

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**REFLEXÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DO
CONFISCO ALARGADO NO DIREITO
BRASILEIRO**

MARCILÂNDIA DE FÁTIMA ARAÚJO
Nº 29203

LISBOA

2019

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**REFLEXÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DO
CONFISCO ALARGADO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado elaborada e apresentada como preenchimento parcial dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob a orientação do **Prof. Doutor Rui Soares Pereira** (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

LISBOA

2019

Pois, que adianta ao homem ganhar o mundo inteiro e perder a sua alma? Ou, o que o homem poderia dar em troca de sua alma? Marcos 8:36,37

Agradecimentos

Ao Aguielo, por sua sempre companhia e pelo sacrifício que se dispôs a enfrentar para realizar um sonho meu.

Aos meus pais, pelo carinho e dedicação. Aos amigos que estiveram ao meu lado durante esta longa travessia.

Aos professores do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Professor Rui Pereira, pelas contribuições a esse trabalho e aos professores Maria Fernanda Palma e Augusto Silva Dias (in memoriam). Agradeço a oportunidade por compartilharem seus conhecimentos.

Por fim, agradeço à Advocacia-Geral da União, por ter tornando o sonho em realidade.

Resumo

Este trabalho analisa o instituto do confisco alargado no contexto internacional, com base na incorporação de uma nova política criminal nos diversos instrumentos internacionais e documentos da União Europeia. Esta nova política, que é voltada à privação dos lucros obtidos pela criminalidade organizada e pela criminalidade econômico-financeira, tem como objetivo desencorajar a prática de novos delitos e evitar a reinserção do lucro ilícito no mercado financeiro. O novo modelo de confisco impõe a busca por sua natureza jurídica e a compatibilidade com princípios e garantias penais e processuais penais. A legislação referencial é a Lei n.º 5/2002 de Portugal e sua convivência com os princípios da culpa, legalidade, presunção de inocência, proporcionalidade e propriedade. A dissertação propõe verificar a possibilidade de o ordenamento jurídico brasileiro adotar o confisco alargado, seus limites e compatibilidade com os princípios constitucionais e, *lege ferenda*, propor minuta de projeto de lei sobre confisco alargado.

Palavras-chave: Confisco alargado, criminalidade econômico-financeira, incongruência patrimonial, Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Abstract

This work analyzes the implementation of extended confiscation in an international context, based on the incorporation of a new criminal policy in several international instruments and documents of European Union. This new policy, which focus on deprivation of profits obtained by organized crime and by economic and financial crime, aims to discourage the practice of new offenses and to avoid the reinsertion of illicit profits in financial market. The new model of confiscation imposes a search for legal nature and the compatibility with principles and criminal guarantees and criminal procedures. The referential legislation is the Law no. 5/2002 of Portugal and its coexistence with the guilt principles legality, presumption of innocence, proportionality, and property. The study proposes to verify the possibility of the Brazilian legal system to adopt the extended seizure/confiscation, its limits, and compatibility with constitutional principles and, "lege ferenda", propose a draft Bill about the extended confiscation.

Key words: Extended confiscation, economic and financial crime, patrimonial incongruity, Law no. 5/2002, from January 11.

ABREVIATURAS

AI - Agravo de Instrumento

AREsp – Agravo em Recurso Especial

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CPCB – Código de Processo Civil brasileiro

CPPB – Código de Processo Penal brasileiro

CPPP – Código de Processo Penal português

CF – Constituição Federal (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJ – Diário da Justiça

DJE – Diário da Justiça Eletrônica

ECHR – The European Convention on Human Rights

ed., eds. - edição, edições; editora, editoras

e. g. - *exempli gratia* (por exemplo)

et al. - *et alii* (e outros)

FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

HC – Habeas Corpus

Ibid - *ibidem*; na mesma obra

Id. – *idem*

J. – Data de julgamento

Min. - Ministro

N., n.^{os} - número, números

N.T. - nota do tradutor

ONU – Organizações das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

Rel - Relator

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STJB – Supremo Tribunal de Justiça brasileiro

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJ – Tribunal Constitucional de Portugal

O texto é escrito em português do Brasil e adota o Acordo Ortográfico e as regras da ABNT, com utilização do sistema autor-data na nota de rodapé.

Sumário

Introdução	9
<i>I A expansão do confisco alargado</i>	9
<i>II Delimitação do objeto: conceito do confisco alargado</i>	11
<i>III Objetivo</i>	17
1 Tratados Internacionais e a Diretiva 2014/42/UE	18
<i>1.1 Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – Convenção de Viena de 1988</i>	19
<i>1.2 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, de 2000)</i>	21
<i>1.3 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – UNCAC</i>	24
<i>1.4 União Europeia: Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 2005 e Diretiva 2014/42/EU</i>	26
<i>1.5 Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 2005</i>	27
<i>1.6 A Diretiva 2014/42/UE</i>	28
<i>1.7 Considerações finais ao Capítulo</i>	31
2 O confisco alargado na Lei n.º 5/2002	32
<i>2.1 A Lei n.º 5/2002: requisitos e pressupostos</i>	32
<i>2.2 Condenação por um dos crimes do catálogo</i>	34
<i>2.3 Patrimônio incongruente com rendimentos lícitos do arguido</i>	37
<i>2.4 Prova da origem do patrimônio – presunção iuris tantum</i>	42
<i>2.5 Limitação temporal</i>	44
<i>2.6 Morte e contumácia</i>	45
<i>2.7 Considerações finais ao Capítulo</i>	47
3 Natureza jurídica do confisco alargado	48
<i>3.1 Natureza jurídica na doutrina portuguesa</i>	49
<i>3.2 Natureza jurídica na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português</i>	55
<i>3.3 Natureza jurídica: regime italiano e espanhol</i>	58
<i>3.4 Natureza jurídica na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH</i>	62
<i>3.5 Considerações finais ao Capítulo</i>	68
4 A Lei n.º 5/2002 sob a ótica de garantias constitucionais	69
<i>4.1 Presunção iuris tantum e o princípio da culpa</i>	70
<i>4.2 Inversão do ônus da prova e o princípio da presunção de inocência</i>	71
<i>4.3 Limite do patrimônio confiscável: o princípio da proporcionalidade</i>	73
<i>4.4 A (ir)retroatividade do confisco alargado</i>	75
<i>4.5 O confisco alargado e o direito à propriedade</i>	77
<i>4.6 Considerações finais ao Capítulo</i>	78
<i>5.1 A perda alargada e o princípio da culpabilidade</i>	80

5.2 (In)transcendência do confisco alargado.....	81
5.3 Inversão do ônus da prova sob a perspectiva da presunção de inocência	84
5.4 Princípio da proporcionalidade.....	91
5.5 (Ir)retroatividade dos efeitos da condenação	95
5.6 O confisco alargado e o direito de propriedade	97
5.7 Considerações finais ao Capítulo	100
6 Uma proposta de previsão da perda alargada	100
6.1 Ausência de regulamentação	100
6.2 Uma proposta de regulamentação: ideias centrais	102
6.3 Considerações finais ao Capítulo	105
Síntese conclusiva	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111
Apêndice	124

Introdução

I A expansão do confisco alargado

O confisco alargado¹ surge no contexto do novo paradigma do Direito Penal da globalização, de mudança da ideia da delinquência como fenômeno marginal (delitos clássicos) para a aparição e conformação de novas formas de modalidades delitivas, em que os delitos econômicos, na modalidade empresarial ou na chamada macrocriminalidade (terrorismo, tráfico de drogas e criminalidade organizada), são a expressão máxima desse novo paradigma². Como resposta às novas modalidades delitivas, desenvolveu-se, nas últimas décadas estratégias comuns de expansão das modalidades de confisco e de recuperação de ativos como peça central para asfixiar os ganhos obtidos ilicitamente por esse tipo de criminalidade e para evitar a introdução desses ganhos na economia lícita.

Com efeito, o arcabouço dos institutos tradicionais de confisco mostrou-se insuficiente para enfrentar essa moderna criminalidade, em face, sobretudo, de um dos pontos mais peculiares do fenômeno criminal atual, que é a acumulação econômica.

De fato, o viés econômico é insito tanto pela criminalidade organizada quanto pela econômica. A obtenção do lucro é o objetivo primordial de motivação e realização da criminalidade organizada e econômica³. Por isso, o enfrentamento ao lucro ilícito obtido com a prática dessa criminalidade impõe o desenho de novas formas de confisco de proventos de origem ilícita.

Na construção destas novas medidas de confisco, é certo o alargamento do conceito de lucro. Tradicionalmente entendido como os proventos advindos diretamente da prática do ilícito típico, o lucro passa a abranger toda vantagem econômica que provável ou presumivelmente provém da prática do crime ou provém de outros crimes semelhantes⁴.

¹ O presente trabalho adota a terminologia “confisco de bens” e “perda de bens” como sinônimos, no sentido de um instituto destinado à recuperação de ativos decretado em decorrência de uma condenação por um dos crimes relacionados à criminalidade organizada ou econômica. Ao utilizar o termo “confisco ampliado”, portanto, refiro-me à perda de bens disciplinada na Lei n.º 5/2002 (artigos 7º e seguintes). Neste sentido, o termo “confisco”, aqui empregado, refere-se ao perdimento de bens previsto no inciso IXV do art. 5º da Constituição brasileira. Não se refere à figura jurídica brasileira correspondente à “expropriação de bens”, admitida na Constituição, somente na hipótese prevista no art. 243: confisco de propriedade utilizada para cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo.

² SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 104

³ DIAS, 2010, p. 30

⁴ CORREIA, 2018a, p. 229

Como expresso por Augusto Silva Dias⁵, há uma “tendência para o lucro exceder os proventos extraídos da prática do crime e abranger toda a vantagem econômica que se estima obtida através da atividade criminosa do autor” e, neste sentido, “os ganhos estimados reportam-se à globalidade da atividade criminosa e não diretamente a um crime ou a crimes determinados”. Sobre os ganhos advindos da atividade criminosa, provável ou presumidos, impõem-se as novas medidas de confisco patrimonial.

A extensão do conceito de lucro está pautada, sobretudo, nas dificuldades práticas encontradas em relação à aplicação das modalidades de confisco tradicional relacionadas à prova do nexo causal entre a origem dos bens do autor da infração e os delitos por ele praticados, em razão de diversos motivos que vão desde matiz transnacional do delito até a utilização de jurisdições offshore.

São dificuldades que, por vezes, obstaculizam a recuperação de ativos ilícitos obtidos com a prática delituosa ou, ainda, não conseguem evitar investimento de ganhos ilegais tanto no cometimento de novos crimes quanto no mercado lícito de capitais.

