Universidades Lusíada

Moura, Bruna Juliana da Silva, 1996-

O percurso legislativo do enriquecimento ilícito

http://hdl.handle.net/11067/6958
https://doi.org/10.34628/jag0-jk75

Metadados

Data de Publicação	2024
Palavras Chave	Enriquecimento sem causa - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, suplemento (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-22T16:51:13Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

O PERCURSO LEGISLATIVO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

Bruna Moura [26]

A criminalização do denominado enriquecimento ilícito em Portugal teve início com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, igualmente conhecida por Convenção de Mérida. Esta Convenção foi ratificada por Portugal em 2007, pelo que, desde esse momento têm sido apresentados projetos de leis de vários partidos políticos. Vou, nesta apresentação, cingir-me aos projetos que foram aprovados e submetidos à fiscalização preventiva da constitucionalidade do Tribunal Constitucional, bem como às propostas posteriores que pretendiam dar resposta às críticas apresentadas pelo Tribunal.

Este intento criminalizador tem vindo a lume em conjunto com uma série de medidas de combate à corrupção, de natureza preventiva ou repressiva. Segundo o Índice de Perceção de Corrupção de 2021, que nos é apresentado anualmente pela Transparency Internacional, Portugal continua aquém da média europeia, com 62 pontos, sendo a média da Europa de 66 pontos.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção apresenta, no seu artigo 20.º, a definição de enriquecimento ilícito como "*o incremento significativo do património de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele*". A Convenção não vincula os Estados-Parte a uma ati-

[26] Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais, Direito Penal na Universidade Lusíada. A intervenção da autora no Congresso, correspondeu à síntese do presente texto. No texto agora publicado, dadas as limitações de espaço na Revista e o equilíbrio geral das intervenções, omitiram-se as notas de pé de página. (https://doi.org/10.34628/jag0-jk75)

vidade criminalizadora, apenas apelando à consideração da adoção de medidas legislativas, com sujeição à Constituição e princípios fundamentais dos Estados. A Convenção apenas faz referência aos funcionários públicos, definindo-os como:

"i) toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; iii) toda pessoa definida como "funcionário público" na legislação interna de um Estado Parte."

A primeira proposta apresentada pelo Partido Social Democrata (PSD), o Projeto de Lei (PJL) n.º 374/X, de 29 de março de 2007, tenciona tipificar a conduta como um crime de perigo abstrato, com base no juízo de censura e de perigosidade atribuído à discrepância entre os rendimentos dos funcionários e o seu património efetivo ou modo de vida. Pois existe o "*perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas*", conforme o conceito presente no n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal (CP) proposto.

Esta proposta punia a mera discrepância por perigo de aquele património provir de origem não lícita, o que abarcava a proveniência por origem lícita. Desta forma – e transpondo para o âmbito processual penal um efetivo ónus da prova incidente sobre o réu – há lugar à violação do princípio da presunção de inocência, na vertente do princípio *in dubio pro reo*, por se presumir a ilicitude da conduta. Sendo a conduta punida a aquisição de património ou o modo de vida manifestamente desproporcional com o seu rendimento, sem que exista outra justificação lícita de origem. O campo de aplicação da norma seriam os funcionários públicos e os titulares dos cargos políticos.

O Partido Comunista Português (PCP) apresentou o PJL n.º 726/X-4ª, a 8 de abril de 2009 defendendo que os rendimentos dos titulares dos cargos políticos seriam "*perfeitamente escrutiná-*

veis" pelo que não haveria inversão do ónus da prova, bastando a mera discrepância, desde que "*anormalmente superior*", entre os rendimentos e o património na esfera do agente, para se ver preenchido o tipo. Com a demonstração da licitude do enriquecimento, seria afastada a ilicitude do comportamento. Esta norma dirigia-se a todos os cidadãos obrigados a declaração de rendimentos e património pela Lei n.º 4/83, de 2 de abril, *i.e.*, aos titulares de cargos políticos e equiparados e aos titulares de cargos públicos. A estes era lícito justificar "*como e quando*" aquele património chegou à sua posse ou a sua origem lícita. Pela lei referida, os titulares estariam obrigados a apresentar no Tribunal Constitucional, no prazo de 60 dias contados da data de início do exercício das respetivas funções, a declaração dos seus rendimentos, património e cargos sociais.

No mesmo sentido, o PSD voltou a propor a criminalização do enriquecimento ilícito, com o PJL n.º 747/X/4, a 17 de abril de 2009. Na exposição de motivos, dá como dado adquirido que a discrepância entre os rendimentos de um funcionário e o seu modo de vida ou património, tem origem ilícita. O que não merece a nossa concordância. Com efeito, não se pode criar nos políticos e funcionários públicos um grau de suspeição tal, que permita atingir esta conclusão. Na exposição de motivos, o Partido invoca expressamente a presunção de ilicitude do tipo. Certo é que, ao aceitar exercer um cargo com este nível de responsabilidade, implica uma sujeição a um maior escrutínio, decorrente do dever especial de transparência que impende sobre os titulares dos cargos (públicos). Esta proposta adita à anterior que a prova da desproporção manifesta que não resulte de outro meio de aquisição lícita caberá ao Ministério Público, numa forma de tentativa de superar a crítica da violação do princípio da presunção de inocência.

Como forma de ultrapassar a necessidade de prova da origem lícita pelo Ministério Público, surge o contributo do Bloco de Esquerda (BE), com PJL n.º 768/X de 28 de abril de 2009, ao alterar o enriquecimento ilícito para enriquecimento injustificado. Desta forma, deixa cair a ilicitude, bastando-se para o preenchimento do tipo, que a discrepância seja injustificada. A prova de que o enriquecimento teria sido lícito seria a denominada "*prova diabólica*"

atribuída ao Ministério Público, o que implicaria um grande número de absolvições por falta de prova e tornaria esta norma numa inutilidade legislativa. O Partido segue a via tributária ao propor a tributação autónoma do rendimento à taxa 100%, desde que a discrepância seja de pelo menos 20% e superior a 25 000 €. Esta medida seria aplicável a toda a população e agravada no caso de cometida por titulares de altos cargos públicos e titulares de cargos políticos.

Estes foram os primeiros passos no ordenamento jurídico português, tendo sido apenas na legislatura XI que os diplomas chegaram ao Tribunal Constitucional. A proposta do BE como PJL n.º 43/XI altera o caminho proposto pelo partido na legislatura X e propõe aditar o artigo 377.º-A ao CP que pune "*O titular de cargo político, o titular de alto cargo público ou o funcionário que durante o período do exercício de funções, ou nos cinco anos subsequentes à cessação das suas funções*" que "*adquirir, no país ou no estrangeiro, património imobiliário, ou títulos, ou aplicações financeiras, ou contas bancárias a prazo, ou direitos de crédito, ou quotas, ou acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, ou direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis ou bens de consumo*" – o que faz alargar substancialmente o património em escrutínio -, desde que esta aquisição seja "*de valor manifestamente discrepante do seu rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito*". Se o enriquecimento resultasse de um outro crime a pena seria agravada.

O BE, mais tarde, seguiu o caminho do PCP e propôs a criminalização do enriquecimento ilícito com base na obrigação de declaração da Lei n.º 4/83. A justificação da origem lícita exclui a ilicitude do facto e o património não justificado seria apreendido e declarado perdido a favor do Estado, deixando cair a tributação autónoma de 100%. Por dissolução da AR, a iniciativa caducou, embora o referido partido tenha apresentado novo PJL, na legislatura XII, com o n.º 5/XII/1ª, de igual teor.

