

## A PENA DE PERDA DE BENS E A LEI 12.694/2012

Amaury Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo aborda a regulamentação da pena de perda de bens, prevista originariamente no art. 5º, XLVI, b, Constituição Federal, a partir do advento da Lei 12.694/2012, desenvolvendo uma verificação completa dos critérios normativos da nova sistemática. O estudo é complementado com uma reflexão doutrinária sobre as limitações e vantagens que a aplicação da pena de perda de bens, nos contornos de sua regulamentação, poderá significar na eficácia do combate à criminalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal; pena; perda de bens; eficácia; criminalidade.

### ABSTRACT

This paper is about the regulation of confiscation penalty in Brazil, originally envisaged in art. 5, XLVI, b, Federal Constitution, from the enactment of Law 12.694/2012, developing a thorough check of the new system of normative criteria. The study is complemented with a doctrinal reflection about the limitations and advantages of the application of confiscation penalty, the contours of its regulation, it might become an effectively instrument to combat crimes.

**KEYWORDS:** Federal Constitution, penalty, confiscation, effectiveness, crime

Visando instituir parâmetros para a implementação de uma política específica de proteção aos juízes criminais, e para além dessa projeção, a Lei 12.694/2012 trouxe uma retumbante novidade, reclamada há tempos como meio de maior eficácia para combate à capitalização da criminalidade.

Batizada de modo pejorativo e indevido como “lei do juiz sem rosto”, a par da previsão do juízo coletivo de primeira instância, para funcionamento em situações de ameaças a juízes criminais e traçar as linhas elementares para o estabelecimento de

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce.

uma política de Estado de resguardo à função jurisdicional, a Lei 12.694/2012 através do seu art. 4º alterou a redação do art. 91, CP, que passou a contar com seguinte texto:

Art. 91 São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso; § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda (BRASIL, 2013b, p. 26).

Como efeitos extrapenais e genéricos de uma condenação criminal podemos entender aqueles que são emergentes da decisão penal condenatória de modo automático, além da imposição do cumprimento da pena, previstos nos incisos I e II, art. 91, CP.

Pois bem. A incidência da modificação legislativa em apreciação interessa apenas ao inciso II, alínea *b*, art. 91, CP, ou seja, a perda em favor da União, ressalvando-se o interesse do lesado ou terceiro de boa-fé em relação ao produto ou proveito do crime.

Esclarece Cezar Roberto Bitencourt sobre o produto do crime:

São as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto, auferido pelo agente com a prática criminosa. É indispensável, no entanto, que uma seja a causa do outro, isto é, que haja a demonstração inequívoca do vínculo entre a infração penal praticada e o proveito obtido (a coisa ou a vantagem adquirida). (BITENCOURT, 2012, p. 827)

E da dicção de André Estefam, compreendemos o significado de proveito do crime: “ O proveito do crime abrange os bens adquiridos indiretamente com a

infração penal cometida (p. ex., o dinheiro arrecadado coma venda da coisa subtraída). (ESTEFAM, 2010, p. 409)

Deve ser enfatizado que o confisco significa a perda em favor da União, tanto em relação ao produto ou ao proveito do crime. Existindo direitos dos terceiros anotados pela norma do Código Penal, não incide o confisco, quadro que deve ser respeitado também no tratamento à questão da 'organização criminosa' pela Lei 12.694/12.

É a vítima ou ofendido, ou ainda aquele que possa ser atingido em seu patrimônio perdendo bens ou valores em virtude da ação criminosa, mesmo não podendo ser qualificado como vítima direta (ex.: dessa última hipótese – o proprietário do veículo, que é danificado por tiros disparados por criminosos durante ação delituosa, quando estacionado na rua e não sendo aquele objeto da abordagem criminosa).

A alteração no Código Penal é ampla e destinada a qualquer efeito de condenação, quer seja sob o protótipo da 'organização criminosa' ou não. Sua incidência se estende de maneira ampla.

Vê-se claramente que o objetivo é a desmobilização do capital das 'organizações criminosas', o que forjaria o enfraquecimento das ações. Essa medida já era reclamada há tempos. Colhe-se da posição de Luiz Flávio Gomes:

