



**FACULDADE SÃO LOURENÇO
CURSO DE DIREITO**

GILBERTO ALVES ROCHA

**CONFISCO ALARGADO DE BENS E
INVERSÃO DO ONUS DA PROVA**

São Lourenço

2020

GILBERTO ALVES ROCHA

**CONFISCO ALARGADO DE BENS E
INVERSÃO DO ONUS DA PROVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno Gilberto Alves Rocha como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da FACULDADE SÃO LOURENÇO.

Orientador: Professor Me. Renato Augusto de Alcântara Philippini.

São Lourenço

2020

CONFISCO ALARGADO DE BENS E INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

Gilberto Alves Rocha ¹

Renato Augusto de Alcântara Philippini ²

RESUMO: Dentro do atual contexto internacional, que aponta a necessidade da adoção de mecanismos de inibição da corrupção, a Lei nº 13.964, de 2019, conhecida por Lei Anticrime, inseriu no ordenamento jurídico a figura do confisco alargado de bens como novo instrumento de combate a corrupção e organizações criminosas. No entanto, da forma como foi instituído, o instituto trouxe consigo uma série de discussões, dentre essas, encontra-se a inversão do ônus da prova, fazendo com que o réu prove que a origem dos bens e valores não são oriundas dos delitos, sendo de origem lícita. O objeto do presente artigo é, pois, analisar a questão do ônus da prova no confisco alargado de bens sob a ótica da legislação penal brasileira.

Palavras-chave: Confisco alargado. Organizações criminosas. Ônus da prova. Inversão.

Abstract: Within the current international context, which points to the need to adopt mechanisms to inhibit corruption, Law No. 13.964, of 2019, known as the Anti-Crime Law, inserted in the legal system the figure of the extended confiscation of assets as a new instrument to fight corruption and criminal organizations. However, the way it was instituted, the institute brought with it a series of discussions, among which is the inversion of the burden of proof, making the defendant prove that the origin of the goods and values are not from the crimes, being of lawful origin. The object of the present article is, therefore, to analyze the question of the burden of proof in the extended confiscation of assets from the perspective of Brazilian criminal legislation

Keywords: Extended confiscation. Criminal organizations. Burden of proof. Inversion.

1 Graduando em Direito pela Faculdade São Lourenço/UNISEPE.

2 Professor orientador da Faculdade de São Lourenço/UNISEPE.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, denominada Lei Anticrime, trouxe uma série de inovações na seara penal. Dentre estas, encontra-se a inserção, no Código Penal, do art. 91-A. De acordo com o novo dispositivo, os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias, devem ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, mesmo que não coloquem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

A chamada perda alargada (confisco alargado) encontra justificativa no fato de que as organizações criminosas, normalmente englobam em seus patrimônios, ativos que não são diretamente ligados à conduta investigada.

Não obstante, a inovação legislativa tem sido alvo de caloroso debate doutrinário, tendo em vista a sua abrangência e diante da inversão do ônus da prova quanto à compatibilidade e procedência lícita do patrimônio, constante do parágrafo 2º do art. 91-A.

Assim sendo, o objetivo do presente artigo é analisar o aspecto processual referente ao ônus da prova quando da decretação da perda alargada.

Para tanto, a pesquisa, cuja realização é justificada em razão da novidade e da relevância do tema, consistiu em pesquisa bibliográfica, por meio de doutrina, artigos científicos publicados em sites, revistas jurídicas, normas civis e constitucionais, além de jurisprudência.

O resultado da pesquisa aponta aparente inconstitucionalidade na inversão do ônus da prova no caso da decretação do confisco alargado.

2. EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

De acordo com Capez (2017), a sentença é definida como uma declaração intelectual lógica e formal emitida pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, com o intuito de finalizar um conflito de interesses entre as partes, qualificados por uma pretensão resistida, mediante a aplicação do ordenamento legal ao caso concreto.

A sentença é vista como o ato processual mais importante e aguardado no decurso do processo, pelo qual o judiciário encerra seu ofício ao aplicar o direito e solucionar o conflito de interesses posto a seu parecer. E para que essa sentença seja validada e produza efeitos no mundo jurídico, é necessário que ela contenha alguns requisitos, cuja omissão pode implicar em nulidade do julgado, como classifica Schmitt (2015). O artigo 381 do Código de Processo Penal, expressa os elementos da sentença:

- I- o nome das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II- a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III- a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV- a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V- o dispositivo;
- VI- a data e a assinatura do juiz. (Incluído pela Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). (BRASIL,1941)

Seguindo ainda o raciocínio de Schmitt (2015), tais requisitos essenciais da sentença, devidamente citados no dispositivo acima, são definidos em quatro.

