

Capítulo 10

Sobre a (in)constitucionalidade do art. 14-A do CPP (introduzido pela Lei Anticrime) e seus efeitos

Gabriel de Moraes Gomes¹

⇒ 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a conformidade constitucional ou não da norma instituída no art. 14-A do CPP a partir da denominada Lei Anticrime (Lei nº13.964/19).

Eis o seu texto:

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Barreiras/BA. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

Verificaremos a seguir quem são os destinatários da norma em questão, em quais situações jurídicas ela incide, qual a sua finalidade e, diante disso, apontaremos os pontos de tensão entre ela e certas diretrizes normativas estabelecidas na Constituição Federal. Serão apontados então as circunstâncias e os efeitos jurídicos do reconhecimento desses pontos de tensão.

⇒ 2. CAMPO DE INCIDÊNCIA, DESTINATÁRIOS E OBJETO DA NORMA DO ART. 14-A DO CPP

Esmiuçando a norma em estudo, verificamos que ela tem vários feixes de emanção de efeitos jurídicos, ao assegurar direitos e impor deveres de natureza processual- administrativa.

Como *beneficiários* da norma, ou seja, como titulares do direito subjetivo que ela institui, estão, em primeiro lugar, os *servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal que figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais*. Tratam-se, então, dos integrantes da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Ferroviária Federal, das Polícias Civis, das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, a Polícia Penal Federal, a Polícia Penal Distrital e as Polícias Penais Estaduais.

Fugindo do propósito do presente trabalho classificar e diferenciar detalhadamente cada uma dessas instituições, cabe identificá-las pelo que têm de comum entre si. São todas instituições policiais, e os *beneficiários* da norma, portanto, são os policiais, em primeiro lugar.

Além dos policiais, a norma beneficia ainda, de acordo com seu §6º, os *servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem*. Tratam-se também, então, dos integrantes do Exército, Marinha e Aeronáutica, quando empregados para os mesmos fins do art. 144 da Constituição Federal (ou seja, para segurança pública e interna), nos termos do art. 15 da Lei Complementar nº 97/99.

Também escapando dos limites do presente trabalho abordar-se os pormenores relacionados à temática do emprego das forças armadas na segurança pública², aponta-se então que a segunda frente de *beneficiários* da norma do art. 14-A do CPP são os membros das forças armadas, quando no exercício de atividades relacionadas à segurança pública.

A característica universal e comum a todos os *beneficiários* do procedimento estabelecido no art. 14-A do CPP identifica-os como *agentes armados pelo Estado para, em nome do Estado e dos valores constitucionais estabelecidos no art. 144, caput, da Constituição Federal, zelarem pela preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e da ordem patrimonial*.

O *campo de incidência* da norma do art. 14-A do CPP situa-se nos *procedimentos de investigação* que tenham por objeto *fatos relacionados ao uso da força letal*, quando *praticados pelos beneficiários no exercício profissional*. Quaisquer procedimentos extrajudiciais de investigação dão azo à incidência da norma em questão, referenciando a lei, em caráter exemplificativo, os inquéritos policiais e inquéritos policiais militares, desde que o fato investigado seja *o uso letal da força*, e por *agentes de segurança pública ou por agentes das forças armadas trabalhando em atividades de segurança pública*. O art. 14-A do CPP traz expressamente para seu campo de incidência terminologias da dogmática penal, por abrigar em seu texto aspectos relacionados à distância entre a intenção de quem pratica certa conduta e o resultado almejado (consumação e tentativa) e de possíveis causas de justificação dessa conduta (as excludentes de ilicitude do art. 23 do CP).

O *campo de incidência* da norma, portanto, situa-se nos casos em que os *beneficiários* são investigados por, pelo *uso letal* da força em atividades de segurança pública, poderem ter *matado* ou *tentado matar* outras pessoas, dentro ou fora de alguma causa de justificação, dentro ou fora da figura

2 GARCIA, Emerson - As forças armadas e a garantia da lei e da ordem; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira, e PROENÇA JÚNIOR, Domicio - Forças armadas e policiamento.

do homicídio ou de outras situações criminosas (como tortura seguida de morte, por exemplo) que tenham a morte de alguém por resultado, alcançado ou não.

O objeto da norma do art. 14-A do CPP é a *assegurar a nomeação de defensor para os beneficiários*, sempre que, no *campo de incidência da norma*, estiverem sendo investigados por fatos relacionados ao *uso letal da força em atividades de segurança pública*.

Dentre os *obrigados* pela norma em questão, surgem em primeiro lugar as *autoridades responsáveis por investigações* relacionadas ao *uso letal da força* por parte dos beneficiários, englobando delegados, membros do Ministério Público, comissões parlamentares de inquérito e órgãos de corregedoria, que deverão "citar" o beneficiário para, já no início da investigação, indicar defensor de sua preferência (§1º). A depender das circunstâncias, esse defensor poderá ser um advogado de confiança do próprio beneficiário, ou ainda, se este for hipossuficiente e desejar ser assistido pela Defensoria Pública (CF, art. 134), poderá manifestar expressamente tal opção, que lhe garantirá uma defesa institucional, não a escolha de um defensor público específico. A terminologia do legislador foi atécnica, pois não se trata de citação (convocação do sujeito passivo de uma relação processual para dela tomar ciência e apresentar defesa), mas de mera intimação (comunicação de um ato ou fato processual a alguém para que cumpra certa determinação, com a qual se relacionam certas consequências jurídicas).

