

O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

THE UNFAIR ENRICHMENT AND THE INNOCENCE PRESUMPTION AND NON-SELF-INCRIMINATION CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Brenno Gimenes Cesca¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito penal.

RESUMO: Procurando confeccionar mais um mecanismo de luta contra a corrupção, e em atendimento a tratados internacionais dos quais é signatário o Estado brasileiro, disciplinou o Projeto de Lei do Novo Código Penal (PLS 156/2012) a criminalização do enriquecimento injustificado, que tem despertado diversos questionamentos. No presente artigo, será analisada essa criminalização em face de duas garantias constitucionais: presunção da inocência e não autoincriminação. Antes, porém, será exposta a criminalização do enriquecimento injustificado no panorama internacional, invocando tratados internacionais sobre o tema e experiências na Europa e na América do Sul, sem se

olvidar, ainda, dos aspectos gerais do crime de enriquecimento ilícito previsto no Projeto do Novo Código Penal.

ABSTRACT: *In order to have another mechanism to combat corruption, and in compliance with international treaties signed by Brazil, The New Criminal Code Proposition (PLS 156/2012) disciplined the crime of unfair enrichment, which has raised many questions. In this article, it is analysed this criminalization in the view of two constitutional guarantees: innocence presumption and non self-incrimination. First, however, the criminalization of unfair enrichment on the international scene will be exposed, invoking international treaties on the subject and experiences in Europe and South America, not forgetting also the general aspects of the new crime of unfair enrichment in the New Criminal Code Proposition.*

¹ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP, São Paulo/SP, Brasil). Professor em Cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura (EPM, São Paulo/SP, Brasil). E-mail: brennogc@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6944140884806811>>.

PALAVRAS-CHAVE: enriquecimento injustificado; tratados internacionais; experiências europeia e sul-americana; Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PLS 156/2009); garantias da presunção da inocência e não autoincriminação.

KEYWORDS: *unfair enrichment; international treaties; european and south american experiences; new brazilian Criminal Code proposition (PLS 156/2009); innocence presumption and non self-incrimination constitutional guarantees.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O enriquecimento injustificado e os tratados internacionais; 2 A criminalização do enriquecimento injustificado no Direito estrangeiro; 3 O projeto do novo Código Penal brasileiro e o enriquecimento injustificado – Aspectos gerais; 4 O enriquecimento injustificado no projeto do novo Código Penal e as garantias constitucionais da presunção da inocência e da não autoincriminação; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The unfair enrichment and international treaties; 2 The criminalization of unfair enrichment in the foreign law; 3 The New Brazilian Criminal Code Proposition and the unfair enrichment – General aspects; 4 Unfair enrichment in the New Brazilian Criminal Code Proposition and the innocence presumption and non self-incrimination constitutional guarantees; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

É inquestionável que a Administração Pública exerce um papel fundamental para preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dela depende a concretização de direitos sociais fundamentais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, habitação, lazer, segurança pública, enfim, direitos essenciais para a própria sobrevivência humana, com o mínimo de dignidade.

A concretização de tais direitos é incompatível com uma administração desonesta. Fundamental, portanto, que todo agente público – desde o mais alto escalão até o mais baixo – atue com observância irrestrita aos princípios que regem a boa Administração Pública, não sendo por outro motivo que foram eles cristalizados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, um dos mais graves problemas enfrentados pela coletividade é justamente o de garantir uma administração proba.

Já antes da Constituinte de 1988 era consenso que a tutela meramente penal, pela tipificação dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, e bem assim dos delitos de responsabilidade praticados por presidente da República (Lei nº 1.079/1950), prefeitos e vereadores (Decreto-Lei nº 201/1967), era insuficiente à salvaguarda da Administração Pública, seja pelo formalismo excessivo do processo penal, com sua conseqüente demora de solução, seja pela rigorosa exigência probatória no tocante à existência e autoria delitiva (apenas juízo seguro, acima de qualquer dúvida razoável, pode ensejar a condenação criminal).

Ao lado, pois, de estabelecer os princípios regentes da Administração Pública, o § 4º do art. 37 da Constituição Federal prescreve que os atos de improbidade administrativa importarão sanções civis: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Regulamentando o comando constitucional, em 1992, foi promulgada a Lei nº 8.429 - Lei de Improbidade Administrativa (LIA) -, curiosamente assinada pelo Ex-Presidente Fernando Collor.

A LIA prevê três classes de atos de improbidade administrativa: a) que importam enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízo ao Erário; e c) que atentam quanto aos princípios da Administração Pública.

As reprimendas, em linhas gerais, são as já referidas, aplicáveis inclusive cumulativamente.

Leis diversas posteriores à LIA têm por escopo tutelar a Administração Pública, como, por exemplo, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013).

A luta contra a corrupção, todavia, não é exclusividade nacional, de modo que o Brasil, atento às demandas de um mundo globalizado e ciente da importância da cooperação internacional na extirpação deste mal, firmou diversos tratados internacionais sobre o tema, incorporando-os em seu ordenamento jurídico, destacando-se a Convenção da ONU (2003)² e a Convenção Interamericana (1996)³.

² Integrante de nosso ordenamento em razão do Decreto nº 5.687, de 31.01.2006.

³ Incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002.

Os Estados signatários destes tratados comprometem-se a implementar diversas medidas relacionadas à prevenção da corrupção; sua criminalização e aplicação da lei; cooperação jurídica internacional; e recuperação de ativos.

É nesse cenário que surge a ideia da criminalização do enriquecimento injustificado, que tem despertado diversos questionamentos.

É objeto do presente artigo essa criminalização em face de duas garantias constitucionais: *presunção da inocência* e *não autoincriminação*.

Antes, porém, afigura-se necessário expor a criminalização do enriquecimento injustificado no panorama internacional, invocando tratados internacionais sobre o tema e experiências na Europa e na América do Sul, sem se olvidar, ainda, dos aspectos gerais do crime de enriquecimento ilícito previsto no projeto do novo Código Penal.

Impende registrar que na presente pesquisa serão utilizados os métodos dialético, dedutivo e comparístico⁴.

1 O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A dificuldade maior no combate à corrupção reside em que, ao contrário do que se passa no mais das vezes em outros crimes, em que o sujeito passivo comumente busca sua elucidação, noticiando sua ocorrência, todas as suas circunstâncias, e auxiliando os órgãos estatais responsáveis pela investigação e pela persecução penal, como sucede, por exemplo, nos crimes contra a pessoa, o patrimônio e a dignidade sexual, os envolvidos em crimes de corrupção, por incorrerem suas condutas em tipos penais diversos (corrupção ativa e passiva, *e.g.*), primam por, de todas as formas, camuflar a existência e a autoria das condutas, dificultando sobremaneira a sua descoberta e punição.

Daí porque, a despeito de todos os instrumentos atualmente à disposição para seu combate, mundialmente concluiu-se que novel estratégia poderia ser importante, a qual, atuando em conjunto com as demais, poderia tornar o combate

⁴ O significado destes métodos são os propostos por Marchi (2009, p. 86-87). Assim, método dialético é “análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema”, e método comparístico, a seu turno, a “abordagem do direito comparado”.

à corrupção mais eficaz: a criminalização do enriquecimento injustificado de funcionário público.

Assim é que, a Convenção Interamericana contra a Corrupção prescreve em seu art. IX:

Enriquecimento ilícito. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a seu turno, reza:

Art. 20. Enriquecimento ilícito. Com sujeição à sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Observe-se que o Brasil não formalizou qualquer reserva em face destas disposições (como fizeram, por exemplo, Estados Unidos e Reino Unido⁵), de modo que, respeitada sua Constituição e os princípios fundamentais de nosso direito, deve adotar as medidas necessárias para a criminalização ventilada.

Adiante (item 4) será analisada a possibilidade, à luz das garantias constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação, de o Estado brasileiro cumprir este compromisso internacional.

⁵ Maiores informações disponíveis em: <www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>. Acesso em: 15 fev. 2016.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO NO DIREITO ESTRANGEIRO

2.1 AS EXPERIÊNCIAS EUROPEIAS

Três países europeus destacam-se na criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público: Portugal, Itália e França.

Cabe ressaltar que a criminalização desta conduta permanece vigente apenas na França, já que em Portugal e na Itália as respectivas Cortes Constitucionais declararam inconstitucionais estas normas penais incriminadoras.

Vejamolas.

O art. 321-6 do Código Penal francês, com a redação dada pela Lei nº 2006-64 (23.01.2006), dispõe sobre o crime de *não justificação de rendimentos*, inserido na seção dos crimes “assemelhados ou conexos à receptação”:

Art. 321-6. O fato de não poder justificar os recursos que correspondam ao seu nível de vida ou de não poder justificar a origem de um bem de que tem a detenção, enquanto há uma relação habitual com uma ou mais pessoas envolvidas na prática de crimes ou delitos puníveis com pena de prisão de pelo menos cinco anos e de proporcionar-lhes um benefício direto ou indireto, ou que sejam as vítimas destes crimes, é punível com três anos de prisão e 75.000 euros.

É punível com as mesmas penas o fato de facilitar a justificação de recursos fictícios para as pessoas envolvidas na prática de crimes ou delitos com pena de prisão de pelo menos cinco anos e de proporcionar-lhes um benefício direto ou indireto.⁶

⁶ Tradução livre. Eis a redação original do *Code Pénal*: “Article 321-6°. *Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect*”.

Na Itália, o § 2º do art. 12 da Lei nº 356, de 1992, dispõe:

Para além dos casos previstos no nº 1 e artigos 648, 648-bis e 648-ter do Código Penal, aqueles investigados por um dos crimes previstos por estes artigos ou crimes relacionados com o contrabando, ou por crimes cometidos com as condições previstas no artigo 416-bis do Código Penal ou a fim de facilitar as atividades das associações mencionadas pelo referido artigo, bem como para os crimes previstos nos artigos 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis do Código Penal e nos artigos 73 e 74 da lei de drogas aprovada pelo Decreto do Presidente da República, em outubro de 1990, nº 309, ou contra quem se procede à aplicação de uma medida de prevenção pessoal, os quais, mesmo através de uma interposta pessoa física ou jurídica, são titulares ou possuem a disponibilidade a qualquer título de dinheiro, bens ou outros ativos desproporcionais ao valor de seus rendimentos declarados para efeitos de imposto de renda, ou de sua atividade econômica, cuja legítima origem não podem justificar, serão punidos com pena de reclusão de dois a quatro anos, além do confisco do dinheiro, bens ou outras utilidades.⁷

Esta norma penal, pela Sentença nº 48, de 09.02.1994, foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional italiana por violar a presunção de inocência, na medida em que a circunstância de alguém estar sendo investigado não basta à tipificação de uma conduta que o legislador repute criminoso.

