

Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Súmula nº 28*. A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/jt/sumulas/>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Sumula nº 083*. Não pode ser considerada como manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão do Conselho de Sentença que acolhe uma das teses apresentadas pelas partes, fundadas nos elementos probatórios. Recife, 2008 Disponível

em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

**Otávio Lacerda de Paula Silva**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

ORCID: 0000-0001-7455-2033

otaviolpsilva@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 11.07.2019

Versão final: 09.10.2019

## Presumindo a ilicitude – uma análise da questão do enriquecimento ilícito no projeto de lei “anticrime”

Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello e Luca Padovan Consiglio

**Resumo:** O presente artigo trata do recém-apresentado projeto da chamada Lei Anticrime, que ignora pressupostos penais e processuais penais e cria o artigo 91-A, o qual possibilita a perda de “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” para condenados por delitos de pena máxima superior a seis anos de reclusão, presumindo que tal patrimônio foi obtido ilegalmente ou como produto de crime.

**Palavras-chave:** Perdimento. Patrimônio. Projeto de Lei Anticrime. Ônus da prova. Sistema acusatório. *Ultima ratio*.

Segundo a perspectiva funcionalista de Roxin,<sup>(1)</sup> tem-se que a *raison d’être* do Direito Penal é, antes de qualquer outra, servir como instrumento de proteção aos bens jurídicos que nos são mais caros. Em outras palavras, qualquer delito – e, conseqüentemente, a pena a ele cominada – deve estar associado a uma lesão, ou a um perigo de lesão, a um bem jurídico definido. Esse delito corresponde necessariamente a uma ação típica, antijurídica e culpável. A palavra ação não está aí – como, aliás, nada está no Direito Penal – exercendo a função de mero acessório. Não cabe ao Direito Penal tutelar a mera existência de algo, e sim prever uma pena para uma conduta concreta, que cria o risco não permitido, gerando um resultado delitivo. Essa conduta e seu resultado, por sua vez, devem ser provados pela acusação. Esse último requisito é, aliás, o que nos separa dos tribunais eclesiásticos do século XII.

É que o sistema acusatório adotado no nosso Código de Processo Penal a partir da reforma trazida pela Lei 11.690/2008 determina, de forma clara e objetiva, que o ônus da prova caberá a quem alegar. Essa regra prevista no art. 156, somada à presunção de inocência insculpida no art. 5º, LVII, da CF, confere[ria] aos cidadãos a segurança de apenas ver sua “culpa” ou responsabilidade penal apurada se – conjunção subordinativa condicional obrigatória – demonstrada pela acusação.

Ou seja, conforme nos ensina Ferrajoli,<sup>(2)</sup> à acusação cumpre o dever de produzir hipóteses e provas, enquanto que à defesa resta o direito, não a obrigação, de refutá-las com contra-hipóteses e contraprovas. Dessa forma, incumbe à parte acusadora demonstrar, para além de qualquer dúvida, a existência do fato

**Abstract:** The present article addresses the recently submitted Anti-Crime Bill, which ignores basic penal principles and creates article 91-A, which allows assets to be seized whenever an individual is sentenced to more than six years of imprisonment and the total worth of their properties or goods is not compatible to their lawful income, assuming that whatever is beyond that amount has been obtained illegally or as a product of crimes.

**Keywords:** Asset forfeiture. Anti-Crime Bill. Burden of proof. Adversary system. *Ultima ratio*.

criminoso – materialidade – e autoria, bem como o elemento subjetivo de dolo ou culpa.<sup>(3)</sup>

Nesse sentido, embora encontre alguma resistência,<sup>(4)</sup> o entendimento majoritário da doutrina<sup>(5)</sup> é pelo *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor*, cabendo à defesa provar tão somente as “exceções” que alegar, como causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, jamais produzir provas negativas da não ocorrência, da não autoria ou ausência de intenção do delito. Ora, natural que a balança da produção de provas tenda a proteger o cidadão, visto que contra o acusado pende todo o aparato estatal, desequilibrando a relação entre as partes.

Curiosamente, o recém-apresentado projeto da chamada Lei Anticrime ignora todos esses pressupostos penais e processuais penais, impondo ao nosso Código Penal mais um dispositivo que reflete uma mentalidade de Direito Penal do inimigo. Sob o título de “Medidas para aprimorar o perdimento de produto de crime”, a proposta cria o artigo 91-A, que possibilita a perda de “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” para condenados por delitos de pena máxima superior a seis anos de reclusão.<sup>(6)</sup>

Logo em seu parágrafo primeiro, o novo artigo ressalva que a perda de tais bens está “condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa”. O trecho chama mais atenção não pelo que diz, mas

pelo que deixa de dizer. Dele se infere que a única exigência que se faz é que o agente seja um “condenado”. O que não significa, portanto, que seja absolutamente necessário que a acusação prove que os bens sejam produto de ilícito. Associa, portanto, a figura de um condenado à de um inimigo, cujos bens supõem-se ser fruto de ilícito.

