

REFLEXÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 91-A DO CÓDIGO PENAL

SOUZA, Tainara Larissa de¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO:

Por meio da inovação trazida pelo Pacote Anticrime, foi criada nova modalidade de efeito da condenação, o confisco alargado de bens que, por sua vez, confisca bens que podem ter sido adquiridos de forma lícita pelo réu. Existem discussões acerca da constitucionalidade deste dispositivo, sendo que, em outras modalidades de perdimento de bens, ocorrerá sobre aqueles que são considerados produtos ou proveitos do crime, ou seja, possuem relação entre a conduta ilícita e o bem que será objeto da perda. Quando ocorre a aplicação deste efeito da condenação da forma que ele apresenta em seu texto, ocorrerem divergências com princípios da Constituição Federal. Inclusive se faz importante ressaltar que, no que diz respeito à procedência do bem e a demonstração de incompatibilidade, ficou elencado que será realizado a cargo do condenado, sendo que, nesta hipótese, caracteriza-se a inversão do ônus da prova, ou seja, tal demonstração deverá ser realizada pelo Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Confisco, princípios constitucionais, inconstitucionalidade.

REFLEXIONES SOBRE LA (IN) CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 91-A DEL CÓDIGO PENAL

RESUMEN:

A través de la innovación proporcionada por el Paquete Anticrimen, se creó un nuevo método de efecto de la condena, la confiscación extendida de bienes que, a su vez, confisca bienes que pudieran haber sido legalmente adquiridos por el imputado. Hay discusiones sobre la constitucionalidad de esta disposición, y en otras modalidades de pérdida de bienes, se producirá sobre aquellos que se consideren producto del delito, es decir, tengan relación entre la conducta ilícita y el bien que será el objeto de la pérdida. Cuando la aplicación de este efecto de la condena se da en la forma que presenta en su texto, se producen divergencias con los principios de la Constitución Federal. Incluso es importante destacar que, en cuanto al origen del bien y la demostración de incompatibilidad, se enumeró que se llevará a cabo a costa del condenado, y, en este caso, la inversión de la carga de se caracteriza prueba, es decir, dicha demostración debe ser realizada por el Ministerio Público.

PALABRAS CLAVE: Confiscación, principios constitucionales, inconstitucionalidad.

1 INTRODUÇÃO

O confisco alargado de bens, previsto no artigo 91-A do Código Penal, foi introduzido pela Lei n. 13.964/2019 e, neste dispositivo, existem alguns requisitos, que se fazem necessários observá-los para que seja realizada sua aplicação.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: tlsouza2@minha.fag.edu.br.

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: tiagovieira@fag.edu.br.

Observando a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLV, existe a disposição sobre a pena do perdimento de bens, tratando daqueles bens adquiridos por meio do crime. O confisco de bens, que está elencado no artigo 91-A do Código Penal, em seu parágrafo 1º traz que o confisco se dará sobre o “patrimônio do condenado”, tal espécie não abrange o mesmo bem que é considerado como pena na Constituição Federal.

Por conta dessa inovação trazida pela Lei n. 13.964/2019, trazendo o artigo 91-A do Código Penal, a previsão do confisco alargado dos bens do condenado, como efeito da condenação, a Constituição Federal elenca que ocorrerá a perda dos bens que foram adquiridos por meio do crime, devendo discutir acerca da constitucionalidade do dispositivo legal, sendo que o confisco de bens pelo Estado (ou poder público) é vedado pela Constituição Federal.

No presente trabalho acerca da constitucionalidade do artigo 91-A do Código Penal, tem-se a pesquisa bibliográfica com explanação sobre o assunto e sobre a aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CONFISCO DE BENS

Antes da inovação trazida pelo Pacote Anticrime, Capez (2017) afirma que já existia a previsão de confisco de bens, pela União, daqueles instrumentos utilizados para a consumação do crime, mas o uso, porte, detenção, alienação ou fabricação precisa constituir fato ilícito, ou seja, não é qualquer instrumento que é confiscado. O instrumento do crime que trata o dispositivo legal possui a corrente majoritária, obsta que seja realizado confisco se o agente tiver praticado contravenção penal. Contudo, existe posição contrária, sendo admitido o confisco quando o agente tenha praticado crime ou contravenção.