⁷ Tradução livre. É a redação original: “2. *Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, coloro nei cui confronti sono svolte indagini per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, revenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica ottobre 1990, n. 309 ovvero nei cui confronti si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a quattro anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati*”.

Já em Portugal, o Decreto nº 37/XII tipificou, nos arts. 335-A e 386 do Código Penal português, bem assim no art. 37-A da Lei nº 34/87, o enriquecimento ilícito, *in verbis*:

Art. 335-A. Enriquecimento ilícito.

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 nº 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 nº 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

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

Art. 386. Enriquecimento ilícito por funcionário.

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.

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 nº 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, designadamente os constantes em declaração de património e rendimento

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

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

Art. 27-A. Enriquecimento ilícito.

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, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de cinco 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 nº 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, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

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

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

Estes dispositivos legais foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 179/12), que decidiu não se coadunarem com a presunção de inocência e por caracterizar inversão do ônus

da prova quanto à elementar “sem origem lícita determinada”, havendo, ainda, a impossibilidade de se discernir um bem jurídico penalmente tutelável.

2.2 AS EXPERIÊNCIAS SULAMERICANAS

No continente sulamericano merecem menção as legislações argentina, chilena e colombiana, valendo ressaltar que os dispositivos dos respectivos países permanecem incólumes.

Na Argentina, o crime de enriquecimento ilícito de funcionário público é tipificado no art. 268 (2) do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 28.188, de 26.10.1999:

Art. 268 (2). Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.⁸

Já no Chile, o enriquecimento injustificado vem insculpido no art. 241-bis, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 20.088, de 2006:

Art. 241-bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante

⁸ Tradução livre: “Será punido com reclusão de dois a seis anos, multa de cinquenta a cem por cento do valor do enriquecimento e inabilitação absoluta perpétua aquele que, ao ser devidamente requerido, não justificar a procedência de um enriquecimento patrimonial apreciável seu ou de pessoa interposta para dissimulá-lo, ocorrido posteriormente à assunção de um cargo ou emprego público, ou até dois anos após haver cessado seu desempenho. Entender-se-á que houve enriquecimento não apenas quando o patrimônio se tenha incrementado com dinheiro coisas ou bens, mas também quando se tiverem sido canceladas multas ou extintas obrigações que o afetavam. A pessoa interposta para dissimular o enriquecimento será reprimida com a mesma pena que o autor do delito”.

e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.⁹

Finalmente, a conduta ventilada é prevista no art. 412 do Código Penal colombiano:

Art. 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.¹⁰

⁹ Tradução livre: “O empregado público que durante o exercício de seu cargo obtenha um incremento patrimonial relevante e injustificado será sancionado com multa equivalente ao montante do incremento patrimonial indevido e com a pena de inabilitação absoluta temporal para o exercício de cargos e ofícios públicos em seus graus de mínimo a médio. O disposto no inciso anterior não se aplicará se a conduta que deu origem ao incremento patrimonial indevido constitui por si só algum dos delitos previstos no presente título, caso em que se aplicarão as penas cominadas ao respectivo delito. A prova do enriquecimento injustificado a que se refere este artigo será sempre a cargo do Ministério Público”.

¹⁰ Tradução livre: “O servidor público que durante sua vinculação com a administração, ou quem haja desempenhado funções públicas e nos dois anos seguintes à sua desvinculação, obtenha, para si ou para outrem, incremento patrimonial injustificado, sempre que a conduta não constitua outro delito, incorrerá em prisão de seis a dez anos, multa equivalente ao dobro do valor do enriquecimento sem que supere o equivalente a cinquenta mil salários-mínimos legais mensais vigentes e inabilitação para o exercício de direitos e funções públicas de seis a dez anos”.

3 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO - ASPECTOS GERAIS

Como se sabe, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PLS 236/2012).

Em sua redação original, previa o projeto, com o *nomen juris* de *enriquecimento ilícito*, o art. 277:

Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.

Pena - prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Esse artigo sofreu mudanças pontuais no decorrer da tramitação, sendo a matéria, no Substitutivo nº 1 (Parecer nº 1.576/2013, da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal), disciplinada no art. 288. Atualmente em análise pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, fora apresentado pelo Senador Vital do Rego (em dezembro de 2014) primeiro relatório, estando a norma incriminadora atualmente inserida no art. 283, assim redigido:

Enriquecimento ilícito

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito:

Pena – prisão, de dois a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do *caput*, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Antecipando-se às previsíveis críticas quanto ao projeto neste ponto, a comissão encarregada de sua elaboração procurou, desde logo, assinalar:

