
Confisco alargado e ação civil de extinção de domínio: avaliação de impacto legislativo de duas propostas de combate à corrupção

João Trindade Cavalcante Filho

Consultor Legislativo do Senado Federal (Núcleo de Direito, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo). Professor de Direito Constitucional em cursos de Graduação e Pós-Graduação. Mestrado em Direito Constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público). Especialista em Direito Constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público).

Juliana Magalhães Fernandes Oliveira

Consultora Legislativa do Senado Federal (Núcleo de Direito, área de Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário). Especialista em Direito Processual Penal. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub.

Resumo: Dentre as “10 Medidas contra a Corrupção” apresentadas pelo MPF, destacam-se duas que têm foco nos efeitos patrimoniais dos crimes: o confisco alargado e a ação civil de extinção de domínio. Defendemos, assim como o MPF, que o Direito Penal deve preocupar-se com os tipos de criminalidade da complexa sociedade moderna, merecendo atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais. Nossa análise sustenta, todavia, os riscos de declaração de inconstitucionalidade das medidas. No confisco alargado, impõe-se, de forma quase aritmética, a perda da diferença entre o patrimônio total do agente e aquele cuja origem possa ser demonstrada por fontes lícitas, o que pode ser interpretado como inversão do ônus da prova em sede penal e ofensa ao princípio da não culpabilidade. Noutro giro, defendemos que a perda civil de bens pode se mostrar uma alternativa juridicamente viável, uma vez tratar-se de ação de natureza civil, não tendo natureza punitiva, mas reparatória. Ainda sim, destacamos a necessidade de proteção do direito de terceiros de boa-fé para assegurar a constitucionalidade da medida.

Palavras-chave: Confisco de bens. Perda de bens. Corrupção – Brasil. Ação civil pública – Brasil. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1 Contextualização e visão geral dos dois institutos. 2 O “confisco alargado” e os riscos de declaração de inconstitucionalidade. 3 O “confisco civil”: a ação civil de extinção de domínio. 3.1 Efeitos favoráveis (benefícios). 3.2 Efeitos desfavoráveis (custos). 4 Comparação entre confisco alargado e extinção de domínio. 5 Conclusões. Referências.

Introdução

Dentre as várias propostas de combate à corrupção que constam das chamadas “10 Medidas contra a Corrupção”, apresentadas pelo Ministério Público Federal (MPF), destacam-se duas delas, que têm foco específico nos efeitos patrimoniais dos atos dos comportamentos desviantes. Trata-se das proposições para que se institua, no Brasil, tanto o “confisco alargado” de bens quanto a chamada “ação civil de extinção de domínio”.

A segunda dessas propostas foi também encampada pelo Poder Executivo, dando origem à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 10, de 2015, e ao Projeto de Lei (PL) nº 856, de 2015, ambos de autoria da então Presidente da República e em tramitação na Câmara dos Deputados. O texto sugerido pelo MPF, que não altera a Constituição Federal (CF), mas apenas a legislação infraconstitucional, tem muitas semelhanças com a proposta do Executivo e também tramita na Câmara dos Deputados sob a forma do PL nº 4.850, de 2016 (de autoria do Deputado Mendes Thame).

As duas medidas encontram defensores, segundo os quais sua implementação significará um golpe mortal no principal braço que sustenta as organizações criminosas voltadas à prática

de atos de corrupção, qual seja, suas finanças e patrimônio. Há, porém, sérios questionamentos quanto à constitucionalidade dessas alterações legislativas, além de ser apontada a necessidade de uma avaliação prévia dos impactos (legislativo, jurídico e econômico) que sua adoção acarretará.

Tendo em vista a complexidade das propostas e a necessidade de recurso ao direito comparado, este estudo intenta realizar justamente uma avaliação de impacto legislativo das medidas. Essa avaliação de impacto legislativo é proceder ainda pouco comum no Brasil, mas já é uma realidade em diversos outros países (MORAIS, 2010; PAGANO, 2004), estudada no âmbito da chamada Legística: “Tal disciplina ocupa-se de como fazer as leis, de forma metódica e sistemática, tendo por objetivo aprimorar a qualidade desses atos normativos” (MENEGUIN, 2010, p. 7).

