

1

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Jaime Leônidas Miranda Alves¹

RESUMO: A Lei nº. 13.964/2019 inovou de sobremaneira o ordenamento jurídico penal. Trouxe modificações que contribuíram ao exercício do direito de defesa (i.e. o juiz de garantias) mas tornou, em diversos pontos, mais rigorosa a repressão estatal aos delitos (agravamento de pena e dos patamares para progressão). Dentre as modificações está a contida no art. 91-A do Código Penal, que versa sobre a possibilidade de decretação da perda de bens do réu como efeito da condenação. Esse dispositivo, em análise superficial, parece inconstitucional, por violação tanto do direito fundamental à propriedade, quanto ao devido processo legal, e esse é o questionamento-problema que impulsiona a presente pesquisa. Desse modo, a partir da utilização do método indutivo, analisando-se o procedimento previsto no art. 91-A do Código

¹ Defensor Público do Estado de Rondônia. Ex-Defensor Público do Estado do Amapá. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS) Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Pesquisador do Programa de Pesquisa, Publicação e Intercâmbio - PPPI da Escola da Magistratura de Rondônia. Organizador das coleções “Temas essenciais de direito público” e “Defensoria Pública nos trinta anos da Constituição Federal de 1988”. Autor do livro “O novo Constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais”. Membro da comissão dos direitos do consumidor da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADep), representando o Estado de Rondônia. Professor universitário nas disciplinas de Direito Constitucional e Direito Processual Penal na Faculdade São Paulo. E-mail: jaime_lmiranda@hotmail.com.

Penal, chegou-se ao resultado da pesquisa, qual seja, o entendimento de que, de fato, há inconstitucionalidade material, por violação aos preceitos acima alinhavados, o que reclama a declaração pelo Supremo Tribunal Federal, ficando, desde logo, consignada a possibilidade de suscitação em caráter incidenter tantum pela defesa, a fim de que seja a inconstitucionalidade proclamada pelo juiz da ação penal.

Palavras-chave: Art. 91-A. Inconstitucionalidade. Processo Penal.

INTRODUÇÃO

No final de 2019 foi promulgada a Lei nº. 13.064/2019, que impôs uma série de modificações na formatação do direito penal e do processo penal. Ainda, modificou sensivelmente a compreensão da atuação estatal no enfrentamento de delitos.

Houve a consignação de institutos favoráveis ao exercício do direito de defesa, a exemplo da instituição do juiz de garantias (cuja eficácia está suspensa por tempo indeterminada por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, em verdadeiro contorcionismo jurídico), mas, em sua maioria, as modificações vieram no sentido de aumentar os instrumentos punitivos do Estado. Isso fica claro com a leitura das hipóteses em que houve agravamento de pena, e bem assim das condições mais rigorosas à concessão de “benefícios” (que, em verdade, são direitos, sendo, tanto do ponto de vista técnico quanto da propedêutica jurídica inaquedado o termo “benefício” utilizado com frequência pelo Estado-acusação e pelo Estado-juiz), como a progressão de regime e o livramento condicional, por exemplo.

Uma das modificações diz respeito à possibilidade de decretação, pelo juiz criminal, de perda, como produto ou proveito do crime, daqueles bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito (art. 91-A do Código Penal).

Não há muita discussão sobre o tema na doutrina, não havendo notícia de decisão, ainda que em primeiro grau, acerca da inconstitucionalidade do tema, sendo certo que a norma é presumidamente constitucional, sendo necessária que a inconstitucionalidade seja declarada para que esta deixe de produzir efeitos (teoria da anulabilidade).

Contudo, se verifica, ao menos de forma apriorística, possível incompatibilidade material do art. 91-A do Código Penal com os comandos normativos de proteção aos direitos fundamentais de propriedade e de devido processo penal.

Utilizando-se do método indutivo, pretende a pesquisa então confirmar/refutar a tese da inconstitucionalidade, o que é de grande valia, haja vista a possibilidade de suscitação, pela Defesa, ainda no curso da ação penal, para fins de decisão incidental e afastamento da norma.

