

O CONTEÚDO DO INJUSTO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO: A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL

THE CONTENT OF THE CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT: THE CRIMINALIZATION PROPOSAL IN BRAZIL

João Paulo Martinelli¹

Ibmec- SP

Resumo

O presente artigo discorre sobre a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito no Brasil e sua incompatibilidade com os princípios do direito penal no Estado democrático de direito. A proposta não se sustenta diante dos princípios da legalidade, fragmentariedade, ultima ratio e presunção de inocência. Ademais, não há um bem jurídico reconhecido para legitimar a criminalização. Por fim, não há motivos para insistir exclusivamente nas leis penais para enfrentar a corrupção.

Palavras-chave

Enriquecimento ilícito. Corrupção. Bem Jurídico. Legalidade. Presunção de inocência

Abstract

This article discusses the proposed criminalization of illicit enrichment in Brazil and its incompatibility with the principles of criminal law in the rule of law. The proposal is not supported by the principles of legality, fragmentation, ultima ratio and presumption of innocence. Furthermore, there is no recognized legal value to legitimize criminalization. Finally, there is no reason to insist exclusively on criminal laws to tackle corruption.

Keywords

Illicit enrichment - corruption - legal value - legality - presumption of innocence

INTRODUÇÃO

As tentativas de combate à corrupção normalmente encontram barreiras em dispositivos constitucionais porque, não raro, condiciona-se a eficácia das medidas a restrições de direitos fundamentais. Acredita-se que a grande parte das pessoas – se não a totalidade – é contra a corrupção, porém, é obrigação do legislador oferecer ferramentas legais que não afrontem a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Se o Estado não consegue enfrentar

¹ Advogado criminalista, consultor jurídico, mestre e doutor em direito penal (USP), com pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra, professor do IBMEC-SP e do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Damas-PE.

a criminalidade dentro dos limites constitucionais então é necessário repensar sua legitimidade para punir.

O combate à corrupção passa por vários fatores, dentre os quais o treinamento adequado dos agentes públicos, estrutura de trabalho a quem está na linha de frente e maior participação de órgãos de fiscalização. Jogar toda responsabilidade nas costas de um novo tipo penal, sem reconhecer os erros existentes, em nada ajuda nessa luta incansável. Pior é criar tipos penais ilegítimos que violam os mais importantes princípios do direito penal e do direito processual penal.

O presente artigo analisa a proposta de criação de um tipo penal específico do enriquecimento ilícito. O estudo está restrito ao tipo penal e não entra em questões relativas ao processo, apesar de ser impossível não reconhecer certas profanidades aos mais sagrados cânones do direito processual. Quando a própria criminalização não possui amparo constitucional, inútil qualquer tentativa de legitimidade como pretendem os defensores da proposição legislativa.

O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E SUA CRIMINALIZAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

Inicialmente, cabe apontar que, em alguns países, há tipos penais que criminalizam o enriquecimento ilícito ou, como preferem alguns, enriquecimento sem causa. Nesse restrito grupo, houve manifestação das Cortes constitucionais a respeito da inconstitucionalidade desse tipo de expediente. Nesse sentido, os mesmos problemas decorrentes do projeto de lei brasileiro podem ser comparados com aquilo que já foi avaliado no estrangeiro, ainda que as redações legais sejam distintas. O que interessa, de maneira universal, é o conteúdo do injusto e a possibilidade, ou não, de buscar a responsabilidade penal sem violar direitos fundamentais.

Inicia-se pela Europa. O Código Penal francês, em seu art. 321-6, 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.²

O Código italiano, no art. 12, segundo parágrafo, da Lei 356, de 1992, estipulava que:

Para além dos casos previstos no n.º 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, n. 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,

² Tradução livre de: “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”.

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.³

Esta norma penal, pela Sentença 48, de 09 de fevereiro de 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 criminosa. O tribunal maior italiano considerou que é incompatível com a Constituição a possibilidade de responder por dois crimes, o antecedente (que resultou na aquisição de valores ilícitos) e o enriquecimento ilícito (a consequência do crime antecedente). Trata-se, pois, de violação à ampla defesa, considerando a autonomia do enriquecimento ilícito em relação ao delito antecedente.

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

Art. 335.º-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

³ Tradução livre de: “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, nonchè 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, reversione, 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”.

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. 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. 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

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

Art. 386.º. 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 n. 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 n. 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

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

Art. 27.º-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 5 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. 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 n. 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

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

Estes dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal (acórdão n. 179/12), que decidiu, por maioria, que: 1) por não existir um bem jurídico claramente identificado e digno de proteção penal; 2) por não estarem suficientemente determinadas a ação ou omissão proibidas; 3) por se violar a presunção de inocência, ao presumir-se a origem ilícita do patrimônio incongruente⁴. A doutrina portuguesa, em grande parte, acompanhou a decisão da Corte, a exemplo de Faria Costa:

Se o legislador não emprestou às descrições típicas do enriquecimento ilícito o possível e suficiente grau de determinação constitucionalmente exigível, foi porque estava a navegar, no fundo, sob o domínio de ventos que sopravam em outra direção. Se não no rumo diametralmente oposto, no sentido de um “direito penal do autor”, ao menos na direção de um “direito penal de mero *status*” ou de um “direito penal de estamento”⁵.

Na Espanha, não há um tipo penal específico mas o Código Penal prevê medida de confisco de bens e produtos pertencentes à pessoa condenada por algum dos crimes arrolados no próprio artigo, desde que haja indícios objetivamente fundados de que os bens sejam provenientes de atividade delitiva e não se prove sua origem lícita. Dentre os crimes previstos estão os de corrupção e aqueles praticados contra a Administração Pública (art. 127 bis). Não se trata de delito autônomo mas

⁴ CAEIRO, Pedro. “Quem cabritos vende e cabras não tem...” (sobre a criminalização do chamado enriquecimento ilícito. In: Alar Leite e Adriano Teixeira (org.). Crime e Política. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 354-355.

⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. Crítica à tipificação o crime de enriquecimento ilícito: *Plädoyer* por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: Alar Leite e Adriano Teixeira (org.). Crime e Política. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 329.

de efeito da condenação, decorrente de processo judicial prévio com direito ao contraditório e à ampla defesa.

Na América do Sul, o crime de enriquecimento ilícito de funcionário público é tipificado no art. 268 (2), do Código Penal argentino, com a seguinte redação:

Art. 268 (2) — Será punido com reclusão de dois a seis anos, multa de cinquenta a cem por cento do valor do enriquecimento e inhabilitação 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.⁶

A legislação chilena também foi modificada em 2006, com a inclusão do enriquecimento injustificado no art. 241-*bis*, do Código Penal:

Art. 241. bis. 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

⁶ Tradução livre de: “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 justifiare 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”.

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 Público⁷.

Também há a tipificação do enriquecimento ilícito no art. 412 do Código Penal colombiano:

Artículo 412. 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 anos⁸.

⁷ Tradução livre de: “El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante 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”.

⁸ Tradução livre de: “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”.

Percebe-se que as previsões legislativas têm, em comum, a ausência de descrição de uma ação ou omissão determinadas, o que é uma imposição do princípio da legalidade. Ademais, a construção de tipos penais vazios de conduta e que partem da presunção de culpa do acusado é inconstitucional. Tanto é que nem todos os países signatários da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção preveem o crime de enriquecimento ilícito e destacam-se dois em especial: EUA e Canadá. Esses países efetuaram interpretações declarativas acerca do delito quando da ratificação da Convenção, sustentando que o mesmo afronta o princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, reportaram à OEA que estariam desobrigados a proceder à criminalização da conduta, reiterando o entendimento acerca do aviltamento ao princípio da presunção da inocência, uma vez que tal figura delitiva, da forma como proposta pela convenção, impõe o ônus da prova sobre o acusado⁹.

AS PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como o objetivo de analisar o conteúdo do injusto do enriquecimento ilícito, não será objeto deste trabalho o tratamento dispensando pela Lei de Improbidade Administrativa. Somente serão apreciadas as propostas de criminalização com as devidas críticas pertinentes. No âmbito interno, há plano de criminalização no projeto do Código Penal (PLS 236/2012) por influência das denominadas “Dez Medidas Contra a Corrupção” (PLC 3955/2019). A proposta carrega pontos polêmicos, nos quais há divergências entre os autores deste artigo, conforme veremos adiante.

O projeto foi apresentado apontando-se a disfunção, real ou ficcional, entre o fenômeno da corrupção e os instrumentos jurídico-penais disponíveis ao seu combate. Segundo a justificativa do projeto, a criminalização do enriquecimento ilícito seria necessária para superar essa

⁹ ROSSETTO, Patricia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, jan./jun., 2009, p. 242.

disfunção¹⁰. Em sua redação mais atual, o PLS 236/2012 tipifica o enriquecimento ilícito no art. 288, com a seguinte redação:

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.

As justificativas da criminalização levam em consideração critérios puramente utilitaristas, como a dificuldade de provar a prática de atos ilícitos por servidores públicos que possuem patrimônio incompatível com seus rendimentos e pela presunção de irregularidades na sua atividade. Conforme explicado na pág. 33 do PLC 3955/2019, “o enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Por essa razão, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, exorta os Estados Partes a tipificarem em seus ordenamentos jurídicos o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele”.

¹⁰ SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. Repensando a criminalização do enriquecimento ilícito no Brasil: uma análise de legitimidade constitucional e dogmático-penal do PL 4.850/2016. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 26, 1/4, jan./dez. 2016, p. 322.

A explicação prossegue nas págs. 34 e 35: “Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura”. (...) “Reforça-se que não se trata de uma inversão do ônus da prova no tocante ao caráter ilícito da renda, mas sim de acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto, após investigados os fatos e ouvido o servidor. Essa solução é amparada na moderna teoria explanacionista da prova, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível, bem como na tradicional teoria indutiva, que foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos e é o fundamento de qualquer exame sobre provas”.

A tática de convencimento, conforme visto acima, é apelativa e recorre a supostas indignações públicas. Nas palavras de Ana Elisa Bechara:

Divulgam-se, então, pesquisas de opinião pública sobre a aprovação de medidas mais drásticas e rigorosas de combate à criminalidade, tais como a redução da maioridade penal; a criação de novos delitos; a redução de garantias fundamentais do agente; e o aumento de penas previstas para delitos já existentes. Tem-se, nessa linha, a proliferação de leis penais, que não raras vezes são votadas de forma casuística, impensada e, o que é pior, atécnica¹¹.

Nota-se que a redação típica apresentada não restringe a configuração do enriquecimento ilícito a casos em que seja constatável a prática anterior de corrupção ou de qualquer outro crime. Não se exige que o patrimônio discrepante seja fruto de uma infração penal

¹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, jan./dez. 2008, p. 412.

antecedente, deixando uma margem de interpretação ampla¹². Novamente, a atecnia da proposta, caso aprovada, exigirá um trabalho hercúleo de doutrina e jurisprudência para evitar as arbitrariedades possíveis pelo texto do projeto e ocultados em sua justificação.

A TIPIFICAÇÃO E SEUS PROBLEMAS

A existência de um tratado internacional que obrigue seus signatários a tipificarem o enriquecimento ilícito não significa que, necessariamente, deverá haver um tipo penal autônomo em relação aos demais que descrevem um comportamento proibido. A existência de delitos como peculato, corrupção passiva, fraude em licitação, entre outros, já permite afirmar que o enriquecimento ilícito está criminalizado de diversas maneiras. Afinal, como consequência dos delitos praticados contra o erário público está o acréscimo patrimonial ilegal dos agentes.

Ademais, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, em seu art. 65, deixa claro que “cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção”. Ou seja, as imposições do Tratado não podem passar por cima de preceitos constitucionais vigentes no país signatário.