Dessa forma, sem necessariamente ser feito um juízo de valor sobre o mérito das proposições, busca-se apontar os efeitos positivos por elas gerados (benefícios), além dos possíveis efeitos negativos (custos, em sentido amplo, abrangendo, portanto, não apenas custos financeiros, mas também jurídicos e sociais) a elas associados. A finalidade dessa análise, portanto, é subsidiar a tomada de decisão legislativa, ao permitir um sopesamento entre custos e benefícios do confisco alargado e da ação civil de extinção de domínio, até mesmo para que se possa verificar o atendimento ao princípio constitucional da proporcionalidade das restrições a direitos fundamentais.

1 Contextualização e visão geral dos dois institutos

O Direito Penal deve se preocupar com os novos tipos de criminalidade decorrentes da complexa sociedade moderna. Atualmente, devem ganhar a atenção do legislador os crimes que atingem bens jurídicos transindividuais, pois o sujeito passivo é a coletividade, cuja proteção revela-se indispensável para a garantia das gerações futuras¹.

O Direito Penal deve ser modernizado e preparado para esta nova realidade, não apenas quanto à eleição do bem jurídico protegido, mas também quanto às penas impostas, já que apenas a pena de prisão se revela insuficiente e inadequada em determinados casos (CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 203).

Neste ponto, portanto, é meritória a iniciativa do MPF em buscar focar a atenção do legislador para as consequências financeiras dos crimes contra a Administração Pública.

¹ Os crimes que lesam bens transindividuais vêm sendo objeto de estudo da criminologia ao menos desde os estudos de Edwin Sutherland, *White Collar Criminality*, in *American Sociological Review* (1939). Veras (2010, p. 26) destaca que: “O prejuízo causado pelos *white collar crimes* à sociedade como um todo era provavelmente bem maior do que os prejuízos da espécie de criminalidade tradicionalmente considerada um problema social. Uma única quebra de banco, por exemplo, poderia gerar prejuízos superiores a todo o valor subtraído em furtos no país durante o ano inteiro. Ou seja, os *white collar crimes* são responsáveis pela perda de confiança nas instituições e por seu funcionamento desvirtuado, com prejuízo para toda a sociedade, empobrecimento e desorganização social, que trazem consigo a expansão da criminalidade “oficial”.

As convenções internacionais², adotadas por diversos países do mundo, inclusive pelo Brasil, observaram que a pena de confisco de bens caracteriza-se como alternativa penal mais justa e adequada para os delitos econômicos, os crimes contra a Administração Pública e aqueles praticados por pessoas jurídicas. Além disso, a perda de patrimônio se revela muito menos lesiva ao indivíduo do que a pena de privação da liberdade.

Ademais, a razão de ser, o móvel dos crimes de corrupção está intimamente relacionado ao desejo de enriquecimento, ambição e cobiça. Então, nada mais razoável do que a reprimenda

² Como exemplo, o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, nestes termos:

“Artigo 31- Embargo preventivo, apreensão e confisco:

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 do presente Artigo com vistas ao seu eventual confisco.

[...]

8. *Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente 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” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

destinada ao delito seja o desfazimento do patrimônio adquirido de maneira ilícita.

Os Estados modernos vêm dotando suas legislações de vários instrumentos relacionados à perda de bens decorrentes de atividade ilícita. Além da perda de bens clássica, que decorre dos produtos ou proveitos do crime, foram criadas leis para combater a lavagem de dinheiro e o “branqueamento” de capitais. Do mesmo modo, parte dos ordenamentos jurídicos criminalizou a figura do enriquecimento ilícito, para alcançar servidores públicos que apresentassem aumento patrimonial incompatível com seus rendimentos.

Igualmente, as legislações começaram a prever o confisco de bens de origem desconhecida que se encontrassem na posse ou titularidade do agente condenado por crimes econômicos (confisco alargado). Também foram criadas leis que previssem um procedimento *in rem*, de natureza administrativa, dirigido contra coisas de origem suspeita (a *civil forfeiture* do direito estadunidense e a *civil recovery* do direito britânico), imposto aos pretensos titulares que provem a legitimidade da sua pretensão ou a titularidade dos bens, sob pena de os perderem para o Estado³.

³ Podem ser citados os seguintes países que adotaram legislações de confisco alargado e/ou perda civil de bens: Espanha, Países Baixos, França, Alemanha e Itália. Cf. CAEIRO, 2013, p. 453.

2 O “confisco alargado” e os riscos de declaração de inconstitucionalidade

Muitas dúvidas quanto à constitucionalidade do chamado “confisco alargado” foram suscitadas nos países que implantaram a legislação⁴. Cremos que o mesmo ocorrerá no Brasil.