O PCP apresentou a 12 de julho de 2011 um PJL n.º 11/XII-1ª com igual teor do anterior, não apreciado por dissolução da AR. Assim como a coligação PSD e Partido de Centro Democrático e Social/Partido Popular (CDS-PP) que apresentaram o PJL n.º 72/XII com o mesmo conteúdo do já apresentado anteriormente pelo

PSD. Após parecer do Conselho Superior do Ministério Público, a coligação propôs um texto de substituição, passando a determinar como comportamento punível a aquisição, posse ou detenção de património sem origem lícita determinada, desde que incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos.

Estes 3 Projetos de Leis serviram de base ao Decreto 37/XII, que previa o crime de enriquecimento ilícito no artigo 335.º-A do CP, da seguinte forma:

"1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

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

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

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

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos."

Este ilícito seria aplicável a toda a população, com agravação, se praticado por funcionários, tal como previa o artigo 386.º, com a seguinte disposição:

"1 - O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver

património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal".

Com a mesma disposição, mas aplicável aos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos. Distinguindo-se apenas no n.º 5 em que a moldura penal seria de um a oito anos para estes titulares.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade do diploma, submetido pelo então Presidente da República, Aníbal Cavaco Silva, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, nos termos do artigo 278.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 179/2011, invoca a violação do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 32.º, n.º 2 da CRP. Ao Ministério Público cabe o ónus de provar que a origem do enriquecimento não tem origem lícita, o que implica que a origem pode ser lícita, basta que não seja determinada. Neste sentido, o ónus inverte-se e cabe ao arguido provar a origem lícita do enriquecimento. O que, para o douto Tribunal, ainda que o arguido esteja em condições de revelar a origem, esta situação só por si viola o princípio da presunção de inocência, na vertente do princípio do *in dubio pro reo*. O Tribunal considera que a conduta ilícita não está determinada, por serem aquelas que apenas por não se provarem lícitas, são automaticamente ilícitas.

O Tribunal invoca o ordenamento francês, no qual deve a acusação provar que o agente recebeu efetivamente um benefício e que a proximidade do agente com pessoas condenadas pela prática de crimes graves seja demonstrada. Desta forma, está previsto como um crime de resultado e não inverte o ónus da prova. Bem como o ordenamento de Hong Kong que prevê o ilícito da seguinte forma: "*Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias*".

O Acórdão segue com a crítica da violação do princípio da pro-

porcionalidade, na dimensão da necessidade. Ao tratar-se de um crime de perigo, deve estar em causa a tutela de um bem jurídico que vise a proteção de um direito fundamental. Apenas se pode restringir diretos fundamentais na medida do indispensável e estritamente necessário. O Tribunal não considera estar definido concretamente o bem jurídico a tutelar.

Ainda quanto ao bem jurídico, o Tribunal acrescenta que o Direito Penal deve tutelar bens jurídicos com dignidade penal, acrescentando, por referência à doutrina de COSTA ANDRADE, que o bem jurídico tem dignidade quando mereça, pela sua danosidade social, um "*juízo qualificado de intolerabilidade social*". Desta forma, o Tribunal conclui não existir bem jurídico determinado. Outra crítica do Tribunal Constitucional passa pela violação do princípio consagrado no artigo 29.º da CRP, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.* Pois, entendendo que o tipo criminal presume a ilicitude de um comportamento anterior, o momento da prática do facto poderia ser anterior à entrada em vigor da norma. Ainda neste âmbito, considerou não existir uma ação ou omissão identificada.

O Acórdão contou o voto de decisão diferente do Conselheiro Carlos Cadilha, que afirma que a expressão "*se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal*" faz parecer que o enriquecimento ilícito só será punível quando não se demonstrar a prática de outro crime. O enriquecimento é punível se não encontrar enquadramento na situação económica declarada pelo contribuinte, não se pretendendo com isto punir a forma como o contribuinte adquiriu essa riqueza. Ao não revelar a origem do património, mas apenas a sua não determinação lícita, não estamos, no seu entender, perante uma presunção de ilicitude. Quanto ao bem jurídico, defendeu ser definido e tratar-se da transparência das fontes de rendimento. Sem embargo destas considerações, o Juiz Conselheiro formulou o juízo de inconstitucionalidade na violação do princípio do direito ao silêncio do arguido, que ao ser incumbido de justificar a origem lícita do património, vê o ónus da prova invertido.

O Conselheiro Vítor Gomes na sua declaração de voto seguiu o entendimento do Tribunal Constitucional quanto ao bem jurídico,

mas não em relação aos crimes cometidos por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos. Quanto a estes, o bem jurídico será o da confiança e credibilidade do Estado perante a sociedade. O mesmo bem que legitima a exigência de declaração de rendimentos pela Lei n.º 4/83, de 2 de abril, em vigor à data do Acórdão. Desta forma, defende a tipificação como crime específico e não como crime comum. Quanto à presunção de inocência não perfilha o entendimento da violação do artigo 32.º, n.º 2, da CRP por não considerar existir uma presunção de origem ilícita, pois a prova cabe ao Ministério Público por força da estrutura acusatória do Direito Penal. É punido o comportamento da aquisição, posse ou detenção de património sem origem lícita determinada.

Ora, após este Acórdão, os Partidos tentaram apresentar novas propostas legislativas em consideração com a decisão do Tribunal Constitucional.

O BE apresentou o PJL n.º 766/XII/4ª propondo a criminalização do enriquecimento injustificado, com o retorno à proposta inicial. Define enriquecimento injustificado como "*toda a situação em que se verifique um desvio de valor igual ou superior a 20% entre os rendimentos declarados e os incrementos patrimoniais do contribuinte, sempre que o valor do rendimento for superior a 25.000€*". Atribui à administração tributária a obrigatoriedade de notificar o contribuinte para justificar a origem do enriquecimento, tendo este o prazo de 30 dias prorrogáveis por igual período para responder. Retoma a proposta da tributação autónoma a 100%. No âmbito da apresentação desta proposta foram realizadas audições ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, Dr. Paulo Saragoça da Matta e Dr. Manuel Magalhães e Silva. Germano Marques da Silva afirmou que a tributação à taxa de 100% seria equivalente ao confisco e que a criminalização deste ilícito trata-se apenas de um aprofundamento da legislação já em vigor. Defende que o enriquecimento ilícito ou injustificado deve ser combatido junto da generalidade dos cidadãos e não apenas dos titulares dos cargos políticos ou altos cargos públicos. Manuel Magalhães e Silva defende como conforme à Constituição a solução do enriquecimento injustificado quanto à função pública, por defender que a tranquilidade pública no domí-

nio da comunidade é um valor com tutela penal. Se a figura fosse o enriquecimento injustificado, o contribuinte deixaria de estar obrigado a declarar rendimentos ilícitos, teria apenas o dever de declaração, cuja violação converteria o enriquecimento em injustificado. Não se presumem factos se existir um dever de declaração prévio. Paulo Saragoça da Matta, defende a criminalização do enriquecimento ilegítimo relativamente a todos os cidadãos. O crime deve ser comum, com um agravamento para os funcionários e para os titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos. Este seria um instrumento a mais no combate à corrupção, ainda que não resolva o problema. Não é por existir um crime que tutele determinado bem jurídico que não é lícito recorrer a outro crime que tutele o mesmo bem, designadamente quando estão em causa bens jurídicos complexos. Refere ainda que o direito de propriedade privada vertido no artigo 62.º da CRP defende quem adquire património com verdade e transparência. O bem jurídico em causa seria a transparência, lealdade, igualdade e verdade na aquisição de rendimentos e património. Em discórdia com o Acórdão do Tribunal Constitucional, defende existir bem jurídico tutelável e não considera legítimo adquirir património sem o declarar, ainda que seja um bem deixado a título de herança. Devendo declarar o bem quando o pretende fazer entrar no círculo comercial. Desta forma propôs a seguinte formulação: "*quem, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou fruir de rendimentos ou património incompatíveis com os seus rendimentos e património legitimamente adquiridos, possuídos ou fruídos é punido…*". Como padrão de determinação, temos a última declaração de rendimentos, sem presumir a prática prévia de qualquer crime. Quanto à questão da inversão do ónus da prova, esta cabe ao Ministério Público, tanto a prova dos rendimentos e património como a prova da incompatibilidade. Apenas se atribui ao arguido a apresentação de uma causa que exclua a ilicitude da conduta.