Muitos são os problemas de tipificar o enriquecimento ilícito e, no escopo deste trabalho, serão apontados aqueles de natureza dogmática do direito penal material. O primeiro entrave é a própria definição de enriquecimento ilícito. Todo crime que tenha gerado ganho ilegal ao agente pode ser enquadrado no conceito de enriquecimento ilegal. Nota-se: a criminalização da consequência do crime abre margem para incluir qualquer ato ilícito com ganhos econômicos.

Almeida Pequeno discorre sobre a questão:

“O que se entende por delitos de enriquecimento ilícito? Essa denominação abrange todas as formas de obter um lucro econômico de forma ilegal. É dizer, desde aqueles que

¹² SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. *op. cit.*, p. 343.

se enquadram nos denominados crimes de “colarinho branco”, tais como os delitos praticados por fraude, apropriação indébita de coisa pública, crimes contra a Fazenda Pública, etc., até aqueles que aumentam notavelmente o patrimônio do agente, por meio de atividades ilegais. Queremos dizer que o tráfico de drogas em grande escala ou a exploração sexual de mulheres, por exemplo, podem ser incluídos como crimes de enriquecimento ilícito, quando o que os sustenta é a ganância”¹³.

O elemento subjetivo é outro problema a ser explicado. O agente, para incorrer no crime, deve ter o dolo de *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*. Veja-se bem, não se trata de ter consciência de atentar contra um bem jurídico determinado, como o erário público ou a moralidade pública. O dolo consiste em usufruir de bem incompatível com os rendimentos, o que traz uma imensa dificuldade de ajuste ao tipo proposto.

E qual o bem jurídico tutelado pelo tipo sugerido? A primeira obrigação do legislador em matéria criminal é a de elaborar o tipo legal de crime de forma a denominar ou, ao menos, deixar reconhecível o bem jurídico através dele tutelado¹⁴. De acordo com Luis Greco,

“talvez seja possível justificar um tipo penal de enriquecimento ilícito. O funcionalismo público existe para servir ao público, e não para enriquecer os que supostamente servem. O bem coletivo que é a própria instituição do serviço público parece ser posto em questão por funcionários que usufruem em vez de servir. Se essa justificação convence, ou não, é algo que teria de ser examinado mais detidamente em uma futura oportunidade”¹⁵.

¹³ ALMEIDA PEQUEÑO, Usoa et. al. Aspectos psicológicos del enriquecimiento ilícito. In: Manuel Avilés (coord.). El enriquecimiento ilícito. Alicante: Editorial Club Universitario, 2011, p. 72.

¹⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, 2017, p. 324.

¹⁵ GRECO, Luis. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. In: Alaor Leite e Adriano Teixeira (org.). Crime e Política. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 281.

Os autores da proposta, no entanto, não se esforçaram para determinar o bem jurídico tutelado e afirmar que o que se pretende é uma investigação mais eficiente no combate à corrupção não parece ser um conceito político-criminalmente aceitável.

Como bem acentuam Raquel Scalcon e Emilia Giuliani,

“há grande dificuldade na redação do projeto. Deve-se compreender *o que e por que* se quer proibir. Há dificuldades na identificação do bem jurídico, o que decorre, pelo menos em parte, pela falta de compreensão sobre a matéria que se deseja regular. Paira relevante controvérsia sobre a possibilidade de harmonizar o elemento normativo do tipo *patrimônio incompatível* com a presunção de inocência”¹⁶.

O bem jurídico deve ser uma realidade, e não apenas um ideal; o bem deve ser compreendido como substancial para o ser humano e para a vida em sociedade¹⁷. A Administração Pública pode ser um bem jurídico tutelado, mas essa técnica de tutela é questionável. Parece que tudo que a formulação do tipo penal faz é descrever uma situação moralmente questionável, e não uma efetiva conduta humana voluntária que coloque em risco ou afete o funcionamento de suposto bem jurídico tutelado¹⁸.

A justificativa do MPF, de que o enriquecimento ilícito é “prova indireta” da corrupção, revela que a punição não se basearia no enriquecimento em si, mas na premissa de que em momento pretérito houve ofensa ao bem jurídico probidade da Administração Pública, mediante prática de crimes funcionais. Isso significa, portanto, a punição por um ou mais atos de corrupção que não se podem afirmar concretamente quais são, mas cujos frutos aparentemente autorizam a conclusão de que houve algum desvio funcional anterior pelo funcionário público¹⁹.

¹⁶ SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. *op. cit.*, p. 329-330.

¹⁷ SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. *op. cit.*, p. 341.

¹⁸ SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. *op. cit.*, p. 347.

¹⁹ SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da; GUARAGNI, Fábio André. A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e crime de estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 145, jul. 2018, p. 467.

Conforme lição de Rui Patrício, o bem jurídico não existe, na verdade. Se alguém possui riqueza que não é congruente com rendimentos declarados, uma de três: ou não estava obrigado a declará-los, e não há qualquer questão legal; ou estava obrigado e não os declarou, e apenas cometeu um ilícito (que não tem dignidade para ser criminal, mas tão somente disciplinar, no máximo) e não declaração; ou obteve-a de forma ilícita, por meio da prática e um qualquer crime que já está tipificado e que é preciso investigar e sancionar²⁰. O intuito é substituir a “dificuldade” de investigar os crimes já existentes (os verdadeiros crimes) pela facilidade de comprar declarações de rendimentos com sinais de riqueza²¹.

Várias são as tentativas de justificar a tipificação. O movimento correto seria identificar o bem jurídico a ser tutelado para, posteriormente, criminalizar o comportamento perigoso ou lesivo. Fazer o contrário, isto é, elaborar um tipo penal para, em seguida, forçar o reconhecimento de um bem jurídico, é manobra de quem não quer aceitar a arbitrariedade do procedimento. Vários são os conceitos que surgem na tentativa de convencer sobre a existência de bens jurídicos vagos: probidade da Administração Pública, moralidade pública, confiança nas instituições, entre outros. Mas, como bem destaca Pedro Caeiro, a transparência, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades são políticas públicas importantes, a probidade é uma virtude moral prezável, a equidade é um princípio jurídico fundamental, mas não têm densidade e concreção suficientes para serem, em si mesmas, bens jurídico-penais²².