No segundo nível, está também obrigada a *instituição a que o beneficiário estava vinculado à época em que utilizou-se de força letal em atividade de segurança pública*, a quem caberá providenciar, na omissão do investigado, a indicação de um defensor (§2º) – e entendemos que aqui, nessa hipótese, a lei quis referir-se expressamente à indicação de um *advogado público* (advogado da União, procurador do Estado), por tratar-se de uma canalização *institucional e orgânica* da defesa extrajudicial do investigado, que assumiria a defesa do *uso letal da força*, em caráter *institucional*, para além da esfera individual da pessoa que, em nome do Estado, fez uso de tão extrema violência.

⇒ 3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO USO LETAL DA FORÇA COMO POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Os temas da explosão da criminalidade e da sensação geral de insegurança são tão recorrentes na crônica brasileira dos últimos trinta anos que amiúde refletem na doutrina jurídica e na própria jurisprudência³,

3 GARCIA, Emerson, op. cit., p. 350; STJ, HC 542207/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJE 04/11/2019.

e o intercâmbio entre o senso comum e o Direito, não raro, tem gerado consequências políticas e jurídicas particularmente sensíveis.

Nesse peculiar contexto, torna-se cientificamente relevante explicitar-se as razões jurídicas que desvelam a inconstitucionalidade, à luz da Carta 1988, de uma política pública – qualquer que seja – de uso letal da força como forma de promover a segurança pública, sem entrar-se aqui na problemática criminológica da “explosão da criminalidade”, nem em aspectos de Criminologia ou de Sociologia a respeito da eficácia ou não de uma política pública dessa natureza.

Iniciando-se a análise a partir do próprio art. 144, caput, da CF/88, já se enxerga que a *preservação da incolumidade das pessoas* é o principal referencial constitucional de *qualquer* política de segurança pública que se queira desenhar. A margem de conformação que o constituinte deixa ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, na construção de qualquer política de segurança pública, tem então por *pressuposto* a necessidade de *evitar-se ao máximo, tanto quanto for possível, até o limite extremo*, o uso de violência letal por agentes do Estado.

Qualquer política pública que afrouxe, que dê amplitude e elasticidade ou que relativize o impacto da força letal na tutela estatal da segurança pública coloca em segundo plano o valor constitucional *preservação da incolumidade das pessoas*, por aceitar que, em nome de um perigo com relativo grau de abstração (que não seja palpável e iminente), as vidas de uns sejam instrumentalizadas em nome da teórica defesa das vidas de outros.

Para além de considerações éticas e humanistas, estabelecer-se diretrizes que permitam que um agente de segurança pública mate alguém preventivamente, fora de uma situação de risco concreto e iminente, nunca poderá condizer com uma política pública baseada na *preservação da incolumidade das pessoas*.

O incentivo (direto ou indireto) ao uso letal da força por agentes de segurança pública, para além disso, alberga categorias de etiquetamento desviante e inverte o sentido constitucional da ideia de *erradicação da marginalização* (art. 3º, III, da CF/88), ao assumir uma classificação prévia de pessoas entre aquelas selecionadas para eventualmente matarem (os agentes do Estado), e aquelas selecionadas para eventualmente morrerem (os “marginais”⁴).

4 Vide reportagem da revista Exame, de 31/5/2019, que indica que o Presidente da República Jair Bolsonaro teria declarado que “se é marginal que está morrendo, tem que liberar mais ainda [a circulação de armas de fogo]” (<https://exame.abril.com.br/brasil/certeza-de-que-cidadao-esta-desarmado-aumenta-violencia-diz-bolsonaro/>, acesso em 21/2/2020).

O incentivo ao uso letal da força como política de segurança pública, por fim, atenta manifestamente contra as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e da exclusão da pena de morte (art. 5º, LIV, LV e XLVII, letra "a"), por ajudar a promover situações nas quais o agente do Estado, ao atuar no *front*, acabe decidindo sumariamente, sem haver risco concreto para a sua vida ou incolumidade física nem para a vida ou incolumidade física de terceiros, a favor do valor ordenatório da política de segurança (prevenção ou repressão do crime) e em desfavor da vida da pessoa cujo comportamento se desvia daquele valor.

O problema aqui discutido não situa-se na ideia de convivência entre uso letal da força em atividades de segurança pública e princípios ou normas da Constituição Federal, ou na harmonia entre as garantias constitucionais e posturas criminológicas que, ao estilo da *broken windows theory*⁵⁻⁶ ou de qualquer outra que, na mesma linha, dêem preferência ao intervencionismo policial exagerado, ao custo de maior restrição geral à liberdade das pessoas⁷. Estamos falando do estabelecimento de diretrizes estatais (por lei, por atos administrativos, ou mesmo por pronunciamentos meramente programáticos de altas autoridades públicas) que, sob o pretexto de prevenirem ou combaterem o crime, reconheçam ou pressuponham a existência de prerrogativas das autoridades policiais de, preenchidas certas condições, poderem literalmente exterminar pessoas que esses mesmos policiais julguem que infringiram ou estavam prestes a infringir a lei penal.

⇒ 4. O ART. 14-A DO CPP COMO VETOR DE INCENTIVO AO USO DE FORÇA LETAL POR AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA

O que faz o art. 14-A do CPP, trazido ao nosso direito positivo pela Lei Anticrime, é assegurar a ampla defesa no curso dos inquéritos policiais.

Seria uma novidade louvável, na medida em que a possibilidade de haver restrições substancialmente prejudiciais à liberdade e ao patrimônio de investigados (prisões processuais, medidas de busca e apreensão) sem que estes estejam assessorados por uma defesa técnica é uma realidade

5 KELLING, George L., e WILSON, James Q. - Broken windows: the police and the neighborhood safety, The Atlantic, março/1982, disponível em <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>, consulta em 24/2/2020.