⁴ Como o assunto foi discutido na Alemanha: “A perda alargada (erweiterte Verfall) foi introduzida no § 73d do CP (LGL\1940\2) alemão pela Lei de 15.07.1992, que entrou em vigor a 22 de setembro do mesmo ano. De acordo com o enunciado da norma, em caso de cometimento de um facto ilícito-típico punido por uma norma que expressamente remeta para o instituto da perda alargada, o tribunal ordena a perda dos bens titulados ou detidos pelos autores e participantes sempre que as circunstâncias justifiquem a suposição (“wenn Umstände die Annahme rechtfertigen”) de que eles foram obtidos através ou para o cometimento de outros factos ilícitos-típicos. O Bundesgerichtshof pronunciou-se no sentido da conformidade do confisco alargado com o princípio da culpa e a presunção de inocência constitucionalmente garantidos, adoptando para tanto uma interpretação (muito) restritiva da referida norma: a medida só pode ser decretada se o tribunal se encontrar plenamente convencido, em virtude de exaustiva produção e valoração da prova, que o arguido adquiriu os bens através de factos típicos e ilícitos, os quais todavia não têm que ser individualmente provados; consequentemente, a dúvida razoável sobre a proveniência dos bens impedirá o decretamento do confisco. Mas as dúvidas sobre a constitucionalidade da perda alargada no direito alemão suscitam-se também em outros quadrantes. Na verdade, tanto o legislador como o Tribunal Constitucional pretenderam conferir a esta medida um carácter não penal, por analogia com a perda clássica. Porém, como vimos, a perda clássica, dirigindo-se agora ao valor bruto dos bens obtidos – inovação que, curiosamente, foi introduzida para uniformizar o seu regime com o da perda alargada, criada uns meses depois – tem, de acordo com a doutrina dominante, a natureza de uma pena. Ora, parte da doutrina entende que, ao invés do que ocorre com a perda clássica, não é possível fazer aqui uma interpretação conforme com a Constituição, de maneira a harmonizar o regime com o princípio da culpa, visto que este foi expressamente afastado pelo legislador e aquela interpretação implicaria, na realidade, a (metodologicamente ilegítima) determinação de uma nova norma. Consequentemente, o § 73d seria inconstitucional” (CAEIRO, 2013, p. 460).

Com efeito, a proposta do MPF prevê, como decorrência de uma condenação criminal, “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” (BRASIL, 2016, p. 3).

Trata-se de sanção de origem criminal, seara em que impera a presunção da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Assim, serão inúmeros os reclamos de que a norma não se coaduna com nossos princípios constitucionais e a probabilidade de declaração de inconstitucionalidade é elevada.

Além disso, a criação de hipótese de confisco por meio de lei ordinária, sem correspondente no art. 243 da CF⁵, tem risco relativamente alto de ter a constitucionalidade questionada.

Importa destacar que o confisco alargado, como efeito genérico da condenação – que recairá sobre todos os bens que integram o patrimônio do réu – guarda semelhança, mas não identidade, com o confisco decorrente do crime de enriquecimento ilícito (ESSADO, 2014, p. 13).

No enriquecimento ilícito, é dever do Estado provar que houve o enriquecimento, mediante aumento significativo do patrimônio do servidor público, e que esse acréscimo patrimonial é incompatível com os rendimentos que aufera. Assim, o patrimônio incrementado necessita ser demonstrado pelo órgão

⁵ Perceba-se que, para a previsão de confisco dos bens utilizados para a exploração do trabalho escravo, foi aprovada uma Emenda Constitucional (EC), a EC nº 81, de 5 de junho de 2014.

de acusação e, caso a ilicitude reste comprovada, o confisco sobre esses bens especificados ocorrerá.

O enriquecimento ilícito é um crime contra a Administração Pública, assim, o sujeito ativo será um servidor que deve agir pautado pela moralidade e probidade administrativas. Ademais, ao tomar posse no serviço público, o agente está ciente do regime de direito público a que está submetido, destacadamente ao dever de apresentar declaração de bens e valores que constituam todo seu patrimônio (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 13, § 5º). Desta maneira, o desvalor da conduta do referido delito, associado ao regime de direito público a que se submetem os servidores, ampara a legitimidade de sua previsão em nosso ordenamento.

