

O DELITO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO ESTRATÉGIA PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO: CONSIDERAÇÕES, CRÍTICAS E REFLEXÕES POLÍTICO-CRIMINAIS

José Maria Panoeiro^{1 2}

1. INTRODUÇÃO

É certo que o tema da corrupção já foi objeto de inúmeros estudos e trabalhos que, se não a esgotam enquanto elemento de investigação, ao menos permitem que o intérprete tenha uma visão mais acabada do que seja tal fato. Ainda assim, dentro da presente proposta de trabalho, há pontos fundamentais que precisam ser lançados para que se possa discutir uma eventual proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos.

É lugar comum no âmbito da crítica liberal dizer que o socialismo seria o ambiente ideal para a expansão da corrupção. Afirma-se que a centralização da vida econômica nas mãos do Estado, a implantação de um modelo de partido único e o enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário criam um ambiente onde a corrupção se torna um problema crônico, ambiente esse no qual os meios são justificados pelos fins, e uma elite dirigente passa a se beneficiar de privilégios inalcançáveis num outro modelo de sociedade³.

Ainda que o quadro delineado pela Operação Lava Jato possa conduzir à apressada conclusão quanto ao acerto da crítica, ela não subsiste à realidade. Caso fosse adequado conectar tamanho do Estado e corrupção, não haveria explicação para que os Estados de Bem-Estar Social do Norte da Europa, conhecidos pela expansão de seus sistemas estatais, tivessem índices reduzidos de corrupção ou, de outro modo, que o retorno da antiga URSS ao capitalismo se fizesse acompanhar de um exponencial incremento dos circuitos de corrupção⁴.

¹ Procurador da República no Rio de Janeiro, doutorando em Direito Penal (UERJ), mestre em Direito Penal (UERJ), professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

² Por questão de honestidade, o signatário deixa registrado que não participou da elaboração das 10 Medidas Contra a Corrupção e também não integra a Força Tarefa da Operação Lava Jato. Desta forma, cada uma das reflexões aqui lançadas deve ser tida como opinião pessoal do autor, e não do Ministério Público Federal enquanto instituição.

³ GUIMARÃES, Juarez. Socialismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 111.

⁴ Id., p. 112.

Parece, outrossim, que a corrupção não é privilégio de uma época ou de um determinado modelo de organização social, mas é, essencialmente, um comportamento humano. Ainda assim, sua compreensão parece estar conectada à noção de interesse público, conceituando-a alguns, como “ato de transgressão do interesse público, que implica uma apropriação privatista ilegítima de recursos, bens, patrimônios ou serviços públicos”.⁵

Sob outra forma, é o manejo da função pública como instrumento de ganho pessoal em detrimento dos fins públicos a ela cometidos, daí talvez o desvalor a ela associado.

Um olhar sobre a História do Brasil revela como a corrupção se incrustou no seio social e quão difícil foi para que ela alcançasse o patamar de visibilidade hoje atribuído. Na Colônia, a corrupção aparecia como consequência de um confuso conjunto de leis, da desorganização administrativa que gerava uma sobreposição de funções, da remuneração desnivelada, da venda de cargos públicos pelo rei, o que embutia a possibilidade de ganhos maiores por seu exercício e, principalmente, pela ausência de separação entre o público e o privado.^{6 7}

Esse ambiente corrupto e permissivo, criticado por Padre Antônio Vieira no “Sermão do Bom Ladrão”, drenou recursos que deveriam ser direcionados ao Estado Português e enriqueceu aqueles que o Novo Mundo atraiu, mesmo que tenham ferido de morte os ideais de bom governo na Colônia.⁸

Durante o Império, a percepção da corrupção era escassa, fruto de uma Monarquia em que o rei era uma figura divina e pairava acima de tais fatos⁹. Foi, porém, um fato aparentemente não relacionado à corrupção, que deflagrou todo um movimento de acusação de tais práticas ao governo, o “roubo das joias da coroa”¹⁰.

⁵ Ibid., p. 173.

⁶ FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil Colônia. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 209-211.

⁷ “Magistrados, capitães, governadores, vice-reis, meirinhos, contratadores, eclesiásticos não desperdiçavam chances de cultivar ganhos paralelos. Em troca deles guardas facilitavam a soltura de condenados, juízes calibravam o rigor das sentenças, fiscais unham parte das mercadorias que deveriam tributar. A participação em atividades de contrabando revelava-se também tolerada. Afinal era recomendável, ao menos tacitamente, participar das oportunidades da economia colonial amealhando ganhos para o patrimônio familiar.” FIGUEIREDO (2008, p. 212).

⁸ FIGUEIREDO, op.cit., p. 215.

⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Corrupção no Brasil Império. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 227-229.

¹⁰ Id., p. 229.

Tal roubo, ainda que esclarecido, converteu-se num dilema moral para a Corte. Como o autor fora um funcionário do próprio Paço, surgiram críticas quanto ao modo como o imperador lidava com a “coisa pública”, que se aprofundaram quando, ao final do caso, D. Pedro agraciou a cúpula da polícia da Corte com ordens honoríficas reservadas à nobreza e resolveu encerrar o caso sem punição dos envolvidos. Falava-se à época em corrupção política para dizer de uma tentativa do imperador de silenciar os investigadores.¹¹

A República também não se viu livre da corrupção. Por um lado, se os republicanos derrubaram a monarquia, acusando-a de corrupta e despótica, os revolucionários de 1930 também acusavam a Primeira República de tal mazela.¹² Vargas cometeu suicídio em 1954 sob acusações de corrupção. Em 1964, a corrupção foi o pretexto para o golpe militar, cujo regime ditatorial ali nascido também se encerrou sob acusações de corrupção, despotismo e desrespeito à coisa pública. Por fim, em 1992, Fernando Collor de Mello, eleito em 1989, foi expulso do poder sob acusações de corrupção¹³.

Apesar de fazer parte de nossa realidade histórica, tem se afirmado que, ao longo do tempo, operou-se uma mudança tanto semântica quanto da própria dimensão do que se tem por corrupção.

Semanticamente, corruptos eram, ao tempo do Império e da Primeira República, os sistemas que se revelavam incapazes de promover o bem público e não uma pessoa individualmente considerada. A partir de 1945, a corrupção passa a ser praticada pelo indivíduo, que se locupletava da coisa pública. E assim prosseguiu, passando pela ditadura militar, pelos governos Sarney e Collor até chegar aos governos mais recentes.¹⁴

Contudo, tem se visualizado de forma mais lúcida no quadro histórico atual, para além do aspecto individual da corrupção, um conflito entre os que a vinculam ao comprometimento do sistema democrático-representativo e, por outro lado, os que defendem os atuais mandatários, sob a alegação de realização de um bom governo, isto é, voltado ao cumprimento de uma finalidade coletiva e à redução da desigualdade, sem preocupação com os meios utilizados.¹⁵

¹¹ Ibid., p. 229.

¹² CARVALHO, José Murilo. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 237.

¹³ Id., p. 237.

¹⁴ Id., p. 238.

¹⁵ Ibid., p. 239.

Esse embate não pode turvar as reflexões necessárias quanto aos meios que se deva utilizar para o combate à corrupção.

Não se trata de estar a favor ou contra qualquer tipo de agremiação partidária ou de se seguir uma ou outra vertente ideológica, mas, tão somente, de se afirmar que a coisa pública deve ser gerida em prol da coletividade, e não como meio para o enriquecimento injustificado de uma minoria.

Parece também relevante reconhecer que a corrupção assumiu, proporcionalmente, outra dimensão em relação direta com o aumento dos recursos do Estado. Nesse quadro, a mudança da capital para Brasília, com o conseqüente distanciamento dos parlamentares de seus eleitores, acabou por reduzir o controle favorecendo acordos corruptos e a impunidade¹⁶.

