

ISSN 2317-1898

TRIBUNAVIRTUAL IBCCRIM

Tribuna Virtual – Ano 01 – Edição nº 01 – Janeiro/Fevereiro de 2013.

Publicação com periodicidade quinzenal



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

Biblioteca: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim: Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna

Cursos: Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Leandro Sarcedo

Iniciação Científica: Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: [Fernanda Regina Vilares](#)
Núcleo de Pesquisas: [Bruna Angotti](#)
Relações Internacionais: [Marina Pinhão Coelho Araújo](#)
Revista Brasileira de Ciências Criminais: [Heloisa Estellita](#)
Revista Liberdades: [Alexis Couto de Brito](#)
Tribuna Virtual IBCCRIM: [Bruno Salles Pereira Ribeiro](#)

PRESIDENTES DOS GRUPOS DE TRABALHO

Amicus Curiae: [Thiago Bottino](#)
Código Penal: [Renato de Mello Jorge Silveira](#)
Cooperação Jurídica Internacional: [Antenor Madruga](#)
Direito Penal Econômico: [Pierpaolo Cruz Bottini](#)
Habeas Corpus: [Pedro Luiz Bueno de Andrade](#)
Justiça e Segurança: [Alessandra Teixeira](#)
Política Nacional de Drogas: [Sérgio Salomão Shecaira](#)
Sistema Prisional: [Fernanda Emy Matsuda](#)

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS

19º Seminário Internacional: [Carlos Alberto Pires Mendes](#)
Cursos com a Universidade de Coimbra: [Ana Lúcia Menezes Vieira](#)

GESTÃO DA TRIBUNA VIRTUAL IBCCRIM

Coordenador-Chefe

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Coordenadores Adjuntos

Adriano Scalzaretto

Guilherme Suguimori Santos

Matheus Silveira Pupo

Conselho Editorial

Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Adriano do Nascimento Silva, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Machado, Camila Garcia, Carlos Henrique da Silva Ayres, Christiany Pegorari Conte, Danilo Ticami, Davi Rodney Silva, Diogo Henrique Duarte de Parra, Eduardo Henrique Balbino Pasqua, Érica Akie Hashimoto, Fabiana Zanatta Viana, Fábio Suardi D' Elia, Francisco Pereira de Queiroz, Gabriela Prioli Della Vedova, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori Santos, Humberto Barrionuevo Fabretti, Ilana Martins Luz, Janaina Soares Gallo, José Carlos Abissamra Filho, Luiz Gustavo Fernandes, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marcela Veturini Diorio, Marcelo Feller, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Rafael Lira, Ricardo Batista Capelli, Rodrigo Dall'Acqua, Ryanna Pala Veras, Thiago Colombo Bertoncetto e Yuri Felix.

APRESENTAÇÃO

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pauta-se, acima de tudo, pela defesa das liberdades individuais dos cidadãos e pela proteção de seus direitos fundamentais.

Seja para abrir os caminhos entre as veredas das ciências, seja para municiar o campo de batalha da defesa da liberdade, proporcionar meios de difusão do pensamento sempre esteve entre as principais atividades do IBCCRIM em seus 20 anos de existência. Assim o comprova o Boletim do IBCCRIM, a Revista Brasileira de Ciências Criminais e a Revista Liberdades.

Poder falar e ouvir são pressupostos fundamentais do exercício da liberdade. É também falando e escutando que se desenvolve o processo dialético de lapidação de ideias, maneira pela qual se constrói a verdadeira e legítima ciência.

Na verdade, uma publicação científica é antes de tudo uma tribuna, onde o pensamento humano se amplifica, onde as ideias se libertam e ganham voz, uma voz que não serve às palavras do poder, mas sim ao poder de uma palavra: liberdade.

Inspirado por esses ideais surge um novo espaço de intercâmbio de ideias e de fomento do pensamento científico adequado à modernidade tecnológica globalizada. Assim é concebido este periódico: uma Tribuna Virtual do IBCCRIM.

Uma plataforma globalmente acessível, que tem como objetivo receber e difundir os conhecimentos das ciências criminais para além das barreiras territoriais - essa é nossa tribuna.

Após 20 anos de incansável defesa das garantias fundamentais, esperamos que nesta Tribuna o vigor científico surja do embate de ideias, experiências e pontos de vista plurais e democráticos, a individualidade ceda lugar ao debate, o autoritarismo e o medo se calem e o pensamento humano amplifique e dê sentido ao conceito de liberdade sonhado por este instituto.

Seja voz nesta tribuna.

Envie seu artigo.

“Participe por acreditar”.

Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.

O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Associado de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP.
Advogado Criminalista.

Sumário: – 1. Introdução – 2. Os exemplos do direito estrangeiro – 3. Os crimes de suspeita – 4. A presunção de inocência e a construção dos tipos penais – 5. A corrupção passiva e a prova da prática de ato de ofício na nova visão do Supremo Tribunal Federal – 6. Conclusões.

Introdução

Um dos temas que tem gerado polêmica no Projeto de Código Penal é a criação do tipo penal de enriquecimento ilícito, o que a Comissão de Reforma do Código Penal justifica, na Exposição de Motivos, como decorrência da necessidade de dar cumprimento a tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil.

O art. 277 do Projeto de Código Penal tipifica o crime de enriquecimento ilícito: “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”.

A figura penal proposta será apenada com “prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave”. O parágrafo único do dispositivo em análise traz uma causa de aumento de pena: “As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiros pessoas”.

Os diplomas internacionais referidos na Exposição de Motivos do Projeto de Código Penal são a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

No âmbito regional, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, que integra o ordenamento nacional por força do Decreto 4.410, de 07.10.2002, em seu art. IX, dispõe: *“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.”*

Por outro lado, no plano global, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada pelo Decreto 5.687, de 31.01.2006, prevê, em seu art. 20: *“Enriquecimento ilícito. Com sujeição a 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”*.

Ressalte-se, desde já, que não há em tais previsões determinações de criminalização que imponham obrigação absoluta de tipificação de tais condutas. Aliás, por não serem poucos os problemas para criação do crime de enriquecimento ilícito, as próprias convenções preveem que tal se dê com sujeição à Constituição e aos princípios fundamentais dos Estados Partes. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de forma ainda mais cautelosa, estabeleceu que cada Estado Parte “considere a possibilidade” de adotar medidas legislativas para qualificar como delito o enriquecimento ilícito. Por outro lado, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, mesmo sendo mais enfática, determinando que os Estados Partes “adotarão as medidas” para tipificar como delito tal conduta, também faz a ressalva de observância das regras constitucionais e princípios fundamentais de cada Estado Parte. Assim sendo, os Estados Partes podem, sem desrespeitar qualquer norma convencional regional ou internacional, deixar de tipificar o enriquecimento ilícito, se tal criminalização for incompatível com princípios maiores de seus ordenamentos jurídicos internos.