Este diploma não vingou, pelo que, foi a vez do PCP apresentar o PJL n.º 782/ XII/4ª a 17 de fevereiro de 2015. Começa na exposição de motivos por definir o bem jurídico da transparência da aquisição de património e de rendimentos de valor significativamente elevado, o que marca acima dos 200 salários mínimos na-

cionais. Este diploma cria um dever de declaração de património e rendimentos prévio para quem possuir ou detiver, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, património que exceda os 400 salários mínimos nacionais e para quem adquirir património em montante superior a 100 salários mínimos nacionais. Pune como enriquecimento injustificado quem não cumprir esses deveres de declaração quanto à aquisição, posse ou detenção de património. Vendo a moldura penal agravada no caso de funcionário, titular de cargo político ou titular de alto cargo público.

O Conselho Superior de Magistratura apresentou parecer a este diploma, onde afirma que o bem jurídico a tutelar poderá ser o da "*transparência da situação económico-financeira dos titulares de órgão público de natureza política que é condição de dignidade e prestígio do Estado*". O que não valerá para toda a população, pelo que discorda desse alargamento. A conduta punível já será passível de determinação, sendo esta a omissão do dever de declaração, o que cumpre o artigo 29.º da CRP. No entanto, esta obrigação já é punida no crime de fraude fiscal p. e p. nos artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT).

Uma vantagem do diploma foi enunciada por Germano Marques da Silva por este partir de uma declaração de rendimentos exigível a todos os cidadãos. As medidas penais propostas têm a vantagem de não acarretar a inversão do ónus da prova, pois o direito tributário permite presunções legais. Estes projetos foram, no entanto, rejeitados. Tendo sido o PJL n.º 798/XII apresentado pela coligação PSD e CDS-PP a fundamentar o Decreto 369/XII, submetido a fiscalização preventiva da constitucionalidade pelo Presidente da República. A coligação invoca na exposição de motivos os factos de as situações em que o património é "*manifestamente incompatível perante os rendimentos e os bens declarados ou a declarar*" é objeto de censura social, ao qual é atribuído um juízo de desvalor jurídico.

O Decreto n.º 369/XII, na sua redação final, criminaliza, pelo artigo 335.º-A do CP, o enriquecimento injustificado da seguinte forma:

"*1- Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, ad-*

quirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos.

2 - As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades.

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

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

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

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

Quanto aos titulares de cargo público ou de alto cargo político aumentam a moldura penal e criminalizam da seguinte forma:

"1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 5 anos."

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 377/2015, pronunciou-se pelos três aspetos fundamentais já apresentados no primeiro Acórdão: a indefinição do bem jurídico protegido; a indetermi-

nação da ação ou omissão concretamente proibida; a violação do princípio da presunção de inocência. Os partidos definiram o bem jurídico no n.º 2 do artigo. Apesar destes terem justificado tal esforço legislativo, positivando o próprio bem jurídico, face ao primeiro Acórdão do Tribunal, não é uma prática utilizável no nosso ordenamento, visto que o bem jurídico deve constar da exposição de motivos (ou resultar de um esforço hermenêutico incidente sobre o tipo) e não no próprio tipo legal. Por revelar confusão e incerteza em torno do bem jurídico, o Tribunal considerou não estar este definido, o que viola o artigo 18.º, n.º 1 da CRP. O bem jurídico deve ser digno de tutela penal e carecer desta, o que para o Tribunal não se verifica, pois, o especial dever de responsabilidade perante a comunidade pelos titulares de cargos políticos e altos públicos já é acautelado na Lei n.º 4/83, de 2 de abril, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*.

Neste sentido, sigo o entendimento de Paulo Saragoça da Matta, visto que a aplicação do direito tributário não cumpre cabalmente a reação necessária e expectável ao comportamento em discussão, devendo ser aplicado conjuntamente com o Direito Penal.

Quanto às condutas concretamente puníveis, estas seriam a aquisição e a posse de património, o que o Tribunal considera uma situação de facto e não de condutas, isto é, quer se punir um resultado, o que é suscetível de violar o artigo 29.º da CRP.

A última crítica mantém-se quanto à violação do princípio da presunção de inocência, em violação do artigo 32.º, n.º 2 da CRP. Pois o arguido não poderá libertar-se da acusação se mantiver o silêncio, direito que lhe é atribuído em Direito Penal. O Tribunal considera que esta violação se mantém ainda que com uma obrigação de declaração prévia dos rendimentos e do património, por não se deixar de presumir a prática de um crime. Ainda que se viesse a punir a incompatibilidade de declaração, o que seria punido era a discrepância e não a aquisição, posse ou detenção de património. No entanto, esta incriminação é já punida pelos artigos 103.º e 104.º do RGIT como fraude fiscal, pondo neste caso em questão a violação do princípio da proporcionalidade prevista no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

Esta formulação é muito semelhante com a anterior, apenas se

distinguindo na denominação do ilícito e não a destinando aos funcionários em concreto. Excluíram a expressão "*ausência de origem lícita determinada*" e a expressão "*se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal*". Os bens passam a ser os declarados ou com obrigação de declarar e já não os "*bens legítimos*". Deixou igualmente de afirmar que competia ao Ministério Público a prova, pois este é já um facto decorrente do Direito Penal.

Pelo que, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade, contando com 5 declarações de voto. Os Conselheiros Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete, consideram existir um bem jurídico digno de tutela, discordando, no entanto, da necessidade dessa tutela. Pois os contribuintes estão apenas obrigados a declarar os seus impostos, pelo artigo 103.º da CRP, o que não se verifica nos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, por sobre estes impender ainda um dever especial de "*desvelar perante a comunidade todas e quaisquer vicissitudes por que passe o seu património durante o período de tempo correspondente ao exercício de funções*". No entanto, não bastará que o bem jurídico seja digno, deve ainda carecer dessa tutela, o que não acontece quando existem outras formas de acautelar o valor sem ser pela via penal. Desta forma, o tipo não traz novidade ao ordenamento jurídico visto que o artigo 3.º da Lei n.º 4/83 já punia a não apresentação da declaração.

A declaração de voto do Conselheiro Lino Rodrigues diz-nos, no que concerne ao bem jurídico digno de tutela penal, que a conduta concretamente proibida não tem obrigatoriamente que determinar, com a mera aplicação de um processo lógico-dedutivo, o bem jurídico penal. O bem jurídico em si, nas palavras do Juiz Conselheiro, deve retratar "*os valores e interesses essenciais à realização humana em sociedade que se encontram refletidos no texto constitucional*". Aqui o bem jurídico seria a transparência da situação patrimonial dos titulares dos cargos políticos e de altos cargos públicos, um bem digno de tutela face ao impacto negativo que tem nas instituições democráticas e na sociedade. Esta detenção, aquisição ou posse de património sem correspondência nos rendimentos no exercício de funções públicas ou por causa destas, cria na população a ideia de aproveitamento do cargo. O Conselheiro chama a atenção para as

situações de impunidade face à norma, o que se traduz nos seguintes exemplos: se a origem do património for ilícita, tendo sido estes rendimentos declarados, a norma não tem aplicação; se a origem for lícita e existir uma discrepância, vai aplicar-se a norma sem estar em causa a proteção do bem jurídico que se visa tutelar.