Apesar disso, o Brasil avança.¹⁷ A sociedade tem se organizado cada vez mais para exigir transparência, responsabilidade fiscal, "ficha limpa" de candidatos a cargos eletivos, bem como as instituições do Estado têm respondido à corrupção como jamais antes o fizera.

Talvez, por essa razão, tenha-se registrado em pesquisa recente¹⁸ que a corrupção ocupava o primeiro lugar entre os maiores problemas do país. O levantamento, como toda coleta de dados, sofre o corte temporal de um determinado momento. Porém, isso não retira a relevância da percepção social contrária a um modo de se conduzir na vida pública uma forma de realizar negócios e conduzir a atividade econômica¹⁹.

O momento é propício ao debate sobre o que se deve ter por corrupção e como enfrentar esse problema de modo a reduzi-lo a um espaço em que não comprometa a realização do interesse público. É o debate o que se propõe quando se lança a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito (Medida nº 2).

¹⁶ CARVALHO, 2008, p. 239.

¹⁷ LEITÃO, Míriam. *História do futuro: o horizonte do Brasil no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 15-24.

¹⁸ Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1712972-corrupcao-lidera-pela-primeira-vez-pauta-de-problemas-do-pais.shtml>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

¹⁹ Disso não parece destoar o editorial do Boletim ICCrim especialmente destinado à análise crítica das "Dez Medidas contra a Corrupção": Há determinados males que, a despeito de existirem desde sempre, permanecem na penumbra, muitas vezes camuflados por outras patologias sociais, e que somente afloram quando – e se – um raio de luz os projete. Eis o caso da corrupção em nosso país. Com efeito, a estridência dos recentes escândalos, de proporções inéditas, mas de contornos ainda desconhecidos, expôs, às escâncaras, a face mais perniciososa da indecência no trato do dinheiro público, permitindo que a corrupção se tornasse o inimigo da vez a ser duramente debelado pela sociedade. (Boletim IBCCrim, ano 23, n. 277, dez. 2015 - ISSN 1676-3661).

As justificativas, num exame sumário, parecem ser reflexões iniciais para o debate, não uma proposta acabada. Também não parece adequado tomá-las sob uma perspectiva de negação aos princípios que informam o Direito Penal e o Processual Penal dentro de um Estado Democrático de Direito. O que se deve ter em conta é o debate.

Nesses termos urge questionar: é necessário criminalizar o enriquecimento ilícito de funcionários públicos para um efetivo combate à corrupção? É legítimo? Qual o bem jurídico que se pretende proteger? Qual a estrutura típica adequada a tais indagações?

Sem essas considerações, o debate descamba para a tentativa de desqualificação pura e simples de um ou de outro posicionamento, acarretando, portanto, um debate estéril que apenas favorece a manutenção do atual estado de coisas.

2. A PROPOSTA: CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE AGENTES PÚBLICOS E PROTEÇÃO À FONTE DE INFORMAÇÃO (MEDIDA 2)²⁰

É sabido que a corrupção tem se tornado o foco de preocupação internacional e motivado o surgimento de diversas convenções sobre o tema.²¹ Na Europa, vigora o Convênio penal sobre a corrupção (Convênio nº 173 do Conselho da União Europeia) elaborado em Estrasburgo em janeiro de 1999²².

Nessa ordem de coisas, tanto a Convenção Interamericana (Artigo IX) quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Artigo 20) trouxeram a indicação para que os signatários introduzissem em seus ordenamentos o delito de enriquecimento ilícito:

²⁰ Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

²¹ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006), Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/2002), a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção.

²² BLANCO CORDERO, Isidoro. El Delito de Enriquecimiento Ilícito Desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional português. *Revista electrónica de la AIDP* (ISSN-1993-2995), 2013, A-02:1. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/2002)	Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006)
<p style="text-align: center;">Artigo IX Enriquecimento ilícito</p> <p>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 <u>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.</u></p> <p>Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, este será <u>considerado um ato de corrupção</u> para os propósitos desta Convenção.</p> <p>O Estado Parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.</p>	<p style="text-align: center;">Artigo 20 Enriquecimento ilícito</p> <p>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 <u>qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.</u></p>

Seguindo essa trilha, foi apresentada como uma das propostas dentre as “10 Medidas contra a Corrupção” a criminalização do enriquecimento ilícito, tema que não é novo enquanto proposta legislativa, pois já constava do Projeto de Lei nº 5.586/2005 de autoria da Controladoria-Geral da União, bem como do próprio Projeto de Reforma do Código Penal (PLS 236/2012). Sobre esse último, assim esclareceu Luiz Flávio Gomes:

Não sou favorável a criminalizar tudo que a mídia e a população amedrontada entendem que deve merecer castigo penal. O direito penal, em razão da sua limitada capacidade de prevenção do delito, não deve ser usado como panaceia para a cura de todos os males sociais. Mas existem algumas condutas, nitidamente perniciosas para a convivência em sociedade, que não podem deixar de ser contempladas no novo Código Penal. É o caso, dentre outros, do terrorismo, da organização criminosa, dos crimes informáticos puros e do enriquecimento ilícito.

Por maioria de votos, nós, membros da Comissão de Reforma do Código Penal do Senado, aprovamos a criminalização da conduta de quem adquire, vende, empresta, aluga, recebe, cede ou usufrui, de forma não eventual, de valores (ações, por exemplo) ou bens móveis (carros, jóias etc.) ou imóveis (apartamentos, terrenos etc.), que

sejam incompatíveis com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.²³

Em relação à proposta de Novo Código Penal, a Medida nº 2 difere, tão somente, pela inclusão do verbo *possuir* e pela adoção do patamar de penas, constante do projeto que teve origem na CGU, no que se distanciou do modelo²⁴ pretendido pelos juristas da Comissão de Reforma do Código Penal:

Enriquecimento ilícito

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de 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.

Do que já se expôs, é possível verificar que a proposta lançada não é propriamente nova, já foi objeto de debates tanto no Brasil quanto internacionalmente, razão pela qual tomá-la como uma proposta absolutamente nova para, em ato contínuo, criticá-la, parece ser precipitado.

Se existem problemas no âmbito da citada medida, por certo esses podem ser superados durante o debate legislativo, pois o que nela consta não se distancia das Convenções mencionadas e das propostas legislativas já apresentadas.

Os autores da proposta justificam a adoção desse delito em nosso

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Enriquecimento Ilícito*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/crime-de-enriquecimento-ilicito/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

²⁴ “Duas são as penas previstas: prisão de um a cinco anos e confisco dos bens e valores adquiridos ilicitamente. A pena mínima, por sugestão minha, acabou ficando em um ano para permitir a suspensão do processo, caso o acusado aceite fazer acordo e já devolver os bens ilícitos, além de cumprir outras medidas negociadas entre acusação e defesa. Pela quantidade de notícias, sindicâncias e CPIs em andamento, é de se presumir que milhares de servidores públicos (políticos, juízes, fiscais, governantes etc.) estarão enquadrados no novo crime. A Justiça brasileira, como se sabe, não está preparada para processar todo mundo de acordo com o devido processo clássico, que é muito custoso e moroso. Não havendo acordo, o processo criminal caminha, mas a chance de prescrição é muito grande”. (GOMES, Luiz Flávio. *Enriquecimento Ilícito*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/crime-de-enriquecimento-ilicito/>>. Acesso em: 25 jan. 2016).

ordenamento jurídico, a partir de uma série de argumentos que devem ser aqui sintetizados: 1) percepção de que o enriquecimento ilícito é subjacente à corrupção e aos crimes que lhe são conexos; 2) dificuldade probatória em torno da corrupção; 3) subscrição pelo Brasil de convenções internacionais dirigidas à criminalização da conduta; 4) compreensão do enriquecimento ilícito como prova indireta de corrupção; e 5) a evidência de que o enriquecimento ilícito possui um desvalor autônomo.