O bem jurídico é o norte de interpretação do tipo penal. O perigo ou lesão que se pretende evitar recai sobre o bem descrito pela norma. Recorrendo a Cláudio Brandão, “note-se que o comportamento esperado pelo direito é negativo (não matar), enquanto a fórmula do tipo é descrita através de um comportamento positivo (matar alguém). A norma, por conseguinte, é proibitiva. Isto se dá porque ela, ao representar o

²⁰ PATRÍCIO, Rui. Sete pecados capitais (sobre a criminalização do “enriquecimento ilícito”). Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 34, n. 136, out./dez., 2013, p. 143.

²¹ PATRÍCIO, Rui. *op. cit.*, p. 148.

²² CAEIRO, Pedro. *op. cit.*, p. 358.

comportamento esperado pelo direito, é sempre compreendida à luz de seu objeto de tutela, nomeadamente o bem jurídico”²³.

Por isso, ousa-se discordar de Brenno Cesca, para quem o bem jurídico tutelado pela norma é a transparência do patrimônio de servidores públicos, o qual, a nosso ver, não possui dignidade penal. 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 perda²⁴.

Além da ausência de bem jurídico legítimo, Faria Costa acrescenta que mesmo que, de maneira forçada, reconheçamos a existência de qualquer interesse digno de tutela jurídico-criminal, a incriminação do enriquecimento ilícito não sobreviveria ao exame da subsidiariedade imposto pelo princípio da necessidade da intervenção penal, uma vez que o conteúdo do ilícito é o mesmo ainda que o autor seja um cidadão comum, um funcionário público ou um titular de cargo político ou alto cargo público²⁵.

A proposta de incriminação é precária, por vários motivos. A afirmação de que uma conduta atenta contra certo bem jurídico tem que resultar de uma avaliação de índole criminológica e político-criminal e não é suscetível de se estabelecer por decreto. Se a lei pudesse ordenar a danosidade social de uma conduta, os mandamentos constitucionais da dignidade penal e da necessidade da lei penal estariam na inteira disponibilidade do legislador ordinário: haveria bem jurídico digno e carecido de proteção penal sempre que o legislador o dissesse²⁶.

²³ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares Sobre o Delito*, vol. 03, n. 04, 2018, p. 24.

²⁴ CESCA, Brenno Gimenes. O enriquecimento injustificado à luz das garantias constitucionais da presunção da inocência e da não autoincriminação. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, Jun., 2018, p. 111.

²⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, p. 321.

²⁶ CAEIRO, Pedro. *op. cit.*, p. 357.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da estrita legalidade penal possui três postulados fundamentais. O primeiro é a reserva absoluta de lei, que proíbe a criação, modificação ou revogação de tipos delitivos por normas que não sejam a lei federal elaborada pelo Parlamento. O segundo é a taxatividade, que implica a elaboração de tipos penais com fórmulas rigorosamente claras, unívocas e precisas, que permitam uma delimitação rígida e certa da esfera de relevância penal. E o terceiro é a inderrogabilidade da punibilidade, em virtude da qual a tipificação normativa deve ser feita com referência a fatos (cometidos por ação ou omissão) e não a meras qualidades ou condições pessoais ou status no qual se encontra o acusado²⁷.

O tipo do enriquecimento ilícito destaca graves violações a dois postulados. Não se respeita a taxatividade, pois o comportamento a ser proibido não está claro. O proveito dos ganhos ilícitos de crime anterior é seu exaurimento e pode ocorrer das mais diversas maneiras. A conduta criminosa já encontra sua descrição nos tipos precursores geradores de riqueza ilegal, como a apropriação indevida de valores pertencentes ao erário ou a obtenção de vantagem indevida para favorecer um particular. Também se está a fundamentar a punibilidade pela condição de possuir patrimônio incompatível com os rendimentos, não por conduta que atenta contra a Administração Pública.

O imperativo constitucional *nullum crimen sine lege certa* requer que a redação legal dos pressupostos de punibilidade seja a mais clara e precisa possível. Na tipificação do enriquecimento ilícito, o legislador não só não desenha o bem jurídico que se deseja proteger como, para além disso, não permite que o cidadão ou intérprete possa levar a cabo a identificação do fato – ação ou omissão – proibido²⁸. A construção dos tipos legais do crime de enriquecimento ilícito não permite a identificação

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma garantista. Madri: Trotta, 2018, p. 85-86.

²⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, p. 328.

da ação ou omissão que é proibida, em manifesta inobservância do princípio constitucional da legalidade²⁹.

É evidente que as dificuldades de compreender o verdadeiro significado do tipo penal decorre da inobservância, dentre outros, ao princípio da legalidade. O maior problema não está tanto na indeterminação das condutas típicas, mas sim na incriminação de condutas a que não subjaz a violação de qualquer dever; não existe um dever de não adquirir ou desfrutar de bens que sejam incompatíveis com os rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados³⁰.

Ademais, não há como individualizar devidamente a responsabilidade penal na proposta apresentada. O projeto não traz graus diferentes de grau do injusto: ou é tudo, ou nada. Qual o nível de incompatibilidade necessário entre patrimônio e rendimentos para configurar o crime?³¹ Não há, na formulação do tipo penal proposto, de características claras que permitam distinguir entre condutas dotadas de graus de desvalor significativamente diferentes. A doutrina e a jurisprudência deverão corrigir, em caso de aprovação, a falta de individualização do texto legal³².

Ademais, a “eventualidade” da maneira como são usufruídos os bens, valores ou direitos, assim como a “incompatibilidade” deles com a profissão exercida pelo agente público, não são descritas na norma. A ausência de um critério determinado e preciso para mensurar a “eventualidade” do usufruto e a “incompatibilidade” do valor auferido com a profissão pública exercida, ressalta-se, cria um sério desvio da norma com o princípio da taxatividade³³.