De início, existe o relatório, que é o primeiro requisito essencial da sentença e diz respeito ao inciso I e II, onde é resumido tudo que ocorreu de mais importante no processo, e deverá conter a indicação do nome das partes ou elementos necessários para identificação do acusado, e retratar sucintamente os fatos e teses levantados pela acusação e defesa (SCHMITT, 2015).

Ao relatório, segue-se a fundamentação, momento em que o juiz deverá externar de forma clara sobre os motivos de fato e de direito em que resultarem sua decisão, além de apontar os dispositivos legais aplicados no julgamento. (SCHMITT, 2015). Por sua vez, como aponta Schmitt (2015), o terceiro requisito necessário da sentença é a parte dispositiva, inserido no inciso V e conhecido como o comando da sentença, pois adquire força de coisa julgada, ou seja, é a conclusão do raciocínio do julgador sobre as questões que as partes lhe submeteram.

Por fim, tem-se a parte autenticativa, que é elemento fundamental para dar autenticidade à sentença, composto pelo local aonde ocorreu o julgamento, a data do julgado e o nome do julgador com sua respectiva assinatura (SCHMITT, 2015).

Como consequência da sentença condenatória, existem os efeitos principais e os secundários. Os efeitos principais estão relacionados à imposição de penas privativas de liberdade, restritivas de direito, multa e também medida de segurança.

Concomitante aos efeitos principais, a condenação penal produz outros efeitos, chamados de secundários, de natureza penal e extrapenal (JESUS, 2020).

O artigo 387 no Código de Processo Penal determina que, o juiz ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 42 e 43 do Código Penal;

III - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

V - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

VI - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VII - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).

§ 1o O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

§ 2o O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012). (BRASIL, 1941).

Ao serem observadas as determinações feitas pelo artigo supracitado, ficará determinado pelo juiz, o cumprimento de sanções penais ou medidas de segurança, como efeitos principais da sentença penal condenatória.

Como um dos efeitos principais da condenação penal, as penas privativas de liberdade limitam o direito de ir e vir do condenado, ou seja, implicam no encarceramento. Tais penas estão elencadas no artigo 33 do Código Penal, que também especifica o tipo de regime a ser cumprido em cada situação (BRASIL, 1940).

Nessa perspectiva, assevera Capez (2018) que existem três espécies de penas privativas de liberdade. A reclusão, na qual o condenado cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média; a detenção, na qual cumpre-se a pena em regime semiaberto, perfazendo a penalidade em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar; e por fim, a prisão simples para contravenções penais, que submete o infrator ao recolhimento em Casa de Albergado.

Conforme preceitua Nucci (2020), inserido no regime fechado, o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, que é a garantia aos indivíduos no momento de uma condenação em um processo penal que a sua pena seja individualizada, isto é, levando em conta as peculiaridades aplicadas para cada caso em concreto, como consta no art. 34, caput, do Código Penal.

De acordo com autor, o condenado deve trabalhar durante o dia e ficar isolado durante o repouso noturno; o trabalho deve ser realizado dentro do estabelecimento prisional, conforme as aptidões do condenado; e excepcionalmente, permite-se que o trabalho ocorra em serviços ou obras públicas fora do presídio (NUCCI, 2020).

Nos casos em que ocorrer a condenação do réu em regime semiaberto, Nucci (2020, p.547) expressa que a pena deve ser cumprida em colônia agrícola ou industrial, ou estabelecimento similar, como elenca o artigo 35 do Código Penal, ficando o condenado sujeito ao trabalho durante o dia, podendo frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Admite-se o trabalho externo desde que haja merecimento do condenado.

E por fim, o regime aberto, determinação que se baseia em autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, como constam no artigo 36 do mesmo diploma legal. Onde o mesmo deverá recolher-se durante o repouso noturno, à casa do albergado, ou estabelecimento similar, sem o rigor de uma prisão, desenvolvendo atividades laborais externas durante o dia (NUCCI, 2020).