O projeto recusa a ideia de que haja inversão do ônus da prova, antecipando uma crítica que, como se verá adiante, é recorrente em tema de criminalização do enriquecimento ilícito:

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. Em outras palavras, com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição.

3. A CRÍTICA

A edição, em dezembro último, de um boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) cujo editorial tem o título “Todos contra a corrupção”, dedicado à análise crítica das propostas contidas nas “Dez Medidas contra a Corrupção”, abriu espaço para o debate acerca de propostas formuladas por um grupo de procuradores da República e, posteriormente, encampadas pelo próprio Ministério Público Federal.

Movido pela ideia de uma crítica científica às propostas, não houve por bem o boletim abrir espaço para a apresentação de fundamentação dogmática àquelas propostas, dando por exaustivas as justificativas apresentadas. Ao fazê-lo, o

renomado periódico se fez instrumento de um discurso único, sem contraponto, em detrimento do justo debate que deve permear o ambiente acadêmico.

Antecipe-se que não se está a defender esta ou aquela medida, mas tão somente a constatar que, ao abrir espaço exclusivamente a uma determinada linha de pensamento, o boletim parece ter se distanciado do debate científico que se propunha a fomentar.

Talvez isso explique algumas adjetivações²⁵ a respeito, especificamente, da proposta de criminalização do enriquecimento ilícito dizendo-a baseada em “considerações policiaiscas” ou, sob outra forma, qualificando de “esforço ativista-populista de angariamento de assinaturas” insuficiente para justificar a proposta.

Urge, porém, que se apartem as críticas legítimas e que suscitam reflexões daquelas que, sem nada acrescentar, mais se parecem com uma tentativa de desqualificação das propostas e de uma linha de pensamento diversa.

Contudo, é de se pressupor que seja, de fato, um consenso, entre os subscritores do boletim e signatários das propostas, que se deve reprimir a corrupção por todos os efeitos nefastos que dela decorrem. E se assim o é, a crítica há de ser tomada como incentivo à reflexão para a elaboração de uma proposta que, para além dos interesses individuais de pessoas ou classes, torne efetivo o combate à corrupção.

3.1 A não obrigação de criminalizar e a desnecessidade da incriminação

Logo no início de suas reflexões provisórias quanto à proposta analisada, o professor Luís Greco²⁶ critica a referência à Convenção da ONU contra a Corrupção (2004) ao afirmar que “tem mais força retórica do que argumentativa”, na medida em que a própria norma internacional já indica que o país signatário pode considerar, para fins de criminalização, seu sistema jurídico.

Assim também se manifestava Gustavo Badaró em relação ao tipo penal similar previsto no Projeto de Novo Código Penal:

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

²⁵ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

²⁶ Id.

criação do crime de enriquecimento ilícito, as próprias convenções prevêem 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 ilícito²⁷.

De fato, não tem a Convenção das Nações Unidas, nem mesmo a Interamericana, uma determinação absoluta no sentido de criminalizar. Há, sim, a indicação para que se considere tal possibilidade, o que pressupõe a elaboração de um tipo penal que seja condizente com os princípios reitores do Direito Penal e do Processo Penal no Brasil.

Contudo, isso não retira o mérito da proposta lançada de se submeter ao Congresso a possibilidade de criminalização de determinada conduta.

Assinala o professor Luís Greco que a afirmação constante na justificativa “de que o enriquecimento ilícito é prova indireta da corrupção” teria um único mérito, a sinceridade.

Noutras palavras, seria imprestável a qualquer justificação.

Admitir tal delito, afirma Greco, consistiria em aceitar uma pena de suspeita claramente violadora dos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência:

A condenação e a punição pelo crime que se propõe introduzir contém, assim, uma mentira: não é por enriquecer, e sim por ter praticado atos de corrupção ou de peculato, é que estaremos condenando. Ocorre que esses atos não se conseguem comprovar, com o que fica manifesta a violação dos princípios mencionados.²⁸

Quanto à violação do princípio da presunção de inocência a ser retomado a seguir, interessa, neste tópico, a suposta resposta dos signatários das “10 Medidas” a esta crítica, de que a experiência comum indicaria como única fonte possível para tal renda a corrupção.

Luís Greco rechaça tal alegação afirmando que, se assim o for, já seria possível a condenação pelo delito de Corrupção Passiva (art. 317, *caput*, CP).

Noutros termos, conclui o professor em suas reflexões provisórias que se o *enriquecimento é prova indireta da corrupção* (premissa), então *seria possível*

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 01, jan./fev. 2013.

²⁸ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

condenar por corrupção (conclusão), o que faria desnecessário o novo tipo penal.

Nessa mesma linha de raciocínio, segue Gustavo Badaró:

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, e depois provasse, além de qualquer dúvida razoável, a prática de um ato de ofício e o seu nexos causal. Todavia, muitas vezes não se conseguia demonstrar tal nexos 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.²⁹

Em que pese a aparente lógica do raciocínio apresentado, é falsa a conclusão. Basta para comprovar a falsidade da conclusão a seguinte indagação: se a premissa adotada nas “10 Medidas” – de que o enriquecimento é prova indireta da corrupção – conduz à possibilidade de condenação por corrupção passiva, qual razão para que os signatários da proposta tenham desprezado tal possibilidade em nome da criação de um novo delito?

Ou seja, fosse a afirmação verdadeira, não teria o menor sentido propor a tipificação do crime de enriquecimento ilícito.

Essa duplicidade de visões parece se justificar em dois tipos de percepções para o mesmo fato: o daqueles que atuam diretamente sobre os fatos e os que o tomam a partir de uma perspectiva mais acadêmica. Na doutrina espanhola, Quintero Olivares cuidou dessa divergência:

²⁹ BADARÓ, 2013.

*Es una vieja cuestión: parece que hay un derecho penal de profesores, outro de los jueces, y a eso se añaden la posición de los abogados y la unidad de critério de los fiscales. Com grandes dificultades los miembros de esos colectivos pueden realizar la función de los otros a um comparable nivel de calidad, com las excepciones que se deseen. Para el profesor es difícil dictar una sentencia em um caso complejo, para el juez no sería sencillo pronunciar una lección magistral, y ló mismo puede extenderse a fiscales y abogados. Por supuesto he hablado de excepciones, pues hay muchos casos de acumulación de funciones entre la docencia y la judicatura, fiscalía o abogacía, y quienes se encuentren en esa circunstancia podrán vivir en primera persona las diferentes maneras de contemplar la cuestión penal.*³⁰

Luís Greco acerta quando afirma que o vigente art. 317, *caput*, do CP se satisfaz com o recebimento da vantagem *em razão da função*, o que faria o delito brasileiro, segundo o professor, substancialmente diferente do previsto no direito penal alemão. Na legislação tedesca (§ 331 StBG), se “exige de forma expressa a conexão entre a vantagem e o exercício da atividade funcional (o chamado “pacto de injusto”)”.³¹

Ao que parece, os dois renomados professores fizeram uma leitura da Ação Penal 470/DF que, salvo melhor juízo, não condiz com o que ficou decidido na citada ação.

Como se sabe, consagrada doutrina pátria há muito disse que a corrupção passiva é “a venalidade em torno da função pública”³² e que nela “o ato pode ser da competência do agente ou estar relacionado ao exercício da função”³³.

O STF naquele julgado não se distanciou de tal doutrina na medida em que afirmou que o delito de corrupção passiva se perfaz pelo recebimento de vantagens indevidas em razão da função, não sendo necessário que haja demonstração concreta do ato de ofício. Se a jurisprudência anterior seguia noutro sentido, isso não invalida o acerto da decisão tomada pelo plenário da Corte, pois como consta de fato do tipo penal, não há a exigência de indicação de um ato de ofício para que se comprove a corrupção.

³⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis em derecho penal*. Madrid: lustel, 2012. p. 37.

³¹ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

³² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 367. v. IX.

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1959. p. 913. v. 4, Parte Especial (arts. 293 a 361).