Nesse sentido, Rosseto sustenta que:

Sob o ponto de vista fragmentário, a criminalização do enriquecimento ilícito se justifica tendo em vista a intensa gravidade da lesão à qual a conduta do agente submete o bem jurídico. Explica-se: os agentes públicos, como *longa manus* do Estado, são detentores de poderes meramente instrumentais, indispensáveis para gerir os interesses públicos. O uso destes poderes encontra legitimidade, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos (...), sendo inadmissível a utilização dessas prerrogativas para a satisfação de interesses e conveniências particulares. Entretanto, contrapostos a esses poderes existe uma gama de deveres que devem ser criteriosamente observados, como, por exemplo, o dever de probidade e transparência (ROSSETO, 2011, p. 924).

O confisco de bens no crime de enriquecimento ilícito se justifica pelas provas que são produzidas no processo penal que leva à presunção – objeto de prova, evidentemente – de que o

incremento de patrimônio do servidor, sem correspondência em seus rendimentos declarados, foi adquirido de maneira ilícita. Lembre-se novamente de que o servidor público possui o dever de declarar seu patrimônio à Administração.

Por sua vez, a previsão do art. 91-A – que a proposta do MPF pretende inserir no Código Penal – não incidirá apenas sobre crimes contra a Administração Pública, mas sobre um extenso rol de delitos; e o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Ademais, a definição da extensão do confisco se dá de forma aritmética: a perda de bens incidirá sobre o patrimônio total do indivíduo, exceto sobre os bens de origem lícita comprovada – daí o nome de “confisco alargado”.

Para fins deste estudo, portanto, adota-se o entendimento de que o confisco alargado corre grande risco de ser declarado inconstitucional – ao menos da maneira apresentada pela proposta do MPF – por violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, na sua consequência e vertente do direito à não autoincriminação.

A compreensão decorre do princípio de que o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo⁶ e é presumidamente

⁶ Apenas para promover o debate, é bom destacar o princípio da não autoincriminação não está expresso no texto constitucional. A doutrina defende que o princípio decorre do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), e sua interpretação deve ser alargada para compreender também: o direito de não colaborar com a investigação ou com a instrução criminal; o direito de não declarar contra si mesmo, o direito de não confessar, o direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, o direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. Todavia, em virtude dessa incompletude normativa explícita, há corrente doutrinária e jurisprudencial

inocente, até que se prove o contrário. Assim, não seria obrigado a comprovar que todo seu patrimônio é originado de fontes lícitas.

3 O “confisco civil”: a ação civil de extinção de domínio

Noutro giro, a perda civil de bens poderá se mostrar uma alternativa juridicamente viável no ordenamento brasileiro, ainda que também possa ter sua constitucionalidade questionada, consoante se verá.

A ideia de uma ação desse tipo se baseia na concretização do princípio constitucional da função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII), segundo o qual a propriedade só é legítima quando utilizada de forma a maximizar o bem-estar da coletividade.

Sobre esse ponto, Essado (2011, p. 2) considera que:

A declaração judicial de perda do bem, atualmente, na esfera processual penal ocorre simultaneamente com a análise da culpabilidade, eis que esta atua como pressuposto lógico necessário do confisco, em nome do princípio da presunção de inocência. Inexiste no Brasil qualquer procedimento extrapenal, de natureza judicial, que foque a propriedade ilícita, sem discussão sobre culpabilidade, cujo resultado venha a ser a declaração de extinção de domínio. Constata-se que se é indesejável a ofensa indevida e injusta à liberdade, também não se pode tolerar a propriedade ilícita. A propriedade como direito fundamental, tutelada pelo texto constitucional, trata-se daquela de origem lícita. A propriedade fundada no ilícito é absolutamente contrária aos ditames constitucionais, não atendendo, pois, aos fins sociais.

cial (Corte Suprema dos Estados Unidos, Caso *Schmerber vs. Califórnia*, 1966), no sentido de que o direito de não autoincriminação só valeria em relação ao silêncio e às declarações comunicativas do réu (orais ou escritas) Cf. GOMES, 2010.

A proposta do MPF cria a chamada extinção de domínio, a incidir sobre bens ou direitos que:

- I – proceda direta ou indiretamente, de atividade ilícita;
- II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita; III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita;
- IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita;
- V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores (BRASIL, 2016, p. 18).

Nesses casos, o órgão acusador terá o dever de provar, de forma específica, que os bens, os direitos, os valores decorrentes de atividade criminosa são produtos ou instrumentos de crime, próximo do que já ocorre com o confisco clássico (art. 91, II, *a* e *b*, CP). Ressalte-se, existe o dever do autor de provar o liame que relaciona o bem e a atividade ilícita.

