



Instituto dos Advogados Brasileiros
Comissão Permanente de Direito Penal

Indicação:
Projeto de Lei Anticrime

Autor: Ministro da Justiça e Segurança Pública

Matéria: **Medidas para aprimorar o perdimento de produto de crime**

Relator: Leonardo Villarinho

Ementa:

Anteprojeto de lei do Governo Federal. Alterações na Legislação Penal. Medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência contra a pessoa. Medidas para aprimorar o perdimento de produto de crime. Confisco alargado. Proposta ambígua e lacônica. Imprecisão técnica legislativa. Inconstitucionalidade. Inversão do ônus da prova. Indefinição jurídica do que seria conduta criminosa, habitual, reiterada ou profissional. Proposta autoritária, sem prévia discussão pela comunidade jurídica e acadêmica. Proposta divorciada dos parâmetros adotados na legislação europeia. Ausência de rol taxativo de delitos. Ausência de limites temporais para aplicação. Ausência de regulamentação do procedimento incidental para aplicação do instituto. Afronta aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Parecer pela rejeição integral da proposta.

Com a notícia veiculada na mídia sobre um pacote de propostas a serem encaminhadas ao Congresso Nacional pelo atual Ministro da Justiça e Segurança, o presidente da Comissão Permanente de Direito Penal, Dr. Marcio Barandier, honrou-me com indicação para o estudo das medidas englobadas no item VIII, ou seja, propostas para aprimoramento do perdimento de produto de crime.

O Projeto de Lei já foi apresentado ao Congresso Nacional, tendo o Ministro Sergio Moro declarado que o objetivo do mesmo seria endurecer o combate a crimes violentos, como homicídio e o latrocínio, bem como contra a corrupção e as organizações criminosas e que tal proposta vem a reboque da promessa do novo presidente da República no sentido de recrudescer a persecução penal logo nos primeiros 100 dias de governo.

A imprensa veiculou que tal projeto foi precedido de reuniões com secretários estaduais de segurança pública, parlamentares, governadores e magistrados, para detalhamento e aprimoramento da proposta, afirmando ainda que o ministro espera sugestões da sociedade civil, motivo pelo qual reputo ser de grande valia a manifestação do Instituto dos Advogados Brasileiros, órgão na vanguarda do Direito desde 1843.

No que tange a matéria específica destinada ao signatário, alcunhada como “confisco alargado”, verifica-se que a mesma não é novidade, eis que já integrava o famigerado pacote impulsionado pelo Ministério Público Federal, intitulado Dez Medidas Contra a Corrupção, encampado posteriormente pelo Projeto de Lei n 4850/2016 (Projeto de Lei da Câmara n 80/2016), derrotado em votação na Câmara dos Deputados.

No pacote “Dez Medidas Contra a Corrupção” o tema em estudo foi originalmente organizado como a 10ª medida, destinada a “recuperação do lucro derivado do crime”. Naquele pacote, outra era a redação proposta para o art 91-A, que somente teria aplicação no caso de crimes taxativamente enumerados, debruçando-se a perda na diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas.

Eis a justificativa apresentada na ocasião:

O dispositivo introduz o confisco alargado na legislação brasileira, cumprindo diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e adequando o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado.

O dispositivo proposto também harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos de outros países que já preveem medidas similares e com os quais o Brasil mantém relações e acordos de cooperação, permitindo a reciprocidade e o combate a crimes graves de efeitos transnacionais. O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que “o crime não compensa”, ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos. O confisco clássico e o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), alcançam, além dos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, “a”, do Código Penal), apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. Mas, conforme já se anotou, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas. Nesses casos, sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada. O confisco alargado ora proposto, na esteira da legislação de outros países, tem como pressuposto uma prévia condenação por crimes graves, listados no dispositivo, que geram presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos. Estabelece, nesses casos, um ônus probatório para a acusação acerca da diferença entre o patrimônio que esteja em nome do condenado, ou que seja por ele controlado de fato, e os seus rendimentos lícitos, ressaltando também a possibilidade de JUSTIFICATIVA por outras fontes legítimas que não decorram diretamente desses rendimentos. É garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens. Como se trata de medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens, o confisco alargado se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, conforme tem sido reconhecido em outros países e em organismos e fóruns internacionais. Compatibilizando o instituto proposto com a legislação processual penal atual, e na esteira do que estabelece o Código Penal a respeito do confisco por