Todo esse cenário serviu para que os paradigmas do confisco tradicional fossem revisitados a partir da construção de uma nova política criminal de expansão das hipóteses de confisco. Isso foi feito baseado na ideia de recuperação de ativos ilícitos, que se consolida a cada dia no âmbito internacional, e encontra refletida, sobremaneira, nos diversos instrumentos internacionais multilaterais e regionais, e, também, no trabalho de diversas instituições internacionais que acompanham, direta ou indiretamente, a implementação das convenções internacionais, como o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo - GAFI⁶ e StAR⁷ do Banco Mundial⁸.

⁵ DIAS, S., 2010, p. 30.

⁶ O GAFI, no documento “Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação”, prevê, na Recomendação 4, que “Os países deveriam considerar a adoção de medidas que permitam o confisco de tais produtos ou instrumentos sem que seja exigida a condenação criminal prévia (*non-conviction-based forfeiture*), ou que exijam que os criminosos demonstrem a origem lícita dos bens supostamente passíveis de confisco, desde que tal exigência esteja de acordo com os princípios de sua lei doméstica”. Documento disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/livros/arquivos/as-recomendacoes-do-gafi.pdf/view>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

⁷ Stolen Asset Recovery - StAR é uma associação do Banco Mundial e a Oficina das Nações Unidas contra as Drogas e Delito – UNODC que apoia os esforços internacionais para colocar fim ao refúgio de ativos ilícitos advindos com a corrupção, assim como para prevenir a lavagem de ativos e recuperar os ativos ilícitos. Disponível em: <https://star.worldbank.org/sites/star/files/leftoutofbargain_spanish.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

⁸ CORREIA, 2018, p. 230

Neste contexto, dois são os novos instrumentos de confisco estendido que pautam a demanda pelo enfrentamento dos novos fenômenos criminológicos: a perda alargada e o confisco *in rem*.

O confisco *in rem* ou confisco não baseado numa condenação, usualmente aplicado nos países de common law⁹, e cada vez mais presente em algumas legislações de tradição civil law, caracteriza-se por operar exclusivamente em relação à origem dos bens¹⁰, prescindindo da responsabilidade penal para sua decretação. É um procedimento que se baseia nos princípios do enriquecimento ilícito e no restabelecimento do *status quo* ante o cometimento da atividade ilícita¹¹, que, necessariamente, não precisa ser uma atividade criminosa.

O confisco alargado, por sua vez, é baseado na presunção *iuris tantum* de origem ilícita de bens pertencentes ao sujeito condenado por um crime (previamente arrolado num catálogo e relacionado à criminalidade organizada e econômica e ao terrorismo), que se mostram incongruentes com seus rendimentos lícitos. São exemplos de confisco alargado, a Lei de Portugal, o artigo 12-sexies da Lei 356/92¹² italiana e o artigo 127-bis do Código Penal espanhol.

II Delimitação do objeto: conceito do confisco alargado

O confisco regulado como uma ação *in rem*¹³ opera exclusivamente em relação aos bens de origem ilícita (ainda que não criminosa), com total independência da ação penal¹⁴. No procedimento *in rem* a finalidade não é a de atribuir responsabilidade ao autor do ilícito,

⁹ Como exemplo desse tipo de confisco em país de tradição civil law, cita-se a lei de extinção do domínio da Colômbia.

¹⁰ JORGE, 2008, p. 73.

¹¹ RUI PETER; SIEBER, 2015, p. 296.

¹² A Lei n.º 365/92 foi objeto de várias alterações, tendo as últimas ocorrido pela Lei n.º 161, de 17 de outubro de 2017; Decreto Legislativo n.º 148, de 16 de outubro de 2017; Lei n.º 172, de 4 de dezembro de 2017, e Decreto Legislativo n.º 21, de 1 de março de 2018. Disponível em: <http://www.edizionieuropee.it/LAW/HTML/14/zn31_01_031.html#_ftnref39>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹³ A terminologia confisco “*in rem*” tem sido substituída por “confisco não baseado em condenação criminal”. Termo usado no artigo 4º da Diretiva 2014/42/EU: Artigo 4º Perda 2: “Se não for possível a perda com base no n.º 1, e pelo menos se tal impossibilidade resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido, os Estados-membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos nos casos em que foi instaurado processo penal por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo”; e na recomendação n.º 4 das 40 Recomendações do GAFI: “Os países deveriam considerar a adoção de medidas que permitam o confisco de tais produtos ou instrumentos sem que seja exigida a condenação criminal prévia (*non-conviction-based forfeiture*), ou que exijam que os criminosos demonstrem a origem lícita dos bens supostamente passíveis de confisco, desde que tal exigência esteja de acordo com os princípios de sua lei doméstica”.

¹⁴ JORGE, 2008, p. 72.

mas apenas devolver ao Estado os bens que foram adquiridos ilicitamente¹⁵, e, por essa razão, este tipo de confisco submete-se a *standards* probatórios e procedimentos que regem o direito civil, ou até mesmo o direito administrativo. De toda sorte, o âmbito de processamento do confisco *in rem*, se civil ou administrativo, dependerá da classificação de cada legislação nacional¹⁶.

Há no procedimento *in rem* uma ficção jurídica de que o “bem é culpado” e não o proprietário do bem, com completa desvinculação sobre a culpabilidade do agente. Com base nessa ficção jurídica, rege o procedimento do confisco os *standards* civilísticos, com o consequente afastamento da aplicação de garantias do direito penal e do processo penal, como o princípio da presunção de inocência, o princípio da culpa e até mesmo o julgamento por um tribunal, na medida em que é possível a aplicação do procedimento *in rem* no âmbito do direito administrativo¹⁷. Pelo fato de focar o bem, o confisco *in rem* é admitido ainda que em caso de absolvição penal, fuga ou morte do autor da infração ou qualquer outra forma de extinção de punibilidade.

Nos dias atuais, o confisco *in rem* está sedimentado, sobretudo, em sistemas de *common law*, como o sistema norte-americano, o inglês, o escocês e o irlandês, além do ordenamento jurídico da África do Sul e Austrália¹⁸. Contudo, o instituto não se restringe apenas aos sistemas jurídicos *common law*, cada vez mais verifica-se a adoção do confisco *in rem* também nos sistemas de civil *law*. Como exemplo, tem-se a medida de extinção de domínio – *extinción del dominio* – adotada no sistema jurídico da Colômbia.

A ação de extinção de domínio está prevista na Constituição colombiana desde 1991, que o artigo 34 admite que por sentença judicial seja declarada a extinção de domínio dos bens adquiridos mediante enriquecimento ilícito, em prejuízo do tesouro público ou com grave deterioração da moral social¹⁹.

¹⁵ BARIN, 2003, p. 64

¹⁶ PETER RUI & SIEBER, 2017, p. 247

¹⁷ MAUGERI, 2008, p. 100

¹⁸ BACARESE & SELLAR, 2015, p. 3.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

No âmbito infralegal colombiano, a extinção de domínio foi regulamentada em 1996 pela Ley 333²⁰, revogada pela Ley 793 de 2002²¹, que procurou superar a pouca eficiência da lei anterior. Atualmente a lei que disciplina a extinção de domínio é a Ley 1708 de 2014²².

Além das alterações procedimentais, a lei vigente procurou “normatizar” a jurisprudência da Corte Constitucional, trazendo além de questões procedimentais, matéria de cunho substancial, como o conceito de extinção de domínio, caracterizada como

una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado²³.

A ação de extinção de domínio, segundo a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, é uma ação constitucional que se exerce pelo e a favor do Estado com finalidade de dissuadir a aquisição de bens de origem ilícita, lutar contra a corrupção e enfrentar a criminalidade organizada. É uma ação autônoma, que se desenvolve independente de qualquer declaração de responsabilidade penal ou civil²⁴. Não se discute a responsabilidade penal do agente pelo fato de a ação não se enquadrar dentre as medidas de caráter sancionatório aplicáveis em decorrência do juízo de culpabilidade da pessoa afetada e, neste sentido, restam afastadas a aplicação de garantias constitucionais próprias do direito penal. De igual forma, dispensa-se a responsabilidade civil da pessoa afetada, porque a extinção de domínio não é uma ação motivada por interesses patrimoniais, “senão por interesses superiores do Estado”²⁵. Em face dessas peculiaridades a ação de extinção de domínio se sujeita a um procedimento especial regido por princípios e regras substanciais e processuais

²⁰ Na Ley 333, de 1996, a ação de extinção de domínio estava vinculada ao direito sancionatório e abrangia os “bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades”, arrolada no artigo 2. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2754>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

²¹ A Ley 793, de 2002, desvinculou a ação de extinção de domínio da responsabilidade, conferindo-lhe natureza autônoma, estritamente relacionada ao regime constitucional do direito de propriedade (C-740, de 2003).

²² Ley 1708 de 2014. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475#218>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

²³ Ley 1708 de 2002, Artículo 15.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 958/2014. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-740/03. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20045237>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

próprias²⁶, sendo-lhe aplicável o princípio da retroatividade e da imprescritibilidade, o que significa que a ação atinge o incremento patrimonial injustificado adquirido a qualquer tempo, pois o passar do tempo não legitima o título viciado em sua origem²⁷.

Neste contexto, a ação de extinção de domínio surge no contexto de um novo regime constitucional do direito de propriedade, que só protege a aquisição de bens, direitos e valores adquiridos de maneira lícita.

A adoção de modelo semelhante, baseado no justo título, no direito português ou brasileiro, encontraria obstáculos constitucionais, pois, em ambos, o direito à propriedade figura dentre os direitos fundamentais. Apesar de não ser um direito absoluto, as limitações encontram-se previstas no texto constitucional, como a expropriação por utilidade pública no artigo 62 da Constituição Portuguesa e a desapropriação por utilidade pública ou interesse social (artigo 5º, XXIV, CF) e a expropriação de terras cultivadas onde haja culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (artigo 243, CF) na ordem constitucional brasileira.

De outro lado, tem-se o modelo do confisco alargado, objeto da presente dissertação e sobre o qual será feita uma abordagem conceitual do instituto, com a identificação de seus principais elementos.

O confisco alargado é o modelo mais difundido no âmbito da União Europeia e é baseado na presunção *iuris tantum* de origem ilícita dos bens pertencentes à pessoa condenada por determinada infração penal²⁸, que se mostra incongruente com seus rendimentos lícitos. A infração penal pela qual a pessoa foi condenada está previamente arrolada num catálogo e geralmente relacionada à criminalidade organizada e econômica e ao terrorismo.

A presunção em questão induz a acreditar que a pessoa condenada não apenas cometeu o crime pelo qual foi responsabilizada, mas, também, praticou outros delitos de onde derivam o patrimônio ilícito. São exemplos de confisco alargado, a Lei n.º 5/2002 de Portugal, o artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92 italiana e o artigo 127-bis do Código Penal espanhol (Ley Orgánica n.º 5/2010).