Justamente por isso, diante da proposta de novo tipo penal, pretende-se verificar a sua compatibilidade ou não com a garantia constitucional da presunção de inocência, que além de estar prevista na Constituição brasileira (art. 5.º, inc. LVII), também é assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2).

2. Os exemplos do direito estrangeiro

Sem a pretensão de exaurir o tema, é interessante transcrever os crimes de enriquecimento ilícito em alguns dos países que os tipifica.

A exposição se centrará em países europeus, latino-americanos e na legislação chinesa. Da Europa, serão analisadas as leis da Itália, Portugal e França. Na América do Sul, com regimes mais próximos ao brasileiro, serão expostos os tipos penais da Argentina, Chile, Colômbia, El Salvador, Equador e Costa Rica. Por fim, serão analisados os tipos penais da China e das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e de Macau.

Na Itália, a questão foi discutida a partir da Lei 356 de 1992, que no *secondo comma* do art. 12-*quinquies*, na disciplina da “Transferência fraudulenta e posse injustificada de valores”, criou a figura penal punida com pena de dois a cinco anos de prisão, além do confisco dos bens do acusado. Tratava-se de crime próprio, praticado por “*aquele que estava sendo investigado*” por algum dos crimes mencionados no próprio tipo, ou que “*estava submetido à aplicação de medida de prevenção pessoal*” e, “*ainda que por interposta pessoa física ou jurídica, resultem ser titulares ou ter a disponibilidade, a qualquer título, de dinheiro, bens ou outra utilidade de valor desproporcional ao próprio rendimento declarado para fins de imposto de renda, ou a própria atividade econômica, e em relação aos quais não possam justificar a legítima proveniência*”.¹

¹ O tipo penal é: “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, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9*

Todavia, pouco tempo depois do início de vigência da lei, a Corte Constitucional italiana, por meio da Sentença 48, de 9 de fevereiro de 1994, declarou inconstitucional tal tipo penal, por considerar que ele implica uma violação da garantia constitucional da presunção de inocência. De se esclarecer, porém, que se considerou haver contrariedade ao art. 27.2 da Constituição italiana não em razão de o tipo penal implicar inversão do ônus da prova, mas porque a condição de uma pessoa estar sendo submetida a procedimento penal não admite que se extraia “suspeita” ou “presunção” que permita qualificar uma conduta que o legislador considere criminosa.

Em Portugal, também se passou situação semelhante. O crime de enriquecimento ilícito foi criado pelo Decreto 37/XII, que acrescentou ao Código Penal português o art. 335-A (enriquecimento ilícito)² e o art. 386 (enriquecimento ilícito por funcionário público); bem como inseriu o art. 27-A à Lei 34, de 16.07.1987 (enriquecimento ilícito referente a titular de cargo político ou alto cargo público).³ Os três tipos penais têm estruturas semelhantes, sendo que com

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”.

² “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 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”.

³ “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 1

vistas à comparação com o delito projetado da legislação brasileira, se transcreverá apenas o crime do art. 386 do Código Penal:

“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 patrimônio, 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 patrimônio todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o patrimônio 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 devam constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de patrimônio e rendimentos.

a 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 patrimônio todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o patrimônio 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 devam constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de patrimônio 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.”

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.”

Todavia, recentemente, o Tribunal Constitucional de Portugal, por meio acórdão 179/2012, declarou a inconstitucionalidade dos três dispositivos supracitados, por considerá-los violadores da presunção de inocência, por implicar inversão do ônus da prova, quanto ao elemento do crime “sem origem lícita determinada”.

Assim sendo, atualmente, entre os países europeus, apenas na França há incriminação do enriquecimento ilícito. O art. 321-6 do Código Penal francês, introduzido pela Lei 2006-64, de 23.01.2006, prevê o crime de “não justificação de rendimentos”:

“Art. 321-6. O fato de não poder justificar os recursos que correspondam ao seu nível de vida ou não poder justificar a origem de um bem que tem a detenção, enquanto há uma relação habitual com uma ou mais pessoas ou que se dediquem à comissão 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”.

De se ressaltar que, no sistema francês, o delito de “não justificação de rendimentos” não se insere entre os crimes contra a administração pública, ou como uma modalidade equiparável à corrupção, mas se encontra na seção dos crimes “assimilados ou conexos à receptação”.

Além disso, é importante destacar que a regra do *Code Pénal* que incrimina o enriquecimento ilícito exige que se demonstre um relacionamento entre o agente e outras pessoas condenadas por crimes graves, além de depender da prova de um benefício direto ou indireto para o agente.

Passando para a legislação asiática, o crime de enriquecimento ilícito é encontrando na legislação chinesa, seja no próprio código penal chinês, seja na legislação das regiões administrativas especiais de Hong Kong e de Macau.

O art. 395 do Código Penal da China, que integra o capítulo sobre os crimes de corrupção, prevê:

“Art. 395. Qualquer funcionário do Estado cujos bens ou despesas manifestamente excedam os seus proventos legítimos, se tal diferença for muito grande, pode ser notificado para explicar a proveniência dos bens. Se não conseguir explicar a proveniência legítima, a parte que exceda os seus legítimos proventos será considerada como ganho ilegal, será condenado em pena de prisão não superior a cinco anos ou em detenção criminal e recuperada a parte que exceda os legítimos rendimentos”.

O tipo penal somente criminaliza bens ou despesas que “manifestamente” excedam os proventos legítimos, reforçando-se ainda tal ideia ao exigir ainda que “se tal diferença for muito grande”, o funcionário público será notificado a explicar a proveniência dos bens. Existe, portanto, a necessidade de uma prévia notificação do funcionário público e, somente se este não conseguir explicar a proveniência lícita dos bens, na medida em que excedente aos seus proventos, haverá o crime.

Há, pois, uma clara inversão do ônus da prova, sendo elementos do crime a notificação do funcionário e o insucesso do servidor na explicação do patrimônio manifestamente excedente aos seus rendimentos.

Com relação à Região Administrativa Especial de Macau, o art. 28 da Lei n.º 11/2003, de 28.07.2003, prevê o crime de “riqueza injustificada”, nos seguintes termos:

“1. Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de patrimônio ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias.

