

INTRODUÇÃO:

O direito de propriedade no Brasil é considerado direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, que protege o direito de propriedade, o direito do autor, o direito à propriedade industrial e de marca e garante o direito à herança. Todavia, não é um direito absoluto, já que a própria Constituição Federal estabelece que a propriedade deve cumprir sua função social.

Uma das razões de perda do direito de propriedade é a prática de crimes. A busca patrimonial no Brasil, porém, nesses casos, ainda é muito tímida, abrangendo hipóteses como o confisco clássico (artigos 125 e 144 do Código de Processo Penal, bem como artigo 91, *caput*, do Código Penal), o confisco por equivalência (artigo 91, parágrafos 1º e 2º do Código Penal) e o confisco alargado (artigo 91-A do Código Penal), recém introduzido pela Lei Anticrime (Lei 13.964, de 23 de dezembro de 2019).

Um traço em comum em todos os tipos de confisco no Brasil é que dependem de uma sentença penal condenatória. Não há, contudo, previsão da chamada “ação civil de extinção de domínio” em nosso país, instituto previsto nas Convenções de Viena, de Mérida e de Palermo, bem como em países como Colômbia, Itália e Reino Unido. Trata-se de uma espécie de ação civil dirigida contra a propriedade em si, sem discussão sobre a responsabilidade civil ou penal de seu proprietário, sendo um trâmite *in rem*. É sobre esse tema que trata o presente trabalho.

Na Seção 1, será analisada a persecução patrimonial no Brasil, com a previsão do confisco clássico, do confisco por equivalência e do confisco alargado. Na Seção 2, cuidar-se-á da ação de extinção de domínio nas Convenções Internacionais de Mérida e Palermo, seguida da avaliação do instituto em outros países, para, enfim, analisar a necessidade de introdução legislativa da ação no Brasil. Em seguida, o capítulo conclusivo.

1. A PERSECUÇÃO PATRIMONIAL CRIMINAL NO BRASIL

1.1 Organizações criminosas e lavagem de dinheiro

A dinâmica das organizações criminosas modernas se opera a partir de uma ampla movimentação financeira que não só se destina a retroalimentar o empreendimento infracional, como também se dedica a enriquecer seus integrantes e constitui clara ofensa aos princípios que regem a livre concorrência.

As diversas tipologias de branqueamento de ativos decorrentes do crime organizado e de colarinho branco, sendo introduzidos em ambiente concorrencial relevante, tem o efeito deletério de romper a competitividade isonômica exigida pelo livre mercado. Impossível garantir liberdade econômica em sítio concorrencial no qual ativos de ilícitos criminosos são injetados. A busca por lucro fácil, aliado à ausência de risco de punição eficiente, serve como terreno fértil para constituição e ampliação das organizações criminosas. O sopesamento dos riscos no empreendimento infracional com os lucros é essencial para fundamentar a opção criminosa. Evidentemente que quanto menor o risco de punição e maior prognóstico de lucro mais intenso é o estímulo à prática delituosa.

A política moderna de combate ao crime, com base em estudos criminológicos, recomenda a adoção de modelos e ferramentas preventivas a partir de instrumentos inibidores da prática delituosa, seja numa perspectiva de garantia de bem-estar socioeconômico à população, seja pela certeza, proporcionalidade e celeridade da punição do mal causado promovida pela justiça criminal.

Nos crimes de colarinho branco e organizações criminosas a ameaça ou mesmo a execução de penas privativas de liberdade, *tout court*, não são suficientes para punir, inibir ou desestimular seu cometimento. Na realidade, a experiência vem revelando que a prisão de integrantes das grandes organizações criminosas não tem sido suficiente para neutralizar suas atividades, nem mesmo o seu crescimento, especialmente e principalmente em face da fungibilidade de seus membros e pela ausência em nosso sistema de ferramentas capazes de enfrentar o aspecto financeiro dessas corporações.

Está cada vez mais evidente que o combate ao crime organizado e demais crimes de colarinho branco depende essencialmente do enfrentamento de seu espectro financeiro. De fato, ao longo do tempo a política criminal brasileira deixou em segundo plano o cariz financeiro-patrimonial do fenômeno criminológico, focando exclusivamente na perspectiva do encarceramento do criminoso.