Num primeiro momento estuda-se os contornos normativos do art. 91-A do Código Penal; em frente são analisados o direito fundamental à propriedade e o devido processual legal; por fim, a questão da inconstitucionalidade é enfrentada.

RESULTADOS

Como resultado da pesquisa, pode-se perceber que a decretação de perda de bens prevista no art. 91-A do Código Penal é inconstitucional por violação a diversos valores constitucionais, como a presunção de inocência, o ônus probatório no processo penal, a proporcionalidade e a razoabilidade e o direito à propriedade.

1. ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL: possibilidade de decretação de perda de bens em decorrência de condenação criminal

Primeiramente, para os fins a que se propõe o presente artigo, necessária a análise do centro normativo da pesquisa, ou seja, o art. 91-A do Código Penal, cuja constitucionalidade se pretende questionar:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

z§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”.

O *caput* do art. 91-A do Código Penal cuida das hipóteses em que será cabível a decretação de perda de bens, se limitando às infrações cuja pena máxima em abstrato supera o patamar de seis anos de reclusão.

O primeiro comentário que se faz a esse respeito é que não é utilizado a pena-definitiva, construída após o processo trifásico de individualização da pena, mas, noutro giro, a possibilidade de perda de bens tem como parâmetro a penabase em abstrato.

Desse modo, permite-se a invasão do juiz criminal no patrimônio do réu em decorrência de crimes cuja pena definitiva demonstrar um menor grau de reprovabilidade da conduta, a exemplo da infração penal prevista no art. 148, §2º do Código Penal, cuja pena máxima, de fato

ultrapassa os seis anos, mas a mínima é de dois anos, podendo inclusive haver a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44 do Código Penal) ou a suspensão da pena (art. 77 do Código Penal). O mesmo se observa nos tipos previstos nos artigos 133, § 2º e 136, § 2º, todos do Código Penal.

Prosseguindo na análise do dispositivo, tem-se que a perda se dará pela quantificação da diferença existente entre o rendimento lícito do condenado e o valor de seu patrimônio, incluindo os bens de sua propriedade e os que se encontrem em sua posse.

Admite o art. 91-A, § 2º a atividade probatória, ainda no curso da instrução penal, a fim de que comprove o réu e não o Ministério Público a procedência lícita do seu patrimônio.

Por fim, em atenção ao princípio do contraditório, estabeleceu o § 3º do art. 91-A do Código Penal que a perda de bens enquanto efeito automático da sentença penal condenatória reclama prévio requerimento do autor da ação penal.

2. DOIS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ANÁLISE: o direito à propriedade e o direito ao devido processo penal enquanto parâmetros de controle de constitucionalidade

São apontados como parâmetros para eventual inconstitucionalidade com o art. 91-A do Código Penal os direitos fundamentais à propriedade e o devido processo penal.

De forma não exaustiva, passa-se ao estudo dos principais pontos que revestem esses direitos, a começar pelo direito fundamental à propriedade, previsto no art. 5º, XXII da CF/88, que estabelece ser garantido o direito de propriedade.

Nesse contexto, o direito de propriedade compreende uma relação caracterizada pela existência de diversas prerrogativas (usar, gozar, dispor e reivindicar) que tem o indivíduo em relação a determinado bem. Todos os direitos de cunho patrimonial estão englobados pelo direito à propriedade, sejam materiais ou imateriais, a exemplo do direito autoral e o direito de herança.

Em relação à propriedade, ainda no art. 5º (desta vez, no inciso XXIII), há a previsão da defesa de sua função social. Para a doutrina contemporânea, o cumprimento da função social não é uma qualidade da propriedade, mas sim próprio elemento desse direito, não havendo que se falar em propriedade se descumprida sua função social.

Fato é que a função social serve como forma de limitar o uso da propriedade, incentivando o indivíduo a contribuir ao bem-estar da coletividade em detrimento de interesses unicamente individuais.

