos que esta proposta visa criminalizar, tal não ocorre.

Os crimes previstos na lei para actos corruptivos ou conexos têm um âmbito de aplicação diferente e protegem outros bens jurídicos.

No que respeita ao crime de fraude fiscal, previsto nos artigos 103º e 104º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), que se refere apenas à omissão de declaração para efeitos tributários, a ASJP entende que essas normas não anulam a necessidade de reforço dos mecanismos de transparência previstos na LOD.

Em primeiro lugar, está em causa a protecção de bens jurídicos distintos: no RGIT, referentes à relação tributária que se estabelece entre o sujeito passivo e o Estado; na LOD, referentes à fiscalização do exercício de altas funções públicas.

Em segundo lugar, face à forma como a lei está redigida, são conhecidas as divergências jurisprudenciais sobre a existência, ou não, o dever de declarar às autoridades tributárias incrementos patrimoniais obtidos ilicitamente, em face do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e da proibição do dever de auto-incriminação. Sendo assim, se o crime que aqui se propõe devesse confundir-se com o de fraude fiscal, os titulares de altas funções públicas não estariam sequer obrigados a declarar os rendimentos e património recebidos no exercício do cargo e depois ocultados, pelo menos de acordo com uma das interpretações plausíveis da lei.

Em terceiro lugar, seria inadequado aplicar à ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas os mecanismos de dispensa e atenuação especial da pena, previstos no artigo 22º do RGIT.

Em quarto lugar, a obrigação de declaração prevista na LOD inclui elementos patrimoniais de que o titular seja possuidor, detentor ou gestor (por exemplo, casas, carros, barcos ou aviões registados como propriedade de sociedades *offshore*) não são sujeitos a imposto e, logo, não passíveis de incriminação por fraude fiscal.

Por fim, a não punibilidade prevista no artigo 103º nº 2 do RGIT depende do apuramento da vantagem patrimonial efectiva, resultante da operação de liquidação do imposto devido, e não do valor da riqueza obrigada a declarar pela LOD.

A objecção da violação do princípio da legalidade

O objecto do comportamento proibido e punido é a omissão de declaração e justificação de aquisição de riqueza. O acto ilícito encontra-se perfeitamente identificado nas normas propostas. Não se visa punir uma situação de facto objectiva, dada pela mera titularidade de certa riqueza, mas sim a acção intencional de ocultar a sua aquisição das entidades fiscalizadoras.