Essa espécie de confisco está prevista no artigo 91, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, ocorrendo de forma automática, que decorrerá do trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, é possível verificar que é incabível essa espécie de confisco quando for celebrada a transação penal prevista no artigo 74 da Lei n. 9.099/95, pois a natureza jurídica do ato decisório é de mera sentença homologatória (BRASIL, 1940 e 1995).

No mesmo sentido, é relevante salientar que não há como se falar em confisco dos instrumentos do crime, quando se estiver diante de alguma possibilidade de arquivamento,

absolvição ou ainda extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Por fim, cumpre ressaltar que o confisco não se confunde com a medida processual de apreensão, esta é considerada como pressuposto daquele. No caso de apreensão dos instrumentos e de todos os objetos que possuir relação com o crime, essa deverá ser determinada pela autoridade policial (CPP, art. 6º) (BRASIL, 1941).

Ademais, Capez (2017) explica que no artigo 91, inciso II, alínea “b”, do Código Penal, o confisco será sobre produtos ou algum bem ou valor que seja proveito do crime, sendo que o produto é a vantagem direta auferida por meio da prática do crime e o proveito é decorrente do produto. Na realidade, o produto do crime deve ser restituído para aquele que foi lesado ou ao terceiro de boa-fé. Portanto, ocorrerá o confisco por parte da União quando for ignorada a identidade do dono ou ainda este não tiver realizado a solicitação do bem ou valor. Por ser efeito da condenação criminal, prevalecerá mesmo que tenha ocorrido a prescrição da pretensão executória, pois esta atinge, no caso, o cumprimento de pena, subsistindo, dessa forma, os demais efeitos da condenação presentes. Com o objetivo de assegurar a efetividade da norma, é possível verificar-se por meio do parágrafo 2º, do artigo 91, que poderão ser utilizadas medidas assecuratórias, previstas na legislação penal, para que abranjam bens ou valores para uma posterior decretação.

Por fim, convém ressaltar a perda de bens que está disposta no artigo 43, do Código Penal, elencando as penas restritivas de direitos, entre elas, destaca-se a perda de bens e valores, no inciso II que, além de ser pena, é efeito principal da condenação, recaindo sobre o patrimônio lícito do condenado e poderão substituir as penas privativas de liberdade, na forma do artigo 44 do Código Penal. Já no caso do confisco daqueles bens advindos do proveito do crime, este é efeito secundário da condenação e recai sobre o patrimônio ilícito do agente (BRASIL, 1940).

Capez (2017) alega que não se deve comparar a perda de bens e valores, pois essa é prevista como pena principal e alternativa na atual legislação. Porém, o confisco de bens se dá sobre aqueles que constituírem instrumento, produto e proveito de crime, configurando mero efeito secundário extrapenal da condenação.

Como descrito por Cunha (2020), o confisco alargado não se parece com o confisco por equivalência, do artigo 91, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal. O primeiro determina que a extensão do perdimento de bens pode ser realizado sobre aqueles que não estejam necessariamente ligados com o crime que está sendo julgado, mas, de alguma forma, advenha de atividade ilícita. Já o segundo, acontece nas situações em que o produto ou proveito de crime julgado não é localizado ou encontra-se no exterior. Nesse caso, será autorizada aplicação sobre bens equivalentes que pode fazer parte do patrimônio lícito do condenado.

2.2 INTRODUÇÃO AO ARTIGO 91-A DO CÓDIGO PENAL

A partir da vigência da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, teve a introdução no Código Penal do artigo 91-A, que dispõe sobre o chamado confisco alargado de bens ou perdimento de bens, considerado como efeito extrapenal específico da condenação. Nesse caso, na sentença penal condenatória, ocorrerá a perda de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, que seria uma espécie de confisco dos bens do particular em favor do Estado ou União. Na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVI, alínea “b”, está prevista a “perda de bens” como pena.

Foi criado visando ser uma estratégia para enfrentar a criminalidade, àqueles que acabam fazendo uma escolha racional, em que se observa e escolhe por assumir os riscos e benefícios que decorrem da prisão e também do retorno proporcionado. Assim, por meio de uma análise econômica do crime, é possível observar que o sistema criminal, para ser considerado eficaz, precisa impor medidas superiores às vantagens inerentes à prática do crime, conforme dispõe Cunha (2020).