Outro efeito da condenação penal são as penas restritivas de direitos que restringem as ações do condenado, ou exigem do mesmo, a prática de atos que normalmente seriam contra seu interesse, como prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, entre outras medidas punitivas devidamente inseridas no artigo 43 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, que afirma que as penas restritivas de direitos são:

- [...] I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Por sua vez, Capez (2018, p.603), relata que as penas restritivas de direitos constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição da pena privativa

de liberdade, tais como reparação do dano extintiva da punibilidade, exigência de representação do ofendido para determinados crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia ao direito de queixa ou representação, etc.

Seguindo a lógica do instituto acima mencionado, Pacelli (2018) afirma que de modo geral, a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos nas hipóteses em que aquelas não superem quatro anos e tenham sido aplicadas em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça, desde que seja primário o réu e assim recomendem as circunstâncias judiciais.

Existe também a pena de multa que consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, especificada no artigo 49 Código Penal. E que deverá ser levada em consideração não apenas o salário do autor do crime, mas toda e qualquer renda, incluindo bens e capitais, apurados na data do fato. Vale salientar que, o sistema dia-multa é o mais completo, pois a forma de avaliação da culpabilidade e das condições econômicas do réu ajusta-se melhor aos princípios de igualdade e de proporcionalidade. (BITENCOURT, 2020).

Todavia, ressalta Santos (2012) as vantagens na pena de multa, uma vez que o condenado preserva os contatos familiares e sociais, garantindo a continuidade nas relações de trabalho e evita os efeitos nocivos da prisão. Além do fato do Estado economizar custos de execução penal e assegura recursos financeiros para o sistema penitenciário.

E por fim, as medidas de segurança, que são aplicadas aos agentes considerados inimputáveis, ou seja, aqueles que em razão de doenças psíquicas, ou desenvolvimento mental incompleto, não são capazes de compreender o caráter ilícito do fato por ele praticado. Sendo determinados pelo juiz sua internação ou tratamento ambulatorial, como especificam os artigos 96 e 97 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Como preceitua Greco (2017), a medida de segurança tem finalidade curativa, e também é designada no intuito de que o doente, após o devido tratamento, não volte a delinquir. Valendo salientar que a classe médica, vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes portadores de doenças psíquicas, procedendo a internação nos casos considerados mais graves quando o convívio do doente com seus familiares e sociedade, torna-se algo perigoso para ambos os lados. E em razão desse pensamento, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei nº10. 216, de 6 de

abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, como os das responsabilidades do Estado.

Nos casos de tratamento ambulatorial, classifica BITENCOURT (2003, p.683)

O tratamento ambulatorial é apenas uma possibilidade que as circunstâncias pessoais e fáticas indicarão ou não a sua conveniência. A punibilidade com pena de detenção, por si só, não é suficiente para determinar a conversão da internação em tratamento ambulatorial. É necessário examinar as condições pessoais do agente para constatar a sua compatibilidade ou incompatibilidade com a medida mais liberal. Claro, se tais condições forem favoráveis, a substituição se impõe.

Ou seja, ao autor inimputável que tenha cometido um fato previsto como furto, por exemplo, pode, a depender da situação, ser submetido a tratamento ambulatorial, com acompanhamento psiquiátrico periódico e com a ingestão de medicamentos, porém, sem necessidade de internação, que não se mostraria indicada para fins curativos.

Concomitantemente aos efeitos principais existem os efeitos secundários, que podem ser classificados em penais e extrapenais. Os efeitos secundários penais estão espalhados pelo Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei da Execução Penal. De acordo com Jesus (2020), tal consequência é pressuposto da reincidência, como cita o artigo 63 do Código Penal, também a causa a revogação do sursis (art. 81, I, e § 1.º), revogação do livramento condicional (art. 86), aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, caput, *in fine*), entre outros resultados.

Prosseguindo, têm-se os efeitos secundários extrapenais que atuam fora do âmbito penal, e se subdividem em efeitos genéricos, elencados no artigo 91 do Código Penal e os efeitos específicos, inseridos nos artigos 91-A e 92 do mesmo diploma legal.