2. O patrimônio ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau”.

Cabe observar que o tipo penal de riqueza injustificada traz o elemento normativo “anormalmente”. Assim, como somente o patrimônio “anormalmente” superior caracteriza crime, sendo de pequena monta a superioridade patrimonial do funcionário, em relação ao constante na declaração, não haverá incidência penal.⁴

Na Região Administrativa Especial de Hong Kong, a *Prevention of Bribery Ordinance*, de 1971, dispõe, na *section* 10(1):

“10. (1) Qualquer pessoa que, sendo ou tendo sido nomeado funcionário:

(a) mantém um nível de vida superior ao que é compatível com a sua remuneração funcional, presente ou passada; ou

(b) está no controle de recursos pecuniários ou bens desproporcionais a sua remuneração funcional, presente ou passada, poderá, a menos que dê uma explicação satisfatória para o tribunal da forma como ele foi capaz de manter um padrão de vida ou como tais recursos pecuniários ou bens caíram sob seu controle, ser considerado culpado de um crime”.

O tipo penal de Hong Kong, inserido na legislação de combate à corrupção, estabelece duas alternativas caracterizadoras do crime: o estilo de vida (*standard of living*) ou a posse de patrimônio desproporcional aos rendimentos recebidos pelo funcionário. Prevê, também, que ele poderá ser chamado a justificar a posse de tais bens perante um tribunal, e que se não der uma explicação satisfatória (*satisfactory explanation*) para a corte, estará caracterizado o crime.

Por fim, cabe analisar as experiências dos países sul-americanos.

Na Argentina, a Lei 25.188, de 26 de outubro de 1999, acrescentou ao Código Penal o Capítulo IX *bis*, sobre “*enriquecimiento ilícito de funcionarios e empregados*”, sendo o tipo penal previsto no art. 268 (2):⁵

⁴ GODINHO, Jorge A. F. Do crime de “riqueza injustificada” (artigo 28.º da Lei n. 11/2003). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XI, n. 24, 2007, p. 20.

⁵ Além disso, o sistema de punição do enriquecimento ilícito é completado pelo art. 268(3), que prevê: “Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo”.

“Art. 268.2. Será punido com reclusão ou prisão, de dois a seis anos, multa de cinquenta por cento a cem por cento do valor do enriquecimento e inabilitação absoluta perpétua, aquele que, ao ser devidamente requerido, não justifique a procedência de um enriquecimento patrimonial apreciável seu ou de interposta pessoa para dissimulá-lo, ocorrido após a assunção de um cargo ou emprego público e até dois anos depois de ter cessado seu desempenho.

Entender-se-á que houve enriquecimento não só quando o patrimônio tiver sido incrementado com dinheiro, coisa ou bens, mas também quando tiverem sido canceladas dívidas ou extintas obrigações que o afetavam.

A pessoa interposta para dissimular o enriquecimento será punida com a mesma pena que o autor do fato”.

Do tipo penal argentino se observa a necessidade de que tenha havido uma negativa de justificação por parte do funcionário público quanto ao enriquecimento. Além disso, não é qualquer acréscimo patrimonial que caracteriza o tipo penal, que se vale do elemento normativo “apreciável”, para qualificar o enriquecimento ou aumento patrimonial. Assim sendo, deve ser um aumento relevante, significativo, e não qualquer acréscimo ou ampliação de menor importância.

No Chile, o crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos passou a ser previsto no art. 241-*bis* do Código Penal, acrescido pela Lei 20.088, de 05.01.2006, nos seguintes termos:

“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 de inabilitação absoluta temporal para o exercício de cargos e ofícios públicos em seus graus mínimos e máximos”.

O tipo penal chileno é bastante semelhante ao argentino, exigindo que a ampliação patrimonial seja “relevante” e “injustificada”, o que implica, para sua caracterização, a não apresentação de justificativa pelo funcionário público.

Relevante destacar, ainda, que o § 2.º do art. 241-bis prevê que “A prova do enriquecimento injustificado a que se refere este artigo será sempre a cargo do Ministério Público”.⁶

A legislação colombiana também prevê o crime de enriquecimento ilícito no art. 412 do Código Penal:

“Art. 412. Enriquecimento ilícito. O servidor público que durante sua vinculação com a administração, ou quem tenha desempenhado funções públicas e, nos dois anos seguintes a sua desvinculação, obtenha, para si ou para outrem, incremento patrimonial injustificado, sempre que a conduta não constitua outro delito, incorrerá em prisão de seis (6) a dez (10) 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 (6) a dez (10) anos”.

Em El Salvador, o art. 333 do Código Penal prevê o crime de enriquecimento ilícito nos seguintes termos:

“Art. 333. O funcionário, autoridade pública ou empregado público, que durante o cargo ou suas funções obtiver incremento patrimonial não justificado será sancionado com prisão de três a dez anos.

Na mesma pena de prisão incorrerá a pessoa interposta que simular o incremento patrimonial não justificado”.

No Equador, o Capítulo VIII.1, denominado “Enriquecimento Ilícito”, foi acrescido ao Título III do Código Penal, que disciplina os “Crimes contra a Administração Pública”, e prevê:

“Art. (296.1). Constitui enriquecimento ilícito o incremento injustificado do patrimônio de uma pessoa, produzido por ocasião ou como consequência do desempenho de um cargo ou função pública, gerado por atos não permitidos por lei, e que, em consequência, não seja resultado de ingressos legalmente percebidos.

⁶ O que, como se verá na sequência, no item 4, não impede que haja inversão do ônus da prova, com violação da presunção de inocência.

Art. (296.2). O enriquecimento ilícito se sancionará com a pena de um a cinco anos de prisão e a restituição do dobro do montante do enriquecimento ilícito, sempre que não constitua outro delito”.

Por fim, mencione-se, ainda, a Costa Rica, cujo art. 45 da Lei contra a Corrupção e o Enriquecimento Ilícito na Função Pública (Lei 8.422, de 06.10.2004), prevê:

“Artigo 45. - Enriquecimento ilícito. Será sancionado com prisão de três a seis anos quem, aproveitando ilicitamente o exercício da função pública ou a custódia, a exploração, o uso ou a administração de fundos, serviços ou bens públicos, sob qualquer título ou modalidade de gestão, por si ou por interposta pessoa, física ou jurídica, aumente seu patrimônio, adquira bens, goze de direitos, cancele dívidas ou extinga obrigações que afetem seu patrimônio ou o de pessoas jurídicas, em cujo capital social tenha participação, seja diretamente ou por intermédio de outras pessoas jurídicas”.

Com vistas à análise do tipo penal brasileiro, o que se pode extrair da comparação com os crimes de enriquecimento ilícito previstos nas legislações supramencionadas é que não é elemento comum a exigência de que o aumento patrimonial seja desproporcional aos rendimentos do funcionário público. Por outro lado, em todos os tipos penais, com exceção do enriquecimento ilícito costa-riquenho, é elemento do tipo que o aumento ou incremento patrimonial seja “injustificado” ou, “não justificado”, ou ainda, que o funcionário público “não justifique a procedência”. Essa ausência de justificação, embora não explícita no tipo penal do art. 277 do Projeto de Código Penal, acaba sendo exigível, ainda que de maneira mais sutil ou disfarçada, ao se prever que não haja “outro meio lícito”.