Objeto de tratados internacionais firmados pelo Brasil, a criminalização do enriquecimento ilícito mostra-se como instrumento adequado para a proteção da lisura da administração pública e o patrimônio social. Não cabe ignorar que o amealhamento de patrimônio incompatível com as rendas lícitas obtidas por servidor público é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostram-se caminhos prováveis para este enriquecimento sem causa. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação, destinados a verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. Não há inversão do ônus da prova, incumbindo à acusação a demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público. Não se pode olvidar que o servidor público transita num ambiente no qual a transparência deve reinar, distinto do que ocorre no mundo dos privados, que não percebem recursos da sociedade. Daí obrigações como a entrega da declaração de bens a exame pelo controle interno

institucional e pelo Tribunal de Contas. O crime de enriquecimento ilícito, especificamente diante da corrupção administrativa, na qual corruptor e corrupto guardam interesse recíproco no sigilo dos fatos, sinaliza política criminal hábil, buscando consequências e não primórdios (a exemplo da receptação e da lavagem de dinheiro). É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito. Vocaciona-se para dificultar a imensa e nefasta tradição de corrupção administrativa que, de acordo com índices de percepção social, nunca se deteve.

A análise desta previsão em face das garantias constitucionais da presunção da inocência e contra a autoincriminação será realizada no item seguinte, cabendo aqui preliminar classificação deste tipo penal.

Cuida-se de crime próprio (somente podendo ser perpetrado por funcionário público), subsidiário (expressamente), doloso, comissivo (podendo ser praticado apenas por ação), unissubjetivo (podendo ser praticado por um só sujeito). Não admite, ademais, a tentativa.

O bem jurídico tutelado pela norma é a transparência do patrimônio de servidores públicos, o qual, a nosso ver, possui dignidade penal¹¹.

Realmente, não se concebe possa um funcionário público, sujeito a entrega de declaração anual de bens inclusive a seus órgãos correicionais (art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa), além da divulgação de seus rendimentos na Internet (conforme Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011), possuir rendas não justificadas, nada impedindo que, ante a transparência que lhe é imposta, sejam seus rendimentos injustificados sujeitos inclusive a perda.

Daí porque impróprio o título dado ao delito; mais adequado seria *enriquecimento injustificado*¹².

¹¹ Para Roxin (2008, p. 56), “*bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.

¹² De se ressaltar, nada impede que enriqueça o funcionário durante o exercício de seu múnus, desde que declare corretamente suas rendas e não haja incompatibilidade entre a função exercida e outras fontes de patrimônio (De Luca; López Casariego, 2004, p. 127).

Deve-se exigir, porém, a fim de dar plena eficácia aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, que a desproporção seja substancial (Lessa, 2012, p. 62-64).

E a fim de que não paire dúvidas sobre a questão, e ante as notórias dificuldades de aplicação, por nossa jurisprudência, do conceito de tipicidade material e seu corolário princípio da insignificância, alvitra-se que o advérbio *substancialmente* conste expressamente no tipo penal (anteposto ao adjetivo *incompatível*).

A Corte Suprema da Nação Argentina tem decidido que os bens jurídicos tutelados pela norma são a honestidade, transparência e probidade no desempenho da função pública¹³.

O Conselheiro Carlos Fernandes Cardilla (vencido na decisão do Processo nº 182/2012, da Corte Constitucional portuguesa) abordou a questão do bem jurídico tutelado em seu voto:

E não se vê que falhe aqui a legitimidade jurídico-constitucional da incriminação. O bem jurídico que parece tutelar-se, em qualquer dos tipos legais em causa, é o da transparência das fontes de rendimento, que tem já diversas concretizações no sistema legal, mormente por via da obrigatoriedade da declaração de rendimentos para efeitos de controlo público da riqueza dos titulares de cargos públicos (Lei 4/1983, de 2 de abril). E não pode deixar de reconhecer-se que se trata de um bem em si mesmo socialmente relevante, com particular reflexo na prevenção geral da criminalidade económica e fiscal, e que, em última análise, radica nos deveres inerentes à funcionalidade e justiça do sistema social, sabendo-se que entre os valores e bens consagrados na Constituição e os bens jurídicos dignos de tutela penal não tem de existir uma

¹³ Veja-se, a respeito, Decisão da Causa nº 2737 (Rossi, Domingo Daniel) – R. 30. XLIII; RHE; 01.12.2009, t. 332, p. 2659. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5061>>. Acesso em: 9 set. 2013.

relação de identidade, mas apenas uma relação de analogia material. (*apud* Bechara, 2012, p. 525)

Na mesma esteira, o voto vencido, no mesmo julgamento, do Conselheiro Vitor Nunes (que considerou constitucional apenas o art. 27-A da Lei nº 34/1987):

Como quer que se designe, existe um bem jurídico com evidente dignidade penal, inerente ao princípio do Estado de direito e com afloramentos expressos noutros lugares da Constituição (por exemplo art. 266º da CRP), que é a confiança ou credibilidade do Estado (*lato sensu*) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico imediato da incriminação) que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legitima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação). (*apud* Bechara, 2012, p. 528)

A doutrina argentina também não destoa deste panorama, apontando a transparência como o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora ventilada¹⁴.