6 Não deixando-se de registrar, porém, que autores da *broken windows theory* já apontaram, nesse próprio artigo, que "*none of this is easily reconciled with any conception of due process or fair treatment*".

7 Sobre os movimentos de lei e ordem e tolerância zero, vide SHECAIRA, Sérgio Salomão - Tolerância zero, in Revista internacional de direito e cidadania, Erechim, v. 2, n. 5, p. 165-176., out. 2009.

que, apesar de amplamente aceita pela jurisprudência brasileira, tensiona com a garantia assegurada no art. 5º, LV, da Constituição.

Conforme indica-nos RENATA TAVARES DA COSTA, a CIDH, no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, já teria definido que os direitos de defesa devem ser exercidos desde quando uma pessoa é apontada como possível autora de um delito⁸. No processo penal português, de maneira semelhante, a realização de interrogatório policial de pessoa contra a qual haja fundada suspeita da prática de crime ou a aplicação de medidas de coação pessoal ou patrimonial atribuem a essa pessoa a condição de arguido, assegurando seu assessoramento por defensor constituído ou nomeado, que acompanhará o interrogatório todos os demais atos (art. 58, nº 1, letras “a”, “b” e “c”, e art. 61, nº 1, letras “e” e “f”, do CPP português)⁹. Há razões de sobra, portanto, para a introdução da garantia da ampla defesa no inquérito policial brasileiro ser festejada.

O problema do novo art. 14-A do CPP brasileiro está em seu caráter peculiarmente seletivo: aplica-se *somente* para agentes de segurança pública, e *somente* quando forem investigados por causa do uso de força letal em suas atividades de trabalho.

Ao conceder *proteção processual especial* aos agentes de segurança pública investigados pelo uso de força mortal, e ao atribuir à instituição à qual ele estava vinculado o dever jurídico de providenciar um defensor (dos quadros da advocacia pública) para acompanhar o inquérito, a norma do art. 14-A *confere garantias adicionais* ao agente de segurança que adota a alternativa letal. Promove ainda a defesa processual da própria política estatal do uso de força letal na situação investigada, funcionando como uma *salvaguarda legal* para ações letais do Estado e de seus agentes, e portanto, como *vetor de incentivo* ao uso letal da força em atuações concretas dos agentes de segurança pública.

O art. 14-A, então, estabelece uma *desigualdade material* entre os investigados em geral, distinguindo-os entre os que têm e os que não têm assegurada a ampla defesa no curso do inquérito policial, e o faz com o propósito de *proteger* o uso de força letal por agentes de segurança públi-

8 COSTA, Renata Tavares - Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e “controle difuso de convencionalidade”: o caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*.

9 Conforme pondera GERMANO MARQUES DA SILVA, as normas sobre a constituição de arguido visam a “assegurar desde logo o direito de defesa, consubstanciando no direito de não responder a perguntas sobre os fatos que lhe forem imputados”, e por isso, “a inquirição de uma pessoa sobre factos delituosos por ele praticados só pode ter lugar depois da sua constituição como arguido”, donde “a obrigatoriedade de defensor em certos actos do processo penal tem sobretudo uma função de garantia, de controlo da legalidade dos actos processuais e de assistência técnica ao arguido para que este possa estar bem informado de seus direito se deveres processuais e das consequências jurídicas dos seus actos” (Curso de Processo Penal, v. 1, pp. 303-304 e 326).

ca, ou seja, opera como *vetor de incentivo* da alternativa mortal. Chega-se ao ponto de *favorecer-se* o policial investigado que ultrapassa certa linha fronteiriça e vale-se de força letal: em duas situações fáticas até certo ponto idênticas, um policial que não usasse a força letal teria a preocupação estatal com a sua defesa relativizada por lei, e o que empregasse violência mortal contaria com salvaguardas adicionais asseguradas por lei.

⇒ 5. AS FACETAS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14-A DO CPP

Uma vez aceitas as premissas anteriormente expostas, resta evidente a inconstitucionalidade do art. 14-A do CPP, seja por violação ao princípio da igualdade, seja por carregar consigo uma política de segurança pública de incentivo ao uso letal da força.

Contudo, se é relativamente simples a tarefa de detectar-se o referido vício, é mais complexa a de reestruturar-se o ordenamento processual penal, depois dessa infeliz inovação.

São três, pelo menos, as possíveis acepções de inconstitucionalidade da norma em estudo:

a) Pode-se compreender a norma em questão *apenas* pelo ângulo de introduzir uma política pública (salvaguarda jurídica para ações policiais mortais), minimizando-se a relevância da inovação quanto à compulsoriedade do acompanhamento do inquérito pela defesa técnica e dando-se *todo* o art. 14-A do CPP, então, por inconstitucional.

Trata-se de uma análise que parte da *vontade hipotética do legislador*, que não estaria interessado em garantir a todos os investigados o direito de serem acompanhados por defensor em todos os passos do inquérito.

RUI MEDEIROS pondera que quando *“a doutrina apela para a vontade hipotética do legislador, está obviamente a pensar numa vontade objectivada”*, e que é preferível prescindir da indagação das intenções de quem lança a lei¹⁰.

Independentemente do grau de sindicância à vontade hipotética do legislador, essa solução tem a desvantagem de (re)afirmar a jurisprudência nacional (contrária à da CIDH) sobre a não afetação da garantia da ampla defesa pela prática de atos processuais, na fase de inquérito, sem que o investigado (mesmo quando preso) esteja acompanhado de advogado ou defensor público, quando a falácia desse raciocínio pode ser facilmente constatada diante dos inúmeros precedentes jurisprudenciais nos quais a prova do inquérito policial (a confissão indesejada e feita sem a presença

10 A decisão de inconstitucionalidade, pp. 420-422.

de defensor, em especial) acaba sendo determinante, ou ao menos extremamente relevante, para a condenação do futuro réu¹¹.