Contudo, em momento algum, o Tribunal dispensou a indicação da conexão entre o recebimento da vantagem e o exercício da função e muito menos a existência de um acordo proposto ou celebrado entre funcionário e o *extraneus*. É de se ver, porém, que o escuso negócio não se dá como uma compra e venda legal, com identificação precisa do objeto, pelo contrário, a par do silêncio que envolve a corrupção, muitas vezes, não se logra precisar o ato negociado, pois se dilui em sucessivas ações (diversos atos de um procedimento administrativo, *v.g.*) ou omissões (não intervenção policial sobre determinada atividade criminosa, *v.g.*).³⁴

Por tudo isso, não parece justa a crítica de um setor da doutrina no sentido de que o Tribunal suprimiu parcela da ampla defesa em prol do combate à corrupção.³⁵ Não se trata de supressão da ampla defesa, mas de mera interpretação do tipo penal da corrupção passiva.³⁶

Olvidam que o crime de corrupção passiva em sua modalidade “receber” é crime bilateral, segundo Nelson Hungria³⁷, o que demanda a imputação simultânea da corrupção ativa, conforme deixou assente o Superior Tribunal de Justiça³⁸ em decisão posterior à comentada.

³⁴ Recentemente se teve conhecimento de um delegado de Polícia que “vendera” informações a um investigado sobre inquérito policial que estava sob a presidência de outro delegado. Em casos assim, a vantagem tem conexão com o exercício da função, mas não diz com um ato de ofício específico, pois sobre aquela investigação o funcionário corrupto não tinha atribuição. Porém, o prejuízo à atuação da administração pública parece evidente na medida em que comprometida a efetividade da própria investigação.

³⁵ “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.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 01, jan./fev. 2013).

³⁶ Para que não haja uma desconexão entre o que foi decidido na AP 470/DF e os fatos postos naquela ação, é necessário lembrar que a acusação lançada pela Procuradoria-Geral da República dizia respeito à montagem de um esquema de compra de apoio parlamentar por parte de determinado grupo político. Nestes termos estavam identificados os articuladores do esquema e, portanto, corruptores ativos, os destinatários das ofertas (autores de corrupção passiva) e ainda a conexão com a função pública (exercício do mandato em prol daquele que oferecera a vantagem). O que restou decidido é que como o delito pode ser cometido mesmo antes do exercício da função não haveria a necessidade de indicação do ato de ofício que fora praticado ou deixara de sê-lo em razão do ato de corrupção.

³⁷ HUNGRIA, Nelson, *op. cit.*, p. 430.

³⁸ [...] Embora a corrupção passiva no modo “receber” se caracterize materialmente pela bilateralidade necessária do corruptor, isso não implica rejeição da denúncia dos, em tese, corrompidos passivos. Isso porque a denúncia descreve cabalmente a corrupção ativa, o seu autor, a sua conduta, os valores pagos, isto é, a consumação e o exaurimento. Os fatos atribuídos aos denunciados estão devida e minuciosamente narrados; apenas a imputação do MPF está aparentemente incompleta, mas pode ser, conforme o art. 596 do CPP, sanada a qualquer tempo até a sentença.[...] (STJ: AP 690, Rel. Min. João Otávio Noronha, Corte Especial, DJe: 22/5/2015).

Em síntese, não é possível afirmar da desnecessidade do crime, pressupondo, e também criticando, que a orientação adotada pelo STF no julgamento da AP 470/DF autorizaria uma condenação por corrupção passiva ante a existência de patrimônio incompatível e não justificado de funcionário público.

Outro aspecto que parece escapar dos críticos é o fato, e aqui sim a experiência comum indica a veracidade da afirmação, de que os que atuam na apuração de fatos relacionados à corrupção se deparam, com certa frequência, com padrões de riqueza em geral incompatíveis com aqueles proporcionados pelos rendimentos do servidor.

Não se trata de uma “consideração policialesca”, mas de verdadeira investigação criminológica a partir de dados manejados no âmbito de atuação criminal concreta. Desprezar tais dados como conhecimento útil às reflexões criminológicas seria ignorar que nos dias de hoje se reclama uma perspectiva integrada de Criminologia, Política Criminal e Direito Penal. Afinal, ainda que não haja uma supressão da autonomia científica que é própria a cada um desses ramos do conhecimento, tais dados são relevantes para uma compreensão global da delinquência e de racionalização do Direito Penal.^{39 40}

Ainda assim, como dito acima, a corrupção foi, historicamente, um meio de funcionários públicos maximizarem ilicitamente seus ganhos em detrimento do interesse público. E nesse sentido ainda deve ser tomada como se colhe em Muñoz Conde:

Elemento común a todas las formas de corrupción es el abuso de una posición de poder para conseguir una ventaja económica, pues a menudo el que tiene una posición de poder, sobre todo cuando no es objeto del control por terceros, tende a abusar de la misma para obtener algún tipo de beneficio para sí o para otras personas.⁴¹

E se assim o é, a análise nos remete à constatação de Posner que afirma haver no delito uma racional análise de custos e benefícios:

³⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 18.

⁴⁰ “Para a compreensão científica da tarefa de aplicação do Direito Penal não basta o conhecimento das normas postas, mas é indispensável o domínio das contribuições correlatas existentes naquilo que se convencionou denominar de “ciências criminais.” (SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45).

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Parte Especial. 18. ed. Valencia: Tirant to blanch, 2010.

La noción del delincuente como un calculador racional parecerá poco realista a muchos lectores, sobre todo cuando se aplica a delincuentes que tienen poca educación o a delitos que no se cometen por una ganancia pecuniária. [...] Uma creciente producción de literatura empírica sobre el delito há revelado que los delincuentes responden a los cambios de los costos de oportunidad, de la probabilidad de la aprehensión, de la severidade del castigo y de otras variables relevantes como si fueran em efecto los calculadores racionales del modelo económico, y esto independientemente de que el delito se cometa por la ganancia pecuniária o por impulso passional, o por personas bien educadas o poco educadas, o aun poco educadas, o aun por menores.⁴²

Em outros termos, há uma série de delitos nos quais o agente busca o lucro ilícito. Neles, e aí está inserida a corrupção, há sempre uma análise racional das oportunidades oferecidas e dos riscos a que se está sujeito em caso de decisão para realizá-la. Sendo assim, soa intuitivo que corrupção e enriquecimento ilícito caminham lado a lado, pois onde houver corrupção haverá enriquecimento ilícito.

Porém, é preciso demarcar que apenas o enriquecimento ilícito poderia ser objeto de discussão e que nem todo enriquecimento de funcionário público pode significar corrupção.

Em certa oportunidade, deparou-se com investigação para apuração de lavagem de dinheiro e corrupção praticadas por determinado servidor. Apontava a apuração que a venda de um imóvel por um valor absolutamente incompatível com o preço de aquisição consubstanciaria expediente típico de lavagem.

Ora, não se tem dúvida de que o mercado imobiliário é um dos modos mais frequentes de se fazer lavagem de dinheiro de corrupção, em especial o mercado de alto padrão, porém, a pressuposição de que houve esse tipo de ilicitude, naquele caso, pecava por não observar a valorização dos imóveis na cidade onde estava localizado o bem, circunstância suficiente para esvaziar a conclusão do relatório policial.

Situações como essas tomadas repetidas vezes se convertem em dados a serem compilados, para fins de reflexões criminológicas sem as quais corre-se o risco de empreender uma política criminal desconectada da realidade.

E nesses termos pode-se afirmar, que para um adequado enfrentamento da corrupção é preciso que se saiba apartar o enriquecimento ilícito daquele que é meramente injustificado e que não pode ser conectado a um ato de corrupção.

⁴² POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 350.

Em síntese, há que se estabelecer dentro de uma proposta de criminalização do enriquecimento ilícito vetores que demarquem a ilicitude do comportamento, do contrário se estará a confundir evolução patrimonial a descoberto, mas de origem lícita, questão a ser enfrentada no âmbito dos crimes tributários ou das infrações tributárias, com o nominado crime constante da proposta.