A ação de extinção de domínio tem o benefício de não depender do desfecho das ações civis ou penais eventualmente iniciadas contra o mesmo réu (art. 6º da proposta) e possuirá todo o procedimento detalhado em lei (art. 6º e seguintes da proposta), o que agrega segurança jurídica.

Ademais, é fruto de aprofundados estudos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCCLA), que aconselham sua criação no País⁷. O argumento que se teve em mente,

⁷ Ações de 2013: Ação 10 – Acompanhar a elaboração e respectiva tramitação das propostas legislativas sobre bloqueio administrativo de bens, em cumprimento às Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, e do

como visto, é que a repressão à criminalidade organizada deve ser distinta em relação à criminalidade comum e que a concentração de patrimônio por partes dos criminosos é fator de perpetuação dos crimes.

A proposta da ação de extinção de domínio, ao contrário daquela que cria o confisco alargado, prevê uma ação de natureza civil; isto é, não tem propriamente natureza punitiva, mas, sim, eminentemente reparatória (compensar a coletividade pelos males decorrentes da prática do ilícito, compensação essa que é feita com a tomada do patrimônio). Justamente por isso, tende a enfrentar menos resistências e menor risco de declaração de inconstitucionalidade, embora exista na doutrina quem defenda a aprovação conjunta da ação de extinção do domínio e do confisco alargado (BECHARA, 2012, p. 365).

Passaremos, agora, a detalhar os principais custos e benefícios dessa ação de natureza civil.

3.1 Efeitos favoráveis (benefícios)

O primeiro benefício que a medida traz, na esteira do que expusemos quando da contextualização, é o combate efetivo e eficaz à criminalidade, por meio do ponto que é mais sensível às

instituto da extinção de domínio com vistas ao encaminhamento ao Congresso Nacional, bem como propor, analisar e acompanhar propostas legislativas que versem sobre os seguintes temas: (i) regulamentação do lobby; (ii) conflito de interesses; (iii) responsabilização de empresas por atos de corrupção; (iv) criminalização do enriquecimento ilícito; (v) ratificação da Convenção da OIT sobre o trabalhador migrante; e (vi) organizações criminosas.

organizações criminosas: o patrimônio. É uma ferramenta muito útil nos EUA na luta contra as drogas e, mais recentemente, contra o terrorismo (THOMPSON, 2001, p. 71).

Por outro lado, a criação de uma ação civil de extinção do domínio tende a acelerar a perda dos bens, operações que hoje são realizadas por meio de medidas cautelares penais (sequestro, hipoteca legal, etc.) e que estão ligadas à necessidade de demonstração de culpabilidade (ainda que cautelarmente). No caso da ação civil, tem-se uma tramitação mais rápida – uma vez que, ao menos em tese, a duração de um processo penal tende a ser maior. Porém, de acordo com os dados do levantamento “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essa aceleração não tende a ser tão significativa, pois a taxa de congestionamento em primeiro e segundo grau de jurisdição não é tão maior na esfera penal do que na esfera cível.

Sem dúvida, no entanto, o maior benefício da instituição da ação civil de extinção do domínio é a possibilidade de se admitirem, por se tratar de ação civil, uma inversão – ou, ao menos, uma relativização – do ônus da prova, o que dificilmente seria admitido na área penal. Eis, inclusive, uma das grandes vantagens da ação civil de extinção do domínio frente à proposta do confisco alargado.

Nessa mesma toada, a ação civil tem a vantagem de não depender da comprovação do crime ou da conclusão do processo na esfera criminal, o que é um dos motivos pelos quais é tão valorizada no direito norte-americano.

Ação semelhante foi adotada na Colômbia, por meio da Lei nº 793, de 2002. Nesse ordenamento, quanto ao ônus da prova,

[...] cabe ao Estado demonstrar que os bens pertencentes ao sujeito são incompatíveis com suas reais condições financeiras, fundadas em atividades lícitas. Por outro lado, o titular da propriedade tem o dever de demonstrar a licitude de seus bens, distribuindo-se, dessa maneira, a carga probatória entre autor e réu da relação processual (ESSADO, 2011, p. 2).

Essa relativização do ônus da prova – ou, como se queira, da distribuição dinâmica da carga probatória – decorre da natureza da ação: enquanto o confisco (simples ou alargado) é um efeito da condenação penal (portanto, uma ação pessoal, *in personam*), a extinção civil do domínio é uma ação de natureza patrimonial (*in rem*).