A declaração de voto do Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha afirma apenas estar em causa a violação do princípio da presunção de inocência. Por continuar nesta formulação a estar patente uma presunção de ilicitude, apesar da norma já não o dizer expressamente. A queda da necessidade de prova da origem ilícita facilitou a prova ao Ministério Público na fase de inquérito. Não retirou, no entanto, a inversão do ónus da prova por se continuar a exigir ao arguido a iniciativa de alegação e prova.

Após este Acórdão o BE retomou a tentativa de punição pela via tributária e o PCP a criminalização com a obrigação de declaração prévia, ambos abertos a toda a população. Estes Projetos de Leis surgem no âmbito de um conjunto de diplomas de medidas de combate à corrupção, o denominado Pacote da Transparência de 2016. Estas propostas contaram com a audição do Professor Faria da Costa, Provedor de Justiça à data, que iniciou a audição com a questão de saber se temos um Direito Penal do facto ou um Direito Penal do dever. Ao permitir medidas que punem a omissão de um dever, estar-se-ia a abrir portas a um Direito Penal do dever. Na audição do Professor Doutor Germano Marques da Silva, o Professor considera que o bem jurídico não será a transparência, mas a imagem da instituição democrática. O que não deixo de acompanhar, pois, a transparência será um objetivo a cumprir, já o bem jurídico a tutelar não é senão a integridade das instituições democráticas. A audição do Professor Guilherme D'Oliveira Martins apresenta-nos constatações muito úteis ao entendimento deste tema. Deve estar claro e concreto o que é obrigatório saber e punir quem não cumpre a obrigação. O titular do cargo é um cidadão como outro qualquer e "*nenhum de nós é invulnerável à corrupção*". Visto que "*a corrupção começa com um favor e acaba num crime*", pelo que se deve combater preventivamente, não obstante a punição repressiva posterior. O Professor invoca o exemplo de Hong Kong onde quem tem a seu

cargo a gestão de dinheiro público não é considerado inversão do ónus da prova, pois a partir do momento em que há denúncia ou suspeita, o gestor deve esclarecer. Resultou dos diplomas apresentados a Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, que aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos. Esta Lei obriga a declaração única de rendimentos, no seu artigo 13.º, até 60 dias a partir da data de início do exercício de funções. Assim como a obrigação de atualização da declaração, pelo artigo 14.º do mesmo diploma, no prazo de 60 dias a contar da cessação de funções. Ou no prazo de 30 dias sempre que se verificar uma alteração efetiva do património em valor superior a 50 salários mínimos mensais.

O regime sancionatório, previsto no artigo 18.º tem a seguinte disposição:

"*Incumprimento das obrigações declarativas*

1 - *Em caso de não apresentação ou apresentação incompleta ou incorreta da declaração e suas atualizações previstas nos artigos 13.º e 14.º, a entidade responsável pela análise e fiscalização das declarações apresentadas notifica o titular ou antigo titular do cargo a que respeita para a apresentar, completar ou corrigir no prazo de 30 dias consecutivos ao termo do prazo de entrega da declaração.*

2 - *Quem, após a notificação prevista no número anterior, não apresentar as respetivas declarações, salvo quanto ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia da República e ao Primeiro-Ministro, incorre em declaração de perda do mandato, demissão ou destituição judicial, consoante os casos.*

3 - *O antigo titular de cargo abrangido pelas obrigações declarativas previstas nos artigos 13.º e 14.º, que após a notificação prevista no n.º 1, não apresentar as respetivas declarações, incorre em inibição por período de um a cinco anos para o exercício de cargo que obrigue à referida declaração e que não corresponda ao exercício de funções como magistrado de carreira.*

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

5 - *Quando a não apresentação intencional das declarações referidas no número anterior não tenha sido acompanhada de qualquer omissão de declaração de rendimentos ou elementos patrimoniais perante a autoridade tributária durante o período do exercício de funções, a conduta é punida com pena de multa até 360 dias.*

6 - *Quem, mesmo após a notificação prevista no n.º 1, 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, é punido com pena de prisão até 3 anos.*

7 - *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 %.*

8 - *Para efeitos do disposto nos n.ºs 1, 2 e 3, as entidades em que se integrem os titulares de cargos a que se aplica a presente lei comunicam à entidade responsável pela análise e fiscalização das declarações apresentadas a data do início e da cessação de funções.*"

Ainda assim, os Partidos insistiram na criminalização do enriquecimento injustificado. O Partido Chega apresentou um Projeto de Revisão Constitucional n.º 4/XIV que pretendia compatibilizar o princípio da presunção de inocência com a criminalização do enriquecimento ilícito, o que caducou pela dissolução da Assembleia da República.

O ponto de viragem terá sido a proposta apresentada pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP) em abril de 2021, com o título de ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas, proposta no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção/ 2020-2024. Ao partir da Lei n.º 52/2019, a ASJP propôs a inclusão do dever de justificação da origem do património e não só a sua declaração. Assim, não estaria invertido o ónus da prova, pois a punição partia de um dever de justificação anterior. Se o património não se encontrar na titularidade do agente, bastará a prova da titularidade para a punição do enriquecimento do agente sem declaração ou justificação. A pena seria a mesma que é aplicada ao crime de fraude fiscal, que trata da ocultação de riqueza, mas às autoridades fiscais. Com o acréscimo da perda alargada de bens. A proposta conta ainda com um alar-

gamento declarativo, de forma a abarcar no dever de declaração as promessas de vantagens patrimoniais futuras.

Neste sentido, o BE apresentou o PJL n.º 805/XIV/2ª, o PAN o PJL n.º 843/XIV/2ª, o Partido Os Verdes o PJL n.º 860/XIV/2ª, responsáveis, em conjunto com outros diplomas, pela alteração à Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, através da Lei n.º 4/2022, de 6 de janeiro.

A Lei n.º 4/2022 aumenta o âmbito da obrigação de declaração do artigo 13.º para incluir as garantias patrimoniais que constam no passivo do sujeito e as promessas de vantagens patrimoniais futuras, ainda que proteladas para período posterior ao dos três anos após o termo do exercício de funções. Aditaram ainda o artigo 18.º-A com a seguinte disposição:

"Desobediência qualificada e ocultação intencional de património

1-Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a não apresentação da declaração prevista no artigo 13.º, após notificação, é punida como crime de desobediência qualificada, com pena de prisão até três anos.

2-Quem:

a)Não apresentar a declaração devida nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 14.º, após notificação;

b)Não apresentar intencionalmente a declaração devida nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 14.º;

c) Omitir das declarações apresentadas, com a intenção de ocultar:

i) *Os elementos patrimoniais constantes das alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 13.º; ou*

ii)O aumento dos rendimentos, do ativo patrimonial ou da redução do passi-vo, bem como os factos que os originaram, nos termos do n.º 6 do artigo 14.º; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se consequências punitivas mais graves não tiverem lugar.

3-Quando os factos descritos nos n.ºs 1 e 2 não forem acompanhados de qualquer incumprimento declarativo junto da autoridade tributária durante o período de exercício de funções ou até ao termo do prazo de três anos previsto no n.º 4 do artigo 14.º, a conduta é punida com pena de multa até 360 dias. 4 — 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 %"

Assim, de enriquecimento ilícito a enriquecimento injustificado, logra-se legislar o crime de ocultação intencional de riqueza. À sanção penal, acresce a sanção tributária da tributação à taxa especial de 80 %, não tendo vingado a tributação a 100% por se equiparar ao confisco ou à perda a favor do Estado. O delito deixa de punir o enriquecimento para punir a ocultação desse enriquecimento, pela conduta omissiva de não declaração ou justificação quando obrigado a tal. O CDS-PP apresentou dois projetos de lei para alargar a obrigação de declaração e respetivas consequências às magistraturas, com o PJL n.º 870/XIV e o PJL n.º 869/XIV, que terão sido rejeitados na votação na generalidade. Apesar da abertura do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho Superior do Ministério Público a este alargamento, não consideraram ser esta a via a seguir.