²⁶ Corte Constitucional, sentença C- 958/2014. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20045237>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

²⁷ Corte Constitucional, sentença C- 793 de 2002. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-793-02.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

²⁸ Anna Maria Maugeri chama atenção para o fato de que o confisco antimáfia (medida de prevenção) do direito italiano (Decreto Legislativo 6 de setembro de 2011, n.º 159) também se baseia na presunção de ilicitude. Contudo, essa modalidade de confisco desconsidera uma condenação para sua decretação do confisco, mas, exige, por outro lado, a periculosidade do processado como suspeito de pertencer a uma organização mafiosa ou terrorista. Disponível em: <<http://www.progettoinnocenti.it/dati/2101documenti%20csm.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2019.

No confisco alargado, não há relação causal a ser estabelecida entre o objeto do confisco e o crime praticado. Ocorre que, por meio de presunção de ilicitude, o objeto do processo patrimonial é alargado ou estendido a outros eventuais delitos, diversos daqueles pelos quais o agente responde no processo principal²⁹.

A presunção da origem ilícita dos bens no confisco alargado tem sido concebida de duas formas. No primeiro modelo, mediante a inversão do ônus da prova, de modo que o confisco se opera como consequência da condenação por determinada infração definida num catálogo. Neste caso, cabe à pessoa condenada a tarefa de provar a origem lícita de seus bens, ficando a acusação com a carga probatória reduzida, cingida à demonstração dos pressupostos sobre os quais se funda a presunção da origem ilícita dos bens. Se a pessoa condenada não ilidir a presunção, ou o “fizer de forma deficiente ou não convincente, contribuirá para a convicção do tribunal de que os bens resultam da atividade criminosa”³⁰, sendo decretada a perda ampliada dos bens. No outro modelo, a tarefa de provar a origem lícita dos bens permanece com o condenado, contudo, à acusação incumbe o ônus de provar a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional e, em algumas hipóteses, até mesmo a existência de atividade criminosa anterior³¹.

Ao primeiro modelo, alinha-se à legislação do Reino Unido³². Se o Tribunal determinar que o condenado tem um “modo de vida criminoso” há presunção de que todos os bens que tenham sido adquiridos ou que estejam na sua posse nos últimos seis anos (contados do início do processo) constituem resultado de sua atividade criminosa e, portanto, serão declarados perdidos, caso o condenado não comprove a origem lícita do patrimônio³³.

No segundo modelo, encontra-se a legislação italiana, que exige a demonstração pela acusação da desproporcionalidade dos bens e os rendimentos lícitos do condenado (artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92)³⁴. Igualmente, esse modelo é adotado na legislação espanhola (Ley Orgánica n.º 5/2010) e na Lei de Portugal (Lei n.º 5/2002)³⁵.

Ainda sob a perspectiva do segundo modelo, há discussão na doutrina se caberia à acusação também provar, além da incongruência patrimonial e os rendimentos lícitos, a(s) atividade(s) criminosa(s) anterior(es). Neste caso, a presunção recai sobre o patrimônio

²⁹ MAUGERI, 2008, p. 97.

³⁰ DIAS, S., 2010, p. 39.

³¹ BARIN, 2003, p. 67.

³² *Proceeds of Crime Act de 2002 (POCA)*, Seção 75. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>>. Acesso 30 de maio de 2019.

³³ CAEIRO, 2011, p. 288.

³⁴ Disponível em: <<http://www.progettoinnocenti.it/dati/2101documenti%20csm.pdf>>. Acesso 30 de maio de 2019.

³⁵ Neste sentido, vide: BARIN (2003).

incompatível, ao passo que a conclusão sobre a origem da propriedade deve ser provada fruto de atividade criminosa, quiçá do mesmo gênero do crime objeto da condenação. Questão que será mais adiante abordada quando da análise do confisco alargado na legislação portuguesa³⁶.

A presunção da origem ilícita no confisco alargado pode abarcar todos os bens adquiridos num determinado período de tempo ou se estender a todo o patrimônio do condenado. O marco temporal para a delimitação do confisco de bens pode ser fixado inicialmente a partir de determinado período anterior à data da condenação ou do crime cometido³⁷.

Nesta linha de direção está o confisco previsto no *Drug Trafficking Offences Act of 1986* do Reino Unido³⁸, segundo o qual se presumem ilícitos os bens adquiridos pelo arguido nos seis anos anteriores ao início do processo e, também, a legislação portuguesa que prevê prazo de cinco anos anteriores à constituição como arguido. Enquanto na legislação italiana não há previsão legal de limite temporal, sendo possível, em tese, o âmbito de aplicação do confisco alcançar todos os bens de origem supostamente ilegal devido a seu valor desproporcional em relação à renda ou atividade econômica³⁹.

A limitação temporal de presunção da origem ilícita de bens tem por finalidade garantir o princípio da proporcionalidade, na medida em que torna menos onerosa para o proprietário dos bens a prova da origem lícita dos bens⁴⁰.

O instituto do confisco alargado pode abarcar bens transferidos a terceiros, pessoas físicas ou coletivas, a exemplo do previsto na legislação do Reino Unido⁴¹, que presume ilícita a doação de patrimônio realizada pelo arguido nos seis anos anteriores ao início do procedimento criminal. De igual forma, o artigo 7º, e, “b”, da Lei n.º 5/2002 de Portugal prevê a possibilidade de perda de bens transferidos a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória a terceiros, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido.

³⁶ Neste sentido, vide: CAEIRO, P. O Confisco numa perspectiva de política criminal europeia. In: CARDOSO, E. L., CORREIA, J. C., DESTERRO FERREIRA, M. R. (Orgs.). *O novo regime de recuperação de ativos á luz da diretiva 2014/42/EU e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

³⁷ MAUGERI, 2015a, p. 322.

³⁸ *Drug Trafficking Offences Act of 1986*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/32/pdfs/ukpga_19860032_en.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

³⁹ MAUGERI, 2008, p. 73.

⁴⁰ SIMÕES & TRINDADE, 2009, p. 30.

⁴¹ *Proceeds of Crime Act de 2002 (POCA)*, Seção 77. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/77>>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

Ao terceiro cabe provar sua boa-fé ou licitude do bem⁴². De toda sorte, os limites para o confisco alargado depende da regulamentação de cada país.

Cabe aqui observar que a Itália possui outro modelo de confisco, chamado confisco antimáfia, que, para Panzavolta e Flor⁴³, não se enquadra nas características do confisco alargado e também não se amolda inteiramente na categoria do confisco *in rem*, ou seja, não é puramente uma ação real dirigida contra a propriedade. Para os autores, o confisco antimáfia parece ser um sistema híbrido que se inclina para uma ação real, embora requeira uma conexão com o indivíduo. Dito de outra forma, nesta modalidade a propriedade não será perdida somente pela periculosidade do bem ou somente com base em uma conexão causal com o crime, exige-se que os ativos a serem confiscados tenham conexão com uma pessoa considerada perigosa⁴⁴.

III Objetivo

A presente dissertação tem como de partida o consenso supranacional de que os modelos de confisco clássico não são capazes de estancar o fluxo financeiro das organizações criminosas e econômicas e tampouco se mostram eficientes para impedir a aplicação de recursos ilícitos no mercado legal, por isso, a necessidade de se criar novos mecanismos capazes de enfrentar o fenômeno da macrocriminalidade.

A razão para a escolha do tema está centrada na necessidade de verificar a possibilidade de regulamentação do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, a dissertação pretende verificar se os paradigmas do confisco alargado, ao romper o tradicional vínculo causal exigido entre crime e bem objeto do confiscado, são compatíveis com os princípios e garantias do direito penal e do processo penal. Dito de outra forma, determinar se no confisco alargado subjaz ou não algum tipo de “flexibilização” dos princípios fundamentais do direito e processo penal em prol da política de recuperação de ativos ilícitos como elemento central para “evitar que o crime compense”.

Para responder à questão proposta, a dissertação está dividida em seis capítulos.

No primeiro Capítulo, será feito o desenvolvimento do confisco alargado no âmbito dos instrumentos internacionais multilaterais e da União Europeia.

⁴² MAUGERI, 2008, p. 79.

⁴³ PANZAVOLTA & FLOR, 2015, p. 111/149.

⁴⁴ No mesmo sentido, vide: FURCINITI, Giuseppe; FRUSTAGLI, Domenico. *I moderni modelli di confisca nell'Unione Europea*. Itália: Wolters Kluwer, 2016, p. 24.

O panorama e desenvolvimento supranacional da política criminal em matéria de confisco alargado dar-se-á, a partir de três convenções internacionais: Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. No âmbito da União Europeia, a dissertação recairá sobre dois instrumentos: a Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 2005 e a Diretiva 2014/42/EU.

Procuró identificar, em todos os instrumentos internacionais, os elementos considerados essenciais para a definição de confisco alargado, partindo da premissa de tratar-se de instrumentos balizadores na internalização do confisco alargado nos Estados-membros.

O segundo Capítulo será destino à análise da legislação de Portugal e o modo como o confisco alargado foi incorporado em seu ordenamento jurídico, principalmente a partir dos comandos da Diretiva 2014/42/EU. De grande importância será a identificação dos elementos constitutivos e estruturais do confisco alargado na Lei n.º 5/2002.

A abordagem da natureza jurídica do confisco alargado será feita no terceiro Capítulo, com vista a esclarecer a posição dogmática do instituto e, via de consequência, identificar os princípios constitucionais – direitos e garantias do direito penal – a ele aplicáveis.

Não se trata de matéria de fácil interpretação. São várias as nuances que perpassam a estrutura e a função do instituto. Para se chegar a uma conclusão sobre a natureza jurídica, analisarei a jurisprudência do TEDH, da Itália, Espanha e Portugal. Também será verificado o entendimento da doutrina portuguesa, espanhola e italiana sobre a classificação do instituto.

No quarto Capítulo, analisarei a jurisprudência no ordenamento jurídico português à luz da natureza jurídica definida pelos tribunais e a compatibilidade do instituto com princípios e garantias fundamentais.

Identificado o *standard* principiológico aplicável ao confisco alargado, o quinto Capítulo será dedicado à análise da possibilidade de incorporação do instituto no direito brasileiro, com a delimitação de seu âmbito de aplicação. No último capítulo, considerando a ausência de normatização do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro, *lege ferenda*, será apresentada proposta de regulamentação da perda alargada.

1 Tratados Internacionais e a Diretiva 2014/42/UE

Nas últimas décadas, a instrumentalização do confisco passou a ser elemento imprescindível na luta contra a criminalidade internacional, aplicável sobremaneira a qualquer forma de crime aquisitivo. Como as formas de confisco tradicionais revelaram-se

insuficientes para o enfrentamento desse tipo de criminalidade, foi se consolidando a necessidade de expansão de outras formas de confisco.

No âmbito das Nações Unidas, são três os instrumentos internacionais que focam no confisco como medida capaz de impedir o ingresso de recursos ilícitos no mercado lícito: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Na União Europeia, destacam-se a Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 2005 e Diretiva 2014/42/EU.

