

NOTA TÉCNICA PRESI/ANPR/JR Nº 009/2016

Proposição: PL nº 4850/2016

Ementa: Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Dispositivos: Art. 2º

Senhores Deputados,

A **Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR** apresenta Nota Técnica quanto ao Projeto de Lei 4.850/16, que torna crime o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Trata-se de esforço realizado no seio das **10 Medidas Contra a Corrupção**, campanha do Ministério Público Federal que tem por finalidade a aprovação de medidas legislativas que tornem a repressão à corrupção mais efetiva. Diante disso, a ANPR irá apresentar uma série de notas técnicas, para complementar os artigos elaborados por doutrinadores, no que tange às 10 Medidas propostas. Sempre com o intuito de colaborar para que o debate seja

o mais profundo e completo possível.

Na matéria de enriquecimento ilícito, a tipificação penal foi proposta no art. 2º do PL 4.850/16, propondo-se a criação do art. 312-A, consubstanciado-se o delito na prática das seguintes condutas: *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 pessoa a ele equiparada.*

Cabe notar que no âmbito da Consultoria Legislativa do Senado Federal ¹ e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados ², a manifestação foi de apoio ao tipo penal proposto. Veja-se o que disse recentemente esta última:

“O tipo proposto não ofende a Constituição e sua amplitude está embasada na vasta experiência brasileira das várias situações encontradas de enriquecimento ilícito. Uma observação importante é a de que o PL não propõe a inversão do ônus da prova, de modo que a acusação é que tem que provar que há incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do

¹ Nucleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional, jul./2015.

² REIS, Maria Regina; PISTICELLI, Roberto Bocaccio. Consultoria Legislativa. Análise do PL nº 4.850/16 10 medidas contra a Corrupção. jul./2016, p. 6.

servidor público”.

A proposta, pois, está em consonância com a Constituição, com os princípios da moralidade e da probidade administrativa e com a necessidade de transparência no que se refere ao trato com a coisa pública. Não se trata de perseguir aqueles que têm “sucesso na vida”, mas apenas de verificar casos de servidores públicos que têm aumento de patrimônio incompatível com a sua renda declarada”.

No entanto, a matéria foi objeto de algumas críticas no âmbito da doutrina, dentre elas de que a tipificação do enriquecimento ilícito: i) violaria o princípio da culpabilidade e da presunção de inocência; ii) seria injustificada, dada a inexistência de desvalor do enriquecimento ilícito em si, que é utilizado como prova indireta da corrupção e do peculato; iii) seria desnecessária, visto que suficiente a previsão do ilícito na esfera administrativa, como sanção pelo descumprimento do dever de informar a Administração Pública quanto à evolução patrimonial (*ultima ratio* do Direito Penal).

Apresentado o contexto, passa-se então a nossas considerações a respeito da medida proposta.

De início, pertinente observar que a criminalização do enriquecimento ilícito é obrigação a que o Brasil está vinculado

internacionalmente, em razão da ratificação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (internalizada pelo Decreto nº 44102/02) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5687/06). A primeira prevê expressamente que os Estados Partes 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*. Já o segundo estimula que o Estado Parte adote as *medidas legislativas e de outras índoles necessárias para 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*.

São tratados celebrados pelo Brasil, ratificados e internalizados em nosso ordenamento jurídico, sendo, então, vinculantes. Há mais de 10 anos o Brasil assumiu esta obrigação internacional de criminalizar o enriquecimento ilícito. Veja-se que as convenções são bastante claras quanto à necessária **tipificação em âmbito penal**. E assim já procederam diversos países, como França, México, Nicarágua, Chile, Peru, Argentina, Colômbia, El Salvador, Hong Kong, China.

O tema também tem sido objeto de discussões pelos juristas da Comissão de Reforma do Código Penal, resultando em tipificação, no projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012), em moldes muito similares aos ora

apresentados³. Neste contexto, a atual proposta inserida nas 10 Medidas inova pela inclusão também do verbo *possuir* (bens e valores). Assim sendo, **não se trata de assunto inovador, tampouco ousado.**

Por outro lado, o enriquecimento ilícito constitui, por si só, um desvalor autônomo, algo a ser desestimulado pelo ordenamento jurídico. Tanto é assim que possui vedação tanto no Código Civil (arts. 884-886) quanto na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) – caracterizando modalidade própria – e a mais grave – de improbidade administrativa. No entanto, mesmo a tipificação nessas searas não foi suficiente para o desestímulo do enriquecimento ilícito, uma vez que a prática não vem sendo coibida com o rigor necessário.

Não se trata, da mera criminalização de *indício* de peculato ou corrupção, quando insuficientes as provas para enquadramento em tais crimes. Muito pelo contrário! Trata-se de garantir um mínimo de repercussão penal a condutas que por sua gravidade são, por si só, mal vistas e condenáveis, em especial no âmbito da Administração Pública. Há determinadas condutas que, contextualizadas, possuem baixíssima expectativa

³ Art. 277 do PLS 236/2012: “Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito. Pena – prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave”.

de legitimidade, o que justifica o seu desvalor, e a opção por sua criminalização, sendo possível a tutela do bem jurídico relevante já em momento anterior.