Dito de outra forma, essa não é uma previsão legal para o perdimento de bens produto de crime. Afinal, isso já está previsto na Lei Penal, no art. 91, inciso II, alínea “b”. O que se tem aqui é uma presunção de ilegalidade dos bens daquele que comete determinados delitos a partir de uma suposta incompatibilidade entre rendimentos e patrimônio, ainda que o nexo causal entre a conduta delitativa e o resultado – patrimônio ilícito – não tenha sido provado. Se se move como um coelho, atiro. Se for um cachorro, paciência. Ele que prove não ser um coelho.

É fácil perceber que o artigo 91-A faz com que, na prática, o agente seja condenado duas vezes. A primeira, pela ação criminosa cometida. A segunda, por ter um patrimônio suspeito, que pode ou não estar ligado à primeira. E pior, para que a segunda condenação não ocorra, deverá o agente produzir prova da compatibilidade ou licitude de seu patrimônio, em completa inversão ao sistema processual brasileiro. Caso não o faça, poder-se-á dizer que tal condenação será automática. Assim, o resultado alcançado pelo novo dispositivo seria virtualmente o mesmo obtido com a criação do tipo penal do enriquecimento ilícito, no qual pouco importa que crime antecedente praticou ou deixou de praticar o acusado. O que importa é que seu patrimônio parece ilícito. Nesse caso, a “conduta” seria a existência de um patrimônio “suspeito” e a pena seria seu perdimento, a não ser que o próprio acusado consiga provar sua inocência. Não tão distante dos tribunais do século XII, aliás.

Em julgamento recente no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Edson Fachin repeliu a possibilidade de se presumir o enriquecimento ilícito. Muito embora o Recurso Ordinário 11.550<sup>(7)</sup> naturalmente tratasse de matéria eleitoral, seu desfecho nos faz refletir a respeito da hipótese aqui tratada. Afinal, se o Direito Administrativo e Direito Eleitoral não admitem tal tese, por que deveria assim fazê-lo a *ultima ratio* do sistema punitivo? Ou seja, se não se admite a presunção para o ramo com menor grau de certeza, natural que também não seja autorizado aplicá-la à área mais “exigente”.

Em que pese a presunção rechaçada pelo Min. Fachin tenha surgido da falta de provas, de modo que até se poderia questionar se, caso fosse relacionado ao art. 91-A, do CP, o julgamento teria tido o mesmo final, certo é que até que a alteração seja feita no art. 5º, LVII, da CF – e não no Código Penal – a presunção fundada na inversão do ônus da prova será inconstitucional. De qualquer forma, o que se verifica, seja pela falta de prova, seja pela presunção de inocência, é a impossibilidade de se presumir o enriquecimento ilícito, transferindo ao acusado a carga probatória negativa.

Ademais, quanto ao bem jurídico, não há sinais de que o novo artigo com ele se preocupe. É óbvio que a mera existência de patrimônio incompatível com a renda não lesa coisa alguma, justamente porque não fica clara qual seria a ação lesiva praticada. Aquela pela qual o agente é condenado? Outra que se supõe que ele praticou? O bem jurídico é o mesmo do crime antecedente? Ou se trata de uma lesão a bem jurídico diverso, assim como na situação de lavagem de dinheiro? Nenhuma dessas perguntas parece ter resposta definida, ou mesmo possível.

Em suma, a criação do art. 91 – A é, na melhor das hipóteses, de extrema redundância, tendo em vista o que já está previsto

no art. 91 do Código Penal. O perdimento dos bens produtos de ilícito tem previsão legal. Na pior das hipóteses, no entanto, a proposta da Lei Anticrime no que tange à destinação de bens é de uma gravidade tremenda. Não apenas fere o que há de mais básico na dogmática penal moderna e nos pressupostos processuais penais do nosso ordenamento, como representa o esvaziamento da própria norma, funcionando tão somente como comando de política criminal ao priorizar uma suposta eficiência no combate à criminalidade fantasma em detrimento de conceitos básicos da teoria do delito e do processo penal.

Entretanto, punir mais – e punir sem motivo concreto – não está associado a punir melhor. A ilusão de que aumentar a repressão estatal de forma draconiana serviria para coibir a criminalidade já se provou falha há mais de trezentos anos, conforme apontou **Beccaria**.

É um grande retrocesso flexibilizar garantias penais e constitucionais para atingir um objetivo quixotesco como o de produzir uma legislação “anticrime”. O endurecimento da lei a esse ponto não resultará em um ganho social, e sim em uma perda de legitimidade geral.

## Notas

- (1) ROXIN, Claus; CALLEGARI, André Luis (org.); GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. pp. 17-18.
- (2) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed. Madri: Trotta. p. 152.
- (3) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. p. 575.
- (4) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. p. 549.
- (5) TOURINHO FILHO, op. cit., p. 575; PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas. p. 355; NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. p. 116/117; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas. p. 258; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 344.
- (6) “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 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 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. § 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: 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 II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 3º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.» (NR)
- (7) TSE, Recurso Ordinário nº 11.550, rel. Min. Edson Fachin, j. 22.11.18.

**Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello**

Mestranda em Direito Penal pela USP.

Bacharela em Direito pela USP.

ORCID: 0000-0001-9545-1813

ludmila.bello@usp.br

**Luca Padovan Consiglio**

Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS.

Bacharel em Direito pela Universidade

Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

ORCID: 0000-0001-6090-1095

luca@dnfvadogados.com.br

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 03.06.2019

Versão final: 10.07.2019