Não é por acaso que nos últimos anos pulularam organizações e facções criminosas em todos os rincões do país, revelando as estatísticas um crescimento exponencial do encarceramento, muito embora a criminalidade se apresente cada vez mais organizada, forte e onipresente. Portanto, a desestabilização do crime organizado e dos delitos de colarinho branco vai muito além da ameaça ou concreção de penas privativas de liberdade, sendo necessária a implementação de medidas efetivas de sequestro, congelamento e recuperação dos ativos auferidos a partir da prática delituosa.

1.2 Espécies de Confisco

A persecução patrimonial no Brasil ainda é muito tímida. Somente a partir da Resolução número 181/2017 do CNMP passou a ser regulamentado um procedimento específico no âmbito do Ministério Público para apurar a repercussão patrimonial do delito. É bem verdade que o Código de Processo Penal prevê medidas cautelares reais como sequestro, arresto e hipoteca legal, nos artigos 125 e 144 do CPP, para assegurar: a) à vítima, futura reparação do dano causado pelo crime; b) o pagamento de eventual multa e custas processuais; c) a perda do produto do crime; d) a perda dos instrumentos para sua prática; e) ou ainda a perda de qualquer bem e valor que constitua proveito auferido pelo agente com a sua consumação.

O Código Penal Brasileiro, com a reforma da parte geral de 1984 e alteração pela lei 12.694/2012, prevê em seu artigo 91 os seguintes instrumentos de tutela de recuperação de ativos decorrentes da prática do crime, como consequência da sentença penal condenatória:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

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

I - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 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.

Assim, o efeito patrimonial da sentença penal condenatória decorrente do crime visa garantir: a) a reparação do dano à vítima¹; b) a perda dos instrumentos do crime cujo uso em si constitua um fato ilícito; c) perda do produto do crime ou valor auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. É o denominado “confisco clássico”.

Por sua vez, a Lei 12.694/2012, que alterou prioritariamente o sistema de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), incluindo o § 1º, do art. 91, do CP, abriu a possibilidade de o magistrado decretar a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime desde que tais ativos não tenham sido encontrados ou se localizem fora do país. Trata-se do “confisco por equivalência”.

¹A Lei 11.719/2008, de forma coerente com artigo 91, I do Código Penal, ao alterar a redação do art. 387, do CPP, impôs competir ao juiz na sentença penal condenatória o dever de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima.

É importante ainda destacar o Capítulo IV, da Lei 11.343/2006 que dispõe² sobre apreensão, arrecadação, e destinação de bens de acusados de tráfico de entorpecente, admitindo, inclusive, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e desde que comprovado o interesse público, a utilização pelos órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes de tráfico.

Destaca-se ainda a relevante disposição da Lei 12.694/2012, que alterou a Lei 9.613/98, a qual prevê, para além de aprimorar as medidas constritivas cautelares do Código de Processo Penal, a possibilidade de alienação antecipada de bens ou produtos dos crimes de lavagem e dos correspondentes delitos antecedentes³, ainda que titularizados em nome de interpostas pessoas, bem como a instituição da figura do administrador de bens responsável pela gestão do patrimônio⁴ constrito.

1.3 Confisco Alargado

A Lei 13.694/2019⁵, denominada “Lei Anticrime”, inaugurou no país o chamado “confisco alargado”, incluindo o art. 91-A no Código penal, com a seguinte redação:

²Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: (Redação dada pela Lei nº 13.840, de 2019)

I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019)

II – O levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62.

³Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

⁴Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.

⁵ GAFI (Grupo de Ação Financeira Intrenacional de combate a lavagem e terrorismo – FATF- Financial Task force.

1990- e 20 recomendações.

Recomendação 3 -. Os países deveriam adotar medidas similares às previstas nas Convenções de Viena e de Palermo, inclusive medidas legislativas, a fim de que as autoridades competentes estejam em condições de declarar perdidos os bens branqueados, os produtos derivados do branqueamento de capitais ou das infrações subjacentes, bem como os instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados na prática destes crimes, ou bens de valor equivalente, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé. 3 Ver no Glossário a definição de “categorias de infrações designadas”. 3 Tais medidas deveriam permitir: (a) identificar, localizar e avaliar os bens sujeitos a perda; (b) adotar medidas provisórias, tais como o congelamento e a apreensão, a fim de obstar a qualquer transacção, transferência ou cessão dos referidos bens; (c) adotar medidas para prevenir ou evitar actos que prejudiquem a capacidade do Estado para recuperar bens sujeitos a perda; e (d) tomar todas e

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.