Indisponibilidade e perda de bens. Nossa Constituição Federal (art. 5º, inc. XLVI, b) prevê a pena de "perda de bens". Na legislação ordinária, no entanto, ela ainda não foi contemplada. A perda de bens é uma forma de "confisco". Era proibida nas Constituições de 1824, 1934, 1946, 1967 e 1969. Em 1988 acabou sendo contemplada expressamente. E se existe um setor da criminalidade em que tal pena parece muito adequada é este, o do crime organizado. Nem sempre é possível, até mesmo em razão da complexidade da associação, provar a origem ilícita dos bens do condenado, de tal modo a permitir o seqüestro, nos termos dos arts. 125 e seg. do CPP. Logo, percebe-se o quanto a pena de bens seria útil. Cuida-se de assunto até agora muito pouco aprofundado entre nós. Cabe destacar, entretanto, o recente estudo feito por Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Júnior: procuram demonstrar a natureza de tal sanção, distinguindo-a, de outro lado, dos outros confiscos previstos no nosso ordenamento jurídico. De acordo com a doutrina dos citados autores, não podemos confundir as hipóteses: (a) existe o confisco dos instrumentos do crime que representem "fato ilícito", (b) há ainda o confisco do produto do crime (CP, art. 91, II); (c) temos, de outro lado, o "perdimento de bens" previsto na CF (art. 5º, inc. XLV) e que é uma sanção ao enriquecimento ilícito em prejuízo do erário público e, por fim, (d) agora, também a pena de "perda de bens". Confiscar nada mais é que tomar os bens de outrem. É a perda de bens em favor do Estado por motivos prefixados em lei. Já estávamos acostumados ao confisco de instrumentos ilícitos e do produto

do crime (CP, art. 91). Agora contamos também com a possibilidade do “confisco” de bens do condenado como pena. São muitas as suas vantagens, destacando-se, desde logo, que nesta hipótese não se discute a origem lícita ou ilícita dos bens confiscados. Se aplicada com prudência e sensibilidade, pode se transformar numa das sanções mais adequadas para muitas hipóteses de enriquecimento ilícito. Dentre tantas outras virtudes (além de ser instrumento útil para a execução de um amplo processo de “despenalização”, que consiste em evitar ao máximo a pena de prisão) , a pena de “perda de bens” possibilitaria o afastamento definitivo da inconstitucional e descabida tese da inversão do ônus da prova, no que pertine à origem dos bens do infrator. (GOMES, 1997, p. 194-195).

A Lei 12.694/12, com a introdução dos dispositivos sob enfoque, disciplinou a previsão constitucional dessa modalidade de pena – art. 5º, XLVI, *b*, CF. Como requisito inicial e básico para sua incidência, deve ser verificada a ocorrência de danos à vítima ou terceiros lesados, resta dizer, constatação da existência de produto ou proveito do crime.

Em sequência como requisitos complementares e alternativos podem ser considerados a não localização do produto ou proveito do crime ou sua localização no exterior.

O proveito do crime obtido pelo mecanismo da lavagem de dinheiro, com envio de recursos ao exterior constitui um dos grandes obstáculos para contenção do avanço nas estruturas de poder das organizações criminosas, pois a recuperação com o repatriamento dos recursos é contida pela política adotada por alguns países. Ensina a propósito Marco Antonio de Barros:

“Paraíso fiscal” é a denominação que tem sido atribuída a país que não interfere ou, quando muito, interfere minimamente, no plano tributário, nas atividades e transações comerciais e financeiras de caráter internacional, permitindo que elas se realizem em seu território, sem que, de tais operações, se origine a costumeira obrigação de recolhimento de tributo. São os países ou territórios de baixa tributação, que disponibilizam benefícios financeiros a não-cidadãos. A expressão vingou porque a maior parte dessas “jurisdições” tinha em comum o fato de serem pequenos países, ilhas exóticas, às vezes minúsculas, com poucos recursos naturais, que, ao oferecerem tais condições vantajosas, procuravam atrair receitas e relevância. Na literatura é citado o exemplo de Nauru, Estado localizado no Pacífico Sul, com uma população de 12 mil habitantes, mas que é pátria de 40 mil empresas registradas, inclusive de 400 bancos de fachada, os quais não passam de um pequeno escritório com uma placa de metal na porta. Pese o exemplo dado, não se deve pensar que as características de um país considerado “paraíso fiscal” se resumem aos tais benefícios fiscais, pois é mister que sejam oferecidas outras condições e garantias para atrair os clientes. É preciso que exista um mínimo de estrutura e estabilidade nos planos jurídico, econômico, social e político do Estado [...] Em tese, a

utilização de um “paraíso fiscal” como instrumento de investimento externo e de transferência de recursos não constitui ilícito penal. Desde que a operação realizada encontre amparo legal, prevalece o princípio da liberdade empresarial de conduzir os negócios. Acontece que o problema supera essa visão tributarista. Para alguns comentaristas, o sistema financeiro globalizado pode ser considerado o mais novo *front* da guerra moderna. Numa economia globalizada (ver 1.2), o dinheiro move-se instantaneamente e anonimamente de fronteiras. Isto é muito útil para organizações criminosas, traficantes de drogas, terroristas... [...] Países não cooperantes [...] São assim classificados pelas unidades de inteligência os Estados estrangeiros que implementaram de forma insuficiente ou não implementaram medidas efetivas de combate à “lavagem”. (BARROS, 2007, p. 279-280 e 282).