Por outro lado, há países que, a despeito de terem ratificado a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, não instituíram crimes de enriquecimento ilícito em seus ordenamentos jurídicos, justamente por considerarem que tal figura penal, na forma propugnada

pela Convenção, violaria a presunção de inocência, com é o caso da Finlândia, do Reino-Unido e dos Estados-Unidos da América.⁷

3. Os crimes de suspeita

A discussão da compatibilidade ou não da incriminação do enriquecimento ilícito, com a garantia da presunção de inocência, remete à antiga questão, objeto de intensa polêmica na doutrina italiana, sobre os chamados “crimes de mera suspeita”.⁸

Sempre lembradas como exemplos de “crimes de suspeita”, são as contravenções penais previstas nos arts. 707⁹ e 708¹⁰ do Código Penal italiano. Explica **Manzini** que esses crimes não são comissivos nem omissivos, “*enquanto não constituem um fato nem positivo nem negativo, mas simplesmente um estado individual, que por isso mesmo não constitui infração de qualquer comando ou vedação penal, mas que é incriminado simplesmente pela suspeita desta*”.¹¹

⁷ Tais justificativas podem ser encontradas nos textos referentes aos citados países no item “Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption”, disponível em <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>>.

⁸ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Totino: Utet, 1950. v. 1, p. 602. Em sentido contrário, **Delitala Giacomo** (*Il reato nella teoria generale de reato*. Padova, 1930, p. 139, citado na reprodução contida in Giacomo Delitala, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 105), afirma que não se trata de “reato di sospetto, ma un sospetto di reato”, o que **Manzini** (*Trattato...* cit., v. 1, p. 603, nota 2) qualificou de “giochetto di parole”.

⁹ “Art. 707. Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli. Chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione è punito con l'arresto da sei mesi a due anni.” A Corte Constitucional italiana, na Sentença n. 14, de 1971, declarou a ilegitimidade constitucional do art. 707, na parte em que exige as condições pessoais de condenado por mendicância, de admoestado, de submetido a medida de segurança pessoal ou caução de boa conduta.

¹⁰ “Art. 708. Possesso ingiustificato di valori. Chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell'articolo precedente, è colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza, è punito con l'arresto da tre mesi a un anno.” A Corte Constitucional italiana, na Sentença n. 110, de 19.07.1968, declarou a ilegitimidade constitucional do art. 708, na parte em que se exige as condições pessoais de condenado por mendicância, de advertido, de submetido a medida de segurança pessoal ou caução de boa conduta”.

¹¹ *Trattato...* cit., v. 1, p. 602.

Não é preciso entrar na tormentosa discussão se os chamados crimes de mera suspeita são ou não “crimes sem ação”,¹² nem se tais delitos são integrados somente pela omissão representada pela ausência de justificação, ou pela simples posse, presumida ilícita, salvo prova em contrário.¹³

A questão não pode ser falaciosamente abordada como se tudo não passasse de um mero problema de direito substancial, a ser resolvido a partir da definição da natureza jurídica da “não justificação da origem lícita”. Há diversas posições, ora caracterizando-a como elemento negativo do tipo, ora como condição objetiva de punibilidade. Outros, ao contrário, consideram-na uma causa de justificação a afastar o caráter criminoso da conduta.¹⁴

Tudo isso pode ter sentido no âmbito abstrato da construção de normas que definam um crime. Porém, o relevante para efetivação do preceito penal e para possibilitar o exercício do direito de defesa dos acusados de carne e osso, é definir qual deverá ser o conteúdo concreto da narrativa do “fato criminoso com todas as suas circunstâncias” a ser feito na denúncia. Superada essa questão, em um segundo momento, o importante é definir se, estando o juiz em dúvida sobre a justificação prestada quanto à licitude da origem dos bens, o resultado do processo deverá ser absolutório ou condenatório.

Sob essa ótica, no primeiro momento, não há como exigir do Ministério Público que exponha na denúncia um rol interminável de possíveis meios lícitos diversos dos rendimentos do funcionário que não se verificaram no caso concreto. Certamente o acusador se limitará a

¹² Na doutrina italiana, essa posição recebeu severa crítica de: DELITALA, *Il fatto...* cit., p. 139.

¹³ Para referências doutrinárias, cf.: ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 142, nota 152.

¹⁴ A crítica é feita por **Franco Cordero** (*Il giudizio d'onore*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 151 e ss.) que propõe uma “remeditazione di conetti penalistici nello scocio del processo”. E, analisando o crime de enriquecimento ilícito, afirma, com razão, **Godinho** (Do crime de “Riqueza Injustificada”... cit., p. 34): “Surge pois como extremamente claro que a questão da justificação da origem é uma contraprova, ou seja, trata-se de ilidir uma presunção e assim afastar a suspeita de corrupção que pesa sobre o arguido. A figura de que se trata é, de modo inarredável, de cariz processual. É falacioso pretender ver no ónus de justificar a origem uma causa de justificação do ‘facto’ — até porque, conforme se deixou referido, não há sequer qualquer facto concreto, praticado em certa hora, dia e local, a que a acusação se refira, mas apenas uma alegação genérica. O que existe é o desfazer de uma suspeita, através de prova em contrário”.

asseverar que o valor do patrimônio em posse do funcionário é superior ou desproporcional aos seus rendimentos, e que – genericamente – também não há “outro meio lícito” que o justifique.

De outro lado, e o mais relevante para a análise do tema, é a constatação geral da doutrina de que nos “crimes de suspeita” há uma inversão do ônus da prova, bastando para que a acusação se desincumba de seu ônus probatório de demonstrar a posse e eventuais condições, objetivas ou subjetivas, que a tornam ilegítima. Isso já seria suficiente para a condenação, *se o acusado não produzisse a prova liberatória, justificando a posse da coisa*. Ou seja, partindo de tais premissas, é o acusado que suporta o risco da ausência de prova sobre os elementos que justificariam a posse presumida ilegítima pelo legislador.¹⁵

Exemplo dos chamados “crimes de suspeita”, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, é a contravenção penal do art. 25 da Lei de Contravenções Penais, denominada “Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto”, assim definida: *“Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”* (destaques nossos).¹⁶

¹⁵ Cf. bibliografia citada, *infra*, nas notas 17 e 20. De se destacar, porém, que a Corte Constitucional Italiana, na Sentença n. 14, de 1991 e na Sentença n. 46, de 1992, considerou que as contravenções penais dos arts. 707 e 708 do Código Penal italiano, não violam o art. 27, *secondo comma*, da Constituição italiana, por considerar que tais normas incriminadoras “não exigem a prova da legitimidade da destinação e da proveniência, limitando, ao invés [o acusado], a prestar uma atendível e circunstanciada explicação, a ser valorada no caso concreto em cada um dos tipos, segundo o princípio da liberdade da prova e do livre convencimento”.