De acordo com os estudos da Caocrim (2020, p. 3-4) (Boletim Criminal Comentado nº 083), o principal motivo da criação deste artigo foi uma medida eficaz para enfrentar a criminalidade, tendo em vista que é avaliado o custo-benefício, sendo, o principal ponto, a vantagem econômica. Assim, são avaliados, pelo agente, todos os riscos e benefícios inerentes à prática do crime, observando também qual será o retorno alcançado com a mesma. Ainda, devem ser indicadas, pelo sistema criminal, medidas superiores às vantagens relacionadas com o crime, repassando, à sociedade, que existe um sistema criminal eficaz, com meios efetivos para condenar.

2.3 – ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME

Classificada Becker (1968, *apud* Shikida 2020), crime econômico ou, também, chamado de lucrativo, aqueles que possuem como objetivo final o lucro por meio da prática de uma atividade ilícita, como, por exemplos, o furto, o roubo, usurpação, extorsão, estelionato, receptação, tráfico de entorpecentes, crimes contra a administração pública, entre outros. São considerados crimes não econômicos, não lucrativos, não visam lucro, apesar de possuir alguma consequência econômica, sendo, exemplos, o estupro, o homicídio, abuso de poder, tortura, entre outros.

Diante dessa classificação, o indivíduo quando se depara com uma atividade ilícita de caráter econômico, realiza a escolha sob o ponto de vista, se esta prática trará algum ganho, ou seja, escolhe de forma racional, portanto, este comportamento não pode ser considerado como uma atitude desproporcional, emotiva ou antissocial, mas sim uma escolha racional. Neste caso, é projetado qual o valor esperado com o delito, incluindo nos cálculos os custos para realização (esses custos inclui, as despesas com a realização do crime, o custo oportunidade do mercado legal e ainda os custos morais de ter a reputação afetada diante da sociedade), somando ainda o risco de ser detido e a qual pena que lhe poderá ser imputada, caso seja preso e condenado. Sendo realizada essa avaliação de custos e benefícios, caso fique demonstrado que os ganhos serão superiores aos custos e riscos, a probabilidade é de que esta pessoa realize o crime.

Em um estudo de Shikida (2020), realizado com detentos das Penitenciárias do Paraná e Rio Grande do Sul, que responderam a um questionário de forma voluntária, concluiu-se que o ato ilícito é uma decisão individual e tomada de forma racional por meio da percepção de custos e benefícios, que são advindos desta atividade. Diante deste contexto, para a maioria dos detentos os retornos obtidos economicamente foram maiores do que os custos do crime.

Existe uma observação, no que diz respeito à fragilidade de três grandes travas morais (família, religião e escola) juntos com os entrevistados, sendo que muitos acabaram realizando a migração para o mundo do crime, em função da somatória da fragilidade, junto aos custos. Entretanto, precisa-se de políticas públicas junto com ações da sociedade, buscar melhorar as ações para coibir o crime e recuperar o tripé “família, religião e escola”, além de expandir a oferta de trabalho. É de um ponto mais amplo que se precisa estruturar ainda mais os policiais e o judiciário para fortalecer as instituições ligadas no combate à criminalidade. Precisa-se desestimular a prática de crime, realizando a quebra do que incentiva a atividade ilegal.

No estudo de Shikida (2020), foi analisado o perfil sociodemográfico e o autor afirma que muitos criminosos optaram pelo crime econômico por motivos como a ambição, ganância e o ganho fácil, pois possuem renda suficiente para manter os desejos de consumo, mas a vontade imoderada de adquirir mais bens ou riquezas foi maior entre os entrevistados.

Outro questionamento relevante, dentro deste perfil, é o uso de bebidas alcoólicas, se fumavam e/ou faziam uso de entorpecentes ilícitos e, entre os pesquisados, as respostas positivas foram de 70%, 60% e 51%, respectivamente. O fato de haver uma dependência química, acaba produzindo um estímulo para migração para o mundo do crime, especialmente, nas ações dos crimes econômicos e, além disso, faz-se necessário manter o próprio vício.