A lei colombiana, por outro lado, prevê crimes antecedentes necessários – como acontece, também, nos Estados Unidos (VASCONCELOS, 2011, p. 67). Na doutrina, contudo, há quem defenda o modelo aberto (Idem, *ibidem*, p. 73), que consta da proposta do Poder Executivo (PL nº 856, de 2015, na Câmara dos Deputados).

Uma previsão bastante salutar constante do texto do anteprojeto do MPF (art. 18) é a destinação de até 5% dos bens liquidados ao terceiro que, não sendo envolvido nas práticas ilícitas, colaborar decisivamente para o deslinde da ação. Essa disposição corresponderia à adoção, no Brasil, de uma legislação sobre a figura do *whistleblower*, apontada por muitos – inclusive

por um dos autores deste artigo (OLIVEIRA, 2015) – como um instrumento essencial no combate a crimes contra a Administração Pública (corrupção, em especial).

3.2 Efeitos desfavoráveis (custos)

Em primeiro lugar, a criação de uma nova ação tende a ter custos judiciais, ainda que pequenos (adaptação de sistemas, criação de varas, etc.). Existem, contudo, efeitos desfavoráveis mais relevantes.

Dentre os riscos a que se submete o ordenamento com a adoção da ação civil de extinção de domínio, podemos destacar, inicialmente, o risco de questionamentos judiciais sobre a validade da norma.

Inicialmente, pode haver – embora em monta menor do que em relação ao confisco alargado – questionamentos quanto à presunção de inocência. Tradicionalmente, nos EUA, as Cortes têm rejeitado essa alegação, em virtude de se tratar de ação civil (STAHL, 1992, p. 292), assim como têm rejeitado a alegação de *bis in idem* – que, no direito americano, é conhecida como *Jeopardy Clause* (VASCONCELOS, 2011, p. 99-123). Consideramos que, à luz da tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), há poucos riscos de a alegação de *bis in idem* prosperar, tendo em vista serem consideradas quase absolutamente independentes as instâncias civil e penal⁸.

⁸ “A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa” (STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 28.919/DF, Relator

Todavia, o tema está longe de ser pacífico, mesmo porque a questão do ônus da prova tem a ver, inclusive, com a distribuição de riscos de erros judiciais:

Burdens of proof illustrate the way our society wishes to allocate the risk of a mistake by a court. As civil cases generally involve interests of a lesser magnitude than those at stake in criminal proceedings, our society is willing to tolerate a higher risk of error in civil cases (STAHL, 1992, p. 292).

Em virtude dos efeitos patrimoniais poderosos que podem decorrer da extinção do domínio, é preciso ter cuidados com o ônus da prova – que, se não pode ser tomado com a rigidez que existe na matéria penal, também não tolera uma “inversão pura e simples”, em que o proprietário seja despido do domínio apenas por não ter como demonstrar a cadeia dominial⁹. Devem ser respeitados, inclusive, por coerência sistêmica, outros mandamentos do direito, tais como a usucapião. Em outras palavras: o ônus da prova – de que o bem tem origem ilícita ou de que é usado para encobrir atos ilícitos – deve continuar a ser do autor da ação, embora o réu possa alegar, em exceção, a licitude da propriedade ou a posse ou detenção.

Ademais, até no direito americano já se tem defendido uma revisão da, por vezes artificial, distinção entre “ações pessoais”

Ministro Dias Toffoli, DJe de 11.02.2015).

⁹ Nos Estados Unidos, após o *Civil Asset Federal Reform Act* (CAFRA), de 2000, é preciso comprovar uma conexão substancial (e não meramente acidental ou tenuous) entre a coisa e a atividade ilícita. Também se incrementou o ônus da prova para o poder público.

ou “*in personam*” e “ações reais” ou “*in rem*”¹⁰, o que é a base da defesa da ação de extinção de domínio.

Em relação à proposta de ação de extinção de domínio oriunda do Poder Executivo, foram apresentadas duas proposições: um projeto de lei ordinária disciplinando o instituto; e uma PEC, para prevê-lo expressamente no inciso III do art. 129 da CF. Consideramos desnecessária essa segunda alteração. A modificação em nível constitucional constitui um custo alto e que só deve ser realizada quando estritamente necessária. No caso da ação de extinção do domínio, a mera alteração da legislação infraconstitucional é suficiente. Ademais, os questionamentos sobre a constitucionalidade da medida não são evitados com a aprovação de PEC, pois, como o direito fundamental à propriedade constitui cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, XXII), as resistências podem ser propostas mesmo em relação à alteração em nível constitucional. Isso porque, de acordo com a pacífica jurisprudência do STF, mesmo as Emendas à Constituição podem ser declaradas inconstitucionais¹¹.