equivalente recentemente instituído (§ 2º do art. 91, incluído pela Lei nº 12.684/2012), a proposta ressalta a aplicação das medidas cautelares reais penais para a garantia do confisco alargado. Também prevê expressamente a possibilidade de alienação antecipada de coisas sujeitas a deterioração ou depreciação, evitando que o tempo necessário para a decisão acerca do confisco resulte em perdas econômicas ou em prejuízos para o acusado ou terceiro de boa-fé. Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil. A proposta, portanto, visa a atualizar e compatibilizar a legislação brasileira com o que vige no cenário internacional, conferindo ao Estado um instrumento de combate aos ganhos ilícitos decorrentes do crime em harmonia com os primados do Estado Democrático de Direito, fazendo valer a máxima de que o crime não deve compensar.

A própria proposta “10 Medidas Anticorrupção” sofreu significativa mutação em sua tramitação no congresso e foi objeto de apreciação do IAB, quando da análise da indicação 056/2016, merecendo na ocasião rejeição total em parecer aprovado por unanimidade em sessão plenária realizada no dia 23.11.2016, sendo destacado naquele parecer sua desproporcionalidade, limitações de garantias fundamentais e enfraquecimento do estado democrático de direito.

Entretanto, a indicação não se debruçou sobre o pacote original do Ministério Público, mas sobre o PL 4850/2016, que em decorrência das inúmeras propostas de alteração legislativa, resultou na supressão no texto final da proposta ora em exame, atinente ao confisco alargado de bens.

Na atual proposta, o referido ponto é trazido no item VIII. Assim como as demais medidas propostas, o tema não se fez acompanhar da respectiva justificativa.

Basicamente, a proposta consiste na inserção do art. 91-A do Código Penal e no art. 124-A do Código de Processo Penal.

No Código Penal, a mudança se debruça sobre os efeitos genéricos e específicos da condenação, enquanto que no código de processo penal se vislumbra

apenas a possibilidade de obras de arte ou bens de valor cultural ou artístico serem destinadas a museus.

A proposta de alteração do Código de Processo Penal, para inclusão da possibilidade de obras de arte serem destinadas a museus nada diz respeito ao instituto do confisco alargado, não entendendo o signatário a razão para sua inclusão no texto legal. Tal perplexidade é gerada, inclusive, pela absoluta ausência de justificativa ou exposição de motivos para a alteração legislativa.

Com a finalidade de ilustrar as mudanças propostas, segue quadro comparativo entre a legislação atual e a proposta.

CODIGO PENAL ATUAL	PROPOSTA
<p>Efeitos genéricos e específicos</p> <p>Art. 91 - São efeitos da condenação:</p> <p>I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;</p> <p>II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:</p> <p>a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;</p> <p>b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.</p> <p>§ 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. <u>(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)</u></p> <p>§ 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. <u>(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)</u></p>	<p>"Art. 91-A. No caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a <u>perda</u>, como produto ou proveito do crime, <u>dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito</u>.</p> <p>§ 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa.</p> <p>§ 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:</p> <p>I - que estejam na 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</p> <p>II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.</p> <p>§ 3º <u>O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.</u>" (NR)</p>

CODIGO DE PROCESSO PENAL ATUAL	PROPOSTA
Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.	"Art. 124-A. No caso de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, poderão ser elas destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada ou se a vítima for a Administração Pública direta ou indireta." (NR)

As críticas do meio jurídico ao texto proposto, no que diz respeito ao instituto do confisco alargado, não se resumem a sua forma pouco técnica, com expressões lacônicas e imprecisas, capazes de gerar perplexidade e grande dúvida sobre o real alcance e conceito de muitas das proposições. A imprecisão e generalidade da expressão utilizada a todo momento no texto, por exemplo, sobre o conceito legal do que seria conduta criminosa, habitual, reiterada ou profissional, inovações que não encontram eco na doutrina penal, seja brasileira ou alienígena.