Não pode-se deixar de levar em conta, de toda forma, se for o caso de perquirir-se sobre a vontade hipotética do legislador, que os danos processuais resultantes de um inquérito sem acompanhamento de defesa técnica foram percebidos quando da edição da Lei Anticrime, e que o texto objetivo da lei promulgada quis salvaguardar os agentes de segurança pública que se valessem de força mortal em suas atividades com uma *defesa efetiva*, atuante desde os primeiros passos da investigação, e eventualmente até promovida pela advocacia pública.

b) Pode-se compreender a norma em questão como inconstitucional apenas quanto ao fragmento normativo que reserva a aplicabilidade da norma aos casos de *uso letal da força*, admitindo-se que ela aproveite a *toda e qualquer situação em que policiais forem investigados por atos relacionados à sua atividade profissional*.

Nessa hipótese, a norma prevaleceria como uma *vantagem processual corporativa* da categoria profissional (ampliada) dos agentes de segurança pública.

Enxerga-se grave quebra de proporcionalidade, porém, quando aceita-se a outorga de tão ampla garantia de defesa aos policiais, como categoria diferenciada, e ao mesmo tempo assume-se, por exemplo, que um investigado preso, sem noções mínimas de Direito para conseguir compreender sozinho e em toda a sua plenitude as disposições constitucionais que lhe protegem contra a autoincriminação indesejada, possa ser interrogado sem a presença de advogado, meramente por não ser policial (ou equiparado). Não é constitucionalmente aceitável que a mera qualidade profissional do investigado eleve, por força de lei ordinária, suas garantias processuais, tornando-as mais fortes e mais amplas que as asseguradas a cidadãos em situação de nítida hipossuficiência técnica e contextual. Um policial não pode, só por ser policial, ter assegurada por lei salvaguardas de defesa que essa mesma lei não estenda, por exemplo, a pessoas sem escolaridade e com baixo poder aquisitivo, presas por policiais e imediatamente interrogadas por outros policiais – tudo, quiçá, fora de estado de flagrância, ou eventualmente até mesmo fora de evidências concretas de autoria ou de materialidade (v.g.,

11 “A confissão do réu no curso do inquérito policial, a apreensão de drogas variadas e armas em sua residência, seu envolvimento anterior em crime da mesma natureza, além da existência de denúncias anônimas de tráfico autorizam a segura conclusão de ele vinha praticando o delito previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, devendo ser mantida a condenação pela prática do referido delito” (TJMG, AP 10194170067293001, rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, j. 22/11/2018. “A grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo encontra-se cabalmente comprovada pelos depoimentos das testemunhas e pela confissão dos Réus no inquérito policial” (TRF5, AP 00020909320124058500/SE, rel. Des. Fed. Cid Marconi, j. 25/02/2016).

alguém preso por policiais militares, com base em razões meramente intuitivas, para confessar um furto ocorrido um mês antes e revelar o que teria sido feito do objeto furtado). A discrepância seria gritante e escandalosa.

Pode-se compreender que a norma do art. 14-A do CPP vale para toda e qualquer situação envolvendo *crimes com uso de violência letal*, restringindo-se a inconstitucionalidade a priorização não isonômica de certos beneficiários – os agentes de segurança pública, em sentido ampliado – quando empregam violência letal em atividades profissionais.

Essa alternativa resolve o problema de evitar-se a extirpação completa, por declaração de inconstitucionalidade, de uma norma que, ao fim e ao cabo, introduz genuinamente a ampla defesa no processo penal, alcançando a fase pré-processual. Além disso, resolve os problemas relacionados à isonomia e à proporcionalidade, pois afinal, os crimes com uso de violência letal são todos gravemente punidos (independentemente de quem os pratique), justificando uma defesa processualmente qualificada em favor dos suspeitos de tê-los praticado. Há necessidade, adequação e correspondência entre meios e fins (proporcionalidade em sentido estrito) na ideia de dar-se amplitude maior à defesa de quem é investigado por crimes praticados com emprego de força letal, desde que o fator considerado seja o tipo objetivo do crime, não a profissão do investigado.

Deve-se responder, no entanto, se apesar dessa operação ser supressiva, ou seja, de resultar no corte de certo trecho da norma, ela realmente implica em produção normativa com sinal negativo, ou se, ao revés, introduz produção criativa e positiva do intérprete, que estaria então a usurpar a função legislativa¹².

⇒ 6. EQUALIZANDO AS ALTERNATIVAS: A MELHOR SOLUÇÃO POR ORA POSSÍVEL

A mera introdução do art. 14-A do CPP no ordenamento processual penal brasileiro já cria problemas jurídicos de grande expressão, e qualquer alternativa que se adote implica em tomada de posição a respeito, dado que o dispositivo em questão *existe*, apesar das dimensões de sua invalidade¹³.

De todas as alternativas possíveis, a que nos parece mais condizente com o conjunto de princípios emanados da Constituição é a que aproveita o máximo do conteúdo objetivo e material afirmado pelo Poder Legislativo. Preservam-se, por estarem em conformidade com a Constituição, (a)

12 ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Tribunal Constitucional: *¿Un legislador positivo o negativo?*, p. 734.