¹⁶ Ressalte-se que o STF, no julgamento do RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral sobre a discussão da constitucionalidade da referida contravenção. Do tema 113 da repercussão geral consta: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 3º, IV; e 5º, *caput*, LVII, da Constituição Federal, a revogação, ou não, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688/41), que prevê punição criminal a quem tem em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove a destinação legítima, pela Constituição de 1988”. Pelos motivos que serão expostos no item seguinte, entendemos que há evidente afronta à garantia constitucional da presunção de inocência, pelo que a referida contravenção penal deve ser considerada não recepcionada pela Constituição de 1988.

Há, em tal dispositivo contravencional, o que **Manoel Pedro Pimentel** denomina “critério de habitualidade presumida”.¹⁷ E, na prática, a doutrina entende que há uma inversão do ônus da prova quanto ao elemento “destinação legítima dos objetos”, cabendo ao acusado demonstrar que se destinavam a fim lícito.¹⁸

Todos os problemas gerados com os crimes de suspeita voltaram a ser discutidos, recentemente, com o surgimento do crime de enriquecimento ilícito.

4. A presunção de inocência e a construção dos tipos penais

A Comissão de Reforma do Código Penal, certamente preocupada com as críticas de inconstitucionalidade do crime de enriquecimento ilícito, por violação da presunção de inocência, em razão da inversão do ônus da prova, antecipou-se em justificar que não há no tipo proposto tal inversão. Fê-lo nos seguintes termos:

“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 à verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. Não há inversão do ônus da prova,

¹⁷ *Contravenções penais*. São Paulo: RT, 1978. p. 90. Por vez, **Bento de Faria** (*Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 99) lembra que quem é encontrado nas condições previstas no art. 25 “*tem contra si a presunção da inclinação de delinquir contra o patrimônio*”.

¹⁸ Segundo **Bento de Faria** (*Das contravenções...* cit., p. 100), o agente “*há de provar o motivo da posse, o qual deve ser justo, e o uso que fez ou deveria fazer do aludido instrumento. (...) Des que a lei exige a prova da legitimidade do destino atual desloca o seu ônus para o agente, consagrando assim a presunção da – ilegitimidade, juris tantum*” (destaque no original). No mesmo sentido: **Sady Cardoso de Gusmão**, *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 141. Mais recentemente, **Valdir Sznick** (*Contravenções penais*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1993. p. 129) afirma que, quanto à legítima destinação dos objetos, “*a falta de prova leva à infração. Dada a condição pessoal do agente (já infrator), cabe à ele provar a destinação legítima (por exemplo, a sua profissão de serralheiro, chaveiro). Assim, incumbe-lhe o ônus. Não é necessário prove a acusação que o agente, com aqueles apetrechos, vai cometer crime; ele, o possuidor, terá de provar o uso legítimo*”.

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”.

Não é possível concordar com tal justificativa que, ao contrário, somente reforça e explicita que o novo crime significa uma resposta, no plano do direito material, às dificuldades processuais enfrentadas na investigação e na comprovação de casos de corrupção passiva.

Transcrevemos, novamente, o tipo penal proposto: “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”.

Esse moderno delito, porém, não se afasta das características dos antigos “crimes de suspeita” que, como explica Ferrajoli, são “tipos penais que não consistem em condutas consideradas pela lei em si mesmas como lesivas de bens jurídicos”, mas como condutas suficientes, “em circunstâncias idôneas, juntamente com determinadas condições pessoais, a suscitar a suspeita (de delitos cometidos, mas não provados)”.¹⁹ Por exemplo, o fato de adquirir, alugar ou utilizar coisas (condutas suficientes), cujo valor é incompatível com os rendimentos e não justificado por outro meio lícito (circunstância idônea), sendo funcionário público (condição pessoal), gera a suspeita do cometimento prévio de um crime, geralmente de corrupção, que não se conseguiu provar.

¹⁹ *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1998, p. 737.

Como já exposto, nos chamados “crimes de suspeita” há uma clara e inegável inversão do ônus da prova, exatamente quanto ao elemento do crime, relativo à posse injustificada de coisas, dinheiro ou valores.²⁰ Isso porque, será o acusado que terá o ônus de provar a origem lícita de tais bens ou valores, demonstrando uma causa justa que lhe permita estar na posse de tais coisas. Isso porque a figura penal normalmente traz um elemento negativo da “ausência de justificativa lícita” ou a “não comprovação da destinação legítima”, ou outra expressão equivalente.

No art. 277 do Projeto de Código Penal não há elementos semelhantes. O tipo penal não exige, expressamente, que o funcionário público justifique a origem lícita da coisa que integra seu patrimônio, em desproporção com os rendimentos percebidos, como ocorre em vários exemplos do crime congênere dos ordenamentos estrangeiros. Em razão da não previsão de tal necessidade de justificação, teria deixado de haver inversão do ônus da prova, sendo, pois, o tipo compatível com a presunção de inocência? A resposta negativa impõe. No futuro Código Penal brasileiro, para caracterização do crime de enriquecimento ilícito, bastará que o funcionário público tenha ou usufrua, de modo não eventual, de um bem “*cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos ... em razão de seu cargo ou por outro meio lícito*”. Embora o tipo penal proposto não exija expressamente uma “justificativa da origem do patrimônio”, ao prever que o valor do bem seja *incompatível* com os “rendimentos auferidos” ou com “*outro meio lícito*”, chega-se ao mesmo resultado. O “outro meio lícito”, invariavelmente, deverá ser indicado e provado pelo acusado, “justificando” a origem lícita do bem.

²⁰ Analisando as contravenções penais de posse injustificada de chave adulterada ou de gazua (art. 707) ou de posse injustificada de valores (art. 708), **Francesco Antolisei** (*Manuale di diritto penale. Parte speciale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1960. v. 1, p. 311) explica que a lei, invertendo o ônus da prova, obriga o agente, no caso do art. 707, a justificar a destinação da chave adulterada ..., e no do art. 708, a justificar a proveniência do dinheiro ou outro objeto não condizente com seu estado e, se por qualquer motivo o agente não fornece tais justificações, estará caracterizada a infração penal. Mais enfático, **Silvio Ranieri** (*Manual de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Temis, 1975. v. 6, p. 366 e 368-369) afirma, em relação à contravenção do art. 707, que a ilegitimidade da destinação das coisas “se presume”, dada a qualidade pessoal do sujeito, e esta presunção só pode ser afastada ante a prova em contrário que seja produzida pelo acusado. Da mesma forma, no caso do art. 708, assevera que “*a presunção de ilegitimidade da procedência das coisas de que se trata, dada a qualidade pessoal do sujeito, pode ser desvirtuada pela prova contrária de que este consiga apresentar acerca da origem das coisas possuídas, ainda que não correspondam ao seu estado*” (op. cit., p. 368-369).