Sob a perspectiva do direito civil, tem-se que o direito à propriedade, na lição de Schreiber (2020), é o mais abrangente dos direitos reais, sendo definido como situação jurídica complexa que abrange as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, podendo reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua.

Fato é que a função social serve como forma de limitar o uso da propriedade, incentivando o indivíduo a contribuir ao bem-estar da coletividade em detrimento de interesses unicamente

individuais. Sob a perspectiva do direito civil, tem-se que o direito à propriedade, na lição de Schreiber (2020), é o mais abrangente dos direitos reais, sendo definido como situação jurídica complexa que abrange as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, podendo reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua.

Ademais, é direito fundamental de primeira dimensão, se caracterizando por exigir do Estado uma posição de abstenção (proibição de excesso), ou seja, marca do constitucionalismo liberal, foi pensado como proteção do indivíduo em face do Poder Público, limitando a sua atuação (*status negativus*²).

É nessa perspectiva que Feldens (2012) percebe os direitos fundamentais de primeira dimensão como carregando em si verdadeira proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*). Desse modo, a restrição ao direito fundamental da propriedade do indivíduo, pelo Estado, reclama denso ônus argumentativo.

Vale dizer, não é qualquer fato ou pretensão estatal que serve para, de forma legítima, limitar o direito de propriedade do indivíduo, devendo o ato estar devidamente fundamentado, não de forma apriorística, mas a partir das peculiaridades do caso *sub examine*. E esse é um dos topos argumentativos da pesquisa.

Em frente, analisa-se os contornos normativos do devido processo legal, cuja previsão constitucional repousa no art. 5º LIV, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Mais que um direito (de cunho declaratório), o devido processo legal é verdadeira garantia constitucional, se dividindo em duas dimensões: (i) o devido processo legal formal, de caráter estritamente procedimental; e (ii) o devido processo legal material, de natureza subjetiva.

Em (i), as exigências do devido processo legal se satisfazem com a observância de um conjunto de garantias processuais mínimas, a exemplo do contraditório, do juiz natural, da duração razoável do processo, dentre outras.

Em (ii), por sua vez, há uma exigência de, para além da obediência das regras do jogo, que as decisões administrativas e judiciais sejam razoáveis e proporcionais, primando pelo sentimento de justiça, de adequação, equilíbrio etc.

Conforme lição de José Baracho, são assegurados aos indivíduos o direito de ação e o direito de defesa judicial, por toda uma série de normas ‘*due process of law*’, sistema de garantias que deve ser justo e leal.

Ou seja, devido processo legal significa, de forma simples, o respeito a um plexo de

² De acordo com Pieroth e Schlink “...os direitos fundamentais, no ponto em que são formulados como direitos de *status negativus*, conteriam não só direitos subjetivos de liberdade como direitos de defesa, mas decisões e padrões de valor, normas axiomáticas ou princípios objetivos. Com os direitos fundamentais, a Lei Fundamental daria a entender que a vida (compreendendo a integridade física *Leib und Leben*), a diversidade de opiniões, a arte e a ciência, a atividade profissional e o uso da propriedade etc. eram preciosos para além do interesse particular para prevenir ingerências nas suas respectivas liberdades. Eram objetivamente preciosos, eram a ordem ou o sistema de valores da comunidade, e o Estado era responsável por eles. A partir desta responsabilidade, o Estado teria de reconhecer funções suplementares jurídico-fundamentais que vão para além das funções jurídicas de defesa”. (PIEROTH. Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução António Francisco de Sousa; António Franco. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68-9).

garantias e direitos previsto na Constituição e na legislação ordinária que visa assegurar o regular exercício do direito de ação e do direito de defesa.

Especialmente em relação à dimensão do direito de defesa, que ganha mais relevo na pesquisa, o devido processo legal traz consigo os deveres (e não diretrizes ou axiomas) do contraditório, ampla defesa, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, além do tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); a publicidade do processo (art. 5º, LX, CF); a proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI); a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a motivação das decisões (art. 93, IX); a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e, no centro normativo de tudo, a presunção de inocência, como corolário do sistema acusatório³.

