

O CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO: COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Pedro Jorge do Nascimento Costa¹

Palavras-chave: Enriquecimento ilícito. Projeto de tipificação. Crime de suspeita. Direito ao silêncio. Presunção de inocência.

1. A PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Trata-se de texto a respeito da proposta legislativa do Ministério Público Federal de criminalização do enriquecimento ilícito. O objetivo é estudar o dever de tipificar o crime e a sua compatibilidade, na redação sugerida, com o ordenamento brasileiro. Assim, trazem-se e analisam-se as principais objeções à tipificação do enriquecimento ilícito, sobretudo à proposta do Ministério Público Federal.

Portanto, não se cuida de trabalho exaustivo sobre o crime de enriquecimento ilícito. Ficam de fora considerações dogmáticas sobre a conduta que não sejam estritamente necessárias ao estudo da compatibilidade com o ordenamento brasileiro.

Estruturou-se o texto em três partes, além da introdução. Na primeira, tenta-se apontar as normas internacionais sobre o enriquecimento ilícito. Na segunda parte, cuida-se da questão do chamado crime de suspeita e da autonomia do enriquecimento ilícito. Na terceira, tematiza-se a presunção de inocência na relação com o crime em comento. Do último tópico o objeto é o enriquecimento ilícito à luz do direito ao silêncio.

2. A NORMATIVA INTERNACIONAL

De acordo com a justificativa do projeto, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Brasil,

exorta os Estados Partes a tipificarem em seus ordenamentos jurídicos o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

¹ Procurador da República em Pernambuco. Bacharel, mestre e doutor em direito público pela Universidade Federal de Pernambuco.

Mais especificamente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, prevê, em seu art. 20, que o 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”.

É razoável entender que “considerar a possibilidade” significa, no caso brasileiro, ao menos iniciar o processo legislativo para a criminalização do enriquecimento ilícito. De fato, se o Brasil considerasse de logo incompatível com o seu ordenamento a medida, formularia reservas ao art. 20 da Convenção. Ademais, a inação não pode equivaler à “consideração da possibilidade”.

Não bastasse isso, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 4.410/2002, dispõe no art. IX que:

[...] 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.

Então, certamente, o Brasil assumiu deveres de criminalização do enriquecimento ilícito ao menos por força da Convenção Interamericana contra a Corrupção. De fora, parte a questão da relação entre direito internacional e direito nacional, é inegável que o Brasil assumiu, no plano internacional, o dever de tipificar o enriquecimento ilícito.

No direito comparado, diversos países já preveem o enriquecimento ilícito como crime. É o caso, entre outros, de México, Nicarágua, Chile, Peru, Argentina, Colômbia, El Salvador, Hong Kong, China e França.

Na esteira dessas normas, a proposta do Ministério Público Federal é a inserção do art. 312-A ao Código Penal, que teria a seguinte redação:

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.”

Se a criminalização violaria o ordenamento brasileiro, é o que se passa a analisar.

3. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E CRIME DE SUSPEITA

Por vezes, se objeta ao crime de enriquecimento ilícito a categorização como crime de suspeita. Assim, o agente seria punido indiretamente em razão da corrupção ou do peculato, crimes para cuja condenação não haveria provas suficientes. Com isso, haveria violação à presunção de inocência.

Nos delitos de suspeita, faltaria conduta. A razão da incriminação seria a suspeita que uma mera situação geraria a respeito de outra situação mais ofensiva ao bem jurídico. Essa classificação é antiga, de autores italianos da década de 1930 que defendiam os crimes sem ação. Por isso, não encontrou ressonância na doutrina moderna. E, nos exemplos que os autores de outrora indicavam como crimes de suspeita havia efetivamente ação.² Se era caso de antecipação das barreiras da punibilidade com crimes de perigo abstrato, o que é amplamente aceito pela doutrina contemporânea dentro de certos limites, é outra questão, que aqui pode ficar em aberto.

Por outro lado, é certo que a doutrina faz derivar do princípio da legalidade a necessidade de previsão de uma conduta como núcleo dos tipos penais. Na proposta legislativa, há nove condutas bem determinadas que configuram o crime de enriquecimento ilícito. Não se pode, de modo nenhum, defender que seriam crimes sem ação.

Tampouco é correto pretender que o crime de enriquecimento ilícito indique necessariamente peculato ou corrupção, pelos quais o agente seria condenado sem provas. A justificativa do projeto apenas se exemplifica com os delitos, o que se nota pelo uso do advérbio “comumente”. No tipo, nada há que limite a falta de justificativa

² PAGLIARO, 2003, p. 341-342; ANTOLISEI, 1975, p. 171.

do patrimônio do servidor ao proveniente, direta ou indiretamente, de corrupção ou peculato.