Os efeitos secundários extrapenais genéricos são efeitos automáticos e independem de expressa menção na sentença condenatória, como dispõe o artigo 91 do Código Penal (BRASIL, 1940):

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Vale ressaltar do dispositivo acima, o primeiro efeito da condenação, trazido pelo inciso I do art. 91 do Código Penal, que diz respeito a tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Embora sejam independentes as esferas cíveis e penais, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado evidencia, quando possível, o dano causado pelo agente mediante a prática de sua conduta típica, ilícita e culpável, gerando, pois, para a vítima, um título executivo de natureza judicial, conforme o inciso VI do art. 515 do Código de Processo Civil (GRECCO, 2017).

Prosseguindo, atenta o autor, sobre a perda em favor da União, ressalvada o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Como consta a alínea a, do inciso II, do art. 91 do Código Penal (GRECCO (2017).

Nas palavras de Bitencourt (2020. p. 2051):

O confisco, na nossa legislação a partir da Constituição Federal de 1988, não é pena, mas simples efeito da condenação, e limita-se aos instrumentos ou produtos do crime. Instrumentos do crime são os objetos, isto é, são as coisas materiais empregadas para a prática e execução do delito: produtos do crime, por sua vez, são as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto auferido pelo agente com a prática criminosa. É indispensável, no entanto, que uma seja a causa do outro, isto é, que haja a demonstração inequívoca do vínculo entre a infração penal praticada e o proveito obtido (a coisa ou vantagens adquirida).

Ressalta ainda, Bitencourt (2020), que nem sempre o confisco será obrigatório, já que a própria lei determina a apreensão dos instrumentos utilizados na prática de qualquer crime. Mas não de todos os instrumentos, somente daqueles que, por sua destinação específica, são usados na prática de crimes, ou cujo uso ou porte sejam proibidos.

Por sua vez, os efeitos secundários específicos, que se caracterizam por não serem automáticos e necessariamente precisam estar declaradas na sentença condenatória, encontram-se no artigo 92, do Código Penal.

No artigo 92, são elencados os seguintes efeitos da condenação:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940).

Masson (2019) observa que na alínea “a” do dispositivo, além da definição de funcionário público, contida no artigo 327 do Código Penal, onde diz que funcionário público, para efeitos penais, é quem embora transitoriamente ou sem remuneração exerça cargo, emprego ou função pública. E deve-se analisar se o crime ocorreu no exercício das funções exercidas pelo agente, ou seja, se ele aproveitou das facilidades proporcionadas por sua função para praticar o delito.

Por outro lado, na alínea “b”, o autor relata que é sim possível a incidência do efeito da condenação em qualquer crime, bastando a presença de dois requisitos em decisão fundamentada, a natureza da pena privativa de liberdade e a quantidade da pena superior a quatro anos. Atenta ainda, Masson (2019), sobre o caráter permanente da condenação, pois mesmo que seja o agente posteriormente reabilitado, jamais poderá ocupar o cargo, função ou mandato objeto da perda, salvo se o recuperar por investidura legítima.

Para Capez (2018), o inciso II do artigo em questão, versa sobre a incapacidade do agente, que exige quatro requisitos: crime doloso; sujeito a pena de reclusão; filho tutelado ou curatelado como vítimas; declaração expressa na sentença. E sendo decretada a incapacidade do agente, inicialmente ela será permanente, contudo poderá ser excluída pela reabilitação, como consta no artigo 93, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Cabendo salientar que, ainda que reabilitado, a capacidade não poderá ser exercida em relação ao filho tutelado ou curatelado ofendido pelo crime. O autor acrescenta sobre o inciso III, o qual incide sobre a inabilitação, que é em princípio, permanente, mas passível de ser atingida pela reabilitação. E exige três requisitos: crime doloso; veículo como instrumento do crime; declaração expressa na sentença.

Por fim, o artigo 91-A, foi incluído pela Lei nº 13.964, denominada Lei Anticrime, a figura do confisco alargado de bens.

3. O CONFISCO ALARGADO DE BENS

Em um mundo globalizado, onde as novas tecnologias permitem a circulação simultânea e global de informação, em que o mercado financeiro se expande e atua globalmente, explica o douto Sólon Cícero Linhares (2019, p.1732-1733), que é certo que o crime também adquira nova roupagem, assumindo características de *modus operandi* e efeitos que não mais podem ser limitados por barreiras territoriais, sejam elas regionais ou nacionais. Daí surge à necessidade do Estado em intensificar e aprimorar medidas cabíveis no enfrentamento à criminalidade.