COMO CLASSIFICAR O CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO?

²⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, p. 321.

³⁰ CAEIRO, Pedro. *op. cit.*, p. 355.

³¹ SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. *op. cit.*, p. 336.

³² SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. *op. cit.*, p. 337.

³³ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, jun., 2017, p. 90.

Um método para confirmar a ilegitimidade do delito de enriquecimento ilícito é tentar sua classificação de acordo com os possíveis critérios disponíveis. Para não ocupar espaço desnecessário, haverá restrição a dois critérios: a efetiva lesão ao bem jurídico e a necessidade de resultado. Na primeira, questiona-se: é crime de dano ou crime de perigo? Na segunda, a pergunta é: trata-se de crime material, formal ou de mera conduta? A classificação é complicada porque sequer o bem jurídico está reconhecido.

Sem um bem jurídico especificado, a estratégia “infalível” do legislador é recorrer aos crimes de perigo abstrato. Na mesma toada seguem doutrina e jurisprudência, que, na falta de argumentos sólidos, afirma que se trata de crime de perigo abstrato, uma espécie de perigo presumido, que não precisa ser comprovado no caso concreto, basta que a conduta seja praticada. Aqui, o caso é mais grave porque sequer há um comportamento bem definido para gerar a situação de perigo, tampouco um bem jurídico a ser protegido.

Há, portanto, que recorrer a formas distintas de interpretação. Aproveitamos a lição de Silva Junior e Guaragni:

Identificam-se duas maneiras principais de interpretar o crime de enriquecimento ilícito. A primeira é considerá-lo um “crime de suspeita”, ou seja, aquele em que a magnitude do injusto é composta pela presunção de que o patrimônio indevido seria fruto de algum crime funcional. O conteúdo de injusto reside na suspeita alusiva à origem criminosa do patrimônio. A segunda é considerá-lo um “crime de estado”, que derivaria a violação a um dever de transparência em relação à fonte do patrimônio ostentado pelo funcionário público. Nesse caso, o injusto corresponderia ao estado de gozo de um patrimônio injustificado, sem que importe a origem (irregular, ilícita ou criminosa)³⁴.

Para Faria Costa, trata-se de um crime de estado, cujo conteúdo de ilicitude se esgota na incongruência entre patrimônio e os

³⁴ SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da; GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 464.

rendimentos lícitos do agente. Segundo essa “assombrosa lógica da aleatoriedade”, o autor deve ser punido não por praticar uma determinada e particular conduta de enriquecer-se ilícitamente, mas por ocasional e desafortunadamente se encontrar em uma situação em que o Ministério Público – que legalmente deve carrear todo o material probatório que determine quer a absolvição, quer a condenação – não consegue reunir os elementos necessários e suficientes para demonstrar a ilicitude do acréscimo patrimonial obtido³⁵.

Acrescenta-se a definição de Silva Junior e Guaragni:

O crime de estado é aquele cujo conteúdo de ilícito é a própria incongruência entre o patrimônio possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente, independentemente da intenção de se castigar por eventual crime anterior. A expressão crime de estado está relacionada ao estado do objeto material do delito, consistente em bens e valores cuja expressão monetária é incompatível com as rendas auferidas licitamente pelo agente público. Em outras palavras, “o estado do objeto material significa e comunica essa incompatibilidade”³⁶.

Como aponta Caeiro, não se trata de desenhar um crime de perigo, mas sim um ilícito-típico com os indícios de outros crimes passados. Se a finalidade é punir por supostos crimes antecedentes não punidos, teremos bens jurídicos aleatórios. É uma espécie de “homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido”³⁷. Se diversos delitos podem gerar o enriquecimento ilícito de servidor público, diversos podem ser os bens jurídicos tutelados, diante da multiplicidade de crimes antecedentes.

E se o bem jurídico do crime antecedente foi lesado, demonstrando a insuficiência do direito penal em sua proteção, o delito de

³⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, p. 332.

³⁶ SILVA JUNIOR, Luís Otávio Sales da; GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 474.

³⁷ CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime de confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco 'in rem' e a criminalização do enriquecimento 'ilícito'). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, abr./jun., 2011, p. 301-302.

enriquecimento ilícito nada mais será que a tentativa de voltar no tempo. Como classificar um tipo penal que tutela um bem jurídico já afetado anteriormente? A resposta parece clara: trata-se de um delito *sui generis*, que pune alguém por sua condição e não por um comportamento perigoso ou lesivo.

DESNECESSIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO

A proposta de criminalização do enriquecimento ilícito parece ignorar que já existem tipos penais que abrangem comportamentos indevidos de servidor e agentes públicos que violam deveres funcionais para a obtenção de ganhos ilegais. A falta de racionalidade na criação do tipo é flagrante e acaba por ser denunciada nas próprias justificativas que acompanham a proposta de criminalização. Em outras palavras, além de inconstitucional, o projeto cria um crime desnecessário, haja vista que servidores públicos somente enriquecerão ilicitamente se praticarem fatos já previamente tipificados³⁸.

Como bem aponta Costa Andrade, do ponto de vista normativo, o que está em causa é um ilícito próximo das falsificações e falsidades, claramente extremado ante o ilícito da corrupção. Do ponto de vista criminológico, a norma dirige uma mensagem clara aos corruptos (ou predispostos à corrupção) inteligentes, mesmo que apenas medianamente inteligentes: há toda a vantagem em empolar decidida e artificialmente as declarações, precisamente à medida do que se aspira a (e se espera) enriquecer ilegalmente. Nada acontecerá se a moldura projetada não for alcançada; menos ainda se ela for alcançada. E a lei funcionará, afinal, como uma barreira alfandegária a proteger eficazmente os corruptos e a corrupção³⁹.