O confisco alargado passa a ser, então, um efeito da sentença penal condenatória, não automático, consistente na decretação expressa de perda em favor da União ou do Estado, a depender da competência jurisdicional, de bens que se mostrem incompatíveis com rendimento lícito de autor de crime, cuja pena máxima hipoteticamente prevista seja superior a 6 (seis) anos de reclusão.

O objetivo da norma é ampliar as hipóteses de perdimento de bens, em favor da União ou do Estado, para abarcar patrimônio de autor de crimes de grave repercussão econômica cujo patrimônio edificado se revele provadamente incoerente com seus rendimentos lícitos. A busca por tornar o envolvimento com o crime desinteressante, inibindo sua prática ou reiteração, é o alvo primordial do novo instituto, atingindo o patrimônio daquele incapaz de revelar sua origem ou constituição lícita, contra si pendendo condenação por crime cuja pena seja superior a seis anos de reclusão.

São requisitos para decretação do confisco alargado na sentença penal condenatória com trânsito em julgado: a) que o réu tenha praticado crime cuja pena máxima prevista hipoteticamente seja superior a 6 (seis) anos de reclusão; b) que haja prova acima de dúvida razoável de incompatibilidade do patrimônio do autor do fato ou organização criminosa, ainda que por interposta pessoa, com seus rendimentos lícitos; c) que haja pedido expresso do ministério público por ocasião do oferecimento da denúncia, nela demonstrando a incompatibilidade entre os rendimentos lícitos e o patrimônio identificado do autor do fato.

Diversa da proposta prevista nas denominadas “Dez medidas de combate à corrupção”⁶, que previa um rol taxativo de tipos penais cuja prática ensejaria o confisco alargado, a

quaisquer medidas de investigação apropriadas. Os países poderão considerar a adoção de medidas que permitam a perda de tais produtos ou instrumentos, sem que seja exigida uma condenação criminal prévia, ou medidas que exijam que o presumível autor do crime demonstre a origem legítima dos bens eventualmente sujeitos a perda, sempre que estejam em conformidade com os princípios vigentes no seu direito interno.

⁶ Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da 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: I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006; II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo; III – tráfico de influência; IV – corrupção ativa e passiva; V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; VI – peculato, em suas modalidades dolosas; VII – inserção de dados falsos em sistema de informações; VIII – concussão; IX – excesso de exação qualificado pela apropriação; X – facilitação de contrabando ou descaminho; XI – enriquecimento

Lei 13.694/2019 considerou como suficiente o cometimento de crime com pena máxima de reclusão superior a 6 (seis) anos. Assim, ainda que a pena em concreto aplicada seja inferior ou igual a 6 (seis) anos, desde que o tipo criminal, com suas qualificadoras e causas de aumento, preveja pena superior, é possível decretar o confisco alargado. Irrelevante, portanto, para esse efeito, a pena em concreto imposta.

Por outro lado, deve ser levada em consideração a exasperação penal (em crime continuado ou concurso formal próprio) ou a soma das penas previstas hipoteticamente (concurso material), nos casos de concursos de crime, ainda que a dosimetria a pena em concreto não supere os seis anos. Como se trata de norma penal, sua interpretação deve ser restritiva, razão pela qual se a soma em tese dos tipos penais superar seis anos somente porque algum dos crimes preveja pena de detenção, não será possível a aplicação do instituto. É fundamental, portanto, que a soma ou exasperação superior a 06 (seis) anos deva decorrer exclusivamente de tipos penais com pena hipotética de reclusão. Evidente que, se só com os tipos penais punidos com reclusão já houver a superação, em tese, da pena de seis anos, eventual crime punido com detenção conexo não impedirá esse efeito específico da condenação.

Em suma, para o decreto do confisco alargado como efeito da sentença penal condenatória é essencial que o fato criminoso preveja, hipoteticamente, pena de reclusão superior a 6 (seis) anos, devendo ser levado em consideração as qualificadoras, as causas de aumento e eventuais concursos de crime.