Cabe referir, todavia, que a questão é tormentosa, havendo autorizadas vozes a reputar ser inconstitucional esta criminalização à falta de bem jurídico penalmente tutelável.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara (2012, p. 536) obtempera não se mostrar a transparência do funcionário público bem jurídico-penal, constituindo, antes, pressuposto para o bom funcionamento da administração, cujo desvio pode conduzir à ofensa de bens com dignidade penal. A questão, segundo a penalista, tem a ver com o princípio da ofensividade¹⁵.

¹⁴ Luca; López Casariego, 2004, p. 124-130.

¹⁵ Na doutrina estrangeira, na mesma esteira, vale mencionar: De La Fuente, 2004, p. 79-119; Oliver Calderón, 2008, p. 463-480; Sancinetti, 1999, p. 915/968; Smolianski, 2005, p. 895-504.

4 O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A presunção da inocência é prevista na CF, art. 5º, LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8, 2 (“toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”).

Corolário dessa garantia é a impossibilidade de, no Direito Processual Penal pátrio, haver inversão do ônus da prova, que, a seu turno, também se liga ao direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), previsto expressamente pela Convenção Americana no art. 8º, 2, g (direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada).

De se assinalar que a Convenção Americana integra o denominado *bloco de constitucionalidade* (Lafer, 2005, p. 16-17), por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal¹⁶, e bem assim por estar o Estado brasileiro sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁷, já tendo sido, inclusive, alvo de condenações¹⁸.

Pois bem.

Deve se registrar, preliminarmente, que a discussão sobre a previsão legislativa de inversão do ônus da prova no processo penal não é nova, devendo ser lembrados, para exemplificar, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998, e art. 60, § 2º, da Lei de Tóxicos¹⁹.

¹⁶ V. Decreto nº 678/1992.

¹⁷ O Brasil reconheceu, por meio do Decreto-Legislativo nº 89, de 04.12.1998, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁸ Mencionem-se o Caso Ximenes Lopes *v.* Brasil; Caso Escher e outros *v.* Brasil; Caso Garibaldi *v.* Brasil.

¹⁹ Lei de lavagem de capitais: “Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta lei ou das infrações penais antecedentes. § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a construção dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e

Para Zanóide de Moraes (2010, p. 519/523) a interpretação de que esses dispositivos implicam inversão do ônus probatório (sustentada, entre outros, conforme menciona o processualista, em relação à Lei de Lavagem de Capitais, por Luiz Flávio Gomes e Ada Pellegrini Grinover e, no tocante à Lei de Tóxicos, por Vicente Greco Filho), não parece ser a mais adequada.

Isso porque:

Da leitura de ambos os preceitos destacados percebe-se, em comum, que para a decretação da medida de apreensão, ou outra medida constritiva patrimonial congênere, é necessário que os órgãos persecutórios apresentem “indícios suficientes” de que os bens ou valores, a serem constritos, pertençam ao dito autor do crime e sejam produto ou proveito da infração. Assim, cabe àquelas autoridades demonstrarem, por meio de “indícios suficientes”, que: a) há um crime que comporte aquela medida constritiva; b) os bens a serem constritos são produtos ou proveitos do crime; c) pertencem ou estão relacionados com o imputado.

E arremata mencionado autor que a exigência cabível é a mesma para as medidas assecuratórias em geral (*periculum in mora* e *fumus boni juris*).

Na mesma linha de raciocínio, e em comentário ao dispositivo inscrito na Lei de Lavagem de Dinheiro, as lições de Badaró (2003, p. 369/371) e Saad (2007, p. 145-146).

Essa discussão, já mantida em relação às normas processuais penais ventiladas, agora se renova quanto à de natureza incriminadora em comentário.

custas decorrentes da infração penal” (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). De se assinalar que a nova redação dada pela Lei nº 12.683/2012 não alterou a substância da norma no que diz respeito à discussão acerca do ônus da prova. Lei de Tóxicos: “Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. § 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão. § 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação”.

Traria, de fato, essa tipificação, se aprovada, inversão do ônus probatório em desfavor do acusado, em flagrante ofensa às garantias constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação?

A matéria, como se sabe, é tormentosa, e a resposta ora dada é fruto de uma primeira reflexão sobre o assunto.

Os defensores de sua inconstitucionalidade são muitos, e têm a sufragar suas teses as reservas feitas pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido à Convenção da ONU, bem como decisões dos tribunais constitucionais da Itália e de Portugal²⁰.

Ousamos, ao menos em uma primeira análise, sustentar a tese contrária, ou seja, de que não há, nessa tipificação, ofensa aos dogmas constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação.

Vejamos.

O delito, como já se deixou assentado alhures, é comissivo, sendo as ações consistentes em *adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo*.

A prova de todas essas elementares cabe ao Ministério Público, e não ao acusado.

A última locução do tipo penal (*ou por outro meio lícito*) deve ser interpretada como uma regra em favor do acusado, ou seja, é disposto que, conquanto a conduta praticada seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu múnus, não será punível se houver compatibilidade com os obtidos *por outro meio lícito*.

Não é imposto, logo, nenhum ônus ao acusado de provar sua inocência, de modo que ele pode manter-se em silêncio sem que esse comportamento implique uma presunção legal de culpabilidade.

Esta última expressão, longe de constituir elemento do tipo penal, é condição objetiva de punibilidade.