É possível questionar se a medida não afeta substancialmente (isto é, o núcleo essencial) do direito fundamental à propriedade. Dessa forma, seja por PEC ou por projeto de lei, pode ser questionada a constitucionalidade material dessa ação.

¹⁰ “[...] the *in personam/in rem* rationale in forfeiture law does not merit such holy treatment” (STAHL, 1992, p. 300).

¹¹ Cf., a título exemplificativo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.307/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30.09.2013.

Um grande risco da ação de extinção de domínio – e ainda não resolvida plenamente em outros ordenamentos – é a garantia contra abusos estatais e a efetiva defesa dos interesses dos proprietários de boa-fé (proprietários inocentes). Tanto assim, que, em 2000, os Estados Unidos reformaram a Lei de Confisco Civil (por meio do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* – CAFRA), devido a abusos que ocorreram na tomada de propriedades de terceiros de boa-fé (RULLI, 2001, p. 87).

Na reforma de 2000 (CAFRA), foram reforçados os poderes do Governo, mas, ao mesmo tempo, as defesas desses terceiros. Outra lição da experiência americana é a de que não se pode vincular às instituições que decidem o confisco a destinação orçamentária, sob pena de se gerar um conflito de interesses.

É preciso cuidar da destinação dos bens (WORRALL, 2001, p. 171), algo que, no projeto de lei brasileiro, não está bem resolvida.

É preciso ter cuidados para assegurar a proporcionalidade, já que pode atingir mesmo bens adquiridos licitamente, mas usados para práticas ilícitas, caso em que a perda da propriedade pode ser considerada exagerada. É paradigmático o caso *Bajakajian VS USA* (em que a Suprema Corte considerou inconstitucional a decretação de perda de todo o valor externalizado sem declaração). A Suprema Corte considerou a perda de todo o valor “grosseiramente desproporcional”¹². Embora a decisão nesse caso

¹² Cf. *United States VS. Bajakajian*, 524 U.S. 321.

refira-se especificamente ao confisco criminal, a mesma lógica é aplicável às ações civis de perda de bens¹³.

É preciso prever prazos dilatados de prescrição da exceção contra a extinção do domínio, sempre para evitar o abuso estatal e para proteger proprietários inocentes (CASSELLA, 2004, p. 347). Foi esse, inclusive, um dos motivos da aprovação do CAFRA nos Estados Unidos.

4 Comparação entre confisco alargado e extinção do domínio

A título de resumo, podemos fazer a seguinte comparação entre a ação civil de extinção de domínio e a proposta de confisco alargado:

Quadro 1 - Comparação: proposta de ação civil pública de extinção de domínio e proposta de confisco alargado

Extinção de domínio	Confisco alargado
Ação Civil	Efeito da ação penal
Independente de condenação penal	Depende do trânsito em julgado da ação penal
No anteprojeto do MPF, depende de crimes antecedentes específicos, mas há quem defenda a desnecessidade, o rol aberto, como na proposta do Executivo	No projeto, depende de crimes antecedentes específicos

¹³ Cf. caso Austin VS. United States, 509 U.S 602.

Extinção de domínio	Confisco alargado
A origem dos recursos para a aquisição dos bens é irrelevante: foram utilizados para práticas ilícitas	O fundamento é a origem ilícita (criminosa, especificamente) do patrimônio
É uma ação <i>in rem</i> (relativa à coisa), independe da culpabilidade do proprietário/possuidor/detentor	É uma ação <i>in personam</i> , personalíssima, por seu caráter penal
Pode haver uma distribuição do ônus da prova, por ser ação civil	O ônus da prova tem que ser da acusação
No direito americano, tem natureza prioritariamente compensatória	Tem natureza eminentemente punitiva

Fonte: Senado Federal¹⁴.

5 Conclusões

Com base no exposto, consideramos que a proposta de adoção da ação civil de extinção de domínio produz benefícios semelhantes às do confisco alargado, sem a gravidade dos questionamentos que a proposta confiscatória pode sofrer quanto à constitucionalidade.