Por meio dos questionamentos realizados com detentos, no que diz respeito ao perfil sociodemográfico, acabou-se chegando a seguinte conclusão:

Como corolário, o perfil sócio demográfico das presas e presos pesquisados evidencia a predominância do sexo masculino nascidos, mormente, nos estados do Paraná e Rio Grande do Sul (local deste estudo), de cor branca e origem urbana, se dizem majoritariamente católicos, porém, muitos confessaram não praticarem a religião que professaram. O maior contingente dos entrevistados foi de solteiro, sendo que 56% já tiveram outras uniões desfeitas, prática esta comum para 34% de seus pais (separados). O nível de instrução com maior frequência foi o ensino fundamental, que foi interrompido por motivos como a necessidade de renda e envolvimento com crime/drogas/foi preso. Para 65,2% que se declararam trabalhar à época do crime, 40,7% estavam na formalidade (com carteira assinada) e 50,7% na informalidade (sem carteira assinada), sendo que para 60,9% a renda situou-se entre menor que um salário mínimo e três salários mínimos, considerada não suficiente para suprir as necessidades básicas para 46,7% dos pesquisados. Os usos de bebida alcoólica, fumo e drogas ilícitas foram considerados relativamente altos para os dois primeiros casos (70% e 60%, respectivamente), sendo apontada frequente para 51% dos entrevistados no tocante ao consumo de drogas ilícitas (SHIKIDA, 2020, p. 266).

No perfil criminal, o resultado relativo à tipologia do crime é o tráfico de drogas, este foi um dos crimes mais cometidos e os principais motivos para a realização do ilícito são decisões voltadas para maximização do bem-estar ou ainda, por estar dentro de um grupo social em que há incentivo para à prática do crime, ligando a ideia de ganho fácil, ambição e ganância. A utilização de arma de fogo foi menor do que o não uso, pois vale frisar que está ligado ao fato de que para comercialização das drogas não implica o uso da arma de fogo ou pode ser que o Estatuto do Desarmamento tenha alguma relação com este quesito. A maioria dos delitos são feitos em equipe, mas o fracasso na realização destes delitos, acaba acontecendo em função da ação policial, juntamente, com a ação da comunidade (com denúncias anônimas) e inclusive a falha própria. Relevante destacar que as pessoas pesquisadas normalmente não acreditam no sistema judiciário e na política brasileira, sendo que, por uma diferença percentual pequena, são poucos os não favoráveis à legalização das drogas, assunto muito polêmico entre aqueles que praticam crimes econômicos.

Por fim, a relação de custo/benefício da prática criminosa, neste ponto se busca verificar se os benefícios resultantes da atividade criminosa são suficientes para cobrir os custos associados à prática deste. A maioria dos pesquisados respondeu que o benefício econômico foi maior do que o custo para migrar para o crime, sendo que a vantagem econômica para aquele que pratica tráfico de drogas se comparada com os outros crimes econômicos (roubo, furto, extorsão, contrabando, etc.) é pequena a vantagem econômica para aqueles que praticam o crime de tráfico.

O Shikida (2020) acreditava que o principal fator que levava a maioria dos pesquisados a praticar os crimes econômicos seria a dificuldade econômica, este quesito sequer foi trazido como resposta pelos pesquisados como justificativa para a prática do crime. Muito pelo contrário, a maioria das respostas dadas pelos pesquisados é que o principal objetivo é o luxo, ganho fácil, ganância, que levam ao fator impulsionador para a migração para o crime.

Ao fim e ao cabo, os pesquisados disseram não acreditar no sistema judiciário e complementaram que para que haja redução significativa, são necessárias políticas públicas, obtendo-se mais trabalho, educação e oportunidades para as pessoas.

2.4 – ARTIGO 91-A DO CÓDIGO PENAL

No Pacote Anticrime tem a inovação acerca dos efeitos da condenação, considerado como uma forma de efeito específico, elencado no *caput*, do artigo 91-A, do Código Penal, eos pressupostos para sua aplicação.

O artigo 91-A, do Código Penal, será aplicado a crimes com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, sendo que poderá ser decretada a perda dos bens, como produto ou proveito do crime, correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Portanto, levando em consideração que só será aplicado a crimes com pena máxima superior a 6 (seis) anos, os crimes de menor potencial ofensivo não serão alcançados pelo dispositivo.

Do ponto de vista de Jesus e Estefam (2020), existem alguns requisitos para aplicação dessa medida, quais sejam: pena máxima superior a seis anos de reclusão, requerimento expresso do Ministério Público na denúncia, indicação do domínio ou benefício sobre os bens, direto ou indireto, e a comprovação da incompatibilidade entre os rendimentos lícitos e aquele cuja perda se requer. E, por fim, o juiz, se constatar na sentença penal, que há enriquecimento ilícito, requererá a perda dos bens que forem elencados como incompatíveis com a renda lícita que o agente possui.