3.2 Insuficiência do argumento de que o enriquecimento é desvalorado

Enfrentando outro ponto da justificativa, Greco refuta o argumento de que existiria um pretense desvalor da discrepância patrimonial. Para o professor da Universidade de Augsburg, a afirmação de que o enriquecimento seria em si mesmo desvalorado, pois “revela um agir imoral e ilegal de servidor público”, está envolto, mais uma vez, na “problemática ideia da prova indireta”.⁴³

O desvalor não estaria no enriquecimento, mas no que ele revela, e isso entraria em contradição com o que se pretenderia fundamentar, o desvalor do enriquecimento como fundamento à criminalização da conduta.

A crítica parece ser sintetizada na ideia de que se o enriquecimento seria desvalorado por aquilo que ele revela, a corrupção, então o desvalor estaria na corrupção e não o enriquecimento, o que retiraria a legitimidade da proposta de criminalização do segundo.

Quanto ao argumento a respeito da “violação das regras de escrutínio, transparência e lisura”, diz Greco que essas considerações ensejariam apenas uma infração administrativa, faltando justificação para que se possa aceitar a criação de um ilícito penal. Nada obstante, ressalta que “parece, assim, de fato existir um desvalor autônomo na conduta do funcionário que enriquece em razão da função”.

Mesmo tendo rechaçado a criação do tipo penal proposto pelas “Dez Medidas”, Greco afirma que seria possível cogitar, no âmbito de sua argumentação, de “um tipo penal de natureza omissiva”:

A construção seria a seguinte: a obtenção de valores de certa monta pelo funcionário público contradiz, ao menos *prima facie* ou em aparência, a ideia de serviço público no interesse público; daí derivaria o dever de prestar contas desses valores, de modo a

⁴³ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

afastar qualquer suspeita dessa aparente contradição. O descumprimento desse dever de prestação de contas [...] seria o comportamento típico em questão.⁴⁴

Contudo, ressaltando a natureza provisória de suas reflexões, se encarrega de refutar o que ofertara.

Como se trata de uma hipótese de trabalho, o autor afirma que não vê no princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* um obstáculo à criação do tipo penal, porém, o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal seria um obstáculo intransponível, pois não haveria um substrato suficiente à criação de um tipo penal.

Ademais, afirma, parece faltar eficácia à medida criminalizadora para o combate à corrupção, podendo a questão ser resolvida no âmbito do crime de corrupção passiva. De forma peremptória, afirma que o MPF não teria se preocupado em verificar se o tipo penal do enriquecimento ilícito teria funcionado nos países que o adotaram, dizendo que a literatura aponta para uma quase inexistência de condenações.

A pertinência das críticas exige algumas considerações.

É preciso assentar, ainda que de modo sumário, que não parece adequado, que a falta de condenações por determinado delito justifique a inexistência de previsão no âmbito da legislação penal.

Considerando-se que a falta de condenações em outros países justificasse a não tipificação do enriquecimento ilícito no Brasil, talvez fosse conveniente reformar a legislação penal brasileira para permitir a punição, exclusivamente, de delitos relacionados a drogas, crimes contra o patrimônio e homicídios, responsáveis, segundo Japiassú⁴⁵, por 85% dos encarceramentos em nosso país.

Contudo, não há que se confundir ineficiência do sistema penal, incapaz de promover, a maioria das vezes, uma investigação competente, reduzindo sua incidência sobre infrações penais que possibilitam prisões em flagrante, com a desnecessidade da incriminação de certos comportamentos.

Por outro lado, ainda que o enriquecimento revele – por ser prova indireta – uma corrupção, isso não retira a possibilidade de que ele próprio possua um desvalor autônomo, como o próprio Greco admite. E se assim o é, o que justifica tal

⁴⁴ Id.

⁴⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013.

desvalor é sua contrariedade ao ordenamento jurídico, que decorre do fato de ser derivado de um ato ilícito, a corrupção. Sendo assim, não se pode olvidar a proximidade existente entre o desvalor do enriquecimento ilícito, tal como se cogita com a lavagem de dinheiro, ela própria uma manifestação do desvalor de ativos provenientes de infração penal. Nesse sentido Blanco Cordero pontua:

*[...] el origen del dinero se considera desde hace algunas décadas como un factor negativo. De hecho, se considera que el dinero originado em comportamiento delictivos es especialmente negativo para la sociedad, hasta punto de que está volviendo intocable. Para hacer frente a este dinero de origen delictivo se han diseñado diversas estrategias político-criminales [...] Entre ellas se pueden citar la sanción del delito de blanqueo de capitales, y la ampliación del comiso de los bienes de origen delictivo.*⁴⁶

Por outro lado, ainda que se concorde que a mera discrepância patrimonial não justifica a criminalização da conduta (3.1), não se pode olvidar que a distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal “atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à variável medida do interesse da sociedade e do Estado”⁴⁷; isto é, a um critério formal que tem em conta o tipo de sanção e o órgão que a aplica.⁴⁸

Daí a afirmação de que o desvalor do enriquecimento, tal como posto na proposta, seria suficiente apenas à justificação de um ilícito disciplinar⁴⁹ não parece atentar para a distinção apresentada.

⁴⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters/ Editorial Aranzadi, 2012. p. 47.

⁴⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 2. p. 35.

⁴⁸ “Admitiendo unos mismos caracteres para toda norma jurídico-sancionadora (norma de valoración y norma de determinación), unos mismos fines del sistema jurídico-sancionador (fin de prevención y fin de garantía), unas mismas funciones (función de protección de bienes jurídicos y función de motivación), unos mismos parámetros básicos para delimitar el bien jurídico protegido [...] todo ello conduce, lógica e indefectiblemente, a afirmar la identidad sustancial entre la infracción administrativa y la infracción penal. [...] Dada la complejidad de la materia (dificultade de diferenciación entre unas infracciones y otras), se assiste a um resurgimiento de la distinción puramente formal. Autores como Fiandaca/Musco o Mir Puig se ciñen, como único criterio seguro, a establecer diferencias formales, bien en función del tipo de sanción (aunque también presenta inconvenientes, como apuntan los precitados autores italianos), bien en función del órgano que impone la consecuencia jurídica [...]. Concluyo, con Cerezo Mir, constatando la imposibilidad de encontrar, hasta el presente, un criterio sólido que permita apreciar una diferencia cualitativa entre la infracción administrativa y la infracción penal.” (NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción Administrativa y Delito: Límites a la Intervención del Derecho Penal*. Madrid: Colex, 2001. p. 74-81).

⁴⁹ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

Ainda que um setor da doutrina busque uma diferença qualitativa entre as infrações⁵⁰, ela ainda atende exclusivamente a uma decisão político-criminal. É dizer, admitido o desvalor do enriquecimento, que ele justificará o surgimento tanto de uma infração administrativa quanto penal. Estabelecer juízos próprios quanto ao desvalor que justificam a criminalização e o que não justifica, em especial quando não há diferença ontológica entre as condutas, é comungar de uma posição similar ao discurso de “descriminalização” dos delitos do colarinho branco no Brasil⁵¹, na mesma linha do conhecido discurso de resistência.

Quanto à hipótese de criação de um delito omissivo – o que não é a proposta constante das “Dez Medidas” – nada impediria o legislador de tipificar uma conduta, porém, não é essa a discussão.

Há, por fim, um último aspecto.

É sabido que já existe em nosso ordenamento a previsão da figura do enriquecimento ilícito na Lei de Improbidade Administrativa (art. 9º, Lei nº 8.429/1992). Dessa forma, respeitada a correlação entre bem jurídico e estrutura do delito⁵², não se vê, nas críticas examinadas, uma razão suficiente para impedir a criminalização, pois o desvalor de tal comportamento já está reconhecido.