13 Adotamos a posição de FERRAJOLI, admitindo a norma em questão, por seus vícios substanciais, como existente, mas parcialmente inválida (Dos modelos de constitucionalismo, p. 38).

a ideia de assegurar-se a ampla defesa a partir do primeiro momento da individualização e personalização da persecução penal, e (b) a ideia de restringir-se essa proteção processual penal especial a crimes mais graves, relacionados ao uso letal da força. Glosa-se do conteúdo objetivo, todavia, aquilo que é impossível de ser alinhado com a Constituição: a introdução de uma política de segurança pública incentivadora do uso letal da força. Glosa-se também o conteúdo subjetivo da norma (reserva de um privilégio processual a agentes de segurança pública em serviço), posto que transgride os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Finalmente, e por consequência lógica disso tudo, suprime-se o segmento da norma que atribui deveres jurídicos à “*instituição à qual o investigado estava vinculado*”, pois tudo nela disposto sobre privilégios a policiais (em sentido amplo) que utilizam força letal em sua atividade profissional é inconstitucional.

É preciso responder-se seguramente, porém, se tal solução, derivada de uma *decisão de inconstitucionalidade de redução parcial horizontal ou quantitativa*¹⁴, implica ou não em inovação legislativa, ou seja, em *efeito modificativo* que vá além do que é comportado no exercício do controle de constitucionalidade.

A resposta está, a nosso ver, na constatação de que a norma resultante desse exercício é rigorosamente a mesma, caindo apenas dois sentidos semânticos dela emanados: (a) ela deixa de ser uma norma de proteção processual exclusivamente reservada a policiais; (b) ela deixa de ser uma norma de promoção, incentivo ou defesa do uso de força letal em atividades de segurança pública. Seu sentido central e essencial – assegurar uma defesa diferenciada para quem é investigado por possíveis crimes relacionados ao uso de força letal –, é integralmente preservado, sem sofrer nenhuma modificação genuinamente criativa por efeito da decisão de redução.

Claro que há necessidade de reestruturar-se o texto da norma, mas *sem inovação criativa, com sinal positivo*, advinda dos *efeitos modificativos e aditivos* necessários para a preservação do sentido central, e compatível com a Constituição, de assegurar-se a ampla defesa, já no inquérito policial, para quem é investigado sobre fatos relacionados ao uso letal da força.

Essa interpretação pressupõe que todo o inquérito ou procedimento de investigação que apura fatos relacionados a crimes praticados com violência letal (homicídio, latrocínio, estupro seguido de morte, tortura seguida de morte), a partir da identificação da autoria, deva ser acompanhado por advogado escolhido pelo investigado, e no caso do investigado omitir-se e não indicar advogado, pela convocação da Defensoria Pública, que é a

14 MEDEIROS, Rui – Op. Cit., p. 434.

instituição constitucionalmente vocacionada para zelar pela ampla defesa (CF/88, art. 134).

Restaria afastado o §6º do art. 14-A, e seria dada interpretação conforme a Constituição ao caput e ao §2º, modificados e reduzidos mais ou menos aos seguintes termos:

*“Quando **qualquer cidadão** figurar como investigado em inquérito policial, inquérito policial militar e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.*

*§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a **Defensoria Pública**, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, **assegure a ampla defesa do investigado**”.*

O ato do legislador de assegurar a ampla defesa nos procedimentos de investigação, uma vez objetivado em lei, *precisa ser* preservado pelos órgãos de controle de constitucionalidade, pois concretiza o espírito garantista inequivocamente presente no art. 5º, LV, da Constituição. A atuação do legislador negativo não deve voltar-se contra a própria essência do texto constitucional de referência. A opção de dar-se tratamento processual diferenciado para investigações relacionadas ao uso letal da força (ou seja, investigações que tenham por objeto uma conduta que implica em morte ou perigo concreto de morte da vítima, independentemente do autor ou das circunstâncias), da mesma maneira, *deve* ser preservada pelo intérprete constitucional, pois resulta do exercício de atribuições constitucionais de outro órgão de soberania, encontra-se na margem de conformação assegurada pela Constituição para esse outro órgão de soberania, e tem sustentáculo nos parâmetros constitucionais da isonomia e da proporcionalidade. A outorga legal de privilégios processuais a agentes de segurança pública (em sentido amplo) que usam força letal, por outro lado, não só é constitucionalmente inválida por veicular um política de segurança pública de incentivo à violência letal, como é também inválida, à luz da Constituição, por questão de isonomia, já que não há razões constitucionalmente legítimas, associadas ao serviço público, que justifiquem o tratamento processual diferenciado.

Não sendo válida a norma, em uma palavra, nem naquilo em que privilegia os policiais e assemelhados, nem naquilo em que protege e estimula a violência policial letal, ela é válida em todo o resto, ainda que mereça, *de lege ferenda*, algum tipo de reformulação. A tarefa do órgão de controle de constitucionalidade, como legislador negativo, deve ser então preservar (não alargar) a parte do objeto material da norma que está conforme a

Constituição (tratamento processual diferenciado, em nome da ampla defesa, para casos criminalmente relevantes que envolvam o uso de força letal), e cortar tanto seus aspectos subjetivos discriminatórios (privilégio a agentes de segurança pública e assemelhados) quanto seus segmentos atentatórios às diretrizes já estudadas (o problema da veiculação de uma política de segurança pública de incremento do uso letal da força por agentes do Estado).

⇒ 7. A IMPLEMENTAÇÃO DA SOLUÇÃO E O PROBLEMA DA DA INSEGURANÇA JURÍDICA

O entendimento recém defendido pode ser posto em prática, em tese, tanto pela via do controle concentrado quanto pela do controle difuso de constitucionalidade, e uma vez que delegados e membros do Ministério Público não são *proibidos* pela legislação em vigor, de sobremaneira, de intimarem (“citarem”) qualquer investigado (policial ou não) por fato relacionado ao uso letal da força, devem a rigor fazê-lo, doravante, sob o risco de todo o futuro processo poder ser declarado nulo, seja nas duas instâncias ordinárias, seja nas instâncias extraordinárias, se acionadas por meio de *habeas corpus*.