Um segundo ponto que merece destaque diz respeito a forma autoritária que foi proposto, sem qualquer discussão prévia pelo mundo jurídico e acadêmico. Essa imposição, sem debate, testilha com as reformas penais pretéritas, em que comissões de juristas renomados discutiram e aprimoraram as propostas que resultaram na criação das leis penais que atualmente estão em vigor.

A velocidade da proposta, sem qualquer amadurecimento no meio jurídico, visa atender a promessa de governo de recrudescer o combate a criminalidade já nos primeiros 100 dias de governo. Geralmente o que é feito rápido e açodado também é mal feito.

Ainda que se tenha em mente com a alteração legislativa atender a premissa de reconhecer em nosso país a tendência mundial de regulamentação do que se convencionou denominar confisco alargado, o texto proposto é muito mal redigido e passa muito ao largo do desiderato proposto.

O confisco alargado utilizado na legislação de outros países visa a perda não só dos bens diretamente vinculados a um crime em decorrência da condenação

(perda clássica e equivalente), mas também de todos que se evidenciem incongruentes com os rendimentos lícitos do réu e que sejam presumivelmente oriundos de outros crimes.

A proposta possibilita situações que chegam as raias do absurdo em razão da possibilidade de aplicação a qualquer crime com sanção de pena máxima superior a seis anos de reclusão.

A título de exemplo, conforme o professor Dr. David Tangerino mencionou em sua palestra ministrada na audiência pública realizada na Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro no último dia 19 de fevereiro, o malfadado dispositivo proposto poderia ser aplicado a um sujeito condenado por estupro, com disparidade entre o seu patrimônio e rendimento lícito comprovado, não guardando qualquer relação com o crime investigado.

Mas acredito ser muito mais grave o fato do projeto ser simplista, sem qualquer limitação temporal, além de ambíguo e subjetivo. Manifesta sua inconstitucionalidade em razão de direta afronta aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, promovendo verdadeira inversão do ônus da prova, na medida em que transfere para o condenado a obrigação de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio, conforme descrito no §3º.

O instituto do confisco alargado já foi contemplado na legislação de outros países como Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Itália, Portugal e Espanha, porém, precedido de amplo debate acadêmico e respeitando os necessários contornos legais e epistemológicos, bem como os princípios constitucionais que regem a dogmática penal e processual brasileira. Nos demais países em que o instituto foi aplicado, amplos foram os requisitos necessários para sua aplicação, por exemplo, um rol taxativo de crimes.

Em Portugal, por exemplo, o instituto foi introduzido através da Lei 5/2002, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, estipulando no artigo 1º o “âmbito de aplicação”, ou seja, o rol de crimes em que o instituto pode ser aplicado, tais como terrorismo, tráfico de armas, corrupção, branqueamento de capitais, associação criminosa, entre outros. A imposição de **marcos temporais** na aplicação da medida é cristalina:

Art. 7º

Perda de bens

1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade

criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por «património do arguido» o conjunto dos bens:

- a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;
- b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;
- c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 - Consideram-se sempre como vantagens de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.

Em Portugal, a questão do ônus probante é amplamente observado. O Tribunal exige do órgão acusador a promoção de liquidação do património incongruente, sendo o instituto sistematizado no ordenamento jurídico, inclusive no que respeita as normas procedimentais para sua implementação e aplicação, como se vê no seguinte julgado:

1. Ac. TRP de 11-06-2014:

I. A perda de bens determinada pelo art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2012, de 11 de janeiro, não incide propriamente sobre bens determinados, mas sobre o valor correspondente à diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

II. O **Ministério Público deve proceder à liquidação do património incongruente** («o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado» - art. 8.º, n.º 1), **em incidente de liquidação enxertado no processo penal**, e promover a sua perda a favor do Estado.