²⁰ Na doutrina nacional: Badaró (2013, p. 6-75) e Bechara (2012, p. 503-538). Na doutrina estrangeira: Castro (2002, p. 78-109); De La Fuente (2004, p. 79-119); Oliver Calderón (2008, p. 463-480); Medina Salas (2009, p. 133-152); Sancinetti (1999, p. 915/968); Smolianski (2005, p. 895-504).

Outrossim, cremos que a inscrição desta locução no tipo penal era desnecessária, propondo redação diversa.

Realmente, cabe ao servidor público, em sua declaração de renda anual prestada à receita e aos seus órgãos correicionais, apontar todos os seus rendimentos, sejam amealhados em razão da função pública, ou por conta de outras atividades.

Nessa quadra, um juiz de direito, por exemplo, pode, além deste cargo, exercer atividade acadêmica (magistério e pesquisa, com publicação de obras jurídicas inclusive). Seus rendimentos, nessa hipótese, não se circunscreveriam aos recebidos do Tribunal a que vinculado. Possuiria renda também derivada da atividade acadêmica (a qual, a depender de seu sucesso, seria maior que a percebida com a judicatura). Todas essas suas rendas estariam expostas em sua declaração de ajuste anual.

Fácil perceber, logo, que a despeito de adquirir bens incompatíveis com sua renda derivada do exercício da magistratura, o patrimônio é justificado em razão das demais atividades lícitas, igualmente declaradas.

Se ainda assim possuir rendimento incompatível com todas as rendas lícitas, cabe ao Ministério Público, ao oferecer denúncia, assim demonstrar, não se concebendo possua um juiz de direito fontes de patrimônio não declaradas.

E ainda que essa situação fática absurda ocorra, é lícito ao juiz, investigado ou réu, explanar que possui rendas outras, não declaradas, e ainda assim lícitas, de molde a excluir a punibilidade da conduta.

E isso não implica qualquer inversão do ônus probatório, já que, de antemão, seria impossível saber exercer esse agente público atividade secreta, o que, a despeito de não configurar crime, pouco se coadunaria com a conduta irrepreensível dele exigida, o que mereceria apuração na esfera própria (administrativa).

Seria, portanto, despiciendo tivesse inculpido no tipo penal a expressão “ou por outro meio lícito”, pois é óbvio que se a renda for compatível com qualquer renda lícita, não haverá ilícito penal²¹.

²¹ De se destacar que Badaró (2013, p. 72) entende que, excluído o último elemento do tipo penal, não haveria violação da presunção da inocência por inversão do *onus probandi*, argumentando, todavia, nessa hipótese remanescer a inconstitucionalidade da norma em razão da falta de bem jurídico penalmente tutelável.

Poderia, dessarte – e seria mais preciso –, o tipo ser redigido:

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja substancialmente incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público.

Pena – prisão, de um a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.²²

Situações análogas acontecem com toda espécie de crime, sem que com isso se cogite de inversão do ônus probatório.

Exemplifique-se.

Amiúde pessoas são investigadas e processadas por sonegação fiscal, comprovando o Ministério Público que a sua movimentação bancária é incompatível com a renda declarada.

Nesse tipo de processo, o Ministério Público comprova todos os elementos do crime, documentalmente (cópia da declaração de rendas dos últimos anos, extratos bancários do período, perícia contábil dando conta da incompatibilidade).

Se o réu nada trouxer ao feito de molde a desconstruir esse acervo probatório, ou ao menos incutir dúvida, certamente será condenado por sonegação fiscal, e isso não implica qualquer inversão do ônus probatório.

Já se sustentar, por exemplo, ser contador, e que não possui a disponibilidade jurídica desses vultosos numerários que entram em sua conta-corrente, que se trata de dinheiro repassado pelos seus clientes para pagar impostos

²² Alvitra-se, ainda, a extirpação do § 1º, pois da redação do *caput* já se extrai seu instante consumativo, sendo desnecessária essa norma explicativa. Na mesma linha, o art. 292 do Substitutivo nº 1 disciplina a figura do funcionário público para fins penais, inclusive por equiparação, sendo despicienda, logo, a explicação constante do *caput* (“ou por quem a ele equiparado”).

deles, não constituindo, logo, renda própria, pelo que não haveria de declará-la, certamente será absolvido.

E essa dinâmica processual não desperta a alegação de que houve inversão do ônus.

Alguém, por exemplo, que é flagrado dentro da casa de outrem, com uma arma em punho, manchas de sangue em seus braços, ao lado do corpo da vítima mortalmente ferida, certamente será processado pelo delito de homicídio e, remanescendo esse o acervo probatório, muito provavelmente condenado.

Sem embargo, se esclarecer que agiu em legítima defesa, explicando que a vítima teve um surto psicótico, queria matá-lo com essa arma de fogo e que conseguiu desarmá-la, não tendo outra alternativa a não ser atirar, possivelmente logre ser absolvido.

Houve, nesse sentido, inversão do ônus? Acreditamos que não. O tipo penal não diz, porque desnecessário, “matar alguém não estando em legítima defesa”. E se dissesse, também não preveria qualquer inversão do ônus probatório. A locução final é implícita, e desnecessária.