Não se deve, outrossim, ignorar que enriquecimento ilícito é algo valorado negativamente, seja ele derivado de corrupção ou de qualquer outro crime, destarte, se a proposta merece aperfeiçoamento, isso não retira dela a legitimidade para ser debatida no foro adequado, o Congresso Nacional.

3.3 A teoria do bem jurídico, o delito de suspeita e a presunção de inocência

As críticas à criminalização do enriquecimento ilícito seguem atingindo seu momento final na acusação de graves falhas na proposta do MPF. Segundo Luís Greco, faltou referir-se a um dos principais limites ao poder punitivo estatal, a teoria do bem jurídico. Além da falta de clareza e insuficiência da argumentação

⁵⁰ Sobre a busca por um critério qualitativo para diferenciação: NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Colex, 2001. p. 74-78.

⁵¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: direito penal econômico e da empresa. v.1. p. 647-665.

⁵² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.

apresentada, faltou indicar “o bem jurídico que o novo tipo penal deve proteger”.⁵³

Não há dúvidas de que o bem jurídico-penal é objeto de referência de toda a intervenção penal. Sendo assim, não seria legítimo supor que a proposta estaria a ignorar tal circunstância.

Ainda que se trate de uma justificativa sumária, soa intuitivo que sendo a corrupção o objeto central da medida proposta, o bem jurídico tutelado não pode ser outro que não a Administração Pública, que deve ser tomada na acepção ampla a que se referia Hungria (interesse da normalidade funcional, da probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública)⁵⁴.

Dessa forma, presente no ordenamento jurídico brasileiro o enriquecimento ilícito enquanto ato de improbidade administrativa (art. 9º, Lei nº 8.429/1992), nada obsta que se reconheça como bem jurídico tutelado no delito de enriquecimento ilícito a probidade administrativa, em especial, diante da proximidade entre infração administrativa e penal.

Outra crítica lançada contra a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, ainda que dirigida ao PLS 236/2012⁵⁵, é de que estaríamos diante de um “crime de mera suspeita”, conforme decidiu a Corte Constitucional italiana.⁵⁶

Essa figura, o delito de suspeita, embutiria o problema de que a incriminação recairia sobre um estado individual, e não sobre um comportamento comissivo ou omissivo; ausente, pois, a infração a um comando penal.⁵⁷ No Brasil, o art. 25⁵⁸ da

⁵³ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*, ano 23, n. 277, dez. 2015.

⁵⁴ “A objetividade jurídica dos crimes que ora vamos nos ocupar é o interesse da normalidade funcional, da probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública. [...] Em sentido lato (que é o jurídico-penal), administração pública é a atividade do Estado [...] na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública em sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário”. (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 311).

⁵⁵ Projeto de Lei do Senado de Reforma do Código Penal.

⁵⁶ ROJAS PICHLER, Pablo Andres. Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124206/1/ddpg_rojaspichlerpabloandres_tesis.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 01, jan./fev. 2013.

⁵⁸ 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:
Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941) seria um representante desse tipo de infração penal⁵⁹.

O problema central desse tipo de infração, diz a doutrina, é a inversão do ônus da prova, em claro prejuízo à presunção de inocência.

Admitindo a infração tal como posta na proposta de Código Penal (PLS 236/2012) e nas “Dez Medidas”, afirmam os críticos que ao Ministério Público bastaria “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”⁶⁰.

Assim, diante da dúvida quanto à origem lícita do patrimônio, restaria ao acusado provar sua origem sob pena de se ver condenado, em claro prejuízo à presunção de inocência.

Neste momento parece adequado recorrer a Luiz Flávio Gomes:

Alguns esclarecimentos sumamente relevantes: o ônus da prova do enriquecimento ilícito compete à acusação, que vai se fundamentar nas declarações de renda do acusado, não ao servidor público suspeito. Não é possível haver inversão do ônus probatório, sob pena de grave inconstitucionalidade. [...] Por força de princípio constitucional, o réu não precisa provar que é inocente, mas se em sua defesa comprova a origem lícita dos bens, claro que não existe crime a ser punido.⁶¹

Numa leitura apressada, a crítica parece ser pertinente. Contudo, não se pode olvidar que o pronunciamento peremptório de um dos integrantes da Comissão de Juristas encarregada de preparar o projeto de reforma do Código Penal nos remete à conclusão de que não há inversão do ônus.

A crítica é simplificadora, pois faz crer que a tipificação decorreria de mera incompatibilidade patrimonial, quando é a anormalidade econômica da situação o que indica a ilicitude. Não é qualquer acréscimo, mas apenas aquele marcado pela extravagância, pela anormalidade, pela situação absolutamente inacreditável.

Tome-se duas situações concretas com as quais já se deparou.

Na primeira, foi recebida uma notícia-crime dando conta da omissão de uma autoridade policial em reprimir o funcionamento de famosa casa de prostituição na

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 01, jan./fev. 2013.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. Enriquecimento Ilícito. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/crime-de-enriquecimento-ilicito/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

cidade do Rio de Janeiro. Segundo a noticiante, esposa da autoridade, o veículo com o qual o agente circulava, há cerca de um ano, de uma conhecida marca de automóveis alemã e de valor muito superior à renda anual do funcionário, fora-lhe “dado” pelo gerente do estabelecimento ilícito em troca da omissão funcional.

Por evidente, não é um expediente normal que pessoas envolvidas em atividades ilícitas resolvam presentear autoridades encarregadas de reprimir suas atividades. As justificativas usualmente empregadas para tais situações também são, por assim dizer, anormais (empréstimo, esquecimento em transferir o veículo para seu nome, herança, amizade etc.).

A segunda situação indicava que um vereador residia num imóvel localizado no bairro com metro quadrado mais caro do Brasil e cujo valor era absolutamente incompatível com seus rendimentos de parlamentar. Para justificar a aquisição do imóvel, constava de sua declaração de imposto de renda informação de que os valores eram objeto de empréstimo de terceira pessoa.

Contudo, ao se verificar a capacidade econômica de tal indivíduo, descobriu-se que se tratava de morador de uma comunidade de baixa renda que não possuía, em tese, qualquer renda.

Não se pode dizer normal que alguém faça um empréstimo de quantia vultosa para terceiro adquirir imóvel luxuoso e que continue a residir numa comunidade de baixa renda.

São situações como essas que a incriminação pretende colher e que em nada se confundem com o mero patrimônio incompatível.

4. REFLEXÕES NECESSÁRIAS EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

É fato que a criminalização do enriquecimento ilícito é um tema que está longe de ser pacífico. A indicação da não criminalização por parte de uma série de países desenvolvidos como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Espanha e Alemanha, e o reconhecimento da inconstitucionalidade do delito por Cortes Constitucionais de nações como Portugal e Itália, confirma a resistência em criminalizar tal conduta, em especial por sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência.⁶²

⁶² BLANCO CORDERO, Isidoro. El Delito de Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. *Revista*

Por outro lado, a América Latina (Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Venezuela e El Salvador)⁶³, a África e a Ásia (China, Hong Kong e Macau) admitem a figura típica dando-a por compatível com os respectivos ordenamentos jurídicos.

Em que pese a controvérsia em torno da criminalização, não é recente a ideia de punição do enriquecimento ilícito. Em tese de doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Rojas Pichler identifica no *crimen repetundarum* a gênese de tal crime:

Los antecedentes del delito de enriquecimiento ilícito pueden encontrarse indirectamente en la evolución que el Derecho romano dio a los delitos que tenían como núcleo principal el incumplimiento de los deberes de un cargo público, cuyo desarrollo y enriquecimiento se produjo en época de la República a través del desarrollo del crimen repetundarum. El crimen repetundarum fue fundamentalmente considerado y punido en la Lex Iulia Repetundarum y originariamente tenía por objeto la recuperación de una suma de dinero u otra cosa que fuera ilícitamente dado a un funcionario público.⁶⁴

Se o enriquecimento ilícito de funcionário público apresenta tão remoto registro, a compreensão da necessidade de sua criminalização passa por sua conexão com a corrupção, em especial, a das altas esferas da administração pública. Nestes termos, Hungria cuidava da corrupção:

O afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a *steepchase* dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o "contínuo", que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, **onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia**. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia

electrónica de la AIDP (ISSN – 1993-2995), 2013, A-02:1. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 01, jan./fev. 2013.