(English translation)

THE LEGISLATIVE PATH OF ILLICIT ENRICHMENT

The criminalization of *illicit enrichment* in Portugal began with the United Nations Convention against Corruption, also known as the Mérida Convention, ratified by Portugal in 2007. Since then, several political parties have been presenting draft bills on this matter. In this presentation, I will limit myself to the bills that were approved and those submitted to the preventive review of constitutionality by the Constitutional Court, as well as the subsequent proposals that intended to respond to the criticisms presented by the Court.

This criminalizing intent has come out with a series of measures to combat corruption, in preventive or repressive nature. According to the 2021 Corruption Perception Index, presented to us annually by Transparency International, Portugal is still below the European average with 62 points. The average for Europe is 66 points.

The United Nations Convention against Corruption presents, in its article 20, the definition of illicit enrichment as "*the significant increase in the assets of a civil servant in relation to his lawful in-*

come which cannot be reasonably justified by him". The Convention does not bind its members to criminalizing activities. It only calls for consideration of the adoption of legislative measures, subject to the Constitution and fundamental principles of the States. The Convention only refers to civil servants, defining them as:

"(i) Any person occupying a legislative, executive, administrative or judicial post in a Member State, whether designated or appointed, permanent or temporary, paid or honorary, whatever the length of time that person has held such a position;

(ii) any person who performs a public function, including in a public body or a public enterprise, or who renders a public service as defined in the domestic law of the Member State and applicable within the relevant sphere of the legal system of that state member;

(iii) any person defined as a "civil servant" in the domestic law of a Member State."

The first proposal, presented by the Social Democratic Party (PSD), draft bill (PJL) no. 374/X, of 29 March 2007, intends to typify the conduct as an abstract endangerment crime, based on the judgement of censure and danger attributed to the discrepancy between the earnings of the civil servant and his effective patrimony or way of life. For there is a "*danger of that patrimony or way of life deriving from advantages obtained by the practice of crimes committed in the exercise of public functions*", according to the concept present in paragraph 1 of article 386 of the proposed Penal Code (CP).

This proposal punished the mere discrepancy due to the danger of the assets coming from a non-legitimate source. In this way - and transposing to the scope of criminal proceedings an effective burden of proof on the defendant - there is a violation of the principle of presumption of innocence, in the sense of the *in dubio pro reo* principle, as the illegality of the conduct is presumed. The conduct punished being the acquisition of assets or a way of life that is manifestly disproportionate to one's income, without there being any other licit justification for its origin. The scope of application of the rule would be civil servants and holders of political positions.

The Portuguese Communist Party (PCP) presented the draft bill (PJL) no. 726/ X-4ª, on 8 April 2009, arguing that the income of

holders of political positions would be "*perfectly scrutinizable*" and so there would be no reversal of the burden of proof. Demonstrating the mere discrepancy, "*abnormally superior*", between income and assets in the sphere of the agent is enough for the typification of the crime. The proof of the lawfulness of enrichment would remove the illegality of behavior. This rule aimed to all citizens required to declare their income and assets under Law 4/83 of 2 April, i.e. holders of political office positions, similar employees and those holding public office positions. To these were allowed to justify "*how and when*" the assets came into their possession or their lawful origin. Under that law, office holders were required to submit a declaration of their income, assets, and other professional positions of responsabilities in other companies to the Constitutional Court within 60 days from the date on which they commence their functions, a statement of their income, assets and corporate positions.

In the same direction, the PSD again proposed criminalizing illicit enrichment, with PJL no. 747/X/4, on 17 April 2009. In the explanatory memorandum, it takes it for granted that the discrepancy between an official's income and his or her way of life or assets is illicit in origin. We do not agree with this. In fact, politicians and civil servants should not be so suspicious as to allow such a conclusion. In the explanatory memorandum, the Party expressly invokes the presumption of unlawfulness of the type. The fact is that accepting to hold a post with this level of responsibility implies subjection to greater scrutiny, stemming from the special duty of transparency incumbent on (public) office holders.

This proposal adds to the previous one that the proof of the manifest disproportion that does not result from any other means of lawful acquisition will be the responsibility of the Public Prosecutor's Office, in an attempt to overcome the criticism of the violation of the principle of the presumption of innocence. As a way of overcoming the need for proof of lawful origin by the Public Prosecutor's Office, the contribution of the Left Bloc (BE), with PJL no. 768/X of 28 April 2009, appears, by changing illicit enrichment to unjustified enrichment. In this way, it drops the illicitness, and it is enough for the type to be fulfilled that the discrepancy be unjusti-

fied. The proof that the enrichment would have been licit would be the so-called "*diabolical proof*" attributed to the Public Prosecutor's Office, which would imply a large number of acquittals for lack of proof and would make this rule a legislative uselessness. The Party follows the tax route by proposing autonomous taxation of income at the 100% rate, provided that the discrepancy is at least 20% and greater than 25 000 Euros. This measure would be applicable to the entire population and would be aggravated in the case of high public office holders and holders of political offices. These were the first steps in the Portuguese legal system, and it was only in the XI legislature that the diplomas reached the Constitutional Court.

BE's proposal as PJL no. 43/XI changes the path proposed by the party in legislature X and proposes to add article 377-A to the Criminal Code. Article 377A to the PC which punishes "*The holder of political office, the holder of high public office or the civil servant who during the period of exercise of their functions, or in the five years following the termination of their functions*" who "*acquires, in the country or abroad, real estate, or securities, or financial applications, or term bank accounts, or credit rights, or shares or shares in civil or commercial companies, or rights over boats, aircraft or motor vehicles or consumer goods" - which substantially increases the assets under scrutiny - provided that this acquisition is "of a value which is manifestly different from their declared income for tax purposes and is not the result of any lawful means of acquisition*". If the enrichment resulted from another crime, the penalty would be aggravated.

The BE later followed the PCP path and proposed the criminalisation of illicit enrichment based on the reporting obligation of Law 4/83. The justification of the licit origin would exclude the illicitness of the fact and the unjustified wealth would be seized and declared lost in favour of the State, dropping the autonomous taxation of 100%. Due to the dissolution of the AR, the initiative lapsed, although the said party presented a new PJL, in parliamentary term XII, with no. 5/XII/1ª, with the same content.

The PCP presented on 12 July 2011 a PJL no. 11/XII-1ª with the same content as the previous one, which was not considered because of the dissolution of the AR. As did the PSD and Partido

de Centro Democrático e Social/Partido Popular (CDS-PP) coalition that presented PJL no. 72/XII with the same content as the one previously presented by the PSD. Following the opinion of the Supreme Council of the Public Prosecutor's Office, the coalition proposed a replacement text, which now determines as punishable behaviour the acquisition, possession or holding of patrimony without a determined lawful origin, provided that it is incompatible with their legitimate income and assets. These 3 Bills served as a basis for Decree 37/XII, which provided for the crime of illicit enrichment in Article 335-A of the CP, as follows:

"*1-Whoever by himself or through an intermediary, natural or legal person, acquires, possesses or holds assets, without a determined licit origin, incompatible with his legitimate income and assets, shall be punished with a prison sentence of up to three years, if a more serious penalty is not applicable by virtue of another legal provision.*

2-For the purposes of the provisions of the preceding paragraph, assets shall mean all assets existing in the country or abroad, including real property, shares, stocks or shares in the capital of civil or commercial companies, rights over ships, aircraft or motor vehicles, securities portfolios, bank accounts, equivalent financial investments and credit rights, as well as the expenses incurred with the acquisition of goods or services or relating to donations made in the country or abroad.