Trata-se, pois, de medida penal com eficácia cível da sentença penal condenatória destinada a decretar a perda em favor da União ou do Estado, a depender da competência jurisdicional, de patrimônio incompatível com atividades lícitas de acusados por crime cuja pena máxima, em tese, seja superior a 06 (seis) anos de reclusão. A medida de persecução patrimonial vai ao encontro da necessidade de desarticular as organizações criminosas ou mesmo de criminosos de colarinho branco a partir da neutralização do patrimônio auferido que se demonstre incompatível com atividades lícitas provadas pelos seus integrantes.

2. A AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO

2.1 *Actio in rem*

ilícito; XII – lavagem de dinheiro; XIII – associação criminosa; XIV – organização criminosa; XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência; XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

As espécies de confisco mencionadas acima (confisco clássico, confisco por equivalência e confisco alargado) incluem-se nas duas primeiras gerações de confisco conhecidas: perda de instrumentos e bens vinculados ao crime e a perda por meio da presunção da origem ilícita dos bens⁷, sempre dependentes do processo penal e da sentença penal condenatória. Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro a previsão da terceira geração de persecução patrimonial: a ação civil de extinção de domínio, caracterizada por ser uma *actio in rem*, isto é, vinculada ao bem em si, sem qualquer discussão sobre a responsabilidade civil ou criminal do seu proprietário. O rito é civil, dispensando sentença condenatória e mesmo o processo penal.

Segundo João Marco Gomes de Rezende,

A ação civil de extinção de domínio consiste em uma *actio in rem*, ou seja, em um procedimento instaurado contra determinado bem sobre o qual recai a suspeita de ter origem ilícita. Desse modo, a instrução probatória é realizada tão somente para se verificar se o bem é de origem ilícita ou não, não havendo qualquer espaço para o juízo de culpabilidade. Caso o detentor do bem questionado não comprove sua origem ilícita, aplica-se o confisco independentemente da aplicação de qualquer sanção penal.⁸

A razão de ser do instituto, já adotado em inúmeros outros países democráticos, se dá para abarcar os casos em que o Estado não dispõe mais de mecanismos penais de persecução de bens, como bem dispôs a Transparência Internacional, em trabalho em parceria com a FGV – Fundação Getúlio Vargas, no item 66 de suas 70 (Setenta) Novas Medidas de Combate à Corrupção:

São muitos os casos em que as infrações não podem ser investigadas ou punidas - prescrição, morte do autor, fuga, impossibilidade jurídica ou material para obtenção de provas suficientes, - criando uma lacuna legislativa que possibilita a fruição, pelo próprio autor ou terceiro, de patrimônio oriundo de atividades ilícitas. Ou seja, nos casos em que a persecução criminal se afigura impossível, depende-se da ação civil de extinção de domínio para evitar a contaminação da economia formal e a retroalimentação de atividades ilícitas.⁹

⁷ VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco Alargado de bens: Análise de Direito Comparado**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. Págs. 33-42.

⁸ REZENDE, João Marco Gomes de. **A ação Civil de Extinção de Domínio no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, DF, 2018. https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21712/1/2018_JoaoMarcoGomesDeRezende_tcc.pdf Acesso em 01/09/2021.

⁹ Após a não aprovação, no Congresso Nacional, das Dez Medidas de Combate à Corrupção, Transparência Internacional e Fundação Getúlio Vargas, com a contribuição de especialistas de várias áreas, criaram novas Setenta Medidas, intituladas “Novas Medidas de Combate à Corrupção”, e no item 66 consta a necessidade de previsão legislativa da Ação Civil de Extinção de Domínio para o fortalecimento da agenda brasileira anticorrupção. https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/transparencia_internacional_medidas_contra_corrupcao.pdf Acesso em 01/09/2021

De acordo com a Nota Técnica n. 02/2019 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a ação de extinção de domínio

representa inovação não apenas elogiável, mas extremamente necessária à complementação do ordenamento jurídico nacional. E tal se dá porque nos moldes em que concebida, constituirá instrumento capaz de atingir as organizações criminosas de forma mais rápida e eficaz, pois, por um lado, ao desconstituir seus direitos sobre produto ou proveito de atividade ilícita, as impede de usufruir das vantagens econômicas provenientes de seus atos; por outro, age de maneira dissociada do rigoroso e inevitavelmente mais lento processo penal.¹⁰