Especialmente em relação ao princípio da presunção de inocência, este encontra-se positivado, para além de tratados internacionais, na Constituição Federal (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e no Código de Processo Penal (Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...) e traz consigo a pedra de toque do direito penal: significa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A presunção de inocência traz como consectários a regra de tratamento e a regra de julgamento.

Ao passo em que a primeira exige que, como regra, deve o acusado responder o processo em liberdade (porque pressuposto do Estado de Direito é a liberdade, devendo a sua segregação ser devidamente justificada), podendo ser preso apenas mediante decisão judicial devidamente justificada; a regra de julgamento, por sua vez, reclama que cabe ao órgão de acusação comprovar, de forma a não deixar dúvidas, a autoria e a materialidade. Havendo dúvidas a esse respeito, deve ser proferido decreto absolutório.

E seguindo nessa linha: a partir do momento em que o acusado é presumidamente inocente, não lhe incumbe produzir provas. Assim, no processo penal, não há distribuição de carga probatória: o ônus probatório recai inteiramente sobre o acusador, pois há uma presunção que deve por ele ser destruída.

No processo penal, não existe distribuição de cargas, pois o réu ao ser (constitucionalmente) presumidamente inocente não tem qualquer dever de atividade processual. Mais do que isso, da sua inércia nenhum prejuízo jurídicoprocessual pode brotar.

Consequência disso é que, para além de autoria e materialidade, cabe ao órgão de acusação, e não à defesa, a prova de todos os elementos que, em tese, interessariam ao exercício do *potestas puniendi* (disfarçado de *ius puniendi*).

Sob essa perspectiva do direito fundamental à propriedade e do devido processo legal é que analisar-se-á a constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal.

³ Para Ferrajoli (2008, p.518), são características principais do sistema acusatório, dentre outras, a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento.

3. O ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL CONFRONTADO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nesse momento da pesquisa, tendo-se superadas as fases de tese (compreensão do objeto da discussão, qual seja o comando normativo contido no art. 91-A do Código Penal) e antítese (direito fundamental à propriedade e devido processo legal enquanto parâmetros para o controle de constitucionalidade) passa-se à antítese, pretendendo, a partir da utilização do método indutivo, responder se, de fato, há inconstitucionalidade material no art.91-A do Código Penal.

Para sumarizar o que já foi construído, tem-se que o art. 91-A do Código Penal possibilitou a decretação, como feito decorrente da sentença penal condenatória, da perda de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, por serem presumidos produto ou proveito de infração penal. Isso nos crimes cuja pena máxima em abstrato ultrapassa o patamar de seis anos.

Primeiro sob a perspectiva do direito fundamental à propriedade, tem-se que, há, de fato, inconstitucionalidade.

Isso porque, conforme ensinamento doutrinário majoritário, a propriedade se caracteriza por ser direito (i) complexo; (ii) absoluto; (iii) perpétuo (iv) exclusivo e (v) elástico.

O direito à propriedade é complexo porquanto formado por um conjunto de poderes ou faculdades, sendo o mais completo entre todos os direitos reais. Absoluto na medida em que possui oponibilidade erga omnes, podendo, no limite das previsões constitucionais e legais, fazer o particular o seu uso da forma que lhe aprouver. Perpétuo na medida em que não há sua extinção pelo desuso, sendo o patrimônio transmitido por meio da herança. Exclusivo tendo em vista que, ressalvadas certas situações, como o condomínio e a multipropriedade, por exemplo, o poder dominial de alguém exclui o de outrem. E, por fim, elástico já que pode ser distendido ou contraído na formação de outros direitos reais sem que, contudo, haja a perda da sua essência.