3-For the purposes of paragraph 1, lawful income and assets are understood to mean all gross income included in the tax returns submitted for tax purposes, or that should have been included therein, as well as other income and assets with a determined lawful origin.

4-If the value of the incompatibility referred to in paragraph 1 does not exceed 100 minimum monthly salaries, the conduct shall not be punishable. 5- If the value of the incompatibility referred to in paragraph 1 exceeds 350 minimum monthly salaries, the agent shall be punished with a prison sentence of between one and five years."

This offence would be applicable to the entire population, with aggravation if practised by officials, as provided in Article 386, with the following provision: "*1- An official who, during the period of the exercise of public functions or in the three years following the termination of such functions, by himself or through an intermediary, natural or legal*

person, acquires, possesses or holds assets, without a determined licit origin, incompatible with his legitimate income and assets shall be punished with a prison sentence of one to five years, if a more serious penalty is not applicable by virtue of another legal provision". With the same provision, but applicable to holders of political office and high public office. The only difference is in paragraph 5, in which the penalty would be one to eight years for these holders.

The Constitutional Court ruled that the law was unconstitutional and the then President of the Republic, Aníbal Cavaco Silva, submitted it to a preventive review of constitutionality under the terms of article 278 of the Constitution of the Portuguese Republic (CRP).

The Constitutional Court, in Ruling 179/20121, invokes the violation of the principle of presumption of innocence, provided in article 32, paragraph 2 of the CRP. The Public Prosecution Service has the burden of proving that the origin of the enrichment does not have a licit origin, which implies that the origin may be licit, it is sufficient that it is not determined. In this sense, the burden is reversed and it is up to the defendant to prove the licit origin of the enrichment. For the Court, even if the accused is in a position to reveal the origin, this situation alone violates the principle of the presumption of innocence, in accordance with the principle of in dubio pro reo. The Court considers that the unlawful conduct is not determined, as it is that conduct which, simply because it is not proved to be lawful, is automatically unlawful.

The Court invokes the French legal system, where the prosecution must prove that the agent effectively received a benefit and the proximity of the agent with people convicted of serious crimes must be demonstrated. Thus, it is foreseen as a result crime and does not reverse the burden of proof. As well as the Hong Kong legislation that foresees the illicit as follows: "*Any person required to make a declaration under Article 1 who, by himself or through an intermediary, is in possession of assets or income abnormally higher than those indicated in the previous declarations made and does not concretely justify how and when they came into his possession or does not satisfactorily demonstrate their lawful origin, shall be punished with a prison sentence of up*

to three years and a fine of up to 360 days".

The Ruling continues with the criticism of the violation of the principle of proportionality, in the dimension of necessity. Since this is a crime of danger, the protection of a legal good aimed at the protection of a fundamental right must be at stake. One can only restrict fundamental rights only to the extent that is indispensable and strictly necessary. The Court does not consider that the legal interest to be protected is defined in concrete terms.

Still with regard to the legal good, the Court adds that Criminal Law must protect legal good with criminal dignity, adding, by reference to the doctrine of Costa Andrade, that the legal good has dignity when it merits, due to its social harm, a "*qualified judgment of social intolerability* " . Thus, the Court concludes that there is no specific legal good.

Another criticism from the Constitutional Court concerns the violation of the principle enshrined in article 29 of the CRP, the nullum crimen, nulla poena sine lege praevia principle. Because, considering that the criminal type presumes the illicitness of a previous behavior, the moment of the practice of the fact could be prior to the entry into force of the rule. Also in this scope, he considered that there was no identified action or omission.

The Ruling relied on the different decision vote of Councilor Carlos Cadilha, who stated that the expression "if a more serious penalty is not applicable by virtue of another legal provision" makes it seem that illicit enrichment will only be punishable when the commission of another crime is not demonstrated. Enrichment is punishable if it is not framed by the economic situation declared by the taxpayer, which is not intended to punish the way in which the taxpayer acquired this wealth. By not revealing the origin of the wealth, but only its non-legitimate determination, we are not, in his opinion, facing a presumption of illegality.

As for the legal good, he argued that it is defined and that it is the transparency of the sources of income. Notwithstanding these considerations, the Counsellor Judge formulated the unconstitutionality judgement on the violation of the principle of the right to silence of the accused, who, when required to justify the licit origin

of the assets, sees the burden of proof reversed.

In his explanation of vote, Councillor Vítor Gomes followed the understanding of the Constitutional Court as to the legal good, but not in relation to crimes committed by holders of political office and high public positions. As regards these, the legal good would be the trust and credibility of the State before society. The same good that legitimizes the requirement of income declaration by Law no. 4/83, of 2 April, in force on the date of the Judgement. Thus, he defends the typification as a specific crime and not as a common crime. In relation to the presumption of innocence does not support the view that article 32, no. 2 of the CPR (Constitution of the Portuguese Republic) has been violated, as there is no presumption of illicit origin, as the Prosecution Service is responsible for proving this by virtue of the accusatory structure of Criminal Law. The behaviour of acquiring, possessing or holding assets without a determined lawful origin is punishable.

After this Ruling, the Parties tried to present new legislative proposals in consideration with the Constitutional Court's recommendations.

The BE presented the PJL no. 766/XII/4ª proposing the criminalisation of unjustified enrichment, with the return to the initial proposal. It defines unjustified enrichment as "any situation in which there is a deviation of 20% or more between the declared income and the patrimonial increments of the taxpayer, whenever the value of the income is greater than EUR 25,000". The tax administration will be obliged to notify the taxpayer to justify the origin of the enrichment, which will have a period of 30 days, extendable for an equal period, in which to respond. Resumes the proposal of autonomous taxation at 100%. Within the scope of the presentation of this proposal, hearings were held with Prof. Germano Marques da Silva, Dr. Paulo Saragoça da Matta and Dr. Manuel Magalhães e Silva. Germano Marques da Silva stated that taxation at a 100% rate would be equivalent to confiscation and that the criminalisation of this illicit act is merely a deepening of the legislation already in force. He argued that illicit or unjustified enrichment should be combated among citizens in general and not only those hold-

ing political or high public office. Manuel Magalhães e Silva considers unjustified enrichment in public office to be in line with the Constitution, as he argues that public tranquillity in the community is a value that is protected under criminal law. If the figure were unjustified enrichment, the taxpayer would no longer be obliged to declare illicit income, he would only have a duty to declare, the violation of which would convert enrichment into unjustified enrichment. Facts are not presumed if there is a prior duty to declare. Paulo Saragoça da Matta, defends the criminalisation of unlawful enrichment in relation to all citizens. The crime should be a common one, with an aggravation for officials and holders of political office or high public office. This would be an extra tool in the fight against corruption, even if it does not solve the problem. The fact that there is a crime that protects a certain legal good does not mean that another crime that protects the same good cannot be used, especially when complex legal goods are involved. He also said that the right to private property enshrined in Article 62 of the CPR defends those who acquire property with truth and transparency. The legal good in question would be transparency, loyalty, equality and truth in the acquisition of income and property. In disagreement with the Ruling of the Constitutional Court, maintains that there is a legal good which can be protected and does not consider it legitimate to acquire property without declaring it, even if it is property left by way of inheritance. The property must be declared when he intends to bring it into the commercial circle. In this way he proposed the following wording: "*whoever, by himself or through a natural or legal person, acquires, possesses or benefits from income or assets which are incompatible with his income and assets legitimately acquired, possessed or benefited, shall be punished...*". As a standard of determination, we have the last declaration of income, without presuming the previous practice of any crime. As for the issue of the inversion of the burden of proof, it is up to the Public Prosecutor's Office to prove both the income and assets and the proof of incompatibility. It is only incumbent upon the defendant to present a cause that excludes the illegality of the conduct.