Como bem pontua João Marco Gomes de Rezende, a adoção da ação civil de extinção de domínio representa um avanço no enfrentamento ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao crime organizado, à corrupção e à lavagem de capitais, *“pois se trata de uma medida eficaz tanto para intimidar os criminosos quanto para neutralizá-los.”*¹¹ Segundo o mesmo autor:

a ação civil de extinção de domínio encaixa-se perfeitamente em um dos conceitos mais aceitos da “nova prevenção”, que é o de Phillippe Robert, no sentido de que a “nova prevenção” envolve a ação dirigida a reduzir a frequência de determinados comportamentos, criminalizados ou não pela lei penal, recorrendo a soluções diversas da sanção penal.¹²

Assim, a persecução penal de bens desassociada de um processo penal com sentença condenatória atenderia a casos de visível impossibilidade de punição, mas fortes indícios de origem criminosa dos bens, como em casos de prescrição, morte do agente ou fuga. Abre-se um procedimento de natureza cível para que, respeitado o devido processo legal, os proprietários do bem comprovem sua origem lícita. Em não o fazendo, o bem é destinado à União ou Estado, conforme a competência.

Esta é a Recomendação da Transparência Internacional e da Fundação Getúlio Vargas, como já dito, a fim de que se fortaleçam os mecanismos internos de enfrentamento à corrupção e ao branqueamento de capitais. Busca-se, primordialmente, eliminar incentivos à prática delituosa, bem como evitar que os recursos obtidos adentrem no mercado, suprimindo as lacunas em

¹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. **Nota Técnica n. 02/2019**. <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/notas-tecnicas/notas-tecnicas-1/nota-tecnica-002-2acrr-pl-10-373-2018-acp-perdimento-de-bens-atualizada-e-assinada> Acesso em 02/09/2021.

¹¹ REZENDE, João Marco Gomes de. *Op. Cit.* Acesso em 01/09/2021.

¹² REZENDE, João Marco Gomes de. *Op. Cit.* Acesso em 01/09/2021.

que o processo penal clássico não consegue tocar o proveito, direto ou indireto, da infração penal ou de atividades ilícitas.

2.2 Convenções Internacionais

O Brasil está em mora legislativa quanto ao tema. Isso porque é signatário das três Convenções Internacionais que preveem a inversão do ônus da prova acerca da licitude do bem com relação aos procedimentos confiscatórios: Convenção de Viena, de 1988 (Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), Convenção de Palermo, de 2000 (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado) e Convenção de Mérida, de 2003 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção).

A corrupção e a criminalidade organizada são fenômenos mundiais em ascensão e, com esse reconhecimento, as Nações Unidas decidiram estimular mecanismos capazes de combatê-las. Então, a Assembleia Geral das Nações Unidas, que já tinha aprovado em 1988 a Convenção de Viena, sobre tráfico de drogas (entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto 154, de 26 de junho de 1991), aprovou a Convenção de Palermo contra o crime organizado, e em 15 de novembro de 2000 foi disponibilizada aos países para sua assinatura. Entrou em vigor em 29 de setembro de 2003 e foi introduzida no Brasil através do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

Um mês depois da entrada em vigor da Convenção de Palermo, em 31 de outubro de 2003, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção de Mérida, que entrou em vigor em 14 de dezembro de 2005 e foi introduzida no Brasil através do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Todas as Convenções orientam que seus Estados Partes devem considerar inverter o ônus da prova em relação à origem lícita de bens supostamente vinculados a condutas criminosas. Com efeito, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 7º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas:

Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

No mesmo sentido dispõe o artigo 12, parágrafo 7º da Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transacional:

Artigo 12

7 - Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

Disposição similar consta do artigo 31, parágrafo 8º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção:

Artigo 31

8 - Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinqüente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.

Além disso, a mesma Convenção avançou no sentido de expressamente prever o *Non-conviction Based Confiscation (NCB)*, isto é, a perda de bens não baseada em uma condenação criminal, conforme artigo 54, parágrafo primeiro, “c”, quando dispõe que cada Estado-Parte:

Artigo 54

c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados.