III. Para decidir a liquidação, o tribunal tem em consideração **toda a prova produzida no processo**.

IV. A base de partida é o património do arguido, todo ele, pois o conceito é utilizado no art. 7.º numa perspectiva omnicompreensiva, de forma a abranger não só os bens de que o arguido seja formalmente titular (do direito de propriedade ou de outro direito real), mas também aqueles de que ele tenha o domínio de facto e de que seja beneficiário (é dizer, os bens sobre os quais exerça os poderes próprios do proprietário), à data da constituição como arguido ou posteriormente.

V. Para este efeito, incluem-se, no património do arguido, os bens transferidos para terceiros de forma gratuita ou através de uma contraprestação simbólica

nos cinco anos anteriores á constituição de arguido e os por ele recebidos no mesmo período.

VI. Apurado o valor do património, há que confrontá-lo com os rendimentos de proveniência comprovadamente lícita, auferidos pelo arguido naquele período. Se desse confronto resultar um «valor incongruente», não justificado, incompatível com os rendimentos lícitos, é esse montante da incongruência patrimonial que poderá ser declarado perdido a favor do Estado.

VII. Para garantir a efetiva perda desse valor incongruente, pode o Ministério Público requerer ao juiz que decrete o arresto de bens do arguido.

VIII. O arresto pode incidir sobre bens de que formalmente é titular um terceiro.

IX. O titular de direitos afetados pela decisão pode, tal como o arguido, **ilidir a presunção do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, nomeadamente provando** (através da demonstração inteligível dos fluxos económico-financeiros na origem das aquisições em causa) **que os bens foram adquiridos com proventos de atividade lícita.**

No Reino Unido, o instituto é regulamentado pelo Proceeds of Crime Act (POCA), de 2002, sendo sua aplicação condicionada a prova de que o denunciado ostente sinais exteriores de riqueza incompatível (criminal lifestyle), existindo critérios objetivos para esta definição, tais como, condenação pretérita por crimes como tráfico de entorpecentes, pessoas, armas e terrorismo, ou se o crime for praticado em sequência de pelo menos três delitos num período de até seis anos, com benefício de cinco mil libras. Há também limite temporal, atingindo bens adquiridos no máximo há seis anos anteriores ao início do processo.

A escolha da aplicação do instituto em todo e qualquer crime com pena máxima superior a seis anos de reclusão, além de possibilitar o confisco de bens por práticas delituosas diversas dos delitos relacionados com o património ou sem conteúdo financeiro, foge inteiramente do escopo mundial de aplicação do instituto, vertido nos demais países para criminalidade organizada, tais como crimes de terrorismo, tráfico de entorpecentes e pessoas, corrupção, lavagem, etc.

Além disso, alguns crimes estariam de plano excluídos por não atenderem ao preceito da pena máxima superior a seis anos de reclusão, tais como apropriação indébita previdenciária e associação criminosa, entre outros.

O Tribunal Europeu (European Union Law) já se debruçou sobre proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco

de produto do crime na União Europeia (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52012PC0085>), onde o tema foi bastante debatido pela comunidade jurídica e acadêmica, sempre respeitando os princípios da proporcionalidade e integral respeito aos direitos fundamentais:

- Poderes de confisco alargados (artigo 4.º)

O **confisco alargado abre a possibilidade de confiscar outros bens para além do produto direto de um determinado crime**. Uma condenação penal pode dar origem a um confisco (alargado) não só dos bens diretamente relacionados com esse crime específico mas também de outros bens que o tribunal tenha determinado serem produto de crimes semelhantes.

A legislação da UE já prevê poderes de confisco alargado. A Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho obriga os Estados-Membros a autorizarem o confisco de bens pertencentes, direta ou indiretamente, **a pessoas condenadas por crimes graves (relacionados com a criminalidade organizada ou com o terrorismo)**. No entanto, a Decisão-Quadro estabelece um conjunto mínimo de regras facultativas para o confisco alargado, deixando aos Estados-Membros a possibilidade de aplicarem uma, duas ou as três opções. O relatório da Comissão sobre a aplicação revelou que estas disposições não eram claras e haviam causado uma transposição fragmentada. Além disso, as diferentes opções de confisco alargado reduziram as possibilidades de reconhecimento mútuo das decisões de confisco. As autoridades de um Estado-Membro só podem executar as decisões de confisco proferidas noutro Estado-membro se estas forem baseadas nas mesmas opções alternativas aplicadas nesse Estado-Membro. Como resultado, é muito difícil o reconhecimento mútuo de decisões de confisco alargado.