O desejado patamar de uniformidade e segurança jurídica só poderá ser atingido, porém, quando o STF definir a abrangência do art. 14-A do CPP pelos meios de estabilização constitucional com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sejam as ações objetivas de controle concentrado de constitucionalidade (CF, art. 102, §2º), seja a súmula vinculante (CF, art. 103-A, caput e §1º).

⇒ 8. CONCLUSÃO PROVISÓRIA

A mera existência¹⁵ de uma norma como a do art. 14-A do CPP, para além do juízo de validade ou invalidade que se faça a respeito dela, já estará a produzir uma série de efeitos sobre o processo penal brasileiro.

A ideia de assegurar-se a investigados a plenitude do direito de defesa não se trata de uma invenção original que o legislador brasileiro, com a Lei Anticrime, trouxe a lume. Já a defesa do uso letal da força como política de segurança pública interna, contudo, é totalmente inusual em estados democráticos de direito (não devendo ser confundida, nem de perto, com abordagens semelhantes à da *broken windows theory* ou do movimento *law and order*), e não tem guarida na Constituição brasileira de 1988.

15 Mais uma vez no sentido empregado por FERRAJOLI.

Cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, depurar a norma do art. 14-A do CPP, salvando, como legislador negativo, seus componentes aproveitáveis, em atenção ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º).

Compreendemos que a norma do art. 14-A do CPP pode ser separada entre os excertos objetivos conforme a Constituição (garantia de direito de defesa no inquérito e proteção processual diferenciada para situações criminalmente relevantes envolvendo o uso letal da força), o excerto objetivo em atrito com a Constituição (veiculação de uma política de segurança pública de incentivo ou tolerância ao uso letal da força por agentes do Estado) e o excerto subjetivo discriminatório, em contrariedade com a Constituição (concessão de um privilégio processual penal a policiais em sentido amplo).

Nossa conclusão, porém, leva necessariamente em conta que o *verdadeiro* sentido normativo do art. 14-A do CPP só será definitivamente conhecido pelo universo de operadores do direito quando a norma foi interpretada pelo STF com força obrigatória geral, levando-se em conta tanto a má qualidade estrutural do texto da norma quanto as fortes tensões dos *checks and balances* na atual conjuntura jurídico-política do país.

⇒ BIBLIOGRAFIA

- COSTA, Renata Tavares - Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e "controle difuso de convencionalidade": o caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Boletim IBCCRIM, Ano 27 - Nº 323 - Outubro/2019.
- FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz - Dos modelos de constitucionalismo: una conversación. Madri: Ed. Trotta, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi - La democrazia attraverso i diritti: Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico. Bari: Ed. Laterza, 2018.
- GARCIA, Emerson. As forças armadas e a garantia da lei e da ordem. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 10, n. 16, p. 327-352., jan./jun. 2011.
- KELLING, George L., e WILSON, James Q. - Broken windows: the police and the neighborhood safety, The Atlantic, março/1982. [em linha]. [disponível em <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>]. [Consulta em 24/2/2020].
- MEDEIROS, Rui - A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 1999.
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Forças armadas e policiamento. Revista brasileira de segurança pública, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 48-63., 1º sem. 2007.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do - Tribunal Constitucional - ¿Un legislador negativo o positivo? Revista de Derecho UNED, n. 16, 2015. Disponível em <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284>.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. Revista internacional de direito e cidadania, Erechim, v. 2, n. 5, p. 165-176., out. 2009.
- SILVA, Germano Marques da - Curso de Processo Penal. Lisboa: Ed. Babel, 2010.

Capítulo 11

O confisco alargado à luz da Constituição, dos tratados e da lei brasileira

Vladimir Aras¹

*“The life of the law has not been logic; it has been experience.”
(Oliver Wendell Holmes, Jr.)*

⇒ 1. INTRODUÇÃO

Sancionada em 24 de dezembro de 2019, a Lei Anticrime pode ser estudada sob vários enfoques. Podemos tomar em conta seus vetores penais, processuais penais e não penais; podemos considerar suas repercussões no processo penal tradicional ou no campo da justiça consensual; podemos ainda pôr em relevo um recorte temático, a partir dos seus impactos em matéria probatória, na questão das garantias ou nas iniciativas voltadas ao fortalecimento das políticas anticorrupção.

Tomemos esta última perspectiva. Veremos que a Lei 13.964/2019 reforçou as medidas e os mecanismos anticorrupção ao equalizar a pena do crime de concussão (art. 316 do CP), ao regular o acordo de não persecução cível para os casos de improbidade administrativa (art. 17, §1º, da Lei

¹ Membro do Ministério Público brasileiro desde 1993, mestre (UFPE) e doutorando (UNICEUB) em Direito, especialista MBA em gestão pública (FGV), professor assistente de processo penal da UFBA e de pós-graduação no IDP, na UNB/FACE e noutras instituições de ensino superior. Autor e palestrante. Edita o site jurídico www.vladimiraras.blog.

8.429/1992), ao fortalecer o regime de proteção e incentivo a informantes de boa-fé (*whistleblowers*) (art. 4º-A da Lei 13.608/2018), e ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o confisco alargado (art. 91-A do CP).

Outras inovações da Lei Anticrime terão impacto direto ou indireto sobre o microsistema brasileiro de luta contra a corrupção. No entanto, estas são as novidades mais relevantes neste segmento do ordenamento jurídico brasileiro.