A crítica de Rui Patrício é bem posta na analogia utilizada:

³⁸ EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do “novo” crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais. *Revista brasileira da advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 1, abr./jul. 2016, p. 180.

³⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caíbidis. In: Alaoir Leite e Adriano Teixeira (org.). *Crime e Política*. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 349.

“Criminalizar o enriquecimento ilícito é, mais coisa menos coisa, como recorrer a substâncias psicotrópicas para aliviar os males da existência. A sensação de alívio é temporária, os males da existência continuam lá e introduz-se no organismo um corpo estranho e nocivo. Para já não falar na ressaca, pois o pior é sempre a ressaca”⁴⁰.

Se o próprio Ministério Público, ao propor a tipificação, reconhece que há dificuldades em produzir provas do crime gerador da riqueza ilícita, há uma confissão implícita de que o direito penal não foi eficaz em evitar o dano ao erário público. Não há razão para insistir na mesma estratégia, fazendo uso do mesmo direito penal que anteriormente não foi capaz de evitar o crime.

A dupla criminalização afeta, inclusive, a própria essência do contrato social, quando os indivíduos abrem mão de parte de sua liberdade para buscar a pacificação social. Ana Bechara explica que essa renúncia das liberdades individuais, acordada no contrato social, deve ter seus limites precisados de modo contundente. Como consequência, o conteúdo material do crime será definido pela verificação da ocorrência de lesões das liberdades (entendidas aqui como bens jurídicos tutelados) asseguradas pelo contrato, transformando-se o conceito de bem jurídico em um critério negativo à criminalização. Significa dizer: se não houver lesão a bem jurídico, não haverá crime⁴¹. Acrescenta-se: se o bem jurídico não é eficazmente protegido pelo direito penal, não se deve insistir na estratégia errada.

Cabe, também, insistir na existência de criminalização de *post factum* do crime antecedente gerador da riqueza indevida. O exaurimento deve ser tratado como consequência lógica dos delitos de corrupção, uma vez que quem pratica os ilícitos dessa natureza obviamente deseja ter um incremento patrimonial ilegal. Essa é a posição de Fábio Bechara e Priscila Lima:

O desvalor entre as condutas de enriquecimento sem causa ou de forma ilícita dentro do Direito Civil e o

⁴⁰ PATRÍCIO, Rui. *op. cit.*, p. 150.

⁴¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *op. cit.*, p. 414.

enriquecimento ilícito oriundo de atividade criminosa é nítido, contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro a tipificação penal da segunda possibilidade, uma vez que, até então, esta condição deverá ser uma consequência lógica do crime que visa o locupletamento ilícito, sendo discutível, nesta seara, em caso de punição com pena privativa de liberdade o enriquecimento ilícito criminal devidamente reconhecido pelo Poder Judiciário, uma possibilidade de *bis in idem* na aplicação da sanção, o que resultaria em flagrante inconstitucionalidade⁴².

Gamil Föppel e Pedro Santos ressaltam que medidas populistas como esta “representam inexoravelmente a responsabilização objetiva na seara criminal, revestindo-se, sobretudo, como um curinga, um embuste do Estado, para o caso de não conseguir condenação por crime mais grave (corrupção ou peculato, por exemplo). O tipo, além de inconstitucional, é desnecessário”⁴³. A tipificação do enriquecimento ilícito não reafirma a validade das normas, não estabiliza a confiança da comunidade nas instituições nem se salvaguardam os valores o Estado de direito que a corrupção vai corroendo⁴⁴.

O direito penal é de *ultima ratio*, isto é, só pode intervir para a tutela de bens jurídicos, e para a tutela e certos bens jurídicos (fragmentariedade de primeiro grau) e para certas formas de lesão ou ameaça aos mesmos (fragmentariedade de segundo grau), e desde que não exista uma outra forma jurídica e combate menos gravosa igualmente eficaz⁴⁵. Medidas de natureza administrativa seriam muito mais eficazes no combate ao enriquecimento ilícito e muito menos nociva aos direitos fundamentais do cidadão do que o irrefletido e temerário recurso a uma intervenção jurídico-criminal de eficácia empírica mais do que duvidosa⁴⁶.

⁴² BECHARA, Fabio Ramazzini; LIMA, Priscila Luciene Santos de. Enriquecimento ilícito, corrupção e os limites do direito penal. *Revista Jurídica Unicuritiba*, vol. 02, n.59, Abr-Jun, 2020, p. 493.

⁴³ EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *op. cit.*, p. 179.

⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.*, p. 347.

⁴⁵ PATRÍCIO, Rui. *op. cit.*, p. 142.

⁴⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, p. 325.

O TIPO DE INJUSTO VIOLADOR DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência não é princípio a ser aplicado exclusivamente no procedimento criminal, após a suposta prática de crime, como forma de tratamento dispensado ao acusado. A construção de tipos penais não pode partir da suposição de que o autor do fato descrito é um criminoso, descrevendo uma condição pessoal e não um comportamento perigoso ou lesivo. A tipificação do crime de enriquecimento ilícito malfez a presunção de inocência justamente no momento em que se discute e se produz tal tipo penal. É que, no âmbito e proteção da garantia constitucional – no caso, a presunção de inocência – engloba também a observância de tal princípio na produção legislativa infraconstitucional. A presunção de inocência é dirigida também ao legislador⁴⁷.

Ressalta-se, pois, que a presunção de inocência deve ser respeitada não apenas nas diversas fases do processo penal, pois também opera decisivamente na configuração legislativa dos tipos penais⁴⁸. Essa imposição é essencial para garantir que um indivíduo responda exclusivamente por comportamentos praticados contra um bem jurídico determinado. Em síntese, a presunção de inocência é base de sustentação de um direito penal do fato, impedindo manifestação de um direito penal do autor.

