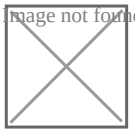
Direito de Defesa: O enriquecimento ilícito e a presunção de inocência

Spacca



A Comissão de reforma do Código Penal – criada pelo Senado Federal para reformular o defasado texto legal – indicou que apresentará proposta de criminalizar o chamado *enriquecimento sem causa.* Praticará o delito o servidor público com patrimônio destoante de seus rendimentos, que não conseguir ou puder explicar satisfatoriamente sua origem.

Com todas as vênias aos membros da Comissão – que por sinal vêm desenvolvendo um imenso trabalho de revisão de toda a legislação penal, sem deixar de lado temas polêmicos como o aborto e a eutanásia – não parece que a proposta de criminalização exposta seja compatível com um direito penal voltado para a proteção *exclusiva de bens jurídicos,* pautado pela *presunção da inocência,* e limitado pelo principio da *subsidiariedade.*

Em primeiro lugar, a criação de norma penal exige a indicação precisa do *bem jurídico* por ela tutelado. Além da função de *sistematização,* a ideia de que o direito penal protege *exclusivamente bens jurídicos* limita a atividade do legislador – que não pode reprimir imoralidades – e representa um importante critério para a *proporcionalidade* na fixação da *pena.*

No delito de *enriquecimento sem causa* proposto, não fica claro o bem jurídico protegido. Veja-se que o tipo penal não parece indicar a violação do patrimônio público ou qualquer outro crime por parte do servidor. Trata-se de *crime mera conduta* de possuir bens sem origem justificada.

Pode-se afirmar que o valor tutelado é a *administração pública* ou qualquer outro bem violado pelo servidor com o suposto *crime* que originou aquele patrimônio inexplicável. Mas a adoção dessa premissa abala profundamente as estruturas da *presunção de inocência* sobre as quais se assenta o Estado de Direito, vez que se parte de uma *presunção* de que o patrimônio excedente não só é fruto de *ilícito,* mas de *ilícito penal,* e caberá ao *servidor* comprovar a origem legal dos bens. Como todo o respeito a todos os que pensam em contrário, mas a única qualificação possível para tal situação é a *inversão do ônus da prova na seara penal.*

Parece, portanto, que o tipo penal proposto visa facilitar a punição diante da incapacidade do Estado de produzir provas efetivas sobre o suposto ilícito que produziu o patrimônio, ou seja, a função investigatória do Poder Público. Mas isso não se presta a bem jurídico penal, como bem ensina JUAREZ TAVARES: *"Por isso se deve descartar da noção de bem juridico a noção de função que encerra as atividades administrativas do Estado, referentes ao controle de determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo"* (Teoria do Injusto Penal, 2002, 215)

Por fim, ainda que superada essa questão, a *criminalização* de qualquer comportamento importa na avaliação sobre a possível efetividade de outras formas de inibição da conduta, menos graves e solenes do que a *repressão penal.* O principio da *subsidiariedade* indica o direito penal como *ultima ratio,* como ultimo remédio para controlar determinados atos, diante de seus evidentes efeitos colaterais pessoais e sociais.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Para coibir o *enriquecimento sem causa* já existe a Lei de Improbidade Administrativa, que pune aquele que "*adquirir, para si ou para outrém, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público"* (art.9º, VII), com a perda dos bens, da função pública, suspensão dos direitos políticos por 8 a 10 anos, multa de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial, proibição de contratar com o Poder Público e de receber beneficios ou incentivos fiscais e creditícios.

O ordenamento jurídico, portanto, já conta com instrumental para punir com severidade tais condutas, sem necessidade de recurso ao direito penal.

Mais do que isso, há em discussão no âmbito do Ministério da Justiça a proposta de regulamentar a *extinção de domínio*, pela qual o servidor (ou qualquer particular) com patrimônio injustificável será expropriado, os bens confiscados pela União, em processo de natureza cível, sem as formalidades e rigores da persecução penal. Ainda que polêmico, tal mecanismo é mais adequado e menos oneroso que a criminalização proposta.

Vale lembrar, por sinal, que a mesmo essa proposta da *extinção de domínio*, de natureza civil, e com consequência meramente patrimonial, exige a verificação de *indícios de ilicitude* na origem dos bens. Não parece correto que um instituto sem repercussão na liberdade individual respeite a *presunção de inocência*, exigindo *indícios de ilicitude* para sua efetivação, e seu similar na seara penal, com previsão de prisão, inverta o *ônus da prova* e imponha ao cidadão a demonstração da correção de suas condutas, sob pena de perder os bens e a liberdade.

Por derradeiro, o argumento de que os tratados internacionais determinam que o Brasil adote em sua legislação a norma penal em comento não parece acertado. O art. 20 da Convenção de Mérida (combate à corrupção) realmente prevê a criminalização do incremento significativo do patrimônio do funcionário público que por ele não possa ser justificado. Mas aponta também que se trata de uma mera *sugestão* e que a proposta deve se sujeitar à *constituição* e aos *princípios fundamentais do ordenamento jurídico de cada estado*. Como no Brasil há regra Constitucional sobre a *presunção de inocência*, a recomendação não pode ser adotada na seara penal.

Assim, e sem prejuízo dos maiores elogios aos trabalhos da Comissão de reforma do Código Penal, deixamos as presentes reflexões, menos como critica, e mais como colaboração a um trabalho ainda em construção.

Criminologia climática

Ainda que não façamos profundas incursões em criminologia aplicada, parece no mínimo estranha uma das explicações dadas pelo Delegado-Geral da Policia Civil em São Paulo para o aumento em 79% dos homicídios na Capital: "*a existência no ano de dias mais quentes e menos chuvosos, que fazem com que as pessoas bebam mais e se envolvam em mais confusões*" (Estadão 25.04.12). Não destoa de Lombroso, pensador que, ao aproximar o comportamento de homens e animais, apontou que: "*animais da mesma espécie, ou de espécie vizinha, são mais ferozes na zona tórrida do que nas regiões menos quentes da América"*, e para quem "*talvez um estudo mais longo e dirigido por uma mão mais hábil permita-nos descobrir* (como causa de crimes) *outras analogias, como por exemplo a influência das condições atmosféricas que é tão grande entre os homens"*. A única diferença entre a explicação do Delegado-

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Geral e o pensamento e Lombroso são 125 anos.

Date Created
08/05/2012

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.