Muitos outros exemplos poderiam, nessa linha de raciocínio, ser fornecidos, mas já bastam esses a reforçar a tese de que o presente delito não viola a presunção de inocência, a não autoincriminação, não implicando qualquer inversão do *onus probandi*.

Vale, nessa esteira, transcrever parte do voto do Conselheiro Vitor Gomes (vencido na decisão do Processo nº 182/2012, da Corte Constitucional portuguesa, pois considerou constitucional apenas o art. 27-A da Lei nº 34/1987, ao qual se refere) (*apud* Bechara, 2012, p. 530-532):

Acompanho os termos gerais da análise do princípio constitucional da presunção de inocência do arguido que o acórdão enuncia e que, já por si, em parte afastam os fundamentos do pedido, designadamente quanto à pretensa inversão do ônus da prova. Mas não concordo com o juízo de violação do nº 2 do art. 32º da Constituição, desde logo porque não compartilho o entendimento de que nos tipos penais incriminatórios, tal como se encontram construídos, se presume a

origem criminalmente ilícita da incompatibilidade patrimonial.

O que está em causa [...] é a impossibilidade de determinar a origem lícita do enriquecimento do agente no período abrangido pelo dever declarar, e de declarar com verdade, o patrimônio e rendimentos. Ora, como enfatiza a norma do art. 10º do Decreto, e já decorre dos princípios gerais do processo penal de estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação, incumbe ao Ministério Público (no sentido de que a dúvida se resolve contra a acusação) a prova também deste elemento do tipo. A lei não presume a ilicitude ou culpa do agente relativamente ao crime que se lhe imputa. O que existe é uma inferência de facto de ocultação da origem dos rendimentos face às declarações prévias obrigatoriamente apresentadas e à incongruência com a situação patrimonial revelada por qualquer das acções típicas (adquirir, possuir ou deter...) que, se for abalada em qualquer dos seus pressupostos, conduz à absolvição do arguido quanto a este crime.

Ora, o Tribunal – tal como o TEDH (*v. os casos Radio France vs. France*, de 2004, *Pham Hoang vs. France*, de 1992, e *Salabiaku vs. France*, de 1998, todos disponíveis em: <www.echr.coe.int/echr/> – tem admitido como válida a existência de presunções de facto, desde que o arguido possa desmontar onexo lógico-inferencial em que a presunção se sustenta e baste a contra-prova (e não a prova do contrário) para assegurar uma decisão favorável ao arguido [...].

Finalmente, não pode considerar-se que a estrutura do tipo colida necessariamente com o conteúdo de sentido do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Nenhuma contribuição se exige do arguido para a prova dos factos constitutivos do tipo e nenhuma conclusão desfavorável ao arguido se retira do seu exercício do direito ao

silêncio. Prestar ou não declarações ou apresentar prova quanto à origem lícita do enriquecimento é opção que o arguido tomará livremente consoante a estratégia da defesa que escolha.

A Corte Suprema da Nação Argentina, como já mencionado anteriormente, tem julgado constitucional do art. 268 (2) do Código Penal, considerando que a cláusula do requerimento e de ausência de justificação deve ser interpretada como uma regra em favor do acusado, e não como uma obrigação de provar sua inocência, de modo que ele pode manter-se em silêncio sem que esse comportamento implique uma presunção legal de culpabilidade.

Ademais, tem reputado que a constatação de um enriquecimento incompatível com as rendas funcionais e o subsequente requerimento ao funcionário não constituem elementos constitutivos do delito, mas condições objetivas de punibilidade.

O juízo de falta de justificação resulta da comprovação, por parte do Ministério Público, com base em dados objetivos, do apreciável aumento patrimonial durante o exercício da função pública²³.

A doutrina a favor da constitucionalidade segue a mesma linha argumentativa, com alguma variação²⁴.

Sumulando, e respeitados os posicionamentos em sentido contrário, a criminalização do enriquecimento injustificado, especialmente diante da proposta de alteração de redação ora feita, atende aos princípios constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação.

CONCLUSÃO

A concretização dos direitos fundamentais é incompatível com uma administração desonesta. A constituição, além de legislação infraconstitucional, busca combater a corrupção.

²³ É o que se extrai, *v.g.*, dos termos da Decisão da Causa n° 2737 (Rossi, Domingo Daniel) - R. 30. XLIII; RHE; 01.12.2009, t. 332, p. 2659. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5061>>. Acesso em: 9 set. 2013.

²⁴ De Luca; López Casariego (2004, p. 117-150); Magariños (2004, p. 716-727); Otranto (2004, p. 217-224); Sircovich (2012, p. 1197-1202).

O Brasil firmou diversos tratados internacionais sobre o tema, incorporando-os em seu ordenamento jurídico, destacando-se a Convenção da ONU (2003) e a Convenção Interamericana (1996).

É nesse cenário que surge a ideia da criminalização do enriquecimento injustificado, recomendada pelos referidos tratados, tema que tem despertado diversos questionamentos.

Na Europa, criminalizou-se o enriquecimento ilícito na Itália, em Portugal e na França, permanecendo vigente apenas a norma do último país, já que as dos demais foram declaradas inconstitucionais pelas respectivas Cortes Constitucionais.