Pretendo examinar o confisco alargado como um dos mecanismos de luta contra o crime organizado, a corrupção, o financiamento do terrorismo e a lavagem de dinheiro. Esse desiderato de desestímulo econômico pode ser alcançado pela via do esgotamento dos meios materiais ilicitamente acumulados pelos autores desses e de outros delitos "proveitosos", isto é, as infrações penais que geram bens, direitos e valores, especialmente aquelas figuras delitivas de alta lucratividade e grande capacidade de lesão aos bens jurídicos mais relevantes das sociedades democráticas.

Diz o novo art. 91-A do Código Penal que, na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, o juiz criminal pode decretar 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".

⇒ 2. UM BREVE NORTE HERMENÊUTICO

Ao estudar o confisco alargado, utilizarei os termos "perda", "perdimento" e "confisco" como sinônimos. A grande questão que se põe não é terminológica; é de fato a da linguagem adotada pelo legislador, que deve ser pré-compreendida e interpretada, à luz da Constituição e dos tratados de direitos humanos. Diante de um instituto novo há evidentes desafios hermenêuticos, que serão tanto maiores quanto mais complexa for a colisão entre os direitos fundamentais e o interesse público.

De acordo com sua definição originária, a hermenêutica é a arte de explicar e de meditar, com base em um esforço interpretativo, o que é dito pelos outros e o que vem ao nosso encontro no interior da tradição, sempre que o que é dito não é imediatamente compreensível.²

2 GADAMER, Hans G. *Hermenêutica da obra de arte*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Para Gadamer, a hermenêutica jurídica não se resume a uma questão de técnica jurídica. Cuida-se, na verdade, de um problema filosófico, que tem a ver com a historicidade e a faticidade do conhecimento. Diz o professor alemão que “compreender e interpretar textos não é só uma instância científica, pertencendo também à experiência humana do mundo”.³

Portanto, segundo Gadamer, “os textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente”, à medida em que o jurista alcança a compreensão dos signos linguísticos que o texto apresenta. Contudo, o conteúdo da norma só surge diante do caso concreto, devendo ter-se em consideração a situação hermenêutica em que o intérprete se acha.⁴

Tendo em conta que o confisco alargado provoca tensões com o direito de propriedade e o devido processo legal, é fundamental encontrar um norte hermenêutico para a adequada interpretação da lei que o instituiu.

Lembra Coelho que a constitucionalização dos direitos fundamentais fez surgir um problema relativamente recente, a respeito da interpretação constitucional de tais direitos agora alçados ao nível de normas constitucionais. Essa transição deu-se no momento em que as “constituições deixaram de ser meros catálogos de competências ou leis fundamentais do Estado para se converterem, também em Cartas de Cidadania”.⁵

Tendo em conta a natureza especial dessas normas no corpo constitucional, continua Coelho, “cuidaram os estudiosos de formular uma teoria hermenêutica que se poderia chamar principiologicamente adequada, na medida em que responde à necessidade de interpretar e aplicar princípios jurídicos e não simplesmente regras de direito”.⁶ Ressaltando que esse esforço deve ser cauteloso e dotado de prudência político-constitucional, o autor adverte que:

(...) os resultados de toda atividade hermenêutica só se tornarão socialmente vinculantes se as manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição puderem ser identificadas como forma de expressão da consciência jurídica geral, que outra coisa não é senão aquilo que, em dado momento histórico, a sociedade considera correto e justo.

3 GADAMER, Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.

4 GADAMER, Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.

5 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

6 COELHO, op.cit.

O desafio que se põe, portanto, é o de compreender as razões socio-lógicas, criminológicas e de política criminal que fizeram surgir os novos institutos penais ou extrapenais que lidam com o enriquecimento ilícito no contexto de crimes graves e como essas inovações se compatibilizam com os direitos fundamentais enunciados nas cartas constitucionais e nos tratados internacionais, tendo em conta sua conformidade com o que Coelho denomina de "consciência jurídica geral", em busca de uma interpretação mais justa do direito, um dos ideias de Gadamer.

⇒ 3. EFEITOS PATRIMONIAIS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL

O confisco é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que a prática de crimes não pode ser um negócio lucrativo e indene. Esta perspectiva foi adotada pela Constituição e por diversos diplomas internacionais.⁷ Todos os modelos de confisco no mundo "têm em comum o referencial ético de que o crime não deve compensar".⁸ Disso deve resultar a percepção de que um dos propósitos dos perdimentos é fazer retornar o réu ao seu estado patrimonial anterior, evitando-se o locupletamento ilícito ou o enriquecimento sem causa. O segundo propósito é o de evitar que tais ativos de origem ilícita continuem a ser utilizados para a prática de novos crimes.

Em função da necessidade de impedir que o criminoso se aproprie dos bens que resultaram da atividade criminosa (*objecta sceleris*) e os legitime ou que continue a se valer de instrumentos e insumos do delito para a prática de outros crimes (*instrumenta sceleris*), a legislação prevê o perdimento de tais coisas em favor do Poder Público, ressalvando-se sempre os direitos do lesado (a vítima) ou do terceiro de boa-fé.

Assim, em regra, em todas as jurisdições são confiscáveis os bens, direitos e valores que decorrem direta ou indiretamente da infração penal. O conceito abrange os produtos diretos do crime (*producta sceleris*) e seu proveito, provento ou produto indireto (*fructa sceleris*), assim como seus respectivos instrumentos (*instrumenta sceleris*). Fica abrangido também no conceito o valor pago ao autor material do delito (*pretium sceleris*). O produto é a utilidade diretamente obtida com a infração penal (exemplo: o dinheiro roubado do banco); o proveito é a utilidade econômica indireta (exemplo: o imóvel comprado com tal dinheiro). Os instrumentos são os meios para a prática da infração (exemplos: a arma usada no roubo, o carro utilizado

7 STF, Pleno, RE 638.491/PR, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 17.05.2017.

8 VIEIRA, Roberto d'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise do direito comparado. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

na fuga, os aparelhos e matérias-primas necessários à preparação de drogas ilegais, o dinheiro da propina a ser paga).