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, surgiu pelo apelo populista, com a finalidade de fazer alterações e inclusões no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, e intensificar o combate à impunidade e trazer mais segurança à população. CUNHA (2020)

O art. 91-A adicionado ao Código Penal discorre sobre o chamado confisco alargado de bens, ao acrescentar que:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes (BRASIL, 2019)

Trata-se o confisco alargado, de um efeito extrapenal específico, o qual não se aplica em todas as condenações. E também não se dá automaticamente, exigindo explícita declaração na sentença penal.

O movimento que gira em torno do dispositivo supracitado, visa combater ao lucro decorrente da atividade criminosa, originando diversos instrumentos de persecução patrimonial, com o objetivo de atingir o patrimônio ilícito de organizações criminosas, sem exigir a vinculação com a condenação penal ou a qualificação dos bens como produtos ou instrumentos de crime. (VIEIRA, 2019).

No mesmo sentido, elucida Damásio de Jesus (2020), que uma vez que autorizada pelo o juiz, em casos de condenações por crimes com pena máxima superiores a seis anos de reclusão, a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito.

Ou seja, o juiz, constatando na sentença penal o enriquecimento ilícito, decretará o confisco dos bens que se mostrem além do patrimônio que seria considerado razoável ao rendimento do agente.

Brum (2020) ressalta sobre a imprescindibilidade de que a perda prevista no art. 91-A seja requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada, a fim de permitir o exercício do contraditório por parte do réu, o qual poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

Diferenciando-se do confisco clássico, inserido no artigo 91 do Código Penal, por se caracterizar o confisco alargado em uma extensão de perdimento de bens que, embora não estejam ligados diretamente ao crime que está sendo julgado, de alguma forma provém de atividades ilegais, tanto que seu conjunto é incompatível com o rendimento lícito do agente. CUNHA (2020)

O confisco alargado se mostra imperioso por sua alta operacionalidade nas medidas de despatrimonização nos casos voltados às categorias delitivas, nas quais os crimes são cometidos premeditadamente com o intuito de lucrar, sendo a maneira mais eficaz de combate ao crime organizado. Devendo o sistema criminal impor riscos superiores às vantagens inerentes à prática delituosa. Sobre a medida, Cunha (2020, p.37) afirma que:

Trata-se de estratégia de enfrentamento à criminalidade que parte da ideia de que determinados crimes são permeados por um alto grau de escolha racional, em que o agente avalia e assume os riscos e benefícios decorrentes de sua prisão e do retorno proporcionado. O elevado saldo patrimonial nessa equação de custo-benefício serve de incentivo para o intento criminoso.

Portando, para o autor, tal medida é fruto de manejo eficaz do direito penal, inserido em um modelo de política criminal funcionalista, pois busca combater exatamente esse tipo de crime, com medidas como o confisco alargado, revestido de nítida feição econômica, para de alguma forma, acabar com impunidade recorrente nesses casos (CUNHA, 2020).

Nesse seguimento, assevera Lima (2020) que, partindo da premissa que o crime não pode compensar, o mencionado pacote anticrime, especificadamente, o artigo 91-A, inserido no nosso Código Penal, rompendo com a sistemática até então vigente, e no propósito de combater o enriquecimento ilícito, passa a admitir a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito.

Por conseguinte, Walmsley et al., (2020), enfatiza a necessidade das políticas públicas efetivas de combate ao crime agirem de forma preventiva e repressiva. Uma vez que a repressão efetiva cria, no plano preventivo, uma perspectiva de certeza, proporcionalidade e celeridade da punição pelo mal causado. Tendo em vista crimes de colarinho branco e em organizações criminosas, as penas privativas de liberdade não se mostram suficientes, pois mesmo em cárcere privado, os criminosos conseguem manter suas atividades ativas através de outros integrantes de suas organizações criminosas que se encontram fora do ambiente prisional.

Vale salientar que, a política criminal brasileira por muito tempo focou exclusivamente na perspectiva do encarceramento do criminoso, deixando em segundo plano o viés financeiro-patrimonial do fenômeno criminológico. Contudo, foi observado um crescimento exponencial do encarceramento, em contrapartida, a criminalidade acabou se mostrando cada vez mais organizada, forte e onipresente. Necessitando assim de medidas ainda mais eficazes no combate ao crime, como o confisco alargado de bens (WALMSLEY et al., 2020).