⁶³ Equivocadamente, o Brasil é indicado como um dos países que possui tal delito, contudo, a norma indicada pela doutrina estrangeira é a Lei nº 8.492/1992, Lei de Improbidade Administrativa, que não tem natureza penal. (BLANCO CORDERO, 2013).

⁶⁴ ROJAS PICHLER, Pablo Andres. Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados En La Función Pública. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124206/1/DDPG_RojasPichlerPabloAndres_Tesis.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

indignada e Têmis ensaia seu gádio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, a mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O "estado-maior" da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições. [...] Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos.⁶⁵ (*sem grifo no original*)

A toda evidência se o enriquecimento ilícito é uma consequência da corrupção, nada mais natural que a incriminação recaísse diretamente sobre esta.

Contudo, embora não seja um privilégio dos criminosos do colarinho branco, a corrupção tem como nota característica invisibilidade própria daquela criminalidade⁶⁶, o que a torna muito mais difícil de ser alcançada. Não obstante, se a corrupção é dissimulada, a fruição de seu proveito, como regra, não o é, pois está na natureza das coisas que o agente ou pessoa a ele ligada venha a fruir dos ganhos ilícitos.

Assim, presente a ilicitude em tais proveitos pode-se cogitar da criminalização como um consectário de medidas para o combate aos expedientes que os geraram, pois, a justificativa à punição é encontrada dentro do marco do combate à corrupção.⁶⁷

Apesar disso, parece adequado compreender que o delito se justifica na medida em que se atinja o bem jurídico que se tem em vista, a Administração Pública. Como dito acima, poder-se-ia vincular a criminalização à tutela da probidade administrativa (bem jurídico), mas é preciso ir além, pois, se estamos diante de uma consequência da corrupção, parece correto ver na tutela da função pública a razão de ser de tal decisão político-criminal.

É que, não é o mero enriquecer de um funcionário público, o comportamento desvalorado, mas seu enriquecer de alguma forma conectado, mesmo que por provas indiciárias, com o exercício inadequado da função pública. Em sentido próximo:

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 362-363.

⁶⁶ Sobre a invisibilidade deste tipo de delinquência: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

⁶⁷ "Es menester señalar que el *enriquecimiento ilícito* es un delito que tiene su campo de aplicación en el marco de la corrupción." (BLANCO CORDERO, 2013).

De todas las teorías que hemos expuesto acerca del aspecto de la función pública que es afectado por los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, creemos que la que mejor se adecua a los mandatos de la Constitución y al mismo tiempo es respetuosa a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, es la que defiende el correcto funcionamiento de la función pública, es decir, la protección de las distintas actividades que realizan las instituciones del Estado para la consecución del bienestar general.⁶⁸

Feita essa conexão, estabelecer-se-ia o enriquecimento ilícito em razão da função pública, objeto de criminalização defendido na proposta examinada.

Ainda assim, autores como Blanco Cordero levantam o pálio contra a criminalização, como ocorre na grande maioria dos países europeus:

Como conclusión, podemos decir que, a diferencia de lo que ocurre en otras regiones del mundo, la gran mayoría de los Estados europeos (de Europa occidental) no acepta la sanción penal del enriquecimiento ilícito, ya sea porque lo consideran innecesario en el contexto de otros instrumentos de lucha contra la corrupción, ya sea porque tienen dificultades en relación con el principio de presunción de inocencia.⁶⁹

Uma investigação mais detida nas razões expostas pelo autor espanhol pode permitir um posicionamento mais adequado à realidade brasileira.

Segundo Blanco Cordero, não há divergência quanto à necessidade de privar o corrupto dos proveitos da corrupção e, para isso, têm sido manejados três instrumentos político-criminais. O primeiro deles, o delito de lavagem de dinheiro:

El primer pilar es quizás el más conocido, la sanción del blanqueo de capitales como delito, que permite castigar penalmente a quienes legitiman los bienes de origen criminal. Se trata de un instrumento fundamental para hacer frente a la delincuencia que genera grandes beneficios económicos.⁷⁰

⁶⁸ ROJAS PICHLER, Pablo Andres. Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124206/1/DDPG_RojasPichlerPabloAndres_Tesis.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁶⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. El Delito de Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. *Revista electrónica de la AIDP* (ISSN-1993-2995), 2013, A-02:1. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁷⁰ Idem.

Em se tratando de lavagem de dinheiro é sabido que um dos principais problemas no âmbito de tal imputação é a demonstração do delito antecedente. Porém, curiosamente, a jurisprudência espanhola resolve o problema da lavagem de dinheiro se socorrendo de um delito que corresponderia ao crime de enriquecimento ilícito:

[...] el delito del art. 321-6 del Código Penal francés requiere una serie de elementos que deben ser probados por la acusación. Y tales elementos son utilizados, por ejemplo, por la jurisprudencia española para condenar por delito de blanqueo de capitales, y por otros países que recurren a la prueba indiciaria, la cual há sido admitida por el TEDH.⁷¹

Não custa lembrar que prestigiosa doutrina brasileira tem defendido que, embora para o recebimento da denúncia por lavagem, basta um juízo de probabilidade de ocorrência do delito antecedente, mas a condenação definitiva exige certeza.⁷²

Esse tipo de exigência remeteria a lavagem de dinheiro proveniente de corrupção à problemática prova em torno desse delito, pois, em se tratando de crime que gerou proveitos, é evidente que será necessário identificar quem aderiu ao acordo escuso, como já referido acima.

Ao que parece, o delito francês é utilizado pela jurisprudência espanhola não exige tamanha prova. Segundo Blanco Cordero, o delito de *não justificação de bens*⁷³ se satisfaz, além do enriquecimento, com a presença de relação com pessoas acusadas de crimes:

⁷¹ Ibid.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei nº 9.613/98, com alterações da Lei nº 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 266.

⁷³ **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. (Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6622BBBE0DCF7902B13705DA24C21AC2.tpdila14v_1idArticle=LEGIARTI000006418244&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160125>. Acesso em : 25 jan.2016).

Algunos países de la UE ya contienen en sus respectivas legislaciones esta figura delictiva. Así, en Francia existe el delito de no justificación de recursos [...]. El artículo 321-6 CP francés (ubicado sistemáticamente en el contexto de los delitos asimilados a la receptación) castiga el hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, a la vez que se mantienen relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años y proporcionándoles un beneficio directo o indirecto.⁷⁴

O segundo pilar utilizado para o combate à corrupção é o confisco:

El segundo pilar es el comiso de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a los corruptos procediendo a asignárselas al Estado. Esta herramienta se ha desarrollado de forma vertiginosa en los últimos años, mediante diversas modalidades de comiso que amplían enormemente su ámbito de aplicación. Baste mencionar aquí el denominado comiso ampliado y el comiso civil, también conocido como “extinción de dominio” en Latinoamérica.⁷⁵

Em termos de legislação brasileira, tal medida extrapenal só poderia ser encontrada no âmbito da Lei de Improbidade, que prevê a perda dos bens em caso de condenação por enriquecimento ilícito (art. 12, Lei nº 8.429/1992).

Ocorre, que a discussão a respeito da criminalização do enriquecimento ilícito tem como pano de fundo o fato de que essa legislação não tem se revelado suficiente ao combate da corrupção, por isso, tem-se por superada tal possibilidade.