Como se sabe, a ratificação implica o compromisso de cada país e tomar as medidas legislativas e administrativas necessárias para pôr em prática os termos das Convenções, além de comprovar que sua legislação se acomoda no texto do documento internacional.¹³ O Brasil,

¹³ “La ratificación implica el compromiso de cada país de tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para poner en práctica la Convención, además del apoyo oficial a la misma. Además, los Estados Parte deberán comprobar que su legislación se acomoda a lo establecido en la Convención y, en su caso, dictar nuevas leyes o cambiar las existentes, crear los cuerpos previstos en la Convención y dotarlos de los medios necesarios para que cumplan sus funciones.” ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. Documento de Investigación DI nº 656 Octubre, 2006. IESE Business School. Universidad de Navarra. Disponible en <https://media.iese.edu/research/pdfs/DI-0656.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2021.

então, precisa implementar as Convenções internamente. A legislação existente é insuficiente para o enfrentamento das organizações criminosas e da corrupção, no aspecto específico de persecução patrimonial do proveito do ilícito, e não regulamenta a ação civil de extinção de domínio da forma como sugerida pelas Convenções.

De fato, conforme a Nota Técnica n. 02/2019 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal,

A criação desse instrumento civil de perdimento de bens, longe de mera discricionariedade, faz parte dos compromissos assumidos pelo Brasil, quando se obrigou a participar da cooperação internacional para inibir o crescimento do capital ilícito. Isso se deu com a adesão às Convenções de Palermo (...) e de Mérida (...).

As Convenções foram uma reação transnacional ao reconhecido crescimento

do fluxo internacional de ativos irregulares, à constatação de que, diante da gama de estratégias de ocultação, não raro, logra-se êxito na camuflagem do capital ilícito no grande volume de operações que integram as economias nacionais e o mercado financeiro global. Partindo-se dessa preocupação, foram emitidas diversas recomendações aos estados participantes, com destaque para a criação de um mecanismo civil de perdimento de bens direta ou indiretamente resultantes de atividade.

É certo que algumas propostas legislativas tramitaram no Congresso sobre o tema, sem, contudo, terem sido aprovadas. É o caso do Projeto de Lei n. 246/2015, de autoria do Deputado Pompeo de Mattos; Projeto de Lei n. 5.681/2013, de autoria do Deputado Vieira da Cunha; Projeto de Lei n. 355/2015, do Deputado Major Olímpio Gomes; Projeto de Lei n. 856/2015, de iniciativa do Poder Executivo; Projeto de Lei 10.373, de 2019, do Deputado José Rocha e outros, além do Projeto de Lei de Iniciativa Popular n. 4.850/2016, decorrente da proposta das “Dez Medidas de Combate à Corrupção”. Este projeto, especificamente, previa a ação de extinção de domínio na forma como prevista na Ação n. 16 da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro). Como se sabe, porém, o Plenário da Câmara dos Deputados não aprovou essa medida.

Desse modo, a mora legislativa do Congresso Brasileiro persiste.

2.3 Direito Comparado

Várias democracias já preveem em seus ordenamentos jurídicos a ação civil de extinção de domínio, como Estados Unidos da América (*Civil Forfeiture*), Itália (*Confisca di*

Prevenzione), Reino Unido (*Civil Recovery*), República da Irlanda (*Civil Forfeiture*), e Colômbia (*Acción de extinción de dominio*), dentre outros.¹⁴

Como bem aponta a Nota Técnica n. 02/2019 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal,

O direito comparado é rico em experiências plenamente vigentes de legislação de perdimento de ativos de origem ilícita fora ou além do processo penal. A multiplicação de instrumentos civis de extinção de domínio tem ocorrido tanto em adeptos da Common Law, como da Civil Law. Nos primeiros, o mecanismo surge como uma ação que recai diretamente sobre a coisa, como ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra.¹⁵

Desse modo, a ação civil de extinção de domínio é prevista em diferentes países, consistindo em instrumento que cumpre a previsão das Convenções Internacionais e possuem, em comum, a natureza autônoma e independente de um processo penal, com procedimento *in rem*, cujo confisco de bens é decretado nos casos em que a origem lícita do patrimônio não foi comprovada. A constitucionalidade da ação civil de extinção de domínio foi confirmada pelas Supremas Cortes de todos os países citados¹⁶, de maneira que o Direito Comparado se revela como mais um fundamento para a adoção legislativa do instituto no Brasil.