Brasileiro de Lima (2020, p.37), é categórico ao mencionar Néfi Cordeiro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o qual diz que crime e dinheiro são indissociáveis nas razões de existir, na reprovação e repercussão social, na

investigação e na prova, na justiça e na impunidade. Ou seja, os lucros auferidos com os crimes, geram o enriquecimento ilícito, o que mantém toda essa estrutura criminosa fluindo. Por isso a importância do confisco, sendo imprescindível na política criminal realista, uma vez que o principal estímulo pra a prática delituosa para tais crimes é o lucro.

Ou seja, ao considerar a alta complexidade em se comprovar qual parte do patrimônio do agente foi obtido de forma lícita ou ilícita, poderá ter decretada a perda de todos os bens que se mostrem além do que seria considerado um patrimônio razoável em virtude de seu rendimento. Como elucida Dias Cardoso, (2018):

A perda alargada surgiu, eminentemente, para superar as dificuldades probatórias impostas pelos instrumentos tradicionais de confisco – como é o caso da perda instituída pelo art. 91, II, b, do Código Penal –, que impõem a demonstração do nexa entre os bens a serem apreendidos e o crime objeto da persecução penal. Nesse sentido, a inclusão da perda por equivalente (art. 91, § 1º) já representou uma pequena evolução, que agora pode ser aprofundada com a adoção de modalidades estendidas de confisco.

Posto isso, fica evidente que o combate ao crime organizado e aos crimes de colarinho branco depende, sobretudo, do enfrentamento de seu viés financeiro.

4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CONFISCO ALARGADO DE BENS

Por conseguinte, o § 2º do artigo 91-A, acrescida pela Lei 13.964 ao Código Penal, estabelece que o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

O dispositivo deixa claro que caberá ao condenado o ônus de comprovar que o seu patrimônio não teve relação com a prática criminosa. Havendo, portando, o questionamento acerca do que de fato é compatível com seu rendimento.

Nucci (2011) entende que o ônus da prova é uma responsabilidade da parte que tem a intenção em vencer a demanda, na exposição da verdade dos fatos processualmente alegados e uma vez que não o consiga provar, deverá sofrer uma punição processual. Logo, trata-se da responsabilidade de provar a materialidade e autoria do delito praticado pelo suposto agente infrator.

O artigo 156 do Código de Processo Penal, em sua primeira parte, onde versa sobre a determinação de que a prova da alegação é incumbida a quem a fizer, para Lopes Jr, (2008), deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência.

Para o referido autor “[...] a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para autoria e a materialidade; logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar existência do delito.” (LOPES JR., 2008, p.504).

Por conseguinte, Cunha aponta que a questão deve ser bem compreendida, principalmente pelo ponto de vista do ônus da prova, assegurado pelos elementos que constituem a norma em estudo. Em suas palavras:

O órgão acusador deve comprovar a evolução patrimonial em patamares desproporcionais à renda do agente, e deve fazê-lo com elementos probatórios colhidos ainda na fase investigativa. Tanto é assim que o § 3º do art.91-A impõe que o Ministério Público faça na denúncia o pedido expresso de decretação da perda e aponte a diferença apurada. Por isso não há, propriamente, inversão do ônus da prova, pois a apresentação de justificativa razoável para a evolução patrimonial ou a comprovação de precedência lícita do patrimônio-como permite o § 2º - é típica de matéria de defesa (CUNHA, 2020, p. 38),

Não obstante, (2020), aponta sobre conflitos de lei no referido §2º do artigo 91-A do Código Penal, onde é facultado ao réu provar a licitude de seus bens, o que não há compatibilidade com os preceitos constitucionais. Para ele é inaceitável que o cidadão sofra a constrição de seus bens, levando-se em consideração a presunção de inocência que é um princípio que ainda vigora nosso direito, estampado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Para o autor, o nosso processo penal, é claro ao afirmar que a carga probatória pertence única e exclusivamente ao órgão acusador, que nesse caso é o Ministério Público. Visto que, é incabível ao réu medir forças com o Estado que conta com todo um aparato investigatório e acusatório. Em exemplo, Rafael Santana cita o Direito do Consumidor, que em suas palavras:

[...] é onde admite-se a inversão do ônus da prova dada a fragilidade do consumidor frente aos fornecedores de produtos e serviços, inverter o ônus da prova no Processo Penal é o mesmo que dizer que em um litígio entre cidadão x Estado a parte mais vulnerável é o Estado. (SANTANA, 2020).