A presente proposta introduz a possibilidade de confisco alargado em relação aos crimes enumerados no artigo 83.º, n.º 1, do TFUE, nos termos da legislação da União em vigor. Simplifica igualmente o regime atual de opções facultativas de confisco alargado, prevendo uma norma mínima única. **O confisco alargado só pode ter lugar quando um tribunal concluir, com base em dados factuais concretos, que uma pessoa condenada por uma infração abrangida pela presente diretiva possui bens em relação aos quais é muito mais provável provirem de outras atividades criminosas de carácter ou gravidade semelhantes do que de outro tipo de atividades. Não é possível proceder ao confisco alargado quando essas atividades criminosas semelhantes não possam ser objeto de processo penal por este ter prescrito ao abrigo do direito penal nacional.** A proposta **exclui igualmente a possibilidade de confisco do produto de alegadas atividades criminosas relativamente às quais a pessoa já tenha sido absolvida num processo anterior (confirmando, assim, a presunção de inocência prevista no artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais) ou noutras situações em que seja aplicável o princípio ne bis in idem.**

- Confisco não baseado numa condenação (artigo 5.º)

Esta disposição introduz disposições sobre a possibilidade de, em certas circunstâncias, se proceder a um confisco não baseado numa condenação, a fim de ter em conta os casos em que não pode ser exercida a ação penal. Diz respeito a casos de confisco relacionados com a prática de delitos penais, mas permite aos Estados-Membros escolher se o confisco deve ser imposto pelos tribunais criminais e/ou pelos tribunais civis/administrativos. Os processos não baseados em condenações permitem proceder ao congelamento e confisco de bens, independentemente da condenação prévia do respetivo proprietário num tribunal criminal.

Para poder satisfazer o requisito da proporcionalidade, a proposta não autoriza que se proceda ao confisco não baseado numa condenação em qualquer caso, mas apenas quando não possa ser obtida uma condenação penal por o arguido ter falecido, ter uma doença crónica ou a sua fuga ou doença impedir um procedimento criminal eficaz dentro de um prazo razoável e correndo o risco de prescrição.

Esta disposição reflete as disposições da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. De modo a facilitar a cooperação internacional em matéria de confisco, a Convenção incentiva as partes a considerarem a possibilidade de adotar as medidas necessárias para permitir o confisco do produto da corrupção na ausência de condenação penal quando não possa ser instaurado um procedimento criminal contra o autor da infração por morte, fuga, ausência ou noutros casos adequados [artigo 54.º, n.º 1, alínea c)]. Assenta igualmente nos trabalhos do Grupo de Ação Financeira (GAFI) da OCDE, que incentiva os países membros a estudarem a adoção de medidas que permitam confiscar instrumentos e produtos do crime sem necessidade de uma condenação penal, ou que obriguem o infrator a provar a origem lícita dos bens alegadamente passíveis de confisco (Recomendação n.º 3). Além disso, esta disposição inspira-se nos pontos de vista expressos pelo Grupo de Trabalho Roma-Lião do G8, num relatório em que se salientava que, se o confisco deve, em princípio, continuar a basear-se numa condenação, há situações em que a ação penal não é possível devido à morte ou evasão do arguido, à insuficiência dos meios de prova para se iniciar a ação penal, ou a outras razões técnicas[40]. A introdução de disposições em matéria de confisco não baseado numa condenação recebeu também o apoio dos juristas reunidos no âmbito da rede CARIN e da plataforma de gabinetes de recuperação de bens da UE.