Como se verá, nos textos das Convenções das Nações Unidas não há previsão de confisco alargado com todos seus elementos caracterizadores. Há, nos instrumentos internacionais, uma certa identidade de regulação que se baliza pela possibilidade de o Estado-membro adotar a inversão do ônus da prova, exigindo do autor da infração a prova da licitude do produto do crime ou de outros bens, objeto de confisco. Pode-se até afirmar que, nos instrumentos internacionais multilaterais, estas previsões aparecem como uma proposta embrionária do confisco alargado, destituída de qualquer estruturação, diferentemente dos atos da União Europeia, que trazem elementos mínimos de ordenação do confisco alargado⁴⁵.

1.1 Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – Convenção de Viena de 1988.

A Convenção de Viena de 1988, reconhecendo a dimensão global do tráfico ilícito de drogas, incorporou a ideia de que o confisco constitui mecanismo mais efetivo para desarticular as organizações criminosas ligadas ao tráfico ilícito de drogas do que a pena de prisão.

De logo, nos “Considerandos”, a Convenção⁴⁶ reconhece que

o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

⁴⁵ VIEIRA, 2017, p. 22.

⁴⁶ No Brasil a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 162, de 14 de junho de 1991, e promulgada pelo Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

E, para desarticular tais organizações, aposta no confisco de bens, dedicando-lhe diversos regramentos⁴⁷, com vista a facilitar a recuperação de ativos.

O artigo 5º da Convenção trata do confisco de bens relacionados ao tráfico de drogas e aos crimes a ele associados, como o branqueamento de capitais. A abordagem é feita de forma ampla, contendo regras que versam sobre o confisco dos *i*) instrumentos utilizados na prática dos delitos previstos na Convenção (artigo 5º, 1, b, 2); *ii*) produtos ou proveitos relacionados à prática do crime (artigo 5º, 1, a, 2); *iii*) de valor equivalente aos produtos e instrumentos do delito (artigo 5, 1, a); *iv*) de valor estimado, no caso de mistura de bens adquiridos ilícitamente com aqueles adquiridos de forma lícita (artigo 5, 6, b); e *v*) quando o produto tenha sido transformado ou convertido ou com os quais se tenha mesclado o produto (artigo 5, 6, c).

A Convenção não indica a natureza jurídica do confisco, o que é compatível com o caráter geral de suas normas que devem ser aplicadas em diferentes ordenamentos jurídicos⁴⁸.

No tocante ao objeto da presente dissertação, a Convenção, no artigo 5, 7, prevê a possibilidade de o Estado Parte, de acordo com seu direito interno e com a natureza de seus procedimentos, adotar a inversão do “ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco”, respeitando o direito de terceiros de boa-fé⁴⁹.

O artigo 5º, 9, assevera que “nada do disposto neste Artigo afetará o princípio de que as medidas aqui previstas serão definidas e implementadas de acordo com o direito interno de cada uma das Partes”.

Ao adotar a inversão do ônus da prova, a Convenção nada especifica sobre a possibilidade de os Estados Partes regulamentarem o confisco mediante procedimentos *in rem*, compatíveis com os *standards* do direito civil ou administrativo, apesar de a redação do comando normativo parecer ser mais apropriadamente aplicável ao procedimento penal.

Nesse viés, a Convenção deixa para o Estado-Membro a tarefa de determinar qual o procedimento a ser adotado e qual o *standard* probatório aplicável, desde que compatível com o ordenamento jurídico interno. De toda sorte, o respeito ao ordenamento jurídico interno é tido como o balizador para que a legislação nacional seja considerada compatível

⁴⁷ O artigo 5º da Convenção também prevê regras sobre o confisco de bens transformados, convertidos ou misturados, além de regras sobre a cooperação jurídica internacional em matéria de confisco.

⁴⁸ VARGAS GONZÁLEZ, 2012, p. 37.

⁴⁹ O artigo 5º também traz comandos sobre a possibilidade de apreensão de bens em caráter preventivo (artigo 5, 2); sobre os direitos de terceiros (artigo 5, 8); e sobre a cooperação e assistência jurídica internacional.

com as normas de direito internacional de direitos humanos, portanto, imprescindível assegurar à pessoa afetada oportunidade suficiente para refutar a presunção⁵⁰.

De todo modo, a novidade trazida pela Convenção, frente às formas clássicas de confisco, reside no fato de este instrumento internacional não requerer, para a decretação de confisco, o liame direto entre os bens e o produto advindo da prática delituosa (MONTENEGRO, 2009, p. 74), além do fato de possibilitar a inversão do ônus da prova.

1.2 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, de 2000)

Trata-se do primeiro instrumento internacional e vinculante para enfrentar a criminalidade organizada. Antes de sua regulação, os crimes praticados por organizações criminosas eram tratados de forma isolada, como o tráfico ilícito de drogas, objeto da Convenção de Viena, e o crime de pirataria, previsto na Convenção sobre o Direito do Mar de 1982⁵¹.

O processo de elaboração da Convenção de Palermo surge a partir dos debates políticos e acadêmicos travados nos anos noventa acerca da necessidade de conferir tratamento universal ao fenômeno da criminalidade organizada em sua dimensão transnacional⁵².

A primeira discussão formal sobre a temática ocorreu na Conferência Ministerial Mundial sobre Delinquência Organizada Transnacional, celebrada em Nápoles, Itália, entre os dias 21 a 23 de novembro de 1994, em que foi aprovada, por unanimidade, a Declaração Política e o Plano de Ação Mundial de Nápoles contra a Delinquência Organizada Transnacional (conhecida como Declaração de Nápoles), que solicitava à Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal da ONU o exame da possibilidade de elaboração de uma convenção internacional sobre a temática criminalidade organizada⁵³.

⁵⁰ Vide Commentary on the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, commentaru 5.54 (...). The national legislator will have to determine how, and to what standard of proof, this must be done. It is probable that legislation adopting this approach will be considered compatible with international human rights norms, provided that there is a sufficient opportunity for the accused person to rebut the presumption. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/266894/files/E_CN.7_590-EN.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

⁵¹ No Brasil, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 5, de 09 de novembro de 1987, e promulgada pelo Decreto n.º 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/noticias/documentos/convencao-onu-mar>>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

⁵² SORIANO, 2014, p. 146.

⁵³ Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º. Asamblea General Naciones Unidas,

Em dezembro de 1998, por recomendação da Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal e do Conselho Econômico e Social, a Assembleia Geral aprovou a Resolução n.º 53/111, que criou um Comitê Especial com a finalidade de elaborar a convenção internacional contra a criminalidade organizada, o tráfico de mulheres e crianças, e o tráfico ilícito de migrante⁵⁴.

O texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e de seus protocolos foram concluídos em novembro de 2000 e entrou em vigor, no âmbito internacional, em setembro de 2003.

A criminalidade organizada vem definida na Convenção como

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (artigo 2, a).⁵⁵

A previsão de “benefício econômico ou outro benefício material”, ou seja, a finalidade econômica, é um dos pontos centrais da discussão acerca da criminalidade organizada e, neste sentido, a Convenção, a par da previsão de normas que visam à harmonização da legislação aplicável aos crimes previstos no seu âmbito de aplicação, prevê regras que visam evitar a acumulação de rendimentos ilícitos de organizações criminosas, como as regras aplicáveis ao confisco e à cooperação jurídica internacional com vistas à recuperação dos ativos.

As formas de confisco são tratadas no artigo 12 e são praticamente idênticas àquelas previstas na Convenção de Viena. Há previsão do confisco dos instrumentos e dos produtos

Quincuagésimo quinto período de sesiones, Tema 105 del, programa Prevención del delito y justicia penal. A/55/383 – Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7644.pdf>>.

⁵⁴ Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º. Asamblea General Naciones Unidas, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Tema 105 del, programa Prevención del delito y justicia penal. A/55/383 – Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7644.pdf>>.

⁵⁵ À época da adoção da Convenção de Palermo vigorava na União Europeia a Ação Comum de 21 de dezembro de 1998 (98/733/JAI), que definia a organização criminosa como “a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada, tendo em vista cometer infrações puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infrações constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a atuação de autoridades públicas”. A definição prevista na Ação Comum, apesar de ter contribuído para a definição da Convenção de Palermo, não se restringe somente aos delitos que possuem finalidade econômica (ou de outra forma material). Comporta também ilícitos praticados por motivação política, neles incluído o crime de terrorismo. Neste sentido, vide ZÚNIGA ROGRIGUEZ, Laura. *Criminalidade organizada, derecho penal y sociedad*. Apuntes para el análisis. p. 161. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18551/18791>>. Acessado em 25 de abril 2019. A Ação Comum de 21 de dezembro de 1998 foi revogada pela Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada, que incorpora a definição da Convenção de Palermo em que o objetivo do grupo criminoso passa a ser a obtenção, direta ou indireta, de benefícios financeiros ou outro benefício material.

do crime (12, 1, a, b); do produto do crime quanto tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente até ao valor calculado do produto com que foram misturados (12, 4); dos benefícios obtidos com o produto do crime, nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido ou os bens com que tenha sido misturado (12, 5).

A Convenção também prevê a possibilidade de o Estado-Membro, de acordo com seu ordenamento jurídico interno, exigir que o autor da infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco (12, 7⁵⁶).

Na linha da Convenção de Viena, o delineamento do confisco alargado fica a critério do Estado-Membro. A justificativa trazida no *Legislative Guide*⁵⁷ para a abertura do comando normativo deve-se ao fato de que, em alguns países, o confisco é tratado no âmbito civil, em que impera a exigência do “equilíbrio de probabilidades”, enquanto em outros países, o confisco tem natureza de punição criminal, com a carga probatória pautada sob a “ausência de uma dúvida razoável”.

O *Legislative Guide* também deixa claro que não se trata de comando obrigatório, na medida em que alguns países podem ter restrições constitucionais quanto à adoção da inversão do ônus da prova.

Mas a novidade do *Legislative Guide* é o indicativo de que os países podem considerar a possibilidade de dispensar a condenação criminal como pré-requisito para a decretação do confisco, na linha dos que já adotam alguns sistemas jurídicos, a exemplo dos Estados Unidos, Reino Unido e Irlanda.

⁵⁶ Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

⁵⁷ 372. In creating the judicial powers to order seizure and forfeiture, national drafters should consider issues relating to the applicable burden of proof. In some systems, confiscation is treated as a civil matter, with the attendant “balance of probabilities” standard. In others, confiscation is considered a criminal punishment, for which the higher “beyond a reasonable doubt” standard should be applied and may in some cases be required by constitutional or other human rights standards. 373. To some extent, this may depend on whether there have already been one or more convictions in related criminal prosecutions. Since these entail a judicial finding that the crime was committed based on the higher criminal standard of proof, the lower civil standard may then apply in subsequent confiscation proceedings on the question of whether the property involved was derived from, used in, or destined for use in the committed offence. 374. Article 12(7) permits shifting the burden of proof to the defendant to show that alleged proceeds of crime were actually from legitimate sources (reverse burden of proof). Because countries may have constitutional or other constraints on such shifting of the burden of proof, countries are only required to consider implementing this measure to the extent that it is consistent with their domestic law. 375. Similarly, legislators may wish to consider adopting the related practice in some legal systems of not requiring a criminal conviction as a prerequisite to obtaining an order of confiscation, but providing for confiscation based on a lesser burden of proof to be applied in proceedings. Disponível em:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf>. Acesso em: 02 de maio 2019.