Para efeito da perda que se encontra prevista no *caput* do artigo, o parágrafo 1º elenca o que é considerado como patrimônio do condenado, quais sejam, aqueles de sua titularidade ou, ainda, os que ele possua domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal cometida pelo condenado ou aqueles recebidos posteriormente; e também aqueles bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir da data em que o réu iniciou a atividade criminal.

Acrescenta-se o disposto no parágrafo 2º, em que o condenado possui a faculdade de demonstrar a procedência lícita do patrimônio ou a inexistência de incompatibilidade e, sobre esse dispositivo, tem-se o enunciado nº 15 da I Jornada de Direito e Processo Penal. Esse enunciado preconiza que, cabe ao Ministério Público e, não ao réu, realizar a comprovação entre seus rendimentos lícitos e o respectivo patrimônio que possui. Ademais, ainda esse enunciado pode ser ligado ao princípio “*nemo tenetur se detegere*”, ou seja, o réu possui o direito assegurado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXIII, de não produzir prova contra ele mesmo.

No parágrafo 3º, deste dispositivo, está previsto que a perda deverá ser requerida pelo Ministério Público de forma expressa, quando realizar o oferecimento da denúncia, indicando inclusive a diferença apurada, sendo que o parágrafo 4º estabelece que, na sentença condenatória, o juiz é quem alegará o valor da diferença apurada e, também, especificar quais bens serão objeto da perda.

Nesse sentido, Barbosa (2020) afirma que o efeito da perda de bens não é levado ao processo de forma *ex officio* pelo Juiz, ou seja, esse efeito precisa ser objeto de requerimento expresso pelo Ministério Público. Por isso, é relevante observar que o Juiz, em sede de sentença condenatória, deverá declarar, fundamentadamente, qual será o valor do objeto da perda judicial, bem como, quais bens serão confiscados.

Dessa forma, o parágrafo 5º trata de uma espécie de efeito extrapenal específico e, segundo Jesus e Estefam (2020), embora essa modalidade possa ser aplicada a qualquer crime, precisa ser praticado por organização criminosa ou milícia, pois a perda recairá sobre instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas (Lei n. 12.850/13) e milícia (CP, art. 288-A), em favor da União ou Estado, dependendo de onde estiver tramitando a ação, mesmo sem acarretar perigo à segurança das pessoas, à moral ou ordem pública, e nem ofereçam risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes. Contudo, deve existir expressa declaração na sentença, sendo exigida por lei e, cabe ao juiz, elencar quais instrumentos serão alcançados pela perda, inclusive apontar o nexo de instrumentalidade, ou seja, a relação existente entre o emprego do objeto e a prática do crime.

Segundo Junior (2020) existem discussões acerca da aplicação deste artigo, a fatos anteriores à lei que o tornou vigente. Sim, tal utilização é plenamente possível, sem que haja qualquer implicação à violação ao princípio da legalidade, pois se sabe que a natureza do instituto não é penal, mas sim extrapenal, bastando, portanto, que o patrimônio, a ser confiscado, esteja relacionado a crimes tipificados no ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 – BREVE COMPARAÇÃO

Para Mudrovitsch e Carvalho (2020), antes da inovação trazida pelo Pacote Anticrime, o perdimento de bens, no que diz respeito à matéria penal, estava inserido basicamente no artigo 91, do Código Penal. Este dispõe que, se havendo dúvida que a causa do enriquecimento do indivíduo está ligada ao favorecimento ilícito penal, deverá ocorrer o perdimento do produto do crime pelo qual ele acabou sendo condenado, bem como a reparação dos danos que possa ter causado pela prática do delito.

Além disso, no perdimento alargado de bens, o raciocínio é modificado. Conforme o disposto no artigo 91-A do Código Penal, a partir da sentença condenatória, que seja relacionada a um crime que possua sanção máxima superior a seis anos de reclusão. Nesse caso, o juiz poderá decretar o perdimento, não somente daqueles bens que estejam relacionados ao objeto da sentença, mas também de todo o patrimônio do acusado que exceda aos bens que são compatíveis com seus rendimentos lícitos.