This diploma did not succeed, so it was the PCP's turn to pre-

sent the PJL no. 782/XII/4ª on 17 February 2015. It begins in the explanatory memorandum by defining the legal good of transparency of the acquisition of assets and income of significantly high value, which is above 200 national minimum wages. This law creates a duty to declare assets and income in advance for those who own or hold, by themselves or through an intermediary, natural or legal person, assets exceeding 400 national minimum wages and for those who acquire assets worth more than 100 national minimum wages. It punishes as unjustified enrichment those who do not comply with these duties of declaration regarding the acquisition, possession or holding of assets. The penal framework is aggravated in the case of an official, holder of political office or holder of high public office.

The Superior Council of Magistracy presented an opinion on this law, stating that the legal good to be protected may be the "*transparency of the economic and financial situation of holders of public political office, which is a condition for the dignity and prestige of the State*". This will not apply to the entire population, which is why he disagrees with this extension. The punishable conduct will already be determinable, this being the omission of the duty to declare, which complies with article 29 of the CRP. However, this obligation is already punished in the crime of tax fraud foreseen. and punished in articles 103 and 104 of the General Regime of Tax Infractions (GRTI). An advantage of the diploma was enunciated by Germano Marques da Silva as it starts from a declaration of income that is demandable from all citizens. The proposed criminal measures have the advantage of not entailing a reversal of the burden of proof, as tax law allows for legal presumptions.

These projects were, however, rejected. PJL no. 798/XII presented by the PSD and CDS-PP coalition was the basis for Decree 369/XII, submitted to preventive constitutionality review by the President of the Republic.

The coalition invokes in the explanatory memorandum the facts that situations in which the wealth is "manifestly incompatible with the income and assets declared or to be declared" are subject to social censure, to which a judgement of legal invalidity is

attributed.

Decree no. 369/XII in its final wording criminalised by article 335-A of the CP unjustified enrichment as follows:

"1-Whoever by himself or through an intermediary, natural or legal person, acquires, possesses or holds assets incompatible with his declared or required income and assets shall be punished with a prison sentence of up to 3 years.

2- The conduct provided for in the preceding paragraph is an offence against the democratic rule of law, offends against fundamental interests of the State, confidence in institutions and in the market, transparency, probity, truthfulness as regards the provenance of sources of income and assets, fairness, free competition and equal opportunities.

3- For the purposes of paragraph 1, patrimony shall mean all net assets existing in the country or abroad, including real estate, quotas, shares or shares in the capital of civil or commercial companies, rights over ships, aircraft or motor vehicles, securities portfolios, bank accounts, equivalent financial investments and credit rights, as well as expenses incurred with the acquisition of goods or services or relating to donations made in the country or abroad.

4- For the purposes of paragraph 1, declared income and assets, or those that should be declared, are understood to be all gross income included in the tax returns submitted for tax purposes, or that should have been included therein, as well as the income and assets subject to any declarations or communications required by law.

5- If the value of the incompatibility referred to in paragraph 1 does not exceed 350 minimum monthly salaries, the conduct shall not be punishable. 6- If the value of the incompatibility referred to in paragraph 1 exceeds 500 minimum monthly salaries, the agent shall be punished with a prison sentence of between 1 and 5 years".

As for holders of public office or high political office they increase the penal framework and criminalize as follows:

"1- The holder of political office or of high public office who during the period of the exercise of public functions or in the three years following the termination of such functions, by himself or through an intermediary, natural or legal person acquires, possesses or holds assets incompatible with his income and assets declared or that should be declared shall be

punished with a prison sentence of up to 5 years."

The Constitutional Court in Judgement No. 377/2015 ruled on the three fundamental aspects already presented in the first judgement: the vagueness of the legal good protected; the vagueness of the concretely prohibited action or omission; the violation of the principle of presumption of innocence. The parties defined the legal good in paragraph 2 of the article. Although they have justified such a legislative effort by positing the legal good itself, in view of the first judgement of the Court, this is not a practice that can be used in our legal system, since the legal good must be included in the explanatory memorandum (or result from a hermeneutic effort that affects the type) and not in the legal type itself. By revealing confusion and uncertainty surrounding the legal good, the Court considered that the legal good is not defined, which violates Article 18/1 of the CPR. The legal good should be worthy of criminal protection and also lacks this protection, which the Court did not consider to be the case, since the special duty of accountability to the community of holders of political offices and senior public officials is already protected by Law no. 4/83, of 2 April, with Criminal Law being the last ratio. In this sense, I follow the understanding of Paulo Saragoça da Matta, since the application of tax law does not fully meet the necessary and expected reaction to the behavior under discussion, and should be applied jointly with criminal law.

As for the conducts that are concretely punishable, these would be the acquisition and possession of assets, which the Court considers a factual situation and not conducts, that is, it wants to punish a result, which is likely to violate article 29 of the CRP.

The last criticism remains regarding the violation of the principle of presumption of innocence, in violation of Article 32, paragraph 2 of the CRP. Because the accused cannot free himself from the accusation if he remains silent, a right that is attributed to him in criminal law. The Court considers that this violation is maintained even with an obligation of prior declaration of income and assets, because it does not cease to presume the commission of a crime. Even if the incompatibility of declaration were punished, what would be punished is the discrepancy and not the acquisition, pos-

session or holding of assets. However, this incrimination is already punished by articles 103 and 104 of the GRTI as tax fraud, thus calling into question in this case the violation of the proportionality principle provided for in article 18/2 of the CPR.

This wording is very similar to the previous one, differing only in the denomination of the offence and not addressing it to the specific employees. They have excluded the expression "*absence of a specific licit origin*" and the expression "*if a more serious penalty is not imposed by virtue of any other legal provision*". The assets are now those declared or with the obligation to declare and no longer "*legitimate assets*". It also stopped stating that it was up to the Public Prosecutor's Office to provide evidence, since this is already a fact arising from Criminal Law.

As such, the Court ruled for unconstitutionality, with 5 explanations of vote. The Counselors, Maria Lúcia Amaral and Pedro Machete, consider that there is a legal good worthy of protection, disagreeing, however, with the need for such protection. Because the taxpayers are only obliged to declare their taxes, by article 103 of the CRP, which does not occur in the holders of political offices and high public positions, because they still have a special duty to "*disclose to the community any and all vicissitudes that their assets go through during the period of time corresponding to the exercise of their functions*". However, it is not enough for the legal good to be worthy, it must also lack this protection, which does not happen when there are other ways of protecting the value other than through criminal means. Thus, the type of crime is not new to the legal system since article 3 of Law no. 4/83 already punished the failure to present the declaration.

In what concerns the legal good worthy of criminal protection, the voting declaration of Council Member Lino Rodrigues tells us that the conduct that is concretely prohibited does not necessarily have to determine, with the mere application of a logical-deductive process, the criminal legal good. The legal good itself, in the words of the Judge Councillor, must portray "*the values and interests essential to human fulfilment in society that are reflected in the constitutional text*". Here, the legal good would be the transparency of the patri-

monial situation of the holders of political offices and high public positions, a good worthy of protection given the negative impact it has on democratic institutions and society. This holding, acquisition or possession of assets without correspondence to income in the exercise of public functions or because of them, creates in the population the idea of taking advantage of the office. The Adviser draws attention to the situations of impunity in relation to the rule, which can be translated into the following examples: if the origin of the patrimony is illicit, and this income has been declared, the rule is not applicable; if the origin is licit and there is a discrepancy, the rule will be applied without the protection of the legal good it aims to protect being in question.