O crime de “enriquecimento ilícito” brasileiro traz um tipo penal mais elaborado, que não escancara a inversão do ônus da prova, mas nem por isso deixa de realizá-la, ainda que por meio de um subterfúgio. Cabe analisar de forma mais esmiuçada o tipo penal e seus reflexos na atividade probatória.

O primeiro elemento do crime a ser considerado é uma das ações nucleares do tipo previstas alternativamente: “adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis”. Assim, poderá ter havido, por exemplo, a aquisição de um helicóptero, ou o aluguel de uma casa de praia. Situações como estas, muitas vezes, poderão ser comprovadas pela simples juntada de documentos. Haverá casos, no entanto, em que essa prova será mais difícil, como, por exemplo, usufruir de forma usual de uma lancha ou de uma casa de campo, o que poderá demandar prova testemunhal ou mesmo um conjunto robusto e coerente de indícios.

O segundo elemento do crime é que os bens móveis ou imóvel tenham sido adquiridos, alugados etc. por “*valor ... incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo*”. Por exemplo, tal ocorrerá quando os rendimentos de um funcionário público não lhe permitirem comprar um helicóptero de milhões de reais ou alugar uma casa de praia pagando alugueres mensais de mais de uma dezena de milhares de reais. Nestes casos, imagina-se que a prova da incompatibilidade se dará pela simples obtenção da declaração de imposto de renda do funcionário público. Aliás, atualmente, no caso de órgãos públicos que cumpram a Lei 12.527/2011 – Lei do acesso à informação –, os rendimentos estarão disponíveis publicamente, para consulta de qualquer interessado!

O terceiro elemento do crime é a inexistência de “*outro meio lícito*” que poderia justificar a compra, o aluguel, a fruição ... do bem. Exatamente neste último elemento é que se opera a inversão do ônus da prova e, conseqüentemente, se fulmina a presunção de inocência, como regra de julgamento,²¹ bem como o seu consectário, o direito ao silêncio do acusado.

²¹ José Joaquim Gomes Canotilho e Vidal Moreira (*Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Ed., 2007. v. 1, p. 518) apontam como elemento do conteúdo adequado da presunção de inocência a “*proibição de inversão do ônus da prova em detrimento do arguido*”.

Explica-se: como não há um conjunto delimitado de outras fontes ou meios lícitos de recebimento de valores, são infundáveis as maneiras de se “adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores” tendo por origem “outro meio lícito” que não os insuficientes “rendimentos auferidos pelo funcionário público”. O funcionário público pode ter sido premiado em uma loteria; ou sido contemplado em um sorteio de final de ano; se casado com pessoa rica; recebido vultosa herança; sido contemplo por doação de amigo próximo; recebido presentes caros de amante; recebido elevada remuneração por se prostituir; ganho valores significativos em carteados com amigos etc. Os exemplos poderiam seguir a depender da criatividade de cada um.

É claro que se tal fonte lícita diversa da remuneração normal for incluída na declaração de rendimentos do funcionário público, provavelmente não se cogitará de crime algum. O problema surgirá quando o servidor omitir tal dado de sua declaração de rendas, seja por acreditar desnecessário declará-lo – por exemplo, um carro de luxo ganho num sorteio natalino de *shopping center* –, seja por evidente constrangimento – no caso de favores sexuais remunerados –, seja para não produzir prova contra si mesmo.

Embora a acusação possa demonstrar facilmente a incompatibilidade do valor do bem com os rendimentos funcionais, dificilmente saberá se há ou não “outro meio lícito”. E, neste caso, havendo dúvida se existe ou não um dos elementos do tipo – outro meio lícito – o acusado será condenado ou absolvido?

Um posicionamento que preserve a presunção de inocência responderá, facilmente e com segurança: *in dubio pro reo!* Mas se assim o for, o novel tipo penal será de uma inutilidade total.²² Isso porque, sempre será possível se cogitar de uma eventual – entre infundáveis – fonte lícita a lançar dúvida razoável sobre o espírito do julgador e impor a absolvição. A condenação será praticamente impossível!

²² Embora se referindo às contravenções penais dos arts. 707 e 708 do Código Penal italiano, mas em passo igualmente aplicável aos crimes de enriquecimento ilícito ou injustificado, **Cordero** (*Il giudizio d'onore...* cit., p. 159) afirma que a omissão do prévio accertamento da legítima proveniência “*representa o centro gravitacional do esquema legal, e não menos que o motivo político que caracteriza a norma*”.

De outro lado, quem busca uma maior eficácia da persecução penal no combate à corrupção e a outros crimes funcionais se posicionará no sentido de que, se o acusado sequer invocou qualquer outra fonte lícita, não haverá dúvida sobre sua existência e, neste caso, a condenação se imporá.

Essa última postura, além de permitir a condenação com base na dúvida sobre um dos elementos do tipo penal, em flagrante desrespeito à garantia constitucional da presunção de inocência, em seu aspecto de regra de julgamento, também estará a impor ao acusado um dever de colaboração com a descoberta da verdade, o que é incompatível com a garantia constitucional do direito ao silêncio (CR, art. 5.º, inc. LXIII).²³

Certamente se argumentará que não se poderá fazer pesar sobre os ombros da acusação o ônus da prova de que “*não há outro meio lícito*” que pudesse justificar tal patrimônio, porque isso seria exigir-lhe uma *probatio diabolica*, vez que os fatos negativos não podem ser provados.

A premissa não será correta. A regra *negativa non sunt probanda* não pode ser aceita, na medida em que basta transformar a afirmação de um fato negativo na forma positiva inversamente correspondente, para que a prova se torne possível.²⁴ Impossível é produzir prova de alegações de fatos indeterminados,²⁵ sejam eles positivos ou negativos.²⁶ Por outro lado, é perfeitamente possível provar o fato negativo determinado.²⁷ A comprovação da inocorrência de

²³ Lembra Antonio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41) que, além do *in dubio pro reo*, uma segunda decorrência da garantia constitucional da presunção de inocência, “*em relação à matéria probatória, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação do fato*”. No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, cf.: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 125.