A possibilidade da perda de bens nesse contexto constitui sem dúvida mais um mecanismo para viabilizar a necessidade de descapitalização das ‘organizações criminosas’.

No tratamento dos efeitos da condenação penal, o legislador, ao regulamentar o Plano Constitucional nessa esfera para instituir a pena de perda de bens, utilizou-se da teoria da penetração, segundo a qual, não sendo encontrados os bens derivados da prática criminosa, mas existente o prejuízo, penetra-se no patrimônio dos responsáveis criminalmente, respondendo tal acervo patrimonial pela repercussão condenatória.

A perda de bens pode recair sobre o patrimônio lícito do condenado, anterior ou posterior à prática do delito.

A equivalência do volume da perda ao produto do produto ou proveito do crime obedece à inspiração de proibição do excesso, pois seria injustificado que o condenado pudesse arcar com seu patrimônio em valor maior do que o dano provocado pelo crime.

Se houver lesão à vítima ou lesado, deve-se priorizar o ressarcimento a eles só depois de sua concretização; o valor remanescente deverá ser vinculado ao patrimônio da União.

A lei deveria prever expressamente tal hipótese, mas em razão da inteligência do disposto no inciso I, art. 91 do CP, pode o juiz criminal por ocasião da sentença deliberar em tal sentido, assegurando-se o ressarcimento através dos valores obtidos pela aplicação da sanção de perda dos bens.

Os bens em nome de terceiro podem ser objeto do confisco. Há de se considerar que o princípio da responsabilidade pessoal não inibe a perda de bens.

Como a responsabilidade penal é pessoal e não pode ultrapassar a pessoa do agente do fato, poderia supor-se que os bens constantes em nome de terceiros que não fossem o autor dos fatos, nem que tivessem respondido à imputação, ficariam à margem da ação de desmobilização do crime, pela tomada de seu cabedal. Contudo, a pena de perda de bens pode atingir terceiros, desde que em nome deles estejam bens ou valores (produtos, proveitos do crime ou bens supletivos), já que tal deliberação é efeito da condenação de outrem, mas ninguém pode aproveitar-se da torpeza alheia, repugnando-se também ao senso do direito justo o enriquecimento às custas de infração penal.

O princípio da intranscendência da ação penal obriga que haja o reconhecimento de que determinado bem ou valor seja proveito, produto do crime ou bens supletivos, mesmo em nome de terceiro na ação penal em que for julgado o sujeito ativo que cometeu a infração penal da qual resultou a constituição de prejuízo. Nesse caso, não se pode reconhecer o confisco em relação àquele que não respondeu ao processo penal.

A solução para se prevalecer o critério constitucional e legal para a perda de bens é a utilização de uma ação declaratória, havendo o trânsito em julgado da decisão que reconheceu ser determinado bem, ou valor, objeto passivo do confisco. Isso porque, estando o patrimônio em nome de terceiro, em respeito ao devido processo legal, com ênfase na ampla defesa e contraditório, não se afigura lícito o despojamento de bens da pessoa, sem que seja previamente cientificada quanto a essa possibilidade.

A ação de extinção do domínio pode ser enviesada, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. É o que enfatiza Fausto Martin de Sanctis:

A ação civil representa um caminho novo para a obtenção de valores, que em última análise acaba financiando a criminalidade organizada, uma vez que são originários dela. Permite ao Estado, pois, o manejo dos frutos do crime, devendo, entretanto, estar devidamente regrada para que não fira preceitos fundamentais individuais, de um lado, e, de outro, constitua um instrumento eficaz e ágil para a recuperação de bens ilícitos. A excogitada ação civil revela-se, assim, como uma verdadeira extensão dos poderes estatais quanto aos bens ilegais pelo fato de permitir a sua perda definitiva sem que exista uma decisão condenatória transitada em julgado, obrigando que se faça adequado balizamento entre eles e o necessário respeito aos direitos humanos. (SANCTIS, 2009, p. 141).

Deve ser obedecido o parâmetro do princípio da irretroatividade da lei penal, pois princípio constitucional penal (art. 5º, XL, Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, Código Penal). Com isso, só pode ser aplicada a perda de bens, em relação aos fatos ocorridos, após a entrada em vigor da Lei 12.694/12.

A Lei 12.694/2012 alterou a matéria relativa às garantias de efetividade do confisco, no âmbito do produto, proveito ou perda de bens em decorrência de condenação criminal. Para tanto, destacou a importante missão das medidas assecuratórias que constituem providências de conteúdo cautelar discutidas no juízo penal para resguardar provável direito da vítima ao ressarcimento do prejuízo causado pela infração penal.