Nesse sentido, os advogados Santos e Santos (2015), afirmam que o dispositivo em questão inverte o ônus da prova, infringindo um princípio fundamental do processo penal, já que a prova dos fatos imputados durante o decurso processual, necessariamente pertence à acusação, valendo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, e sendo imputado à decisão seguir o princípio da presunção de inocência.

Ou seja, segundo os autores, a inversão do ônus da prova, introduz uma legalidade penal em conflito com a legitimidade jurídica da medida, em contradição

com o princípio da presunção de inocência, subvertendo a lógica da própria economia de mercado, segundo a qual se presume a licitude do patrimônio privado dos cidadãos, até prova em contrário produzida pelos órgãos do Estado, especialmente através do Ministério Público. Valendo ressaltar que, segundo os advogados:

Num país caracterizado pela cultura e pelo mercado informal de trabalho, em que a propriedade de coisas móveis é transferida pela simples tradição, a inversão do ônus da prova do Estado para o condenado, além de contrariar princípios do processo civil e, em especial, do processo penal, pode criar dificuldades ou obstáculos intransponíveis para o cidadão, especialmente quando está em jogo ou está privado de um bem maior: a liberdade.(SANTOS; SANTOS 2015, p.4).

Cardoso (2020) frisa que, ao acusado, não cabe provar nada, pois todo o ônus é do acusador. A defesa pode ser simples, no intuito de provar apenas sua inocência. Ainda assim, caberá à acusação a prova robusta dos fatos imputados para afastar o status de inocência do acusado. Sendo para o autor, a tática corriqueira da inversão do ônus da prova inadmissível e desrespeitosa ao texto constitucional.

Nas palavras de Nucci:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. [...] Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. Por isso, caso o réu assuma a autoria do fato típico, mas invoque a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, permanece o ônus probatório da acusação em demonstrar ao magistrado a fragilidade da excludente e, portanto, a consistência da prática do crime." (NUCCI, 2012, p. 264).

Por conseguinte, em seu artigo nacional dedicado ao tema, over (2019) elucida que, segundo o criminalista Daniel Allan Burg, as alterações possuem caráter eminentemente autoritário e confiscatório, já que a inversão do ônus da prova cabe exclusivamente ao órgão acusador.

No mesmo sentido, afirma o Tribunal de Justiça de Goiás, em sua decisão emitida pela Apelação Criminal nº 911492120178090175, no qual se utilizou da excludente da inversão do ônus da prova e presunção de inocência no processo penal para determinar a restituição do valor da fiança:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO. CABIMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DO VALOR DA FIANÇA. VIABILIDADE. 1. É cabível, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, a absolvição do agente quando a acusação deixa de apresentar prova suficiente, ainda que indiciária, de que ele sabia da origem criminosa dos

bens de que tinha posse quando preso em flagrante. 2. O sistema de direito brasileiro não autoriza a inversão de ônus da prova em prejuízo do agente acusado no processo penal, permanecendo válida a regra basilar que compete à acusação, pública ou privada, provar, observado o devido processo legal, a prática do fato punível que se lhe imputa. 3. É devida a restituição do valor da fiança, corrigido monetariamente, quando o agente é absolvido. APELO CONHECIDO E PROVIDO. DE OFÍCIO, DETERMINADA A RESTITUIÇÃO DO VALOR ATUALIZADO DA FIANÇA. (TJ-GO - APR: 911492120178090175, Relator: DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, Data de Julgamento: 10/01/2019, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2772 de 23/01/2019) (GOIÁS, 2019).

Brasileiro de Lima (2020) é inequívoco ao considerar inviável qualquer inversão do ônus da prova quanto à incompatibilidade patrimonial do condenado, sob risco de clara violação à regra probatória que deriva do princípio constitucional da presunção de inocência (*in dubio pro reo*).

O mencionado autor faz uma análise do art. 91-A, §2º, do Código Penal, incluído pelo Pacote Anticrime, e afirma que não é o acusado que tem que comprovar a compatibilidade do seu patrimônio real com seu rendimento declarado. Pelo contrário, é da acusação o ônus de comprovar o incremento patrimonial significativo do acusado e a incompatibilidade com as suas fontes de renda, não sendo suficiente, portanto, a mera condenação por infração à qual a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão. (LIMA, 2020, p.49)

Mediante o exposto, Karam (2009), que ao se atribuir a inversão do ônus da prova ao réu, fere-se antes de tudo a presunção de inocência, na qual o réu não tem a necessidade de construir sua inocência, pois esta já lhe é garantida pela presunção que o ampara e automaticamente conduz ao ônus da acusação de destruir completamente esta posição de inocência, através da produção de provas nos autos processuais.