1.3 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – UNCAC

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida ou UNCAC – por sua sigla em inglês, adotada em 31 de outubro de 2003, e com entrada em vigor em 14 de dezembro de 2005, abarca crimes de corrupção em todos os seus aspectos, tanto a corrupção em sentido estrito quanto os delitos relativos à corrupção⁵⁸, incluindo a corrupção de funcionários públicos nacionais (artigo 15) e de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais públicas (artigo 16); a malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público (artigo 17), o tráfico de influências (artigo 18), o abuso de funções (artigo 19), o enriquecimento ilícito (artigo 20), e a corrupção no setor privado (artigo 21).

Ao lado de outros objetivos, como a harmonização das legislações dos Estados-membros; a adoção de regras de prevenção, com previsão da participação da sociedade civil, no enfrentamento à corrupção; e os aspectos penais e sancionatórios, a Convenção de Mérida adotou a recuperação de ativos como um de seus pilares fundamentais⁵⁹, com previsão de regras específicas sobre o bloqueio de bens preventivamente (artigo 31, 2 e 5), a situação dos terceiros de boa-fé (artigo 31, 9), disposições sobre a cooperação internacional, como medidas de prevenção e detecção de transferências de produto de crime, medidas de restituição de ativos e mecanismos de recuperação direta de bens para fins de confisco (Capítulo IV).

No artigo 31, a Convenção requer que os Estados Partes adotem em “maior grau permitido em seu ordenamento as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco”⁶⁰, sendo que no artigo 2, g, define o confisco como “a privação em caráter definitivo de bens por ordem de um tribunal ou outra autoridade competente”.

De uma maneira em geral, há algumas regras muito semelhantes àquelas trazidas pela Convenção de Viena e de Palermo, especialmente as disposições referentes ao confisco de

⁵⁸ CUESTA ARZAMENDI, 2003, p. 22.

⁵⁹ O Preâmbulo da Convenção de Mérida afirma “Decididos a prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos”. No Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

⁶⁰ Ação Comum 98/733/JAI adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998F0733&from=PT>>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

instrumentos e produtos do crime e ao confisco de bens misturados, convertidos ou mesclados.

Neste sentido, a Convenção de Mérida contempla a perda *i)* do produto do delito ou de outros bens por seu valor equivalente (artigo 31, 1, a); *ii)* de bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados à prática dos delitos (artigo 31, 1, a, b); e *iii)* de bens cujo valor corresponda ao produto do crime, ainda que o produto tenha sido transformado ou convertido em outros bens ou mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, caso em que o confisco se dará até o valor estimado do produto mesclado (artigo 31, 4, 5 e 6).

Mas a Convenção traz disposições inovadoras para facilitar a recuperação de ativos ilícitos dos crimes de corrupção. Dentre esses mecanismos está a possibilidade de o Estado-Parte optar por medidas que sejam necessárias para *i)* a adoção de uma ação civil⁶¹ com o objetivo de determinar a titularidade ou propriedade de bens adquiridos mediante a prática de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção (artigo 53, a); e *ii)* permitir o confisco de bens sem que envolva uma condenação, nas hipóteses em que o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos relacionados à extinção da punibilidade ou, ainda, em casos de proteção de imunidade (artigo 54, c).

A previsão de adoção de procedimento civil tem em conta, de um lado, a dificuldade de atingir *standard* probatório suficiente para uma condenação que permite a decretação do confisco e, de outro, o fato de demandar um *standard* probatório menor, e poder dispensar a presença física da pessoa demandada ao longo do processo⁶², pois, na ação, não seria discutida a responsabilidade individual.

Como dito acima, o diferencial desse tipo de procedimento é que opera *in rem*, ou seja, trata-se de uma ação real que se dirige contra os bens passíveis de confisco, não busca a responsabilização individual do autor da infração, mas, sim, evitar que a riqueza produzida por meios ilícitos integre o mercado lícito⁶³.

Na mesma linha da Convenção de Viena e de Palermo, a UNCAC permite que os Estados-Membros considerem a possibilidade de exigir de um demandado que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole

⁶¹ Apesar de a UNCAC recomendar a adoção de procedimento civil para o confisco nas situações do artigo 54, C, em tese, procedimentos de confisco administrativo também podem atingir a mesma finalidade.

⁶² JORGE, 2008, p. 23.

⁶³ JORGE, 2008, p. 90.

do processo judicial ou outros processos (artigo 31, 8). E é expressa ao permitir que a inversão do ônus da prova ocorra também em procedimentos cíveis (artigo 53, a).

A Convenção não estabelece os parâmetros para a aplicação do confisco alargado, se uma *action in rem* ou *in persona*. Deixa a tarefa de conformá-lo ao ordenamento jurídico de cada Estado membro, que pode optar por adotar a inversão do ônus da prova na *actio in rem* ou na *action in persona* ou até mesmo em ambos.

Quanto ao rito procedimental, o próprio artigo 31, 8, destaca que a medida do confisco deve ser compatível com a legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos. Admitindo, dessa forma, que o confisco alargado possa ocorrer no juízo cível, penal ou administrativo.

A interpretação oficial do texto da UNCAC é praticamente idêntica à da Convenção de Palermo. Cada Estado, de acordo com eventuais restrições constitucionais ou outras restrições, considerará a possibilidade de adotar o confisco alargado, que poderá ocorrer no procedimento civil ou penal. De todo modo, o *Legislative Guide*⁶⁴ admite que os Estados considerem a possibilidade de aplicar o confisco independentemente de condenação criminal.

1.4 União Europeia: Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 2005 e Diretiva 2014/42/EU

A regulamentação do confisco alargado na União Europeia está especialmente associada às legislações do Reino Unido e da Itália, criadas no contexto da luta contra o crime organizado (máfia) e o tráfico de drogas, e, por sua vez, influenciadas pela política criminal de confisco, empreendida pelos EUA, a partir da década de 1970⁶⁵.

No Reino Unido, a forma estendida de confisco aparece na *Drug Trafficking Offences Act of 1986*, na qual os bens adquiridos pelo arguido nos seis anos anteriores à prática do crime de tráfico ilícito de drogas eram presumidos produtos de crime e, portanto, se não

⁶⁴ “427. Article 31, paragraph 8, suggests that States parties may wish to consider shifting the burden of proof to the defendant to show that alleged proceeds of crime were actually from legitimate sources. Because States may have constitutional or other constraints on such shifting of the burden of proof, States parties are only required to consider implementing this measure to the extent that it is consistent with the fundamental principles of their law. 428. Similarly, legislative drafters may wish to consider adopting the related practice in some legal systems of not requiring a criminal conviction as a prerequisite to obtaining an order of confiscation, but providing for confiscation based on a lesser burden of proof to be applied in proceedings. For example, the laws of Ireland and the United Kingdom provide for such a system, with a lower burden of proof for deprivation of property than is required for deprivation of liberty”. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_LegislativeGuide.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2019.

⁶⁵ FERNANDEZ-BERTIER, 2017, p. 62.

refutada a presunção, perdidos em favor do Estado. Nos anos subsequentes, esse tipo de confisco foi expandido para outros tipos de delito⁶⁶.

Na Itália, o confisco alargado foi introduzido no contexto de combate à máfia italiana, em 1992, pela Lei n.º 356. Essa Lei sofreu diversas alterações, sendo a mais recente a Lei n.º 172, de 4 de dezembro de 2017, e o Decreto Legislativo n.º 21, de 1 de março de 2018.

1.5 Decisão-Quadro 2005/212/JAI de 2005

O primeiro diploma que tratou do confisco alargado na União Europeia foi a Decisão-Quadro 2005/212/JAI⁶⁷. Sua construção foi influenciada por outros documentos europeus que tratavam da “flexibilização” do ônus da prova para decretação do confisco, como o plano de ação contra a criminalidade organizada, denominado “Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milênio” do Conselho Europeu de Amsterdã e o Programa de Haia do Conselho Europeu de Bruxelas⁶⁸.

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI impôs aos Estados Membros a obrigação de adotar, pelo menos, uma das três modalidades de confisco previstas no artigo 3, 2. Todas são relacionadas aos bens de pessoa condenada por crime praticado no âmbito de uma organização criminosa⁶⁹ (artigo 3, 1, a) ou por crime de terrorismo (artigo 3, 1, b), praticado no âmbito de uma organização criminosa. São elas: *i*) confisco de bens provenientes de atividades criminosas em um período de tempo anterior à condenação; *ii*) confisco de bens derivados de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante período razoável e anterior à condenação; e *iii*) confisco de ativos desproporcionais em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada.

A obrigação de aplicação do confisco alargado, de acordo com a interpretação oficial, “só existe se a infração for susceptível de gerar ganhos financeiros”. Não obstante, o

⁶⁶ FERNANDEZ-BERTIER, 2017, p. 65.

⁶⁷ Decisão-Quadro 2005/212/JAI adotada pelo Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:PT:PDF>>. Acesso em: 02 de maio 2019.

⁶⁸ VIEIRA, 2017, p. 22.

⁶⁹ De acordo com o Relatório da Comissão, com base no artigo 6º da Decisão-quadro do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime (2005/212/JAI) /* COM/2007/0805 final *, a obrigação do confisco alargado está prevista relativamente a uma lista específica de infrações, estabelecida em aplicação de seis decisões-quadros relativas: à contrafacção do euro, ao branqueamento de capitais, ao tráfico de seres humanos, à imigração ilegal, à exploração sexual e à pornografia infantil e ao tráfico de droga e ao terrorismo. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0805&from=PT>>. Acesso em: 2 de maio 2019.

Relatório da Comissão informa que alguns Estados-membros preveem o confisco alargado sem que seja necessário que as infrações sejam cometidas por organizações criminosas.

O confisco alargado, adotado pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI, sofreu diversas críticas, por distintas razões.

Primeiramente, em fase do seu caráter restritivo, seja pelo fato de limitar o âmbito de aplicação do confisco alargado ao possibilitar a adoção de apenas uma das hipóteses do artigo 3, 2, seja pelo fato de cingir-se, obrigatoriamente, apenas a determinadas infrações⁷⁰, deixando de fora infrações, como as que estão relacionadas à corrupção *latu sensu*.

Em segundo lugar, as críticas referem-se à ausência de fixação do *standard* probatório para o confisco⁷¹ e a falta de previsão de confisco alargado sem condenação⁷², que teria por objetivo atingir aquelas situações em que não é possível a responsabilização individual, como a hipótese de fuga, morte ou outra hipótese de extinção da punibilidade.