O terceiro pilar manejado na Europa é o crime tributário:

El tercer pilar consiste en recurrir al delito fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción: se trata de la denominada estrategia Al Capone. No declarar las ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone, a su vez, un segundo delito, el de defraudación fiscal⁷⁶.

Ao que parece no Brasil, o manejo de tal estratégia seria frustrada em razão do regime dos crimes tributários aqui vigente, em especial, a extinção da

⁷⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. *Revista electrónica de la AIDP* (ISSN-1993-2995), 2013, A-02:1. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ Ibid.

punibilidade pelo pagamento do tributo após a atuação do Estado, a existência de parcelamento com efeito de suspensão da pretensão punitiva e, por fim, o impedimento à persecução penal sem o encerramento da instância administrativa (Súmula Vinculante 24).

Ainda que não seja privilégio de nosso ordenamento, a previsão do pagamento extintivo da punibilidade na regulamentação brasileira é única. No Direito Penal alemão, por exemplo, tal pagamento funciona como uma autodenúncia, o que pressupõe que o Estado não tenha atuado para apurar o sonegado. Sobre o tema discorre Tiedemann:

Uma particularidad del Derecho penal tributario es la dispensa de penas a que da lugar la autodenuncia (§371 de la Ordenanza Tributaria), la cual lleva a la impunidad a pesar de la consumación del hecho mientras éste no haya sido descubierto. [...] Desde el punto de vista político criminal se discute si aqui se trata de una excepción que opera dentro del sistema general del Derecho penal por motivos fiscales, o si la idea de la autodenuncia [...] es susceptible de generalización como causa de levantamiento de la pena. La opinión dominante ve a la autodenuncia como un instrumento fiscal para el incremento de la recaudación tributaria del Estado mediante la revelación de fuentes tributarias ocultas hasta entonces.⁷⁷

O mesmo se tem no ordenamento português, consoante Germano M. da Silva:

Relativamente aos efeitos do pagamento do imposto evadido na responsabilidade tributária, relevam directamente as normas dos artigos 22º e 14º do RGIT e art. 50º do Código Penal, relativamente à suspensão da execução da pena [...] O art. 22º, nº 1, dispõe que se o pagamento da prestação tributária acrescida dos acréscimos legais, e a restituição dos benefícios injustificadamente obtidos, se verificarem as demais condições exigidas por lei, a pena pode ser dispensada.⁷⁸

E por fim, também na Espanha a regularização tributária, antes de qualquer atuação do Estado, tem tido o efeito de extinguir a punibilidade, desde a *Ley Orgánica 10/1995*, consoante previsão no “artículo 305.4”⁷⁹. Possibilidade essa que

⁷⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. Parte General y Especial. Valencia: Tirant to blanch, 2010. p. 266.

⁷⁸ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores conexas com o Crime Tributário. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. p. 126.

⁷⁹ “4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes

foi preservada pela recente *Ley Orgánica 7/2012*, cuja exposição de motivos fez questão de equiparar a regularização tributária a uma anulação do desvalor de conduta e de resultado⁸⁰. Se, porém, a reparação se dá após a atuação do Estado, entende a doutrina espanhola que o agente faz jus, tão somente, a uma atenuante⁸¹.

Registre-se, ainda, que a existência de normas permanentes a possibilitar o parcelamento de débitos com efeitos processuais penais, além da prejudicial administrativa existente para tais crimes (SV 24), que seriam exclusividades do regime brasileiro dos crimes tributários, torna duvidosa a possibilidade de se utilizar de tal mecanismo, o que é confirmado pelo elevado patamar em que se encontra dívida ativa da União (R\$ 1,5 trilhão)⁸².

A não ser que se modifique o regime dos crimes tributários para que seja possível manejá-los no sentido descrito por Blanco Cordero ou, que se admita uma conformação para o crime de lavagem de dinheiro, tal como na jurisprudência espanhola, faltará ao ordenamento jurídico brasileiro um instrumento apto a captar o desvalor do enriquecimento ilícito enquanto conduta penalmente relevante.

a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.” (Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>> Acesso em: 31 maio 2013, às 10h07).

⁸⁰ *En segundo lugar, se efectúan mejoras técnicas en la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública en el artículo 305 del Código Penal, que tienen por objeto facilitar la persecución de estos delitos y corregir algunas deficiencias advertidas en su aplicación.*

Una primera modificación ha consistido en configurar la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente.

Esta nueva configuración de la regularización hace que ésta guarde una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto, tal y como han destacado tanto la Fiscalía General del Estado, como el Tribunal Supremo, que de forma muy expresiva se han referido a la regularización como el pleno retorno a la legalidad que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias.

En coherencia con esta nueva configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria. (Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15647> Acesso em: 31 maio 2013).

⁸¹ LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Delitos contra la Hacienda Pública*. Barcelona: Editorial Bosch S/A, 2011. p. 61.

⁸² Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11910>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

Por fim, cumpre assentar algumas linhas sobre a mais incisiva crítica ao delito e que motivou a declaração de inconstitucionalidade, tanto em Portugal quanto na Itália, a violação à presunção de inocência.

Parece correto considerar, que a vedação ao enriquecimento patrimonial ilícito seja um princípio geral do direito⁸³, da mesma forma há que se ter presente que Direito Penal e Processo Penal constituem dois instrumentos complementares para a realização da política criminal. Disso decorre, que a criminalização não pode ser levada adiante em contraposição a princípios como o da presunção de inocência.

Ocorre que, embora se possa considerar o crime como um delito de suspeita, basta que se adeque a redação do tipo penal para que a carga probatória recaia no Ministério Público:

De acuerdo a su estructura típica, no cabe duda de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha, en cuanto presume la comisión por parte del funcionario de hechos de corrupción que no pueden ser probados, ya sea por un vacío legal, por faltas de pruebas o por la ineficiencia de los órganos de persecución penal. La presunción sobre la que se sustenta el tipo es «iuris tantum o relativa», [...] Basta que concurren los elementos objetivos descritos en el tipo que sirven de base a la presunción legal establecida por el legislador, más la no justificación del funcionario para que la pena sea aplicada al mismo.⁸⁴

Dessa forma, nada impede que se aperfeiçoe a redação para indicar, tal como no Direito Penal francês, elementos que permitam reconhecer que o incremento patrimonial tem relação com o desvio no exercício funcional. Assim, por exemplo, se o diretor de determinado hospital público no qual ocorreram compras superfaturadas tem um acréscimo patrimonial injustificado, provada pelo Ministério Público a relação entre os responsáveis pela compra e o diretor, não havendo nenhuma outra causa legítima para o incremento, o que pode ser aferido em sua declaração de imposto de renda, tal agente poderá ser responsabilizado pelo delito em comento.

Por tudo o que se expôs parece que a proposta não apenas é legítima, mas necessária a permitir um verdadeiro combate à corrupção que já tarda em acontecer.

⁸³ ROJAS PICHLER, Pablo Andres. Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124206/1/DDPG_RojasPichlerPabloAndres_Tesis.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁸⁴ Idem.

5.CONCLUSÃO

Parece evidente que a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, ainda que envolta em algumas controvérsias, deve seguir adiante.

Sua ideia fundamental se alinha a um princípio geral do direito de que não é dado a ninguém enriquecer de forma ilícita.

Tal como visto, os instrumentos manejados por países europeus que recusaram a criminalização do enriquecimento ilícito, mas que reconhecem um desvalor inerente ao próprio comportamento, não parecem ser adequados à realidade brasileira, pelo que há de se buscar uma outra resposta, pois falhariam em combater esse tipo de comportamento.

Sendo assim, fica a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito como o meio adequado a atingir o móvel da corrupção, a busca pelo ganho a partir da função pública e em detrimento do interesse público.

Cumprido, por fim, ajustar a redação do tipo penal para um modelo mais próximo do francês que, além de não ser questionado, serve de fundamento à jurisprudência espanhola em julgamentos de lavagem de dinheiro, superando, assim, todas as críticas em torno da violação à presunção de inocência.