Em razão de todo esse sistema normativo-valorativo que envolve o direito fundamental à propriedade e, principalmente, pensando nesse como liberdade negativa (*Eingriffsverbote*), ou seja, direito construído pra liminar o âmbito de atuação dos indivíduos, garantindo-lhes o mínimo de segurança jurídica e de contornos de dignidade, deve-se fazer as seguintes ponderações.

Primeiro que descabe cogitar, sob pena de inconstitucionalidade material, da perda de patrimônio do réu como efeito automático da sentença. Custa dizer, o simples fato de haver demonstração de incompatibilidade financeira entre a renda lícita e o patrimônio não é suficiente, por si só, para que o Estado adentre o patrimônio do réu.

Deve, assim, para que possa o Estado adentrar na esfera íntima do patrimônio, decretando o juiz criminal a perda de bens do condenado, haver motivação idônea, concreta, de forma a demonstrar a necessidade da medida.

Ou seja, não se pode considerar a perda de bens como efeito ex lege da sentença, como o é a perda de direitos políticos, por exemplo. Isso porque essa limitação patrimonial não deve ocorrer em todos os casos em que presentes os requisitos expressos do art. 91-A do Código Penal.

Explica-se: uma interpretação do art. 91-A, à luz de todo o ordenamento constitucionalizado, exige que reste demonstrada a necessidade da medida de perda de bens. Isto é, deve o comando do art. 91-A do Código Penal ser lido não como regra, automática, mas sim como exceção, aplicável tão somente nas hipóteses em que demonstrada de forma concreta o seu cabimento e, mais importante, a sua necessidade.

Porque quando se percebe que a perda de bens do art. 91-A é exceção e não regra, tem-se como consequência jurídica o fato de que não ser qualquer decisão jurídica suficiente para determiná-la, sendo hipótese em que deve enfrentar o julgador ônus argumentativo forte. Ou seja, a aplicação do art. 91-A do Código Penal exige a observância ao princípio da inércia argumentativa⁴.

E mais: para que não haja violação ao direito à propriedade, essa demonstração parte de um juízo de certeza, e não de probabilidade.

E aqui começam os argumentos acerca da necessária observância do devido processo penal.

Em relação ao juízo de certeza, inquestionável que a sua construção deve ficar a cargo do Ministério Público, e não da defesa.

Isso em decorrência do sistema acusatório que hoje encontra-se, inclusive, positivado no art. 3^a-A do Código de Processo Penal e da distribuição do ônus probatório.

Como dito, por força do art. 156 do Código de Processo Penal, interpretado sistemicamente, não só materialidade e autoria dependem da carga probatória produzida pelo Ministério Público.

O Ministério Público é o *dominus litis* e carrega consigo a função institucional de implementar a vontade estatal punitiva (*potestas puniendi*). Disso se extrai que, se pretende o Estado adentrar no patrimônio do réu como efeito da sentença condenatória, sob a alegação de incompatibilidade do patrimônio e os rendimentos ilícitos, deve o Ministério Público deixar comprovada, no curso da instrução processual, essa incompatibilidade.

Não basta a mera alegação, mas sim a comprovação.

Por dois motivos deve caber ao Ministério Público a prova da incompatibilidade, e não à defesa:

(i) Pela sistemática do processo penal, calcado no sistema acusatório e na presunção de inocência, conforme já ventilado.

(ii) Pela compreensão de que, caso se admitisse a inversão do ônus da prova na hipótese do art. 91-A do Código Penal, haveria a criação legal do que a doutrina denomina de ônus

de produção da prova diabólica. Isso é, seria imputado ao réu comprovar fato negativo a

⁴ O princípio da inércia argumentava “impõe (a) um forte ônus argumentativo àquele que itiga defendendo tese em sentido contrário a precedente, ou ao magistrado que se afasta da ratio decidendi de precedente, ao decidir caso posterior semelhante; bem como que (b) mitiga o nus argumentativo àquele que advoga tese em consonância com precedente, ou ao magistrado que segue a ratio de precedente, ao decidir posterior caso semelhante”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 379. 224.