2.6 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 91-A DO CÓDIGO PENAL

Na visão de Neto (2019, *apud* Rover), a propósito, quando se observa na prática esta mudança disposta no artigo 91-A do Código Penal, verifica-se que inverte o ônus da prova, o que vem sendo criticado por advogados que entendem que a medida pode ser classificada como inconstitucional.

É possível observar que existem termos considerados vagos no dispositivo legal e, que podem trazer, então, a possibilidade de várias interpretações. Por isso, quando se conclui, pressupõe ou tenha o condenado recebido bens por meio da prática de crime, e não é realizada uma análise precisa e direta para identificar a origem dos bens, acaba-se invertendo o ônus da prova. Isso é inconstitucional, pois afronta o princípio da presunção da inocência que está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (1988), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, se não demonstrar que o réu é culpado, acabará por expropriar indevidamente a propriedade, sem o devido processo legal, sendo que é assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesses casos, deve a perda de bens seguir um trâmite próprio e não ser realizado de forma direta e aleatória, como traz o artigo 91-A e seus parágrafos.

Faz-se importante ressaltar que, como caracteriza Santos, J. C.; Santos, J. C. (2019, *apud* Rover), estes advogados criticam a inversão do ônus da prova e, quando essa acontece, acabam rompendo o princípio da presunção de inocência, pois nele tem-se a regra do *in dubio pro reo*, ou seja, quando há dúvida, interpreta-se de forma a beneficiar o réu, ou seja, absolver.

Alega, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abacrim), que o artigo 91-A do Código Penal, pode ser questionado acerca de sua constitucionalidade, tendo em vista a violação aos princípios da individualização da pena. Ademais, este é garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, e o da função social da propriedade, também garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIII, tendo inclusive sido ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6304, que irá, justamente, questionar acerca da constitucionalidade do dispositivo do Pacote Anticrime, que será julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, é importante ressaltar que a perda de bens atinge aqueles que são produtos ou proveitos de crime e inclusive “os bens que correspondem a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”. Portanto, nesse caso, poderão ser incluídos bens que não possuem qualquer vínculo ou alguma relação com o crime que deu origem à condenação, caracterizando, dessa forma, um confisco sem justa causa.

No dizer de Rosa (2020), uma possível lógica para criação de tal artigo, é que as Organizações Criminosas, além da perda de bens direta do crime, deve ocorrer uma diminuição significativa nos patrimônios e, por esse motivo, acaba englobando também aqueles que não possuem qualquer relação direta com a conduta que está sendo investigada.

Demonstra-se, inclusive, que trata de matéria penal, a qual somente será aplicada às condutas praticadas depois da entrada em vigor, sendo que possui a necessidade de ser elencado de forma expressa na denúncia, a diferença apurada e a data do início da atividade criminosa. Diante disso, o acusado pode se defender, demonstrando a compatibilidade e a procedência lícita dos bens. No entanto, caso não haja a indicação desses bens que foram apurados, e o seu valor correto, poderá tornar-se inviável o pedido de perda alargada de bens, por estar violando o princípio do devido processo legal.

Haverá bastantes discussões, quando os bens estiverem em nome de terceiros, em razão de que não poderá agir com o instituto do confisco de bens sem que haja o devido processo legal. Porém, caso tenha algum bem em nome de terceiro, este deverá ser citado na mesma ação penal e, ao final, o juiz decidirá qual o valor apurado e elencará os bens cuja perda for decretada. Por fim, o juiz poderá garantir o resultado útil do processo, a requerimento da acusação, deferir medidas cautelares, como arresto e sequestro, podendo ser com ou sem a alienação antecipada.

Rosa (2020) afirma que nos casos de organizações criminosas e milícias, hipóteses elencadas no parágrafo 5º, do artigo 91-A, nesta hipótese, acaba confiscando tudo o que tiver sido utilizado, mesmo não possuindo vinculação com o crime praticado, buscando assim inviabilizar a continuidade das atividades delitivas. Porém, se não houver liame com o crime apurado, deverá ser descrito na denúncia, incluindo também a citação dos titulares dos bens, sujeito a acarretar a violação do devido processo legal.

Em conformidade com Bitencourt (2020), neste dispositivo legal, o legislador adota disfarçadamente, o inconstitucional “confisco de bens e valores” e, nesta aplicação, é utilizado como efeito da condenação, sendo realizada 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. Logo após, no parágrafo 1º, apresenta uma espécie *sui generis*, do que deve ser compreendido como o “patrimônio do condenado”, ou seja, não se trata daqueles bens “produto ou proveito do crime”, se fossem esses, seria legítimo o confisco sob a ótica do sistema jurídico-constitucional.