The explanation of vote by Council Member, Carlos Fernandes Cadilha states that only the violation of the principle of presumption of innocence is in question. As this wording continues to raise the presumption of unlawfulness, despite the fact that the norm no longer expressly says so. The removal of the need for proof of illicit origin has made it easier for the Public Prosecutor's Office to prove in the investigation phase. It has not, however, removed the reversal of the burden of proof, as the defendant is still required to take the initiative to allege and prove the facts.

After this Ruling, the BE took up the attempt to punish through taxation and the PCP the criminalisation with the obligation of prior declaration, both open to the entire population. These draft laws are part of a set of laws on anti-corruption measures, the so-called 2016 Transparency Package. These proposals included the hearing of Professor Faria da Costa, the Ombudsman at the time, who began his hearing with the question of whether we have a criminal law of the fact or a criminal law of duty. By allowing measures that punish the omission of a duty, we would be opening the doors to a Criminal Law of duty. At the hearing of Professor Germano Marques da Silva, the Professor considers that the legal good will not be transparency but the image of the democratic institution. Which I still agree with, since transparency will be an objective to be fulfilled, while the legal good to be protected is none other than the integrity of the democratic institutions.

The hearing of Professor Guilherme D'Oliveira Martins makes some very useful observations for our understanding of this issue. It must be clear and concrete what it is mandatory to know and punish those who fail to comply. The holder of office is a citizen like any other and "none of us is invulnerable to corruption". Since "corruption begins with a favour and ends in a crime", therefore, it should be fought preventively, notwithstanding the subsequent repressive punishment. The Professor invokes the example of Hong Kong where whoever is in charge of the management of public money is not considered an inversion of the burden of proof, because from the moment there is a denunciation or suspicion, the manager must clarify.

As a result of the diplomas presented, Law no. 52/2019, of 31 July, which approves the regime of the exercise of functions by holders of political offices and high public positions. This Law obliges the single declaration of income, in its article 13, until 60 days from the date of beginning the exercise of functions. As well as the obligation to update the declaration, by article 14 of the same diploma, within 60 days from the termination of functions. Or within 30 days whenever there is an effective alteration of assets worth more than 50 minimum monthly wages.

The sanctioning regime, foreseen in article 18 has the following provision:

"*Failure to comply with declaratory obligations*

1 - In the event of non-submission or incomplete or incorrect submission of the declaration and its updates provided for in articles 13 and 14, the entity responsible for analysing and supervising the declarations submitted shall notify the holder or former holder of the office to which it relates to submit, complete or correct it within 30 days after the deadline for submitting the declaration. 2.Whoever, after the notification provided for in the previous point, fails to present the respective statements, with the exception of the President of the Republic, the President of the Assembly of the Republic and the Prime Minister, shall incur in a declaration of loss of office, resignation or judicial dismissal, as the case may be.

3- Former holders of an office covered by the reporting obligations provided for in articles 13 and 14 who, after the notification provided for

in paragraph 1, fail to submit the respective statements, shall incur in disqualification for a period of one to five years from exercising an office that requires the aforementioned statement and which does not correspond to the exercise of functions as a career magistrate.

4- Without prejudice to the provisions of the preceding paragraphs, intentional non-submission of the declarations provided for in articles 13 and 14, after having been notified, shall be punishable by crime of qualified disobedience, with a penalty of imprisonment of up to three years.

5- When the intentional non-submission of the statements referred to in the previous number has not been accompanied by any omission to declare income or assets to the tax authority during the period of performance of duties, the conduct is punishable by a fine of up to 360 days.

6 - Whoever, even after the notification provided for in paragraph 1, omits from the return submitted, with the intention of concealing them, any assets or income that he or she is obliged to declare in an amount exceeding 50 minimum monthly wages, is punished with a prison sentence of up to three years. 7 - Unjustified asset increases ascertained under the tax regime, in the amount exceeding 50 minimum monthly wages, are taxed, for IRS purposes, at a special rate of 80%.

7 - For the purposes of paragraphs 1, 2 and 3, the entities to which the office holders to whom this law applies belong shall communicate to the entity responsible for analysing and supervising the declarations submitted the date of commencement and cessation of functions."

Even so, the Parties insisted on the criminalization of unjustified enrichment. The Chega Party presented a Constitutional Revision Project no. 4/XIV that intended to make the principle of presumption of innocence compatible with the criminalisation of illicit enrichment, which lapsed due to the dissolution of the Assembly of the Republic.

The turning point was the proposal presented by the Portuguese Judges' Trade Union Association (ASJP) in April 2021, under the title of concealment of wealth acquired while exercising high public functions, proposed within the National Strategy to Combat Corruption/ 2020-2024. From Law No. 52/2019, ASJP proposed the inclusion of the duty to justify the origin of wealth and not only its declaration. Thus, the burden of proof would not be reversed,

as the punishment started from a previous duty of justification. If the assets are not owned by the agent, proof of ownership would be sufficient for the punishment of enrichment of the agent without declaration or justification. The penalty would be the same as that applied to the crime of tax fraud, which is the concealment of wealth, but to the tax authorities. With the addition of extended confiscation of assets. The proposal also includes an extension of the obligation to declare, in order to include in the duty to declare promises of future property advantages.

To this end, the BE presented PJL no. 805/XIV/2ª, the PAN PJL no. 843/XIV/2ª, the Green Party PJL no. 860/XIV/2ª, responsible, together with other diplomas, for amending Law no. 52/2019, of 31 July, through Law no. 4/2022, of 6 January.

Law no. 4/2022 increases the scope of the obligation to declare in article 13 to include patrimonial guarantees included in the liabilities of the subject and promises of future patrimonial advantages, even if deferred to a period subsequent to three years after the end of the exercise of functions. They have also added article 18-A with the following provision:

"*Qualified disobedience and intentional concealment of assets*

1 -Without prejudice to the provisions of the previous article, failure to submit the declaration provided for in article 13, after being notified, is punishable as a crime of qualified disobedience, with a prison sentence of up to three years.

2-Who:

i)fails to submit the declaration due under Article 14/3 and 4 after notification;

ii) intentionally fails to submit the declaration due under Article 14/2 a);

iii)omitting from the declarations submitted, with the intention of concealing

iv)the asset items listed in Article 13/2 a) to d); or

v)the increase in income, asset assets or reduction in liabilities, as well as the facts that gave rise to them, pursuant to Article 14(6); shall be punished with imprisonment of between one and five years, if more serious punitive consequences do not occur.

3 - When the facts described in paragraphs 1 and 2 are not accompanied by any failure to make a statement to the tax authority during the period of performance of the functions or until the end of the three-year period set out in Article 14, paragraph 4, the conduct is punishable by a fine of up to 360 days.

4 - Unjustified asset increases ascertained under the tax regime, of a value exceeding 50 minimum monthly wages, are taxed, for IRS purposes, at a special rate of 80%".

Thus, from illicit enrichment to unjustified enrichment, the crime of intentional concealment of wealth is legislated. In addition to the criminal sanction, there is the tax sanction of taxation at the special rate of 80%, with taxation at 100% not having been approved as it would have been tantamount to confiscation or loss in favour of the State. The offence no longer punishes enrichment but the concealment of such enrichment, through the omissive conduct of failing to declare or justify it when obliged to do so.

The CDS-PP presented two Bills to extend the obligation to declare and respective consequences to the judiciary, with PJL no. 870/XIV and PJL no. 869/XIV, which were rejected in the general vote. Despite the openness of the Supreme Judicial Council and the Supreme Council of the Public Prosecutor's Office to this extension, they did not consider this to be the way forward.