²⁴ Por exemplo, é possível provar que “não estava no Rio de Janeiro, no dia 10 de fevereiro de 2012, às 20:00 horas”, comprovando que em tal dia e horário, estava na cidade de São Paulo.

²⁵ Por exemplo: “não costumo falar alto” (fato negativo indeterminado), ou “normalmente sou pontual” (fato positivo indeterminado).

²⁶ Cf. LESSONA, Carlo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano – parte generale: confessione e interrogatorio*. Firenze: Fratelli Camelli, 1895. p. 133; SARACENO, Pascoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: Cedam, 1940, p. 161.

²⁷ Cf. GIANTURCO, Emanuele. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 4. ed. Firenze: G. Barbera, 1895. p. 189; LESSONA, *Teoria delle...* cit., p. 132; BONNIER, Eduardo. *Tratado teórico y práctico de las pruebas en*

um fato negativo determinado pode ser feita pela prova de fatos positivos contrários ou incompatíveis.²⁸

Mas, voltando ao crime de enriquecimento ilícito, no que se refere ao elemento do tipo “outro meio lícito”, *elemento negativo indeterminado*. Como pode existir conjunto infundável e ilimitado de possíveis meios lícitos diversos dos rendimentos dos funcionários públicos, tal procedimento hipotético de exclusão do fato negativo, pela demonstração do fato positivo incompatível, não tem como ser realizado. Não haverá como transformar – porque indeterminado – a afirmação do fato negativo em uma afirmação de fatos positivos incompatíveis e, com isso demonstrar que não existiu este ou aquele outro meio lícito.

Justamente por isso é que a construção de um tipo penal que trabalhe com um elemento indeterminado – “outro meio lícito” –, que poderá ser conhecido apenas pelo acusado, implicará, inevitavelmente, a inversão do ônus da prova. Havendo dúvida sobre esse elemento do delito, o acusado não será absolvido, com base no *in dubio pro reo*. Ao contrário, será condenado, porque ao não colaborar com a investigação ou instrução, indicando outra fonte lícita, terá feito pesar sobre si o ônus da prova quanto a existência desse outro meio lícito. Ou seja, a acusação terá apenas que provar a ocorrência de uma das operações indicadas nos verbos-tipos, que teve por objeto um bem cujo valor era incompatível com os rendimentos do funcionário público. Por outro lado, o acusador não terá o ônus de provar que inexistiam outras fontes lícitas.

Demonstrado pela acusação apenas que a operação envolvia valor “incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário em razão de seu cargo”, passará a ser do servidor o ônus de demonstrar que ele tinha “outro meio lícito” que lhe permitiu ter tal bem ou valor em seu

derecho civil y en derecho penal. Trad. José Vicente y Caravantes. Madrid: Reus. 1928. t. I, p. 48; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1965. p. 784; FOSCHINI, Amedeo. Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale. *Archivio Penale*, v. 2, p. I, 1946, p. 201; SABATINI, Guglielmo. *Principi di diritto processuale penale*. 3. ed. Catania: Casa del Libro, 1948. v. 1, p. 472. Mais modernamente, cf. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 117. Na doutrina nacional, cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código De Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4, p. 31.

²⁸ Cf. CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. Porto: Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1880. p. 39; BONNIER, *Tratado...* cit., p. 48; LESSONA, *Teoria delle...* cit., p. 132; SARACENO, *La decisione...* cit., p. 145; TARUFFO, *La prova...* cit., p. 117.

patrimônio. E se não o fizer, será condenado. Isto significa que, em relação ao elemento do crime “outro meio lícito”, inverte-se o ônus da prova²⁹ e vigorará o *in dubio contra reum!* Não será o acusador que terá o ônus de demonstrar que a operação desproporcional aos vencimentos do acusado “não tinha outro meio lícito”, mas será o acusado que deverá demonstrar que a operação “teve outro meio lícito”. Ou seja, mais fácil criar um tipo penal que inverte o ônus da prova, exigindo-se a prova positiva do acusado.³⁰

Por outro lado, ainda que fosse possível superar o óbice da presunção de inocência, e se admitisse a inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado demonstrar a origem lícita dos bens, outro problema surgiria: o acusado se desincumbiria de tal ônus apenas gerando dúvida sobre a licitude ou teria que prová-la plenamente? As duas posições são encontradas na doutrina. Há quem se contente com uma justificação ou explicação sobre a licitude da origem dos bens, bastando uma prova capaz de gerar dúvida sobre a licitude.³¹ Assim, não se exigiria uma “prova além de qualquer dúvida razoável” da origem lícita dos bens, mas uma circunstanciada e convincente explicação, valorada no caso concreto, a justificar a existência de um patrimônio desproporcional com os rendimentos do funcionário público. Outros, contudo, vão além, considerando que “o ônus da prova incumbe por inteiro ao acusado; quando o juiz estiver na dúvida, se impõe uma pronúncia condenatória”.³²

²⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público. Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. *RBCCRIM*, São Paulo: RT, n. 98, set.-out. 2012, p. 536.

³⁰ Lembre-se que **Manzini** (*Trattato...* cit., v. 1, p. 603) em relação à contravenção do art. 708 do CP italiano, afirmava que “a origem ou a razão de tal posse não tem importância constitutiva, mas somente eventualmente discriminante”. Desnecessário destacar que, para um inimigo da presunção de inocência, que a considerava “paradoxal”, o ônus da prova das discriminantes pesava sobre o acusado! Ao mesmo resultado chega **Delitala** (*Il reato...* cit., p. 103), embora considerando que a ausência de justificação da posse caracteriza “uma causa de licitude (o crime não subsiste, se a posse é justificada), cuja prova está a cargo do acusado”, acrescentando, ainda: “a insubsistência de prova não redundando em benefício, mas em prejuízo do acusado, a quem incumbe assim o ônus da prova da legitimidade da posse” (op. cit., p. 103, nota 20).

³¹ Cf.: SARACENO, La decisione... cit., p. 256-257; CHIAVARIO, Mario. *La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 386-387.

³² CORDERO, *Il giudizio d'onore...* cit., p. 162. No mesmo sentido, cf. BETTIOL, Giuseppe. *Sulle presunzioni nel diritto e nel processo penale. Scritti Giuridici*. Padova: Cedam, 1966. t. I, p. 362.

Em suma, do ponto de vista da garantia constitucional da presunção de inocência, não parece possível a construção de um tipo penal que confira, explícita ou implicitamente, ao acusado o ônus de justificar a origem lícita do bem ou valor e provar a sua licitude, o que implica uma presunção de culpabilidade,³³ com a consequência de que mesmo na dúvida sobre um dos elementos do tipo, o acusado seja condenado.