Em lição relativa ao projeto de lei da Controladoria-Geral da União, mas aqui aplicável, Fausto de Sanctis corretamente ensina que o tipo de enriquecimento ilícito não faz referência a delito anterior.³ Com efeito, o enriquecimento ilícito se configura ainda que o patrimônio injustificado seja obtido de crimes contra o sistema financeiro, contra o consumidor, contra o patrimônio ou mesmo de ilícitos civis (ato de improbidade administrativa). Então, não se trata de punição disfarçada ou pela mera suspeita de peculato ou corrupção.

Fosse o intuito alargar a punibilidade do peculato ou da corrupção, a proposta seria de alteração da redação desses crimes ou de introdução de regras probatórias específicas. Não há sequer vinculação indireta a peculato ou corrupção, o que se nota pela diferença da pena proposta para o crime de enriquecimento ilícito, consideravelmente menor que a dos outros dois.

Ao revés, o caso é de subsidiariedade expressa.⁴ Se a conduta de enriquecimento ilícito constituir crime mais grave, o tipo é afastado em favor dos outros.

Talvez a confusão se deva à inserção do tipo entre os crimes contra a administração. Inobstante, o local é mesmo o adequado para isso, considerando que se tutela uma das facetas da administração pública, a probidade administrativa e deveres correlatos como o da transparência das fontes de renda e o de publicidade.

É importante frisar que esses bens jurídicos têm tutela constitucional expressa, isto é, dignidade constitucional. Com base neles, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) determina em seu art. 13 que “A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado”, cabendo para a recusa ou a prestação de declaração falsa a sanção de “demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”. A mesma lei também traz sanções de natureza civil para diversos atos de enriquecimento ilícito. No âmbito tributário, de acordo com o princípio do *pecunia non olet*, é possível tributar o patrimônio a descoberto. Havendo a cominação dessas sanções extrapenais, que são claramente

³ SANCTIS, 2008, p. 77.

⁴ A respeito dessa regra de solução do concurso aparente de normas penais, vide: COSTA, 2012, p. 48-52.

insuficientes para trazer, no Brasil, a prática dessas condutas em níveis toleráveis, o princípio da *ultima ratio* do direito penal é respeitado com a sua criminalização.

Em suma, o crime é autônomo, defende bem jurídico com dignidade constitucional, não ofende o princípio da *ultima ratio* e tem elementos próprios, que não se confundem com a corrupção ou o peculato.

4. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também se critica a possível violação à presunção de inocência. Ao ser sancionado pelo enriquecimento ilícito, o agente seria punido pela corrupção ou peculato sem provas suficientes desses dois últimos crimes.

A autonomia do crime de enriquecimento ilícito em relação à corrupção e ao peculato já ficou demonstrada no tópico anterior. Para a condenação desse crime autônomo, não há nem se propuseram regras probatórias específicas. Nele, como em todos os outros, o ônus da prova é todo da acusação; caso haja dúvida, deve ocorrer a absolvição por insuficiência de prova.⁵ Eventuais dificuldades probatórias decorrentes da formulação do tipo sempre se resolvem em favor do acusado, de acordo com o caso concreto. Portanto, não é o caso de condenação sem provas para além da dúvida razoável, tampouco de inversão do ônus da prova.

5. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DIREITO AO SILÊNCIO

Poderia igualmente haver dúvidas sobre a compatibilidade do crime de enriquecimento ilícito com o direito ao silêncio. Para se chegar à conclusão do tópico, faz-se necessário traçar, ainda que brevemente, os limites e fundamentos desse direito.

Discute-se na doutrina se o direito ao silêncio desobriga o agente estritamente de depor ou de qualquer comportamento ativo para a produção probatória a respeito dos fatos imputados ou imputáveis. Nessa última acepção, identifica-se com o princípio mais amplo do *nemo tenetur se detegere* ou direito de não produzir prova contra si mesmo.⁶

Na primeira corrente, mais restritiva, encontra-se Eugênio Pacelli de Oliveira. Na sua lição, o direito ao silêncio se estrutura sobre o princípio da presunção de

⁵ JARDIM; AMORIM, 2013, p. 244.