- Confisco de bens de terceiros (artigo 6.º)

Quando são alvo de investigações os criminosos muitas vezes transferem os seus bens para terceiros que conhecem, a fim de evitarem a sua apreensão. O confisco de bens de terceiros implica a apreensão de bens que foram transferidos para terceiros por uma pessoa alvo de uma investigação ou já condenada. As disposições dos Estados-Membros em matéria de confisco de bens de terceiros são díspares, o que dificulta o reconhecimento mútuo das decisões de congelamento ou de confisco dos bens transferidos para terceiros.

A fim de satisfazer a exigência da proporcionalidade e defender a posição de terceiros que tenham adquirido um bem de boa-fé, a proposta não introduz disposições mínimas em matéria de harmonização quanto ao confisco de bens de terceiros em todos os casos. Esta disposição exige que o confisco de bens de terceiros só possa ter lugar em relação a produtos do crime ou a outros bens do arguido que tenham sido adquiridos por um preço inferior ao seu valor de mercado e que qualquer pessoa razoável, na posição desse terceiro, tivesse obrigação de suspeitar serem produto de um crime ou de uma transferência destinada a prevenir o seu confisco. Esta disposição clarifica ainda que a apreciação da razoabilidade da pessoa em causa deve ser baseada em factos e circunstâncias concretas, de modo a evitar decisões arbitrárias. Além disso, o confisco de bens de terceiros só é possível após se ter concluído, com base em factos concretos, que o confisco dos bens da pessoa considerada suspeita, arguida ou condenada tem poucas probabilidades de ter êxito, ou quando um objeto concreto deva ser restituído ao seu legítimo proprietário.

- Garantias (artigo 8.º)

Segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os direitos fundamentais, como o direito de propriedade, não são absolutos. Estes direitos podem legitimamente ser sujeitos a restrições, desde que essas restrições estejam previstas na lei e, de acordo como o princípio da proporcionalidade, sejam necessárias e correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros, como sucede no caso da luta contra a criminalidade organizada.

O artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais garante o direito a uma ação perante um tribunal e a um julgamento equitativo. Na medida em que as decisões de congelamento ou de confisco afetam os direitos de propriedade ou outros direitos fundamentais, a sua contestação pelas partes afetadas deve ser permitida, nas condições previstas no presente artigo.

A legislação da UE em vigor (nomeadamente o artigo 4.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI) estabelece que os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as partes afetadas disponham de vias de recurso eficazes. A fim de respeitar plenamente a Carta dos Direitos Fundamentais, o presente artigo introduz garantias mínimas a nível da UE. Essas garantias visam assegurar o respeito da presunção de inocência, o direito a um julgamento equitativo

(incluindo o princípio ne bis in idem), a existência de vias de recurso eficazes perante um tribunal e o direito a ser informado sobre a forma de utilizá-las.

Como se vê, no direito europeu, as normas para aplicação do confisco alargado devem ser aplicadas mediante instauração de um processo incidente, possibilitando ao investigado exercer todos os direitos fundamentais inerentes.

A proposta do Ministro da Justiça de inserção no nosso ordenamento jurídico do confisco alargado está muito aquém, até mesmo daquela outrora apresentada pelo próprio Ministério Público Federal, na malfadada 10 medidas contra a corrupção, na medida em que não indica os crimes taxativamente enumerados passíveis de aplicação do instituto, nem impõe um requisito temporal, além de não prever o rito processual para execução desse perda patrimonial, em absoluto descompasso com as normas vigentes no continente europeu.

A proposta, de cunho eminentemente autoritário, como asseverado por Juarez Cirino dos Santos, “inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*” (Boletim IBCCRIM, n. 277, dez/15, p. 24).

Em conclusão, não me posiciono integralmente contra a adoção no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do confisco alargado, desde que o mesmo seja satisfatoriamente regulamentado, inclusive quanto ao processo incidental para sua aplicação, atendendo integralmente aos princípios constitucionais e as garantias fundamentais, evidentemente, precedido de amplo debate pela comunidade jurídica e acadêmica. Assim, encaminho o parecer pela rejeição integral da proposta.

Leonardo Villarinho