Levando-se em consideração aquilo que está previsto no parágrafo 1º, do referido dispositivo, Bitencourt (2020) afirma que, com a Lei n. 9.714/98, o legislador criou duas espécies de penas alternativas inconstitucionais. Uma delas é a “perda de bens e valores”, tendo o legislador visado a aplicação dessas penas de forma não tão grave. Atualmente, o autor considera que foi criada uma modalidade inconstitucional absurdamente grave, tendo o legislador desrespeitado a carta constitucional. Essa modalidade invade a privacidade dos cidadãos, viola garantias constitucionais, entre eles, o sigilo bancário financeiro, e sem causa efetiva, chafurda a vida pregressa, também as declarações de imposto de renda, cria o “confisco de bens e valores” do cidadão, querendo disfarçar, por meio da denominação de “efeitos da condenação”, mesmo ainda sem possuir qualquer vínculo com determinada infração específica. Em outras palavras, esse dispositivo foi inserido no âmbito do direito penal, que é formal, preventivo e garantista, disposição de ordem fiscal-tributária, para “confiscar patrimônio individual”, mesmo sem ter qualquer relação com eventual condenação por qualquer crime com a pena superior a seis anos. Nem a Receita Federal possui esse direito de, sem justificativa, vasculhar a vida, a privacidade e o patrimônio de qualquer pessoa, a argumentação de obrigá-lo a comprovar, aleatoriamente, os seus bens, justamente ante a inexistência de vínculo com alguma infração penal que, porventura, venha a ser condenado.

O atual legislador, dispõe sobre o “confisco de bens”, no *caput* do artigo 91-A: “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”. Assim, é possível notar que não se trata, como deveria, de bens advindos de produtos ou proveito de crime, como prenuncia, de forma correta, o artigo anterior, n. 91, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Utiliza-se da argumentação Bitencourt (2020), de que a atual Constituição Federal de 1988, adota a expressão “perda de bens”, de forma disfarçada, caracterizando um verdadeiro retrocesso, criando a possibilidade dessa suposta pena, que na verdade somente ocultará um confisco de bens, sendo que deveria ser denominada como “pena de confisco”. O Código Penal Brasileiro de 1940 não o reconhecia e, inclusive, a Constituição de 1969 proibia tal disposição, subsistindo, como efeitos da condenação, o “confisco dos instrumentos e produtos do crime”, dentro dos requisitos cabíveis. Por fim, na atual Constituição Federal de 1988, autorizou-se a “perda de bens”, ou seja, não foi omissa e instaurou mais uma “fonte de arrecadação”, não se observando como poderia ser utilizado, de forma a usar “perda de bens”, para realizar confisco de bens, sem justa causa, como neste caso. Nessas situações, como está sendo considerado, como “efeitos da condenação”, acaba por ultrapassar os limites do permitido, do razoável e, não raramente, inclusive as barreiras do que é constitucionalmente permitido e, assim prejudicando pessoas, desnecessariamente, como se estivesse agindo na legalidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes da introdução do artigo 91-A do Código Penal, pelo Pacote Anticrime, já existia a previsão de um confisco de bens, qual seja, daqueles considerados como instrumentos utilizados para a consumação do crime, o uso, porte, detenção, alienação ou fabricação precisa constituir fato ilícito, ou seja, não é qualquer instrumento que é confiscado, essa espécie encontra-se prevista no artigo 91, inciso II, alínea "a", do Código Penal. O mesmo dispositivo legal, mas alínea "b", elenca um confisco sobre produtos ou algum bem ou valor que seja proveito ou produto do crime.

Ademais, se há pena restritiva de direitos, perda de bens, é efeito principal da condenação que recai sobre o patrimônio lícito do condenado, que poderão substituir as penas privativas de liberdade, na forma do artigo 44 do Código Penal, no caso do confisco daqueles bens advindos do proveito do crime, este é efeito secundário da condenação e recai sobre o patrimônio ilícito do agente.