Na América Latina, destacam-se Argentina, Chile e Colômbia, permanecendo as respectivas normas incólumes.

O projeto do novo Código Penal brasileiro prevê, como *nomen juris* de *enriquecimento ilícito*, no art. 283 (redação conforme primeiro relatório apresentado à Comissão de Constituição e Justiça), a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público.

Cuida-se de crime próprio, subsidiário, doloso, comissivo e unissubjetivo, não admitindo a forma tentada.

O bem jurídico tutelado pela norma é a transparência do patrimônio de servidores públicos, o qual, a nosso ver, possui dignidade penal.

Impróprio, todavia, o título dado ao delito; mais adequado seria *enriquecimento injustificado*.

Deve-se exigir, porém, a fim de dar plena eficácia aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, que a desproporção seja substancial, alvitando-se que o advérbio *substancialmente* conste expressamente no tipo penal (anteposto ao adjetivo *incompatível*).

Consoante sustentamos, essa criminalização não ofende as garantias constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação, não importando qualquer inversão do *onus probandi*.

A prova das elementares (*adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu múnus público*) incumbe ao Ministério Público, e não ao acusado.

A locução final (*ou por outro meio lícito*) é óbvia e desnecessária, devendo, de acordo com a redação ora proposta, ser suprimida da redação do artigo, cujo *caput* seria:

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja substancialmente incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público.

Não se crê seja este instrumento panaceia na luta contra a corrupção, mas apenas um, entre outros tantos, eficaz e válido no combate a esse mal.

Todos os meios possíveis, cíveis e criminais, se revelam importantes no combate à corrupção, para que ao menos possamos mantê-la em níveis toleráveis, já que sua completa erradicação não passa de utopia.

De fato, a sociedade vive uma crise ética. Em uma cultura em que condutas como subornar guardas de trânsito, “colar” em provas e assinar listas de presença em nome de outrem parecem normais, seria demais sonhar que os agentes públicos, oriundos desta mesma sociedade, sejam, em sua totalidade, absolutamente probos.

Essa constatação, porém, não deve esmorecer a luta em busca desse objetivo, bandeira fundamental na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual IBCCrim*, a. 1, n. 1, p. 6-75, jan./fev. 2013.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASUALDO, Gabriela B. El delito de enriquecimiento ilícito a la luz de la teoría de Günther Jakobs: a propósito del intento en un fallo reciente de legitimar la figura según la teoría de los roles. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 139-164, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 98, p. 503-538, 2012.

_____. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2003.

CAIEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 454-501, jan./fev. 2013.

CASTRO, Julio César. El enriquecimiento de los funcionarios públicos. *Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Mendoza, n. 3, p. 78-109, 2002.

DE LA FUENTE, Javier Esteban. El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 79-119, 2004.

DE LUCA, Javier Augusto; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 117-150, 2004.

FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo. Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 37-98, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Tiago Cintra. Corrupção: aspectos processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 89, p. 473-494, mar./abr. 2011.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A. Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 11, p. 457-471, 2002.

GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. Criminalização do enriquecimento ilícito: Projeto de Lei (Câmara dos Deputados) nº 5.586/2005. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 157, p. 16-17, dez. 2005.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Bauru: Monole, 2005.

LESSA, Sebastião José. O enriquecimento ilícito do agente público, a Comissão de Reforma do Código Penal, os crimes contra a administração pública e o desvio de recursos públicos. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 76, p. 50-65, out./nov. 2012.

MAGARIÑOS, Mario. El delito de enriquecimiento ilícito: la posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 4, p. 716-727, dez. 2004.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se o enriquecimento ilícito no exercício da função pública. *Revista CEJ*, Brasília, n. 54, p. 14-17, jul./set. 2011.

MEDINA SALAS, Marco Antonio. Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. *Capítulo Criminológico: Revista de las Disciplinas del Control Social*, Maracaibo, n. 1, p. 133-152, jan./mar. 2009.

MINNA, Rosario. Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita. *L'Indice Penale*, Padova, n. 1, p. 195-217, jan./abr. 2002.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito. In: RODRIGUEZ COLLAO, Luis (Coord.). *Delito, pena y proceso: libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.

OTRANTO, Guido S. El delito de enriquecerse injustificadamente, el requerimiento de justificación patrimonial y el derecho de defensa en juicio. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 217-224, set. 2004.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REYES ALVARADO, Yesid. La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 6, p. 97-100, ago. 1997.

ROXIN, Klaus. *Derecho penal, parte general – Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2008.

SAAD GIMENES, Marta Cristina. As medidas assecuratórias do código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007.

SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915/968, maio 1999.

SIRCOVICH, Jesica Y. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público en el derecho argentino. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 7, p. 1197-1202, jul. 2012.

SMOLIANSKI, Ricardo. Algunas consideraciones con respecto al delito de enriquecimiento ilícito – art. 2658, inc. 2, Código Penal argentino. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 5, p. 895-504, jan. 2005.

TEJADA REYES, Manuel. La convención interamericana contra la corrupción. *Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales*, México, n. 10, p. 79-88, mar./abr. 2007.

Submissão em: 21.11.2017

Avaliado em: 14.03.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.06.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 26.06.2018