Logo, observamos que a condição de inocência da parte acusada deve ser mantida durante o curso probatório, sendo única e exclusivamente cabível à acusação o ônus da prova.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado é possível concluir que a lei 13.964/19, em especial o artigo 91-A, incluído no Código Penal, cumpriu com sua finalidade de modernização da persecução penal brasileira ao trazer grandes avanços nas alterações e inclusões no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal,

intensificando o combate à impunidade no intuito de trazer mais segurança à população.

Imperioso se faz essa nova modalidade de confisco de bens de forma alargada, por sua alta operacionalidade nas medidas de despatrimonização que visa combater ao lucro decorrente de atividades delitivas, objetivando atingir o patrimônio ilícito de organizações criminosas.

No entanto, o dispositivo em questão, especialmente no seu §2 apresenta algumas problemáticas, que podem contribuir com algumas inconstitucionalidades, principalmente no que se refere à afirmação do sistema acusatório, já garantido pela Constituição Federal.

Pois, como foi devidamente demonstrado no artigo científico em questão, cabe à acusação romper com a presunção de inocência amparada em lei, ao provar que o agente é de fato autor do delito alegado nos autos processuais.

Portando, é indubitável que a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio, fere acima de tudo a presunção de inocência presumida constitucionalmente. Devendo o ônus da prova permanecer exclusivamente com a acusação.

Só assim se alcançará uma correta aplicação do ônus probatório no decurso processual penal, proporcionando à população uma vida digna, conforme estabelece nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1. -26ª. ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848Compilado.htm>. Acesso em: 1 ago. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **APR: 911492120178090175**, Relator: DES. Itaney Francisco Campos, DJ: 10/01/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712172387/apelacao-criminal-apr-911492120178090175>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24ª. ed.– São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Precisamos falar sobre o ônus da prova no processo penal. Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/cardoso-onus-prova-processo-penal>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Da perda clássica à perda alargada: a extensão dos efeitos do confisco e o panorama brasileiro**. Consultor Penal, 2018. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/da-perda-classica-perda-alargada-a-extensao-dos-efeitos-do-confisco-e-o-panorama-brasileiro/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime- Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP** – Salvador: Editora JusPodvm, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte geral, volume 1**. -19ª. ed. – Niterói/RJ: Impetus, 2017.

Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza; [colaboradores: Paulo Queiroz ... et al.]. – Brasília: MPF, 2020. (Coletânea de artigos; v. 7) Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf>. Acesso em: 25 out 2020.

JESUS, Damásio. **Direito Penal - Parte geral**. -37. ed –São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964** – Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LINHARES, Sólón Cícero. **Os limites do confisco alargado**. Revista jurídica Luso-Brasileira, ANO 5 (2019), Nº 2. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf. Acesso em: 25 out 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**– vol.1– 13. ed. –Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. -17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Manual de direito penal**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Provas no Processo Penal – o valor da confissão como meio de prova no processo penal.** 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROVER, Tadeu. **Lei “anticrime” prevê confisco alargado em favor de estados e da União.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/lei-anticrime-preve-confisco-alargado-favor-estados-uniao>. Acesso em: 02 nov. 2020.

SANTANA, Rafael. **A nefasta inversão do ônus da prova trazida pela lei 13.964/19, "Pacote Anticrime"- Novo artigo 91-A do Código Penal**
Disponível em: <https://rafaelluccasvsantana.jusbrasil.com.br/artigos/798136908/a-nefasta-inversao-do-onus-da-prova-trazida-pela-lei-13964-19-o-pacote-anticrime>.
Acesso em: 02 nov.2020

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral.** 5ª.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. **Reflexões sobre o confisco alargado.** Boletim IBCCrim, São Paulo, 2015.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória- Teoria e Prática.** -9ª. ed.– Salvador: JusPODVM, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso.** 2ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco Alargado de Bens- Análise de Direito Comparado.** Salvador: Editora JusPodivm, 2019.