Apresentar uma situação de estado do acusado, cujo patrimônio é, supostamente, incompatível com seus ganhos é maneira de inverter o ônus da prova. Afirmar que o ônus probatório não será do acusado – o que inverte o ônus da prova – e subverte a presunção de inocência – é um argumento tecnicamente insubsistente, pois, ao órgão de acusação bastará juntar o comprovante de rendimentos do servidor (em sentido *lato*) e projetar o quão viável é o patrimônio investigado⁴⁹. Aliás, diante da abundância de denúncias ineptas aceitas pelos juízes, especialmente as denúncias genéricas, o trabalho do denunciado será ainda maior se a proposta for aprovada.

⁴⁷ EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *op. cit.*, p. 188.

⁴⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. *op. cit.*, p. 321.

⁴⁹ EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *op. cit.*, p. 187.

Não se pode, por outro lado, fazer analogia do crime de enriquecimento ilícito com as medidas cautelares para afastar a violação da presunção de inocência devido à natureza jurídica de cada instituto jurídico. Há discussão nos casos em que a lei autoriza a indisponibilidade de bens e sua liberação mediante comprovação da ilicitude de sua origem. Citemos como exemplo a Lei 9.613/1998, a Lei de Lavagem de Dinheiro, que, em seu art. 4.º, *caput*, prevê que “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”. O mesmo artigo, em seu §2.º, complementa que “o juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal”.

Não cabe usar da analogia com as medidas cautelares reais, decretadas quando alguém é réu ou investigado por crime capaz de gerar vantagem patrimonial ilícita. Há discussão a respeito de eventual inversão do ônus da prova, a qual não cabe no caso do em discussão. Em primeiro lugar, uma medida cautelar requer a demonstração dos indícios da prática de crime e a necessidade de decretação da indisponibilidade dos bens. Ademais, um tipo penal que parte da presunção de culpa acaba por contaminar, desde o início, todo processo que possa dele decorrer. Em segundo lugar, o acusado que teve seus bens indisponibilizados pela justiça pode demonstrar que a medida cautelar é desnecessária e obter sua revogação. Um crime como o enriquecimento ilícito exige a produção de prova da inocência para afastar as elementares do tipo, que partem da presunção de prática de crime antecedente.

As medidas assecuratórias são instrumentos do processo e são decretadas – pelo menos em tese – quando forem necessárias para o correto desenrolar do processo. Deve haver o indício da prática da infração penal e o perigo de não tornar os bens indisponíveis antes de uma

decisão final. Não se trata de considerar uma pessoa criminosa pela incompatibilidade entre patrimônio e remuneração. Os fundamentos são completamente diferentes, já que as medidas assecuratórias podem ser revogadas a qualquer momento, desde que seus fundamentos desapareçam. Como bem afirma Maurício Zanoide de Moraes, as medidas cautelares patrimoniais “não representam inversão do ônus da prova. São hipóteses de restrição patrimonial admissíveis no ordenamento e para as quais a decisão judicial, tanto para determinar a constrição quanto para conceder a posterior liberação, deverá ser orientada pelo “*in dubio pro reo*” e pelo “favor rei”, integrantes da presunção de inocência”⁵⁰.

Pode-se afirmar que o enriquecimento ilícito comporta dupla violação à presunção de inocência: na criminalização do comportamento e na própria instrução criminal. Os reflexos da estrutura típica modificam o *status* do acusado, que não poderá permanecer inerte, aguardando a produção de provas do órgão ministerial, pois sua inércia será interpretada a favor da culpa alegada. Dessa maneira, manifestam-se Silva Júnior e Guaragni:

Se é certo afirmar que cabe ao acusador a função de comprovar o enriquecimento sem causa, não parece errado o raciocínio de que se o acusado não puder, na prática, afastar os indícios contra si mediante geração de dúvida razoável de que seja lícita a origem dos bens que sobejam as possibilidades de suas fontes regulares de renda, é em razão de que realmente angariou bens de modo não honesto, independentemente da origem ser especificamente criminosa. De maneira geral, a inércia do acusado é neutra em termos probatórios, aproveitando-lhe, todavia, o *in dubio pro reo*, razão pela qual deve envidar esforços para gerar dúvida razoável quanto ao que o desfavorece. Em ações penais por enriquecimento ilícito, a inércia poderá lhe custar, na lógica forense cotidiana, a condenação, situação que também se repetirá se, por alguma razão, não for mais possível ao acusado comprovar a origem lícita de determinado bem ou, ao menos, gerar dúvida razoável

⁵⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-520.

concernente a esta origem, *verbi gratia*, por destruição de documentos, ausência de testemunhas⁵¹.

A pretendida “facilitação da prova” para chegar aos crimes antecedentes também segue pelo rastro da presunção de culpa. No jogo proposto, ao acusar alguém de ter praticado o enriquecimento ilícito, automaticamente há vinculação de um crime antecedente, ainda não demonstrado. Ora, se o acusado não provar sua inocência quanto ao enriquecimento ilícito, restará demonstrado, para a acusação, também o crime que gerou o patrimônio ilegal. Desse modo, há um combo de provas que abrange o crime antecedente desconhecido e o enriquecimento ilícito, que não possui bem jurídico tutelado.

De maneira semelhante, Luis Greco discorre sobre a facilitação da prova:

Parece, assim, de fato existir um desvalor autônomo na conduta de um funcionário que enriquece em razão de sua função. Esse funcionário coloca em dúvida o sentido de sua própria qualidade de funcionário público e a instituição da administração pública. O funcionário que enriquece afeta, pelo menos à primeira vista, o bem jurídico supraindividual que também se trata nos demais delitos de corrupção. Sua atuação o coloca em confronto não apenas com seu superior hierárquico, e sim com o que justificadamente espera a sociedade daqueles a quem confere poder, de modo que não se trata somente de ilícito disciplinar, e sim de ilícito de natureza penal. Não se trata, tampouco, de superar dificuldades probatórias; a facilitação da prova é um benefício colateral, algo bem-vindo, mas que não tem força justificante adicional⁵².