2.4. Procedimento

No que diz respeito a como seria o rito da ação civil de extinção de domínio, o legislador brasileiro tanto pode aproveitar a proposta da Transparência Internacional¹⁷ como utilizar-se dos modelos dos países que adotam o instituto. A proposta 66 das Novas Medidas de Combate à Corrupção da Transparência Internacional e Fundação Getúlio Vargas “*prevê a ação de extinção de domínio como instrumento para decretar e ver cumprida a perda dos direitos de propriedade e de posse sobre bens, direitos e valores que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de infração penal ou outras atividades ilícitas*”¹⁸ e estabelece um rol taxativo de crimes em relação aos quais a ação seria aplicável.

¹⁴ REZENDE, João Marco Gomes de. *Op. Cit.* Acesso em 01/09/2021.

¹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. **Nota Técnica n. 02/2019.** <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/notas-tecnicas/notas-tecnicas-1/nota-tecnica-002-2accr-pl-10-373-2018-acp-perdimento-de-bens-atualizada-e-assinada> Acesso em 02/09/2021.

¹⁶ REZENDE, João Marco Gomes de. *Op. Cit.* Acesso em 01/09/2021.

¹⁷ https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/transparencia_internacional_medidas_contra_corrupcao.pdf Acesso em 01/09/2021.

¹⁸ https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/transparencia_internacional_medidas_contra_corrupcao.pdf Acesso em 01/09/2021.

A proposta é clara no sentido de que “a decretação da extinção de domínio não depende da aferição de culpa pela conduta ilícita ou de processo e julgamento das infrações penais relativas, mas ficará prejudicada em caso de sentença penal absolutória com trânsito em julgado.”¹⁹ A proposta ainda permite a concessão de tutelas de urgência, bem como a alienação antecipada dos bens para evitar a sua deterioração ou desvalorização. Dispõe que os legitimados ativos seriam União, Estados ou Distrito Federal, a quem os direitos de propriedade seriam transferidos a depender da competência.

O Projeto de Lei 10.373, de 2019, da Câmara dos Deputados, que previa a ação civil de perdimento de bens e encontra-se arquivado, trazia disposições similares à proposta da Transparência Internacional. Debruçando-se sobre o referido projeto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que trata da matéria criminal, chegou a elaborar a Nota Técnica n. 02/2019²⁰, com sugestão de que a legitimidade para a propositura da ação fosse também do Ministério Público, e não apenas das Procuradorias dos entes federados interessados, diante do interesse público envolvido. Além disso, a Nota Técnica criticava a escolha de elencar rol taxativo de crimes, diante da inevitável possibilidade de omissão da previsão de crimes relevantes, sugerindo a alteração do projeto no afã de que o critério passasse a ser uma cláusula geral de gravidade, como pena superior a 04 (quatro) anos, por exemplo, somada à previsão de que o crime seja apto a gerar vantagem econômica de qualquer natureza.

A alteração sugerida se deu com base na 40 (quarenta) Recomendações do GAFI, de 2004, que já tratava que a enunciação de crimes havia se mostrado técnica legislativa inadequada, sugerindo que os Estados não utilizassem mais rol taxativo para crimes de lavagem de capitais. De fato, a sociedade e suas práticas evoluem de forma muito rápida, especialmente nesse momento de pós-modernidade com inúmeros avanços tecnológicos, de maneira que a restrição de tipos penais pode não acompanhar a velocidade dos fatos sociais.

Uma boa inspiração ao legislador brasileiro poderia ser a *Acción de extinción de dominio* da nossa vizinha Colômbia, país latino-americano com raízes no *Civil Law*, que enfrenta há muitos anos a problemática do tráfico de drogas em seu território. De acordo com sua Lei 793, de 27 de dezembro de 2002, há a previsão da ação de extinção de domínio, de natureza não-penal, por meio da qual:

se alcança o confisco de bens em decorrência de situações específicas, tais como o aumento patrimonial injustificado e a existência de: 1) bem

¹⁹ https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/transparencia_internacional_medidas_contra_corrupcao.pdf Acesso em 01/09/2021.