É o caso, por exemplo, do porte de elevada quantidade de munição. A conduta em si é desprovida de lesividade imediata à segurança pública, contudo, há alta probabilidade de estar vinculada a futuras práticas ilícitas, razão pela qual já constitui crime por si só. No mesmo sentido é a aquisição de bens em valor desproporcional ao patrimônio do servidor: a conduta por si só é desprovida de expectativa de legitimidade, justificando-se a sua criminalização.

De se lembrar que no âmbito do Direito Penal vige o princípio da subsidiariedade, isto é, quando previstos tipos penais diversos a tutelar o mesmo bem jurídico, via de regra, não se aplicam cumulativamente, e sim subsidiariamente: aplica-se o crime menos grave se a conduta não se enquadrar como crime mais grave. É dizer, ainda que não haja elementos para enquadramento em crime mais grave, garante-se um mínimo de punição para o enriquecimento ilícito, com a finalidade de tutelar não só o patrimônio público, mas também a moralidade no âmbito da administração pública.

Sim, pois do funcionário público nada menos se espera que a **conduta proba**, isto é, de acordo com as imposições legais e com a moralidade.

Tanto é assim que a diversos crimes contra a Administração Pública entende a jurisprudência pela inaplicabilidade do princípio da insignificância. É o caso da prevaricação e do peculato (nesse caso, o princípio é inaplicável ainda que irrisório o valor auferido, já o que se tutela é a probidade da administração). Também na concussão e na corrupção passiva prevalece este raciocínio: a mera conduta de exigir ou solicitar vantagem já caracteriza o crime, enquanto o proveito econômico é considerado mero exaurimento.

Há, portanto, um dever do servidor público que vai além daquele exigido do cidadão comum, em razão de representar a atuação do Estado. E justamente por isso, na Lei de Improbidade Administrativa vem prescrita a obrigação de declaração de bens e valores não só como condição para posse do agente público, mas também para o seu exercício, tratando-se de declaração a ser realizada e atualizada anualmente. Já existe o dever do agente público, portanto, de declarar seus rendimentos. Instituiu-se procedimento objetivo de controle do enriquecimento ilícito. E a (ora proposta) criminalização do enriquecimento ilícito surge como consequência de tal dever, conferindo repercussão mais grave (pois constante da esfera penal, que restringe a liberdade do cidadão) àquele que o descumpre.

Nessa mesma linha, tendo em vista que se prevêem **nove núcleos verbais** para o tipo do enriquecimento ilícito, tampouco subsiste a crítica de que se trataria de delito de suspeita. As condutas que implicam

enriquecimento ilícito são caracterizáveis por si só – isto é – *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 pessoa a ele equiparada. Trata-se de condutas que caracterizam a falta de probidade do agente público, as quais, agora, pretende-se conferir também caráter penal, em consonância com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil.

Por fim, quanto ao ônus da prova, alguns esclarecimentos se fazem pertinentes. A criminalização do enriquecimento ilícito de forma nenhuma implica a inversão do ônus da prova na persecução penal. Este continua sendo do Ministério Público, que deverá comprovar tanto a realização de uma (ou mais) condutas previstas no tipo, quanto a incompatibilidade de tal conduta com os rendimentos declarados. Assim, não se impõe ônus maior à defesa. A esta incumbirá a demonstração de regularidade dos bens, rendimentos e transações efetuadas pelo acusado, como aliás já se poderia exigir inclusive em esfera tributária. Possibilita-se à defesa desconstituir a prova, demonstrando a licitude do rendimento – o que, ademais, é aplicável a qualquer crime.

Neste sentido, não há qualquer violação à presunção de inocência, nem tampouco fere o direito ao silêncio e à não autoincriminação. O acusado se defende se – e na forma que – entender mais estratégica. O silêncio

não gera a presunção de culpabilidade, o que tem este efeito é a apresentação de provas pelo Ministério Público, de forma a bem caracterizar e comprovar o crime. Desse modo, o acusado não tem obrigação, mas o ônus de colaborar, assim como ocorre em qualquer imputação penal.

Não é demais repetir: não se exige nada do investigado que já não seja sua obrigação: prestar informações verdadeiras quanto a seus bens e rendimentos, e abster-se de praticar condutas ilícitas. A única diferença é que agora – por iniciativa popular – deseja-se criminalizar o descumprimento desses deveres.

Diante de todo o exposto, pugna-se pela aprovação do projeto em comento.

Sendo o que havia para o momento, permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários. Recebam Vossas Excelências nossos protestos de estima e consideração.

Brasília, 05 de outubro de 2016.

Associação Nacional dos Procuradores da República