Com as críticas e a constatação de ausência de harmonização na implementação da Decisão-Quadro 2005/212/JAI pelos Estados-Membros, somado ao fato de que a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, ao possibilitar a recusa do pedido, com base no reconhecimento mútuo, sob a alegação de que a hipótese de confisco alargado do Estado solicitante estaria fora do âmbito de opção adotado pelo Estado de execução, dificultava a repatriação de ativos e não contribuía para a implementação da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, constatou-se a necessidade de reformulação das regras sobre confisco alargado, dando origem à Diretiva 2014/42/EU.

1.6 A Diretiva 2014/42/UE

Atualmente, as regras mínimas sobre o confisco estão definidas na Diretiva 2014/42/EU⁷³, dentre elas, cita-se a perda de instrumentos e produtos ou bens cujo valor corresponda a tais instrumentos ou produtos, incluindo bens de terceiros; o confisco “alargado” e o confisco baseado na não condenação, no caso de fuga e morte do agente; assim como medidas para o congelamento de bens e garantias processuais aplicáveis.

⁷⁰ FORSAITH, *et al.*, 2012, p. 38.

⁷¹ VIEIRA, 2017, p. 24.

⁷² FORSAITH, *et al.*, 2012, p. 38.

⁷³ Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:PT:PDF>>. Acesso em 5 de maio de 2019.

A Diretiva 2014/42/EU decorre do contexto de necessidade de harmonização das regras sobre confisco adotadas pelos Estados-membros, não alcançadas pela Decisão Quadro 2005/212/JAI, visando atingir o reconhecimento mútuo de todas as medidas de confisco. Neste sentido, o “Considerando” 5 da Diretiva preceitua que um de seus objetivos é adotar regras mínimas para aproximar “os regimes de congelamento e de perda dos Estados-membros, promovendo, assim, a confiança mútua e uma cooperação transfronteiriça eficaz”.

Porém, o objetivo maior extraído dos “Considerandos” da Diretiva é o de combater o lucro advindo da criminalidade organizada, que, conforme disposto no primeiro “Considerando”, busca dotar os Estados-membros “dos meios necessários para rastrear, congelar, gerenciar e confiscar o produto do crime”, com vistas a prevenir e enfrentar eficazmente a criminalidade organizada.

Assim, muito embora haja menção nos “Considerandos” apenas à criminalidade organizada, fato é que o âmbito de aplicação da Diretiva é bem mais abrangente se comparada à Decisão-Quadro 2005/212/JAI, na medida em que as infrações penais admissíveis para aplicação do confisco alargado (artigo 3º cominado com item 2 do artigo 5º) vão além daquelas praticadas por organizações criminosas, incluindo crimes como a corrupção no setor privado, a transferência ilegal de dados e o terrorismo praticados fora do contexto da criminalidade organizada. Contudo, não há limitação tão somente a esses crimes. Isto porque, o artigo 5º, 2, acresce nas letras “a”, “b”, “c” e “d” outras infrações passíveis de decretação da perda alargada. Nada obstante, o artigo 5º, 2, e, determina que as demais infrações penais sejam puníveis com uma pena privativa de liberdade cujo máximo não pode ser inferior a quatro anos. De toda sorte, o parágrafo 1 do artigo 5º é expresso ao exigir que a infração econômica tenha ocasionado direta ou indiretamente benefício econômico.

Além de alargar o espectro de infrações penais, a Diretiva, buscando harmonizar as disposições sobre matéria de perda alargada, opta por unificar os três conjuntos diferentes de exigências mínimas previstas na Decisão-Quadro 2005/212/JAI em uma única formulação⁷⁴.

⁷⁴ DECISÃO-QUADRO 2005/212/JAI adotada pelo Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:PT:PDF>>. Acesso em: 05 de maio de 2019. O Considerando 19 da Diretiva 42/2014/EU traz a seguinte justificante para a condensação em uma única formulação de perda alargada: “Os grupos criminosos desenvolvem uma grande diversidade de atividades criminosas. Para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada». A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de exigências mínimas que os Estados-membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados-membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se

Assim, para a configuração da perda alargada, são previstos os seguintes requisitos: *i*) condenação do arguido por infração penal previamente estabelecida em catálogo; *ii*) benefício econômico, direto ou indireto, decorrente da prática da infração penal; e *iii*) decisão que conclua, com base nas circunstâncias do caso, que os bens em questão provêm de comportamento criminoso. De acordo com a normativa, a “circunstância do caso” poderá ser avaliada com base em fato concreto e provas disponíveis, como a desproporção entre os bens e os rendimentos lícitos da pessoa condenada⁷⁵.

A incongruência patrimonial, de acordo com a Diretiva, figura como um dos indícios para a decretação do confisco alargado, neste sentido, o “Considerando” 21 afirma que o “facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso”. Tal afirmativa pode vir a conduzir a uma interpretação de que o confisco poderá ser decretado com dispensa do requisito da incongruência patrimonial.

Outro *standard* probatório trazido pela Diretiva é a probabilidade da proveniência criminosa, fundada nas “circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis” (artigo 5º, 1). Para muitos autores, a exigência de fundamentação em fatos concretos não se contenta com a simples presunção⁷⁶, daí a necessidade de provar a atividade criminosa anterior, com base na preponderância das probabilidades⁷⁷.

Seguindo esta orientação, o Código Penal espanhol, a par da presunção *iuris tantum*, exige, tanto no artigo 127-bis quanto no artigo 127-quinquies, para a decretação do confisco alargado que o delito tenha sido cometido no contexto de uma atividade criminosa continuada e que haja fundado indício de que uma parte relevante do patrimônio do arguido proceda de atividade delitativa prévia⁷⁸.

Assim, o fato de a desproporcionalidade dos bens em relação aos rendimentos ser apenas um dos elementos capazes de ensejar a perda alargada não implica afirmar que o intuito da Diretiva seja o de provar a existência de qualquer atividade criminosa diversa daquela que ensejou a condenação. A Diretiva continua a trabalhar com a ideia de presunção, desde que razoáveis e analisadas as circunstâncias específicas do caso, incluindo

necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabelecendo uma norma mínima única”.

⁷⁵ Vide Considerando 21 da Diretiva. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0042&from=PT>>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

⁷⁶ CAEIRO, 2018, p. 33.

⁷⁷ No mesmo sentido, vide: CUNHAb, 2017.

⁷⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

os fatos e as provas disponíveis com base nas quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. Portanto, apesar de admitir a presunção, há necessidade de que a decretação da perda seja fundada em fatos concretos e provas disponíveis, ou seja, em “pluralidade de fatos e evidências específicas”⁷⁹, que conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

Nada obstante, de acordo com o “Considerando” 22, a Diretiva estabelece normas mínimas, não impedindo que os Estados-membros adotem, no seu direito nacional, poderes mais alargados, como parece ser o caso da perda alargada prevista no artigo 7º da Lei n.º 5/2002 em Portugal.

Por último, para mim, a probabilidade de proveniência criminosa de que trata a Diretiva deve estar atrelada aos rendimentos incongruentes da pessoa condenada, pois do contrário, haveria, ao menos em tese, a possibilidade de confisco de bem lícito, o que seria de todo contrário às garantias constitucionais, como a da propriedade privada, a da presunção de inocência e, também, a da própria finalidade do instituto, que é a de estacar o mercado ilícito de capitais oriundos da prática de infração penal.

1.7 Considerações finais ao Capítulo

As modalidades de confisco estendido que se verifica no cenário internacional, tanto nos diversos instrumentos internacionais multilaterais e da União Europeia, são o confisco alargado ou perda alargada e o confisco *in rem* ou confisco não baseado numa condenação. Esses novos modelos de confisco convivem com os modelos tradicionais onde é essencial a demonstração do nexos causal entre o crime praticado e o patrimônio do agente, como resultado direto ou indireto da infração penal cometida.

O confisco alargado, em especial, somente tem pressupostos e requisitos estabelecidos nos instrumentos da União Europeia. As Convenções da ONU cingem-se a contemplar a possibilidade de inversão do ônus da prova, facultando aos Estados-Membros a tarefa de adotar referido instrumento de acordo com os regramentos e limitações do seu direito interno.

A política de recuperação de ativos traçadas pelos instrumentos internacionais está centrada na criminalidade organizada e econômica e, mais recentemente, contou com a inclusão do crime de terrorismo e seu financiamento.

⁷⁹ MAUGERI, 2015a, p. 318.

2 O confisco alargado na Lei n.º 5/2002

2.1 A Lei n.º 5/2002: requisitos e pressupostos

O regime da perda alargada em Portugal é regulamentado pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, introduzida no ordenamento jurídico no contexto dos diversos instrumentos internacionais e, sobretudo, da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, do Conselho Europeu, e da Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril. Desde sua vigência, a Lei n.º 5/2002 sofreu diversas alterações, tendo a última sido promovida pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que, segundo a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 51/XIII (PL 201/2016) que a originou, objetivou a transposição da Diretiva 2014/42/EU.

A Lei n.º 5/2002, além da perda alargada de bens (artigos 7º ao 12), contém outras medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, como a derrogação do segredo fiscal das entidades financeiras (artigos 2º ao 5º) e a admissão do registo de voz e de imagem como meio de prova (artigo 6º).

Uma das primeiras críticas ao instituto previsto no artigo 7º reside no fato de não se tratar efetivamente de “perda de bens”, mas sim de “perda do valor das vantagens” consideradas incongruentes. Assim, embora o artigo 1º designe o instituto como “perda de bens a favor do Estado” (o que também é consignado no artigo 7º), a Lei n.º 5/2002 regulamenta a “perda do valor”.

A perda da vantagem ou do valor é, de fato, uma das modalidades de declaração de confisco, com caráter meramente subsidiário da declaração da perda em espécie, aplicável, principalmente, na hipótese em que não é possível a perda em espécie, no caso de o bem encontrar-se na titularidade de terceiros de boa-fé⁸⁰ ou no caso de desaparecimento de bem, por exemplo.

Mas a aplicação do caráter subsidiário é questionada no caso da perda do valor do patrimônio incongruente de que trata o artigo 7º, na medida em que a perda em espécie não está prevista na Lei n.º 5/2002⁸¹. Portanto, não haveria que falar em substituição da perda do valor pela perda da vantagem.

Além do mais, a perda alargada, prevista na Lei n.º 5/2002, não corresponde a nenhum dos modelos consagrados na Decisão-Quadro 2002/212/JAI ou na Diretiva 2014/42/EU, que acolhem a perda de bens em espécie que sejam desproporcionais aos rendimentos lícitos da

⁸⁰ CUNHA, 2017, p. 15.

⁸¹ DIAS, 2018, p. 112.

pessoa condenada, por se concluir que certos bens são provenientes de comportamento criminoso anterior.