Analisando a questão exclusivamente sob a ótica da presunção de inocência, o problema deixaria de existir caso a lei se limitasse a proibir a propriedade ou posse de determinados bens ou valores incompatíveis com os rendimentos do funcionário público, sem qualquer presunção de ilicitude.³⁴ Todavia, sob a ótica da proteção de bens jurídicos, seria muito difícil justificar a criação de um tipo penal com tal conteúdo.³⁵ Não se trataria de punir alguém por um fato que praticou (um concreto ato de corrupção), mas pelo que ele é (um funcionário público desonesto).³⁶ E, como destaca **Figueiredo Dias**, “*se há princípio indiscutivelmente aceito em matéria de dogmática jurídico penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o direito penal é direito penal do facto, não direito penal do agente*”.³⁷

5. A corrupção passiva e a prova da prática de ato de ofício na nova visão do Supremo Tribunal Federal

³³ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza...* cit., p. 144.

³⁴ No âmbito não criminal, tal conduta caracteriza ato de improbidade administrativa, que importa enriquecimento ilícito. Dispõe o art. 9.º, inc. VII, da Lei 8.429/1992: “*Art. 9.º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.º desta lei, e notadamente: (...) VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*”. Além disso, no plano administrativo, o art. 13, caput, da referida lei, prevê: “*Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente*”.

³⁵ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza...* cit., p. 144. Na doutrina nacional: BECHARA, *A criminalização do enriquecimento ilícito...* cit., p. 536.

³⁶ GODINHO, *Do crime de “riqueza injustificada”...* cit., p. 28.

³⁷ *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I, p. 221.

Toda a discussão sobre a necessidade – do ponto de vista da tão propalada “eficiência” da persecução penal – de se criar um tipo penal de enriquecimento ilícito, sempre foi a dificuldade decorrente de se exigir que, no crime de corrupção passiva, o Ministério Público imputasse na denúncia,³⁸ e depois provasse, além de qualquer dúvida razoável, a prática de um ato de ofício e o seu nexo causal.³⁹

Todavia, muitas vezes não se conseguia demonstrar tal nexo entre o recebimento ou solicitação da vantagem indevida e um específico ato de ofício que tivesse sido praticado, não se punindo, por corrupção, funcionários públicos que demonstravam “sinais exteriores de riqueza” aparentemente incompatíveis com seus rendimentos.

Nesse contexto, a discussão sobre a necessidade de tipificação do crime de enriquecimento ilícito, como um crime subsidiário da corrupção, tinha sentido.

Tal panorama pode ter se alterado com o julgamento da Ação Penal 470/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se adotou a tese da possibilidade de condenação de funcionário público por corrupção passiva independentemente da comprovação do ato de ofício.

Ou seja, o que não se conseguiu no plano legislativo – e, se for implementado, será inconstitucional –, obteve-se jurisprudencialmente, abrandando-se os rigores do que deve conter uma imputação certa e determinada no crime de corrupção, impedindo o exercício da ampla defesa, que não saberá de que ato de ofício se defender, tudo para facilitar a atividade probatória da acusação na luta contra a corrupção.

³⁸ O STF decidiu que: “A denúncia é uma exposição narrativa do crime, na medida em que deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias. Orientação assentada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o crime sob enfoque não está integralmente descrito se não há na denúncia a indicação de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. Caso em que a aludida peça se ressentia de omissão quanto a essa elementar do tipo penal excogitado. Acusação rejeitada” (STF, Inq 785/DF, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.11.1995, m.v.).

³⁹ Cf., por exemplo, o seguinte acórdão do STF: “Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio como segundo, ao terceiro e ao quarto acusados” (STF, APn 307-3-DF, 2.ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994, m.v.).

Quem pretendia combater a corrupção, criando um novo tipo penal que violaria a presunção de inocência, caso o precedente do Supremo Tribunal Federal venha a se confirmar, agora pode combatê-la, mediante uma jurisprudência que impede a ampla defesa. O preço que se paga pela ineficiência investigatória dos atos de corrupção e a supressão de garantias individuais, pouco importa, se a presunção de inocência ou a ampla defesa.

6. Conclusão

Há diversos ordenamentos jurídicos que criminalizaram o enriquecimento ilícito, na maioria deles, como crime funcional, consistindo o delito, em suma, na posse ou propriedade de bens, em valores incompatíveis com os rendimentos recebidos pelo funcionário público, sem que haja outra justificação legítima para que tal bem integre seu patrimônio.

O Brasil, por força de obrigações internacionais assumidas com vistas ao combate à corrupção, tem a obrigação de verificar a compatibilidade da criminalização do enriquecimento ilícito, desde que tal crime seja compatível com as garantias da Constituição brasileira e os princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

O Projeto de Código Penal prevê, em seu art. 277, o crime de enriquecimento ilícito. O tipo penal proposto, contudo, é incompatível com a presunção de inocência, na medida em que, com relação a um dos seus elementos – a incompatibilidade do valor com “outro meio ilícito” –, acaba por inverter o ônus da prova, fazendo pesar sobre o acusado a demonstração da licitude da fonte pela qual obteve o bem ou valor.

A previsão de um elemento negativo indeterminado – no caso a inexistência de outro meio lícito –, viola a garantia constitucional da presunção de inocência, por criar um tipo penal em relação ao qual não será possível fazer recair sobre a acusação o ônus da prova sobre todos os elementos do tipo penal. Embora seja possível a prova de fatos negativos, é impossível demonstrar a inocorrência de um fato negativo indeterminado, isso porque, não sendo ele individualizável, para fins probatórios, não há como convertê-lo em um fato positivo incompatível que, comprovado, afastaria a inexistência do elemento negativo do tipo.

Não se questiona o propósito firme de combate à corrupção, o que é uma exigência de todos, seja para preservação do bom funcionamento da administração pública, seja para a própria formação do senso ético da sociedade.

Há mecanismos de controle não criminais que podem e devem ser implementados, seja no plano administrativo-funcional, seja no campo de verificação contestante da regularidade dos atos administrativos. Por outro lado, técnicas tributárias de controle e imposições de sanções fiscais, como por exemplo, em relação aos sinais exteriores de riquezas, podem ser também um importante mecanismo de alerta contra funcionários públicos corruptos. Finalmente, a punição por improbidade administrativa deverá ser também efetivamente utilizada contra servidores que enriquecem ilicitamente. Antes de criar novos delitos, é preciso fazer funcionar as soluções não criminalizadoras.

O que não se pode aceitar é uma cômoda criação do tipo penal de enriquecimento ilícito, como forma de punir o funcionário público que, a partir de seu patrimônio desproporcional, se presume corrupto, até prova em contrário de sua inocência.