⁶ QUEIJO, 2012, p. 232-236.

inocência. Portanto, a certeza judicial não se constrói “sobre a *omissão* ou *inatividade do acusado* na defesa de seus interesses. O silêncio passa, então, a ser uma *alternativa* ou estratégia de defesa”, já que o ônus da prova para a condenação é do acusador.⁷

Nessa esteira, o direito ao silêncio abrange o privilégio de não ser obrigado a depor contra si próprio ou a se confessar culpado, ou seja, tem caráter exclusivamente testemunhal. É essa a garantia que diplomas internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis conferem ao agente. Direitos processuais outros, como o de não participar da reconstituição de crimes, podem eventualmente ser assegurados pelo princípio da presunção de inocência ou pelo da proteção da dignidade humana. Todavia, não há garantia processual do réu de sempre deixar de participar da instrução probatória, tampouco a de que nenhuma conduta sua pode ser usada em seu desfavor.⁸

Afora a presunção de inocência apontada por Eugênio Pacelli, também a garantia da ampla defesa fundamenta o direito ao silêncio. O exercício do direito ao silêncio configura modalidade passiva de autodefesa.⁹ Outros doutrinadores, como Ernst Beling, aludem à proteção da esfera da personalidade privada ou da intimidade para fundamentar o direito de não ser compelido a falar.¹⁰ Manuel da Costa Andrade encontra na dignidade humana e na liberdade de ação e declaração sua matriz jurídico-constitucional.¹¹

A corrente mais extensiva entende que o direito ao silêncio abarca condutas ativas para a produção de prova, com algumas limitações. Para esses autores, o direito ao silêncio, agora princípio contra a autoincriminação, permite ao agente decidir se contribui para a produção de provas. Todavia, “não poderá desempenhar condutas ativas que obstruam a introdução de prova por outrem, nem adulterá-la, em sentido genérico, se o comportamento for tipificado pelo direito material”.¹²

⁷ OLIVEIRA, 2009, p. 186. (grifos no original)

⁸ *Idem*, p. 190-193.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-28, p. 12. (grifos no original) Iguamente: AZEVEDO, 1992, p. 290-201. VALE, 2013.

¹⁰ BELING, 1968, p. 11. AZEVEDO, 1992, p. 287. DIAS NETO, 1997, p. 6.

¹¹ ANDRADE, 2006, p. 120.

¹² HADDAD, 2005, p. 195-196.

Logo, é discutível se o ordenamento brasileiro agasalha o direito ao silêncio ou o *nemo tenetur se detegere*. Para os fins do presente texto, parte-se da ideia de que no Brasil vige o *nemo tenetur se detegere*.

Mas, se o ônus da prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito é da acusação, **não há nenhuma exigência de produção de prova pelo réu**. Este não é obrigado a depor nem a produzir provas. Sendo assim, não se viola seu direito a não produzir provas contra si mesmo.

Essa falta da versão do acusado, mesmo se não pode implicar confissão, por vezes o prejudica em alguns contextos. O que o direito constitucional ao silêncio assegura é que a sua negativa ao depoimento pode ser uma das estratégias de defesa, não necessariamente a melhor nem sequer eficiente. Exemplificativamente, se o réu deixa de dizer que a pessoa das imagens da filmagem do crime não é ele, mas seu irmão gêmeo idêntico, cuja existência é desconhecida de todos os outros sujeitos processuais, possivelmente será condenado.

Isso é comum no processo penal a todos os delitos, não sendo especificidade do crime de enriquecimento ilícito. Com efeito, lembra o clássico Hélio Tornaghi que o acusado não tem obrigação, mas ônus de colaborar: “não sofre qualquer sanção pelo simples fato de não cooperar. **Arrisca-se, entretanto, a perder oportunidades**”.¹³ Igualmente, Jorge de Figueiredo Dias anota que o agente **pode ser desfavorecido pelo silêncio quando por sua causa se deixa de conhecer fatos a ele favoráveis**.¹⁴

Por outras palavras, o juiz não pode validamente fundamentar decisões argumentando que a inação probatória do agente pesa em seu favor ou desfavor. Inobstante, se a acusação consegue provas além da dúvida razoável para a condenação, cabe ao réu a elas se contrapor: é uma questão de distribuição dos ônus da prova, de acordo com o art. 156 do Código de Processo Penal.¹⁵

De resto, o crime de enriquecimento ilícito tem peculiaridade que não se pode desconsiderar: o servidor público, por força das normas apontadas acima, tem o dever extrapenal de declarar o patrimônio. Assim, em razão do direito material, que se sobrepõe ao princípio processual do *nemo tenetur se detegere*, o servidor público tem dever de prestar declaração que pode ser usada no processo penal.

¹³ TORNAGHI, 1987, p. 181.

¹⁴ DIAS, 2004, p. 449.

¹⁵ No mesmo sentido, embora argumentando com o art. 198 do Código de Processo Penal, que seria constitucional e vigente porque traria não meio de prova mas “elemento discursivo do raciocínio do juiz sobre a prova”. TROIS NETO, 2011, p. 182-198. (grifos no original)

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975.
- AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 682, p. 285-295, ago. 1992.
- BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.
- COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista brasileira de ciências criminais online*, São Paulo, ano 5, v. 19, jul./set. 1997.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millenium, 2008.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- VALE, Ionilton Pereira do. O direito ao silêncio no interrogatório no direito processual penal pátrio e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 102, v. 929, p. 419-458, mar. 2013.