Em comparação com o texto da Diretiva 2014/42/UE, pode-se afirmar que o legislador português optou pela perda da vantagem ao invés da perda dos bens, conforme preconizado no artigo 5º da Diretiva. Neste caso, a alteração produzida pela Lei n.º 30/2017, a pretexto de transpor a Diretiva 2014/42/UE, no tocante especificamente à perda alargada, promoveu, nos termos do seu artigo 4º, alteração formal com a divisão do Capítulo IV da Lei n.º 5/2002 em duas seções: *i*) a seção I, com a epígrafe “Perda alargada”, que integra os artigos 7º ao 12-A, “Capítulo IV – Perda de bens a favor do Estado”; e *ii*) a seção II, com a epígrafe “Perda de instrumentos”, que integra o artigo 12-B.

José Damião da Cunha⁸² sustenta que a perda alargada prevista nos artigos 7º ao 12 da Lei n.º 5/2002 não é de fato uma perda de bens. Trata-se, para ele, de um “erro legislativo”, uma vez que não está em causa uma perda de bens, mas sim um confisco patrimonial ou, talvez mais corretamente, uma sanção/obrigação de pagamento de uma quantia pecuniária ou patrimonial”.

Sob essa perspectiva, tem-se que as alterações promovidas na Lei n.º 5/2002 não foram suficientes para transpor a perda alargada prevista no artigo 5º da Diretiva, que tem como objeto a perda de bens em espécie e não sua substituição pelo valor do patrimônio incongruente⁸³. A Lei n.º 5/2002 segue sua concepção original de 2002, ou seja, não há propriamente a perda de “bens determinados”. A perda opera sobre o *quantum* (vantagem) correspondente à diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja incongruente com o seu rendimento lícito (artigo 7º, 1, da Lei n.º 5/2012).

E, neste sentido, estou de acordo com a opinião de João Conde Correia (2018c, p. 269), quando sustenta que o modelo de confisco alargado, consagrado na Lei n.º 5/2002, é “muito mais agressivo para os direitos de defesa do que um verdadeiro regime de perda alargada”, adotado na Diretiva 2014/42/EU, pois a dificuldade de justificar todo o patrimônio incongruente é bem maior do que de bens específicos.

Por outro lado, diversamente da Diretiva, não há na legislação portuguesa a exigência de que os bens, provável ou presumivelmente, provêm do crime pelo qual a pessoa foi condenada ou então provêm de outros crimes.

À vista disso, tem-se que a perda alargada, prevista no artigo 7º da Lei n.º 5/2002, não incide propriamente sobre bens específicos, mas sobre o valor correspondente à diferença

⁸² CUNHAa, 2017, p. 13-14.

⁸³ DIAS, M., 2018, p. 14.

entre o valor do património do condenado e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito⁸⁴. Para tanto, o artigo 7º da Lei n.º 5/2002 prevê como pressupostos para a aplicação do confisco alargado:

- i)* a condenação por um dos crimes do catálogo previstos no artigo 1º da citada Lei;
- ii)* o condenado deve possuir património e esse património deve ser incongruente com seu rendimento ou atividade econômica lícita;
- iii)* o condenado deve não conseguir provar a origem do património – presunção *iuris tantum*; e
- iv)* que o património tenha sido recebido pelo condenado nos cinco anos anteriores à constituição como arguido.

2.2 Condenação por um dos crimes do catálogo

O primeiro requisito previsto na Lei n.º 5/2002 para a concretização do confisco alargado consiste na condenação do agente por um dos crimes arrolados no artigo 1º⁸⁵. A condenação deve ser transitada em julgado, pois somente o trânsito em julgado é suscetível, nos termos do artigo 32, 2, da CRP, de produzir efeitos em desfavor do arguido. Assim, no caso de absolvição do arguido, não caberá a aplicação do confisco alargado, devendo os bens eventualmente arrestados serem restituídos. Em suma, a condenação transitada em julgado por um dos crimes do catálogo é pressuposto de exigibilidade para a aplicação do confisco alargado⁸⁶.

O rol inicialmente previsto no artigo 1º sofreu diversas ampliações ao longo dos anos até culminar com a última alteração promovida pela Lei n.º 30/2017. Foram incluídos no rol

⁸⁴ No sentido de que não se trata de perda de bens tal qual a prevista no Código Penal. Nessa perspectiva, vide: 1. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/06/2014, processo 1653/12.2JAPRT-A.P1, Relator Neto Moura. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/beb5d390e130f96c80257d03002d99ed?OpenDocument>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019;

2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/04/2015, processo 539/11.2PBMTS-AB.P1, relatora Elsa Paixão. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/FE379494FA006DFC80257E350053E38B>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

⁸⁵ CORREIA, 2012, p. 103.

⁸⁶ Neste sentido, vide: 1. Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 665/2015, 2ª Secção, Relator Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019;

2. Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 11/12/2018, processo 872/16.7JFLSB-D.L1-5, Relator CID GERALDO. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e96c337e165bfbf8025837c0037aeb2?OpenDocument&Highlight=0,cibercrime>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

os crimes de tráfico de influência, corrupção ativa⁸⁷, terrorismo internacional e o financiamento ao terrorismo⁸⁸ e, mais recentemente, recebimento indevido de vantagem, pornografia infantil, dano relativo a programas ou outros dados informáticos e sabotagem informática. Também foi inserido dispositivo que deixa claro que os crimes de corrupção incluem aqueles praticados nos setores públicos, no comércio internacional e na atividade desportiva⁸⁹.

São diversas as críticas apontadas pela doutrina em relação ao catálogo. A primeira refere-se à razão de política criminal para a instituição de novo modelo de confisco, qual seja, a necessidade de construção de novo modelo de confisco capaz de suplantar as dificuldades e limitações dos mecanismos “tradicionais de confisco” para interceptar e neutralizar o fluxo de ativos de origem ilícita advindos das organizações criminosas, da criminalidade econômico-financeira. Nesta esteira, autores como Figueiredo Dias⁹⁰ e Duarte Rodrigues Nunes⁹¹ alertam para o fato de o catálogo incluir crimes de pequena gravidade e, por outro lado, deixar de fora crimes econômico-financeiros que podem se apresentar gravíssimos e produtores de riscos para a humanidade, o que destoia das razões de política criminal do instituto.

Um dos exemplos de crime de menor gravidade é o peculato. Nos termos do artigo 375, 2, do CPP, o peculato pode ser de diminuto valor, e, de acordo com o disposto no item 2 do artigo 1º da Lei 5/2002, não há sequer exigência de que o peculato seja praticado de forma organizada. Além do mais, é possível, no crime de peculato, demonstrar quais os bens ou valores apropriados, não sendo necessária qualquer presunção de ilicitude⁹².

Além de incluir crimes de pequena gravidade, o catálogo deixa de fora crimes de natureza grave, como o tráfico de órgãos e os crimes relacionados à criminalidade econômico-financeira, até porque o propósito da Lei n.º 5/2002, segundo seu sumário, é o de

⁸⁷ Crimes inseridos pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, que altera a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_mio_lo=>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

⁸⁸ Crimes inseridos pela Lei n.º 55/2015, de 23 de junho, que altera a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_mio_lo=>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

⁸⁹ Crimes inseridos pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que altera a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_mio_lo=>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

⁹⁰ DIAS, F., 2009b, p. 810.

⁹¹ NUNES, D., 2017, p.44.

⁹² CUNHAa, 2017, p. 33.

enfrentar a criminalidade organizada e econômico-financeira, definindo, portanto, regime especial em matéria de recolhimento de prova, quebra de sigilo profissional e a perda ampliada. Isso, somado ao contexto internacional de enfrentamento da criminalidade organizada e econômica, não se encontra justificativa para a não inclusão no catálogo de crimes que se enquadrem nesta categoria, como o crime de abuso de confiança contra o setor bancário e os crimes do mercado de valores mobiliários, por exemplo.

A segunda crítica refere-se à previsão constante do item 2 do artigo 7º da Lei n.º 5/2002, a qual afirma que o confisco alargado somente é aplicável a determinados crimes previstos no catálogo (lenocínio, contrabando e tráfico e viciação de veículos furtados), se for praticado de forma organizada. As críticas centram na indeterminação da terminologia “de forma organizada”, que pode remeter tanto ao crime de “associação criminosa” do artigo 299 do CPP quanto à “criminalidade altamente organizada” do artigo 1º, m, do CPPP⁹³.

A defesa de que “de forma organizada” significa a prática de um ilícito criminal praticado por associação criminosa, concertada por mais de duas pessoas de forma permanente e estruturada é aplicada em diversos julgados, como se depreende do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/03/2017⁹⁴ e do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/10/2017⁹⁵.

De mais a mais, não se percebe, do rol trazido pela Lei n.º 5/2002, identidade com as razões fundadoras do confisco alargado: corte do fluxo financeiro de organizações criminosas e da criminalidade econômico-financeira. O catálogo abarca fenomenologias criminais que geram proveito financeiro, mas não necessariamente ligados ao crime organizado ou criminalidade econômico-financeira. A esse propósito, a legislação portuguesa segue a Diretiva 2014/42/EU que também amplia a fenomenologia criminal para além da criminalidade inicialmente prevista como a razão para a expansão das formas de confisco.

Essa opção revela um afastamento entre o discurso da política criminal e a escolha legislativa, o que leva ao questionamento se o futuro do confisco alargado seria a de abandonar sua concepção original de enfrentamento à criminalidade organizada e

⁹³ Neste sentido, vide: DIAS, F., (2009b, p. 810) & CUNHAa (2017, p. 36-37).

⁹⁴ Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 29/03/2017, processo 1412/11.0JAPRT-J.P1, Relatora Lígia Figueiredo. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d2f3517ae8d2697a802581070038e839?OpenDocument>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019

⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra de 10/11/2017, processo 22/09.6ZRCBR-E.C1, Relator Jorge França. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/116283175/details/maximized?emissor=Tribunal+da+Rela%C3%A7%C3%A3o+de+Coimbra&perPage=25&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

macrocriminalidade econômica, passando a abarcar qualquer crime passível de gerar potencial econômico.

2.3 Patrimônio incongruente com rendimentos lícitos do arguido

O legislador português optou por solução do confisco alargado que se funda na presunção e inversão do ônus da prova, não sendo necessário que a acusação prove a atividade criminosa⁹⁶ antecedente. A presunção é de que parte ou todo o patrimônio do arguido é proveniente de uma atividade criminal qualquer. Contudo, cabe ao Ministério Público a tarefa de provar que o arguido tem um patrimônio e que esse patrimônio é incongruente, desproporcional com sua renda lícita.