inexistência de incompatibilidade entre o patrimônio e seus rendimentos lícitos o que, por si só, é de extrema dificuldade. Na doutrina, tem-se que:

exigir a prova de algo que não ocorreu constitui um exemplo da chamada “prova diabólica”, em virtude de sua produção ser impossível ou extremamente difícil. Com efeito, não se revela razoável atribuir a quem genericamente afirmou a inocorrência de um fato, assim, o encargo de provar tal quadro negativo de inexistência, pois envolve uma negativa “absoluta” (“indefinida” ou “indefinida”, sem precisão no plano temporal ou no âmbito espacial. Se, no entanto, a respectiva negativa não for genérica em tais moldes, mas sim “qualificada” ou “determinada”, materializada numa negativa cujo contraponto é um fato positivo perfeitamente sujeito à prova, é perfeitamente admissível atribuir à parte que negou a existência do respectivo fato o ônus de provar o correspondente fato positivo (BREINTENBACH; TEIXEIRA, 2015, p. 15).

Sobre a produção de prova diabólica no curso do processo penal, colhe-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

No que se refere à distribuição do ônus da prova no Processo Penal, cumpre destacar que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence exclusivamente à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas). HC 73338, Relator Min. CELSO DE MELLO.

Outro argumento que serve para confirmar a tese aqui levantada (de impossibilidade de inversão do ônus probatório em desfavor de defesa) refere-se ao desequilíbrio fático de forças existente entre o Estado-acusação e o Estado-defesa, que inclusive foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 147.776/SP, ao aplicar a técnica da *Appellentscheidung*⁵.

Vale dizer, em um Estado em que o Ministério Público encontra-se inteiramente estruturado e que a Defensoria Pública, *custos vulnerabilis* por excelência, encontra-se ainda em estado de estruturação, sendo comprovado o desnível orçamentário entre as instituições, não há como se cogitar em transferir um ônus que, como corolário do sistema processual adotado, seria da acusação, para a defesa.

Desse modo, fortalece o argumento de inconstitucionalidade do art. 91-A do Código Penal não a possibilidade de decretação da perda de bens em si, mas a sua forma de processamento, sendo inconstitucional, por violação ao sistema acusatório e à presunção de inocência, a regra que impõe à defesa a prova da inexistência de incompatibilidade entre o patrimônio e a renda lícita (art. 91-A, § 2º do Código Penal).

Por fim, o devido processo legal em sua dimensão substantiva traz uma exigência de razoabilidade e proporcionalidade⁶. Nessa perspectiva, a escolha do legislador de quais crimes

⁵ Técnica na qual a Corte reconhece que determinada norma se encontra em situação jurídica de trânsito para a inconstitucionalidade, ou seja, é norma que, a despeito de ser, ainda, constitucional, continha gradativamente rumo à inconstitucionalidade.

⁶ O devido processo legal substantivo se dirige, em primeiro momento ao legislador, que constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Como decorrência deste princípio surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso a justiça, o juiz natural a ampla defesa o contraditório, a igualdade entre as partes e a exigência de

são passíveis de decretação de perda dos bens como efeito da sentença penal condenatória não ultrapassa um juízo metodológico de razoabilidade.

É que a previsão do caput do art. 91-A do Código Penal torna possível a decretação de perda de bens para todos os crimes cuja pena máxima em abstrato ultrapassa seis anos.

Daí se extraem duas possíveis razões para a inconstitucionalidade:

Primeiro por violação ao princípio da individualização da pena: o comando do art. 91-A do Código Penal ignora que no processo trifásico o grau de reprovabilidade da conduta pode ser mínimo, o que geraria penas que ficam, no mínimo legal ou em patamar inferior ao mínimo legal.

É o caso, dentre vários outros, dos já citados art. 148, § 2º, art. 133, § 2º e art. 136, § 2º, todos do Código Penal. Em todos a pena máxima ultrapassa seis anos, ao passo em que a mínima, todavia, não fica além de dois ou quatro. No caso do art. 148, § 2º, especificamente, levando tão somente em consideração o quantum de pena seria possível, em razão do reduzido grau de reprovabilidade da conduta, a substituição da pena privativa de liberdade e a suspensão da pena.