Embora não seja papel de uma avaliação de impacto legislativo dar respostas prontas, mas sim fornecer subsídios para a tomada de posição e de decisão sobre determinada proposição legislativa, nada impede que, após uma análise deste jaez, seja possível apresentar conclusões recomendando, ou não, a adoção de determinada medida legislativa. Nesse sentido, a avaliação de impacto das propostas de confisco alargado e de adoção da ação

¹⁴ <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td205>.

civil de extinção de domínio evidencia que o primeiro instituto sofre muito mais questionamentos que o segundo, apresentando, portanto, risco muito maior de vir a ser declarado inconstitucional.

Outrossim, a ação civil de extinção do domínio já é adotada com sucesso no direito comparado e parece menos suscetível a questionamentos de ordem jurídica. Por isso, considera-se recomendável a sua adoção no direito brasileiro, conclusão diversa da que se traz em relação à figura do confisco alargado.

Especificamente em relação às propostas de extinção de domínio, a redação do projeto do Executivo (PL nº 856, de 2015, na Câmara dos Deputados) está melhor, mais clara e mais direta que o anteprojeto do MPF. Há também em tramitação o PL nº 246, de 2015, do Deputado Pompeo de Mattos (quase idêntico ao do MPF).

Title: Extended confiscation and civil forfeiture: evaluation of legislative impact of two proposals to combat corruption

Abstract: Among the “10 Measures against Corruption” introduced by the MPF, we highlight two that have focused on the pecuniary consequences of crime: extended confiscation and civil forfeiture. We hold, as well as the MPF, that criminal law must be concerned with the types of crime of the complex modern society, and the legislator must pay attention to the crimes that reach transindividual legal interests. Our analysis maintains, however, that there are risks of unconstitutionality of those measures. In extended confiscation, the imposed loss of almost the arithmetical difference between the total assets that the agent has and those whose origin can be demonstrated by licit sources can be interpreted as a reversal of the burden of proof in a criminal process and a breach of the presumption of innocence. In civil asset forfeiture, on the other hand, we argue that it can be a legal and viable alternative since it is a civil action and it does

not possess a punitive, but, rather, a reparative nature. Still, we highlight the need to protect the rights of third parties in good faith to ensure the constitutionality of the measure.

Keywords: Extended Confiscation and Civil Asset Forfeiture. Corruption – Brazil. Public Civil Action – Brazil. Unconstitutionality.

Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini. Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 1, p. 365-378, 2012.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.850, de 2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com

outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n.100, p. 453-501, Jan./fev. 2013.

CASSELLA, Stefan D. Overview of asset forfeiture law in the United States. *South African Journal of Criminal Justice*, v. 17, n. 3, p. 347, 2004.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. 2014. 255 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-135202/>>. Acesso em: 16 jun. 2015).

ESSADO, Tiago Cintra. Extinção de domínio: necessidade de reflexão. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 220, p. 8, abr. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. 26 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas

da Consultoria Legislativa, 2010. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Guia de avaliação de impacto normativo*. Coimbra: Almedina, 2010.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

OLIVEIRA, J. M. F. et al. *Combate à Corrupção: uma análise de Impacto Legislativo das propostas do Ministério Público*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2016. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

PAGANO, Rodolfo. *Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi*. Milano: Giuffrè, 2004.

ROSSETO, Patrícia Carraro. O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (Org.). *Direito Penal da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RULLI, Louis S. The long term impact of CAFRA: expanding access to counsel and encouraging greater use of criminal

forfeiture. *Federal Sentencing Reporter*, California, v. 14, n. 2, p. 87, 2001.

STAHL, Marc B. Asset forfeiture, burdens of proof and the war on drugs. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, n. 83, p. 292, 1992.

THOMPSON, Sandra Guerra. Congressional reform of civil forfeiture: punishing criminals yet protecting property owners. *Federal Sentencing Reporter*, Houston, v. 14, n. 2, p. 71, 2001.

VASCONCELOS, André Prado. *Extinção civil do domínio: perdimento de bens*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes de colarinho branco*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

WORRALL, John L. Addicted to the drug war: the role of civil asset forfeiture as a budgetary necessity in contemporary law enforcement. *Journal of Criminal Justice*, Amsterdam, v. 29, n. 3, p. 171, 2001.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAVALCANTE FILHO, João Trindade; OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. Confisco alargado e ação civil de extinção de domínio: avaliação de impacto legislativo de duas propostas de combate à corrupção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 413-439, 2016. Anual.

Submissão: 19/9/2016

Aceite: 21/10/2016