Também existe o confisco por equivalência, do artigo 91, § 1º e 2º, do Código Penal, acontece nas situações em que o produto ou proveito de crime julgado não é localizado ou encontra-

se no exterior, sendo assim, será autorizada a aplicação sobre bens equivalentes que pode fazer parte do patrimônio lícito do condenado. Esta modalidade não se parece com confisco alargado, na medida em que neste será determinada que a extensão do perdimento de bens, pode ser realizado sobre aqueles que não estejam necessariamente ligados com o crime que está sendo julgado, mas de alguma forma advenha de atividade ilícita.

O confisco alargado de bens, introdução trazida a partir da vigência do Pacote Anticrime, disposto no artigo 91-A, do Código Penal, é um efeito extrapenal específico da condenação. Portanto, se condenado, por meio de sentença penal condenatória, ocorre o confisco dos bens do particular em favor da União ou Estado.

O artigo 91-A possui requisitos para ser aplicado, quais sejam: pena máxima superior a seis anos de reclusão, requerimento expresso do Ministério Público na denúncia, indicação do domínio ou benefício sobre os bens, direto ou indireto, e a comprovação da incompatibilidade entre os rendimentos lícitos e aquele cuja perda se requer. Por fim, o juiz, se constatar na sentença penal, que há enriquecimento ilícito, requererá a perda dos bens que forem elencados como incompatíveis com a renda lícita que o agente dispõe.

O parágrafo 1º tem à disposição do que é entendido como patrimônio do condenado. Já o parágrafo 2º, dispõe sobre a faculdade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio, mas cabe ao condenado realizar esta demonstração.

No que tange à aplicabilidade deste artigo, o problema gira em torno do fato de que fica a cargo do réu demonstrar a incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio, ou seja, neste caso, há uma inversão do ônus da prova, precisa ser realizada análise precisa e direta dos bens para saber a origem. Esta tipificação fere o princípio da presunção da inocência.

Também existe discussões acerca do que está previsto no *caput*, do artigo 91-A do Código Penal sobre quais bens incidirão os efeitos da condenação, podendo recair a perda, considerando 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 rendimento lícito.

O assunto, discutido no presente trabalho, viola os princípios de individualização da pena e o de função social da propriedade, ambos da Constituição Federal de 1988 e, por este motivo, questiona-se sobre a constitucionalidade desta discussão. Dado o exposto, é verídico que ainda são necessárias novas pesquisas para se aprofundar os estudos, direcionando às novas soluções.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, A. **Modificações no Código Penal pelo “Pacote Anticrime”**. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/modificacoes-no-codigo-penal-pelo-pacote-anticrime/#:~:text=Art.-,91%2DA.,com%20o%20seu%20rendimento%20l%C3%ADcito>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848. Promulgado em 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Criminalistas questionam norma do pacote anticrime sobre perda de bens**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435074>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. I Jornada de Direito e Processo Penal. 14 Agosto/2020. Disponível em: [file:///D:/Meus%20documentos/Downloads/EnunciadosaprovadosnaPlenriaIJDPP%20\(3\).pdf](file:///D:/Meus%20documentos/Downloads/EnunciadosaprovadosnaPlenriaIJDPP%20(3).pdf). Acesso em: 15 out. 2020.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, R. S. **Pacote Anticrime**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

JESUS, D.; ESTEFAM, A. **Direito Penal 1**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Ministério Público do Estado de São Paulo. Centro de Apoio Operacional Criminal. **Boletim Criminal comentado nº 083**. Março/2020. São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20MARC%CC%A7O%203.pdf. Acesso em: 05 set. 2020.

MUDROVITSCH, R. B.; CARVALHO, F. F. **A inconstitucionalidade do "perdimento alargado" de bens do pacote "anticrime"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-08/opinio-inconstitucionalidade-perdimento-alargado-bens#:~:text=91%2DA.,com%20o%20seu%20rendimento%20l%C3%ADcito>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ROSA, A. M. **Entender a perda alargada trazida pelo pacote “anticrime”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/limite-penal-entender-perda-alargada-trazida-pacote-anticrime>. Acesso em: 19 ago. 2020.

ROVER, T. **“Lei anticrime” prevê confisco alargado em favor de Estados e da União**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/lei-anticrime-preve-confisco-alargado-favor-estados-uniao>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SHIKIDA, P. F. A. Uma análise da economia do crime em estabelecimentos penais paranaenses e gaúchos: o crime compensa?. Brasília: **Revista Brasileira de Execução Penal**. v. 1. n. 1. p. 257-278. Jan/jun 2020.