O que se pretende dizer é que não pode a gravidade em abstrato do delito fundamentar pedido de condenação em perda do patrimônio, mas tão somente a gravidade em concreto.

Ademais, em delitos em que não há relação mínima com a aquisição de bens (finalidade lucrativa), por total ausência de nexos, não há que se falar em perda de patrimônios.

Nessa toada, para que fosse válida a perda de bens, esta deveria observar os seguintes parâmetros:

(i) A previsão dos crimes em que é compatível a aplicação do art. 91-A do Código Penal deve levar em consideração a pena definitiva, e não a pena máxima cominada em abstrato.

(ii) A regra do art. 91-A do Código Penal não deve se aplicar a todas as infrações penais, mas tão somente àquelas em que há a intenção do indivíduo em auferir lucro.

(iii) Cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos do réu.

(iv) O magistrado deve fundamentar concretamente, expondo os elementos que evidenciam a necessidade da medida (ônus argumentativo forte), não se tratando de efeito automático da sentença.

Só na hipótese de respeito às diretrizes acima lançadas é que a decretação da perda de bens do art. 91-A do Código Penal poderia ser cogitada de constitucional.

Até que seja a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, esta permanece produzindo efeitos (princípio da presunção de constitucionalidade das normas constitucionais), ficando assegurada à defesa a possibilidade de, incidentalmente, pleitear o reconhecimento de inconstitucionalidade via controle difuso.

imparcialidade do magistrado (NOVENINO, 2019, p. 332).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e, pautado na utilização do método indutivo, na pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo e na hermenêutica constitucional, pode-se concluir a título de resultado da pesquisa - que a decretação de perda de bens prevista no art. 91-A do Código Penal é inconstitucional.

Para que se pudesse cogitar de constitucionalidade, seria necessário que se observasse, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

(i) A previsão dos crimes em que é compatível a aplicação do art. 91-A do Código Penal deve levar em consideração a pena definitiva, e não a pena máxima cominada em abstrato.

(ii) A regra do art. 91-A do Código Penal não deve se aplicar a todas as infrações penais, mas tão somente àquelas em que há a intenção do indivíduo em auferir lucro.

(iii) Cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos.

(iv) O magistrado deve fundamentar concretamente, expondo os elementos que evidenciam a necessidade da medida (ônus argumentativo forte), não se tratando de efeito automático da sentença.

No momento, o dispositivo permanece hígido no ordenamento jurídico, sendo necessário que a inconstitucionalidade seja decretada pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado ou difuso, com abstrativização dos feitos da decisão.

Fica resguardada, por fim, a possibilidade de alegação incidental no curso da ação penal, a fim de que o juiz de primeiro grau afaste a incidência da norma inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, JR. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 379.

BARACHO, JAO. Processo Constitucional. In: Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf. Acesso em 18 abril 2020.

BREINTENBACH, FC, TEIXEIRA, ST. Redistribuição do onus probandi no processo do trabalho diante do novo cpc: impactos da distribuição dinâmica do ônus da prova na responsabilização do administrador público em demandas envolvendo terceirização. In: Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Everaldo Gaspar Lopes De Andrade, Frederico da Costa carvalho Neto, Rodrigo Garcia Schwarz Florianópolis: CONPEDI, 2015,

p. 15.

DIMOULIS, D, MARTINS, L. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FELDENS, L. Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GAGLIANNO, PS; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direitos reais. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, A. Direito Processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 142.

NOVELINO, M. Direito Constitucional. São Paulo editora: Método, ano 2019, pág. 332.

PIEROTH, B, SCHLINK, B. Direitos Fundamentais. Tradução António Francisco de Sousa; António Franco. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68-9).

SCHREIBER, A. Manual de Direito Civil contemporâneo. 3. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

TAVARES, AR. Curso de Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1087.