Ao lado do confisco tradicional, clássico ou direto (*tainted-property confiscation* ou *object-based confiscation*), há outros modelos de extinção de domínio, aqui referida como gênero. Também se permite o confisco subsidiário ou por valor equivalente (*value-based confiscation*), sempre que o produto ou proveito do crime tenham sido consumidos, destruídos ou ocultados ou eventualmente transferidos ao exterior.

Os sistemas de confisco podem ser: a) baseados nos bens (*object-based confiscation*), nos quais o Ministério Público deve provar que tais ativos são produto, proveito ou instrumentos do crime; ou b) baseados em valor (*value-based confiscation*), quando será possível obter o perdimento de valores pertencentes ao autor do crime, haja ou não haja vínculo direto e específico entre o crime e tais valores.

Modernamente desenvolveu-se uma nova espécie de confisco, denominado perdimento alargado (*extended confiscation*), que se aplica a situações de enriquecimento ilícito caracterizadas pela existência de patrimônio incompatível com as rendas comprovadas do agente e, portanto, presumivelmente oriundo de crimes graves, de cunho patrimonial, econômico ou financeiro, que compõem uma carreira criminoso ou estilo de vida delinquente.⁹

Essas três modalidades de confisco – direto, subsidiário e alargado – configuram espécies de supressão de domínio e posse, decorrentes da prática de crimes ou de comportamentos a eles relacionados.¹⁰ Tais intervenções no direito de propriedade são conhecidas na literatura em língua inglesa como *conviction-based confiscation* ou *criminal forfeiture*, que exigem prévia condenação criminal, por oposição aos modelos de *non-conviction based confiscation* (NCB), nos quais o perdimento de bens não depende de sentença penal condenatória.¹¹ Estes últimos tipos são também chamados de perdimento civil (*civil forfeiture*) ou ações de extinção de domínio (*in rem forfeiture*) e têm um standard de prova mais flexível ou mitigado, menos rigoroso do que o exigido para condenações criminais.

Tendo em consideração as vítimas do crime, a legislação civil prevê o dever de reparar o dano causado por ato ilícito, ao passo que a lei penal estatui que a condenação criminal torna certa esta obrigação, com efeito direto na instância cível.

9 TRANSPARENCY INTERNATIONAL BULGARIA. Enhancing Integrity and Effectiveness of Illegal Asset Confiscation - European Approaches. Disponível em: <https://www.confiscation.eu/faq>. Acesso em: 10.fev.2020.

10 Neste sentido, vide o acórdão C-176-94, da Corte Constitucional da Colômbia.

11 Este é o campo das ações civis de extinção de domínio.

BEM	CONCEITO	NOMENCLATURA	CONFISCÁVEL
Produto do crime	Utilidade econômica direta	Produto direto (<i>Producta sceleris</i>)	Sim
Proveito do crime	Utilidade econômica indireta	Provento ou produto indireto (<i>Fructa sceleris</i>)	Sim
Instrumento do crime	Meios materiais usados para a prática do crime	<i>Instrumenta sceleris</i>	Sim, em certas condições

3.1. Obrigação de reparar o dano

Um dos efeitos automáticos da condenação é a obrigação civil de reparar os prejuízos morais e materiais provocados pelo delito. Conforme o art. 91, inciso I, do CP, é efeito da condenação "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Por força do art. 387, inciso IV, do CPP, introduzido pela Lei 11.719/2008, na sentença condenatória, o juiz deve fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Complementando esse dispositivo, o art. 63 do CPP estabelece que, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Tal execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do art. 387 do CPP, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

A Lei Penal Ambiental tem regra similar. Pelo art. 20 da Lei 9.605/1998, a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do caput, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

O art. 4º, inciso I, da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) também cuida dos efeitos da condenação, estabelecendo que esta torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos.

A obrigação de reparar o dano origina-se no direito civil. Diz o art. 927 do Código Civil que aquele que, por ato ilícito, “causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Segundo o art. 186 do Código Civil, ato ilícito é a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Um crime é sempre um ato ilícito. A instância penal “torna certa” a obrigação civil de reparar o dano, dispensando a utilização de ações cíveis de conhecimento para a obtenção do título executivo judicial para a execução *ex delicto*. A sentença a ser cumprida será a penal.

Sentenças estrangeiras podem ser reconhecidas no Brasil, isto é, homologadas pelo STJ (art. 105, da Constituição Federal), para “obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis”. O procedimento para esta homologação está previsto no art. 9º do Código Penal, no CPC e no CPP, assim como no regimento interno do STJ.

3.2. Perdimento criminal direto

Diversos instrumentos jurídicos internacionais tratam do confisco patrimonial como consequência da condenação por uma infração penal. Os mais relevantes são a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Paris, 1997), a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (Nova York, 1999), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003).

O tema é regulado no Brasil pelo Código Penal e por legislação extravagante, como a Lei 9.613/1998 e a Lei 11.343/2006.

O inciso II do art. 91 do CP estabelece que são efeitos da condenação a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

- 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.

Nem sempre o confisco patrimonial está ligado à prática de um crime. A legislação não penal prevê situações que ensejam o perdimento administrativo, que se faz sem condenação criminal. A matéria é objeto do art. 23, §1º, e do art. 26, do Decreto-lei 1.455/1976 e dos arts. 675, 688, 689 e 700 do Decreto 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro). A pena de perdimento administrativo é a mais grave sanção do direito aduaneiro.