Esse aspecto do processo penal deverá adquirir nos próximos anos grande repercussão, pois se tem buscado paulatinamente uma nova abordagem e inserção de mecanismos de controle e proteção à vítima (Reforma penal de 2008, Lei 11.340/2006, Lei 12.694/12)

Os pressupostos para a incidência das medidas assecuratórias – como em regra, para o provimento cautelar – são o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. O conjunto de medidas assecuratórias indica as seguintes espécies: sequestro de bens móveis e imóveis; hipoteca legal; arresto de móveis e imóveis.

O juiz competente para a apreciação das indigitadas medidas é o criminal do processo principal, independentemente de existirem providências no âmbito cível sobre o mesmo episódio.

Para atuação do juízo colegiado em decisões a respeito de medidas assecuratórias deve haver a indicação para apreciação de medidas assecuratórias no ato de convocação, como preceitua o art. 1º, § 3º, da Lei 12.694/12. Caso contrário, não atuando o juízo colegiado, a matéria será analisada pelo juízo por intermédio de um único julgador, o titular ou responsável pela respectiva vara criminal.

Vejamos conceitualmente as medidas assecuratórias de perfil. O sequestro é o depósito da coisa litigiosa em mãos de alguém, estranho à lide, envolvendo tanto os bens imóveis quanto móveis, não sujeitos à apreensão, que tenham sido adquiridos pelo investigado ou acusado, com os proventos do crime, mesmo que transferidos para terceiros – arts. 125 e 132, CPP.

O objeto do sequestro deve ser coisa certa e determinada, havendo divergência sobre a propriedade ou posse. Mesmo antes da Lei 12.694/12, já era

possível o sequestro sobre bens do acusado (devedor tributário) que não fossem produto ou proveito do crime, como meio para se ressarcir ao erário público, nos termos do art. 1º do Decreto-lei n. 3.240/41, norma especial que prevalece sobre o Código de Processo Penal. Nesse sentido:

O Código de Processo Penal, quando cuida das medidas assecuratórias, previstas em seus arts. 125 a 132, estabelece que haverá o seqüestro de bens imóveis ou móveis adquiridos com o produto do crime; todavia, o Dec-lei n. 3.240/41, em seu art. 1º, trata do sequestro de bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo perfeitamente admissível a aplicação desta medida ao agente que praticar crime de sonegação fiscal, uma vez que não foi revogado pelo Estatuto Processual Repressivo, por regularem assuntos de natureza diversa (STJ, Recurso Especial, relator Ministro William Patterson; RT 751/563).

Já a hipoteca legal é conceituada como um direito real de garantia que incide sobre coisa alheia. No âmbito do processo penal, recai sobre bens imóveis do acusado, assegurando-se a reparação do dano advindo do crime à vítima, pagamento das custas processuais e penas pecuniárias. A hipoteca pode ter como objeto o imóvel, mesmo que sobre ele não paire qualquer circunstância ou conexão com a prática criminosa.

A hipoteca legal guarda sintonia com a Lei de Proteção aos Juízes Criminais (Lei 12.694/2012), na medida em que incide sobre bens outros do condenado, não necessariamente decorrentes do proveito ou produto do crime.

Poderá a hipoteca legal ser materializada para fins de se garantir o êxito no cumprimento da pena de perda de bens.

Por sua vez, o arresto é a medida cautelar que recairá sobre bens móveis de origem lícita. Envolve apenas os bens que podem ser penhoráveis, precisando-se assim verificar o bem apontado no caso concreto, em cotejo com as hipóteses do art. 649, CPP, ou outras restrições legais.

Será utilizada a medida, na hipótese do acusado não possuir bens imóveis, inviabilizando a hipoteca legal, ou se o patrimônio imobiliário for insuficiente para cobrir a sua responsabilidade sobre o evento.

A inclusão do § 2º, art. 91 do CP, revela uma indisfarçável confusão do legislador, pois cuidou no Estatuto do Direito Substancial Penal de norma referente ao processo, quando deveria fazê-lo no Código de Processo Penal, como realizado

pelo art. 5º, Lei 12.694/12, ocasião em que ali também se poderia tratar da matéria. Não obstante essa incongruência, a interpretação sistemática dos diplomas legais pode ser realizada sem prejuízos hermenêuticos no que tange à aplicação e validade das normas.

Com a construção da norma que permite a utilização das medidas assecuratórias incidindo sobre bens do investigado ou acusado para fins de se garantir o cumprimento de eventual perda de bens, oferece-se a segurança jurídica para que todos aqueles que mantenham qualquer vínculo jurídico com os bens saibam da incidência do provimento cautelar. Essa configuração é um significativo avanço no objetivo de desconstituir a força da capitalização de grupos criminosos e a restauração dos danos emergentes de sua atividade ilícita. De maneira concreta um original resultado almejado pela Constituição Federal pode ser alcançado com o novo aparelhamento desses instrumentos jurídicos.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm)>. Acesso em: 7 maio 2013a.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 7 maio 2013b.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. Coautor: CERVINI, Raúl. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.