Ou seja, pode-se verificar um desvalor do enriquecimento ilícito, pois ninguém pode se beneficiar de cargo público para regalia patrimonial proibida por lei, não obstante, esse desvalor não parece suficiente para legitimação de um tipo penal autônomo. Como o autor menciona acima, já há ilícitos próprios da corrupção que recebem

⁵¹ SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da; GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 468.

⁵² GRECO, Luis. *op. cit.*, p. 281.

tratamento penal e a facilitação da prova para demonstrar esses crimes não é fundamento suficiente para legitimar outro tipo penal. O conteúdo do injusto corresponderia tão só à falta de transparência na declaração do patrimônio pela posse de bens sem certificado de origem lícita⁵³, o que também já encontra tipificação entre os crimes contra a fé pública.

CONCLUSÕES

A proposta de tipificação do enriquecimento ilícito é medida que busca atender a interesses midiáticos e não o efetivo combate à corrupção. Como foi possível demonstrar, um tipo penal nesse molde não passa pelo crivo dos princípios da presunção de inocência, fragmentariedade, subsidiariedade, legalidade e proporcionalidade. Outrossim, não há bem jurídico tutelado que possa legitimar os prováveis comportamentos criminalizados.

Se a existência de tipos penais que já descrevem comportamentos que resultam em enriquecimento ilícito não é suficiente para enfrentar o problema da corrupção, não parece sensato insistir na estratégia de recorrer ao direito penal. E, o que é pior, perseverar no uso do aparelho mais repressivo do Estado passando por cima dos princípios mais elementares.

Como bem questionado por Miguel Martins,

Não seria melhor um aprimoramento dos mecanismos jurídicos já existentes? Se o problema, muita das vezes, é uma deficiência do sistema, não deveremos, primeiro, arranjar uma cura à enfermidade, invés de passar logo para um extremismo? Teremos verdadeiramente tentado todas as vias possíveis antes de chegar à possibilidade do Enriquecimento Ilícito? Não nos teremos enamorado desta ideia que, à primeira vista, resolveria todos os nossos problemas, quando é bem possível que ele seja um

⁵³ SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da; GUARAGNI, Fábio André. *op. cit.*, p. 477.

adiamento do problema, com a agravação dos seus efeitos nocivos “possíveis”⁵⁴?

Rui Patrício, ao criticar a proposta portuguesa, foi incisivo:

Quem, no Ministério Público, defende esta criminalização do “enriquecimento ilícito” como forma de superar as alegadas ineficiência e ineficácia da investigação, combate e sanção dos atos ilícitos de funcionários públicos, deve estar consciente de que, assim, está, afinal, a corroborar a passagem de um atestado de ineficiência e ineficácia a quem tem a principal responsabilidade nesse combate, precisamente o próprio Ministério Público⁵⁵.

A falácia de que o direito penal é a solução de todos os problemas atrai os olhares curiosos da mídia e, ao mesmo tempo, muda o foco da discussão sobre as reais soluções para o combate à criminalidade. O direito penal continua a ser a muleta dos órgãos fiscalizadores, que não se importam em apelar a medidas não suportadas pelo Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA PEQUEÑO, Usoa et. al. Aspectos psicológicos del enriquecimiento ilícito. In: Manuel Avilés (coord.). El enriquecimiento ilícito. Alicante: Editorial Club Universitario, 2011, p. 71-98.

ANDRADE, Manuel da Costa. Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caíbidis. In: Alaor Leite e Adriano Teixeira (org.). Crime e Política. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 347-352.

⁵⁴ MARTINS, Miguel Ângelo da Assunção. Um Dever de Justificação de Património e Enriquecimento Ilícito. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Mestrado). Coimbra, 2018, p. 90.

⁵⁵ PATRÍCIO, Rui. *op. cit.*, p. 149.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411-436, jan./dez. 2008.

BECHARA, Fabio Ramazzini; LIMA, Priscila Luciene Santos de. Enriquecimento ilícito, corrupção e os limites do direito penal. *Revista Jurídica Unicuritiba*, vol. 02, n.59, Abr-Jun, 2020, p. 478-498.

BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares Sobre o Delito*, vol. 03, n. 04, p. 07-45, 2018.

CAEIRO, Pedro. “Quem cabritos vende e cabras não tem...” (sobre a criminalização do enriquecimento ilícito). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 353-359.

CESCA, Brenno Gimenes. O enriquecimento injustificado à luz das garantias constitucionais da presunção da inocência e da não autoincriminação. *Revista da AJURIS, Porto Alegre*, v. 45, n. 144, p. 97-126, jun., 2018.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do "novo" crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais. *Revista brasileira da advocacia - RBA*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 171-190, abr./jul., 2016.

FARIA COSTA, José Francisco de. Crítica à tipificação de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 285-316.

FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma garantista*. Madri: Trotta, 2018.

FLEURY, Pedro Augusto de Padua. A criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos sugerida pelo Ministério Público Federal e o princípio da presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 14-15, jun., 2016.

GRECO, Luis. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. In: Almor Leite e Adriano Teixeira (org.). *Crime e Política*. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 277-284.

MARTINS, Miguel Ângelo da Assunção. Um Dever de Justificação de Património e Enriquecimento Ilícito. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Mestrado). Coimbra, 2018.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PATRÍCIO, Rui. Sete pecados capitais (sobre a criminalização do "enriquecimento ilícito"). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 34, n. 136, p. 139-150, out./dez. 2013.

ROSSETTO, Patricia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 211-286, jan./jun. 2009.

SCALCON, Raquel Lima; GIULIANI, Emilia Merlini. Repensando a criminalização do enriquecimento ilícito no Brasil: uma análise de legitimidade constitucional e dogmático-penal do PL 4.850/2016. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 26, 1/4, p. 319-350, jan./dez. 2016.

SILVA JUNIOR, Luis Otávio Sales da; GUARAGNI, Fábio André. A (i)legitimidade do delito de enriquecimento ilícito sob as perspectivas de crime de suspeita e crime de estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 459-486, jul.. 2018.