²⁰ <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/notas-tecnicas/notas-tecnicas-1/nota-tecnica-002-2accr-pl-10-373-2018-acp-perdimento-de-bens-atualizada-e-assinada> Acesso em 02/09/2021.

relacionados direta ou indiretamente de uma atividade ilícita; b) bens afetados no bojo de um processo penal, sem discussão quanto à origem, utilização ou destinação ou sem qualquer decisão definitiva; 3) bens lícitos usados para mesclar bens de origem ilícita.²¹

Com a adoção da proposta da Transparência Internacional ou do modelo colombiano, o Brasil estará respeitando as Convenções Internacionais que ratificou, garantindo o direito ao devido processo legal, eis que a perda da propriedade dar-se-á por meio de processo com *standard probatório* cível, que não se confunde com o rígido padrão de prova para a decretação de sanção penal, ao tempo em que dissuadirá o enriquecimento ilícito e a prática dos crimes de tráfico de drogas, corrupção e os delitos praticados por organizações criminosas.

CONCLUSÕES:

O presente trabalho realizou uma análise sobre a adoção da ação civil de extinção de domínio no Brasil, prevista em Convenções Internacionais firmadas pelo país, que estimulam que os países considerem a possibilidade de inversão do ônus da prova em procedimentos de confisco, para que o proprietário prove a origem lícita do bem que figure como presumidamente produto de crime, de forma autônoma e independente do processo penal.

Num primeiro momento, realizou-se uma retomada acerca das espécies de confisco previstas no Código Penal, isto é, o confisco clássico, o confisco por equiparação e, por fim, o confisco alargado, introduzido recentemente no ordenamento jurídico em virtude da Lei Anticrime.

Analizou-se, ainda, a adesão do Brasil às Convenções de Viena, Palermo e Mérida e a necessidade de previsão legislativa interna de normas que atendessem às recomendações dos referidos documentos internacionais, especialmente com relação à previsão de confisco voltado contra o bem em si (*actio in rem*), sem discussão sobre responsabilidade penal, dispensando-se, assim, a existência de sentença penal condenatória, em procedimento de natureza cível.

Em seguida, explanou-se sobre a previsão do instituto da ação civil de extinção de domínio em outros países, cuja constitucionalidade reconhecida por suas Cortes Supremas, a reforçar a plena possibilidade de que o Poder Legislativo brasileiro insira tal previsão no ordenamento jurídico pátrio, como forma de impedir de o produto de atividades ilícitas sejam usufruídos e lavados, eliminando incentivos à prática de crimes e, finalmente, evitando que os recursos adentrem na

²¹ REZENDE, João Marco Gomes de. *Op. Cit.* Acesso em 01/09/2021.

economia formal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARGANDOÑA, Antonio. **La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales**. Documento de Investigación DI nº 656 Octubre, 2006. IESE Business School. Universidad de Navarra. Disponible en <https://media.iese.edu/research/pdfs/DI-0656.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2021.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei, *A lógica das provas sem matéria criminal*, Servanda Editora. 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. **Nota Técnica n. 02/2019**. <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/notas-tecnicas/notas-tecnicas-1/nota-tecnica-002-2accr-pl-10-373-2018-acp-perdimento-de-bens-atualizada-e-assinada> Acesso em 02/09/2021.

Nucci, Guilherme de Souza, *Provas no Processo Penal*, 4ª edição, 2016, Rio de Janeiro, Editora Forense.

REZENDE, João Marco Gomes de. **A ação Civil de Extinção de Domínio no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, DF, 2018. https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21712/1/2018_JoaoMarcoGomesDeRezende_tcc.pdf Acesso em 01/09/2021.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia. Teoria e Prática**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL NO BRASIL; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **As Novas Medidas de Combate à Corrupção**. https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/transparencia_internacional_medidas_contr_a_corrupcao.pdf Acesso em 01/09/2021.

Sutherland, Edwin H, in “Crime de Colarinho Branco”, traduzido por Clécio Lemos, versão sem cortes”, 2020, Editora Revan.

VIEIRA, Roberto D’Oliveira. **Confisco Alargado de bens: Análise de Direito Comparado**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.