Nos termos do artigo 7º, inclui-se dentre o patrimônio do arguido: *i)* os bens, direitos ou valores que o arguido é formalmente o proprietário; *ii)* os bens que o arguido tenha o domínio de fato e seja beneficiário; *iii)* os bens transferidos para terceiros a título gratuito ou por meio de uma contraprestação simbólica nos cinco anos anteriores à constituição de arguido; e *iv)* os bens recebidos pelo arguido no período delimitado no item anterior, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

A amplitude do conceito de patrimônio, previsto no artigo 7º, objetiva expandir a aplicação do confisco alargado e afastar a possibilidade de ocorrência de fraude ou de ocultação dos bens do arguido, como de utilização de jurisdição offshore ou de “testa de ferro”.

No caso de bens na titularidade de terceiro, cabe ao Ministério Público provar que o respectivo domínio e benefício estão na esfera jurídica do arguido. Neste caso, como bem assinala Jorge Godinho⁹⁷, “a titularidade não se presume, especialmente contra terceiros”, por isso, o Ministério Público deve provar a simulação de negócios jurídicos.

Ao passo que, quanto à origem do patrimônio, deverá o Ministério Público fornecer elementos mínimos, fundamentado e explicitado, que comprovem a incongruência patrimonial com os rendimentos ilícitos do arguido. Não há exigência de que o Ministério Público forneça prova absoluta ou mesmo prova direta de que o patrimônio seja fruto da prática de um crime específico.

⁹⁶ MARQUES, 2012, p. 248.

⁹⁷ Godinho, 2003, p. 1345.

Nesta esteira, cabe ao Ministério Público promover a avaliação do patrimônio ou, quando não for possível sua estimação, fazê-la levando em consideração o valor dos bens de acordo com o mercado, evitando, assim, subavaliações ou sobreavaliações⁹⁸.

De acordo como o artigo 8º, o processo para a decretação do confisco inicia-se com a apresentação da liquidação pelo Ministério Público, que pode ser apresentada com a acusação (artigo 8º, 1) ou até o 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento (artigo 8º, 2), sob pena de preclusão⁹⁹.

A defesa deve ser apresentada na contestação ou no prazo de 20 dias, contados a partir da notificação da liquidação, no caso de a liquidação ter sido apresentada em momento posterior à acusação.

O artigo 10 admite que o Ministério Público requeira o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa, que pode, nos termos do artigo 11, 1, da Lei n.º 5/202, ser substituído por caução econômica do mesmo valor. Nota-se que a apreensão de valores se destina a garantir eventual medida de perda de bens em favor do Estado, sendo passível ao longo do procedimento que os bens apreendidos sejam restituídos ao seu titular, quer pelo fato de se provar de plano a licitude de tais bens, quer se considere na decisão final não verificada a prática delitiva imputada ao arguido¹⁰⁰. De toda sorte, a única possibilidade de confisco dos bens arrestados é na hipótese de não pagamento do valor (artigo 12, 4).

A alteração produzida pela Lei n.º 30/2017 no n.º 2 do artigo 10 buscou pôr fim a uma discussão gerada na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de o arresto ser requerido antes de o montante ter sido apurado (liquidação). De acordo com o novo n.º 2, o arresto pode ser requerido a todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime.

101

⁹⁸ CORREIA, 2012, p. 106.

⁹⁹ No sentido da preclusão vide: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03 de dezembro de 2014, processo 22/09.6ZRCBR-B.C1, Relatora Isabel Silva. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/399e3a6b48fa283480257daa004dc12c?OpenDocument>>. Acesso em: 06 de agosto de 2019.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional. Acórdão 294/2008, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, 3ª Secção. Lisboa, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080294.html>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

¹⁰¹ Antes da alteração da Lei 30/2017, autores como Paulo Silva Marques (2012) defendiam a impossibilidade de decretação do arresto anterior à liquidação do valor. Assim, caberia o pedido de arresto somente na acusação ou até o 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento. Em sentido contrário, João Conde Correia (2012) defendia inexistência de qualquer limite temporal para o requerimento do arresto. Admitindo-se a possibilidade de arresto durante o inquérito,

Portanto, a alteração introduzida pela nova Lei admite a possibilidade de decretação de arresto ainda durante o inquérito, superando o entendimento de que o arresto somente poderia ser requerido após a liquidação na acusação ou até o 30º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento.

Ocorre, todavia, que a nova redação do n.º 2 do artigo 10 abriu nova discussão em relação aos requisitos introduzidos para a decretação do arresto que exige a verificação de “existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais”. Seria requisito adicional para decretação do arresto ou estaria ligado apenas ao arresto decretado antes da liquidação? Haveria uma contradição com o disposto no n.º 3 do artigo 10 que dispensa, para efeitos de decretação do arresto, a “verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 do artigo 227 do Código de Processo Penal”?

A leitura que me parece mais acertada é a de que a exigência de demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), contida no n.º 2, aplica-se ao arresto decretado antes de efetuada a liquidação. Como bem sublinha José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho¹⁰², o disposto no n.º 2 deve ser entendido como um requisito adicional, se cotejado com os requisitos exigidos no n.º 3, de aplicação restrita ao arresto requerido antes da liquidação. Não se trata de dispensa de liquidação, mas sim de exigência de uma “liquidação provisória”, pois, para que o arresto seja requerido, é necessário que o Ministério Público, a partir dos fortes indícios da prática de um dos crimes previstos no artigo 1º, tenha apurado, ainda a nível indiciário, o valor do património incongruente¹⁰³.

Por outro lado, os requisitos gerais para a decretação do arresto, previstos no n.º 3 do artigo 10, que dispensa a verificação do *periculum in mora*, permanecem aplicáveis somente ao arresto requerido após a liquidação. Desta feita, não haveria contradição entre os n.ºs 2 e 3. Assim, o arresto para garantia da perda alargada pode ter lugar a todo o tempo, podendo ser reduzido ou ampliado posteriormente, e mantém-se até que seja proferida decisão final absolutória (artigos 10, n.º 2, e 11, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002).

bastando para tanto a existência de fortes indícios da prática de um dos crimes do catálogo e da incongruência patrimonial com o rendimento lícito. Alguns julgados também seguiam esse entendimento, como o Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 20/03/017, processo 1420/11.0T3AVR-N - G1, relator Fernando Chaves.

¹⁰² BUCHO, 2018, p. 219-220.

¹⁰³ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/12/18, processo 872/16.7JFLSB-D.L1-5, Relator Cid Geraldo, adota a doutrina de José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e96c337e165bfbf8025837c0037aeb2?OpenDocument>>. Acesso em 06 de junho de 2019.

Outra discussão refere-se à exigência de “existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais”. Para Cruz Bucho¹⁰⁴, a exigência legal parece muito garantística, suscetível de comprometer a eficácia da medida, com o que não posso concordar. Dois são os motivos, primeiro porque na fase anterior à acusação ainda não há elementos probatórios suficientes para ensejar o processo acusatório; segundo, pelo fato de o n.º 2 do artigo 10 não exigir a liquidação. Assim, temos que, no caso de eventual dispensa do *periculum in mora*, as condições para decretação de arresto seriam mais brandas no curso da investigação do que após a acusação. Então, nada é mais compatível com as garantias constitucionais do que a exigência da demonstração da possibilidade de dilapidação do patrimônio do investigado para justificar a decretação de medida de tal gravidade.

Além do mais, tanto o arresto antes da liquidação quanto o arresto após a liquidação estão sujeitos aos princípios da necessidade, adequação, subsidiariedade, precariedade e proporcionalidade¹⁰⁵, sendo-lhe aplicável subsidiariamente o regime das medidas de garantia patrimonial previstas no artigo 228 do CPPP (artigo 10, 4, da Lei n.º 5/2002).

Segundo o artigo 11, 2, da Lei n.º 5/2002, o Ministério Público pode, em qualquer momento do processo, requerer a redução do arresto ou a sua ampliação, se verificar que o valor do patrimônio incongruente é maior ou menor que valor apurado inicialmente.

Para além da demonstração da incongruência patrimonial do arguido, há posicionamentos doutrinários no sentido de que o Ministério Público também deve provar a existência de uma atividade criminosa anterior, no entender de Pedro Caieiro, “materialmente idêntica ou contínua ao crime pelo qual o agente foi condenado”¹⁰⁶. Para o autor, não é necessária a prova do crime para lá da dúvida razoável de cada ilícito-típico, pois tal exigência significaria a prova concreta da prática dos crimes, o que esvaziaria o instituto da perda alargada. Bastaria, para o autor, um conjunto de indícios que implique a probabilidade de o condenado ter tido uma atividade criminosa do gênero pelo qual foi condenado.

Assim, a desproporcionalidade entre os bens e os rendimentos ilícitos funciona como um dos elementos para a decretação da perda alargada, mas não o único. Portanto, apesar de admitir a presunção, há necessidade de que a decretação da perda seja fundada em fatos

¹⁰⁴ BUCHO, 2018, p. 219-220. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/12/18, processo 872/16.7JFLSB-D.L1-5, Relator Cid Geraldo, adota a doutrina de José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e96c337e165bfbf8025837c0037aeb2?OpenDocument>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

¹⁰⁵ CORREIA, 2012, p. 197.

¹⁰⁶ CAEIRO, 2011, p. 317.

concretos e provas disponíveis, ou seja, em “pluralidade de fatos e evidências específicas”¹⁰⁷ ou “por meio de convicção razoável de que aqueles bens pertencentes ao condenado”¹⁰⁸ provêm de comportamento criminoso.

No mesmo sentido, Damião da Cunha¹⁰⁹ sustenta que o confisco alargado pressupõe a mesma “lógica probatória” subjacente à declaração da perda clássica, ou seja, exige-se a demonstração da existência de patrimônio incongruente e a demonstração de atividade criminosa. Mas, diferentemente da perda clássica, no confisco alargado não se exige o mesmo grau de certeza probatória do nexó de imputação entre esses dois elementos.

Paula Silva Marques¹¹⁰ alerta que a demonstração da atividade criminosa é um dos pontos problemáticos do instituto, visto que na exposição de motivos da Lei n.º 5/2002 o legislador parece exigir tal demonstração, ao passo que o texto da Lei conduz à interpretação diversa.

Assim, por uma interpretação literal e lógica, a exigência de demonstração da atividade criminosa não tem amparo na Lei n.º 5/2002¹¹¹. Observa-se que mesmo com as alterações produzidas pela Lei n.º 30/2017, que se propôs a internalizar a Diretiva 42/2014/EU, não houve a introdução de exigência de demonstração de carreira criminosa anterior, conforme previsto no artigo 5º e “Considerando” 21 da referida Diretiva.

De acordo com a Diretiva, além da incongruência patrimonial, o regime do confisco alargado prevê outro *standard* probatório, que é a probabilidade da proveniência criminosa, fundada nas “circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis” (artigo 5º, 1). Não há exigência na Diretiva de prova substancial, para além da dúvida razoável, bastaria a prova com base em preponderância de probabilidades (“Considerando” 21).

É certo que o “Considerando” 22 da Diretiva não impede os Estados-membros de preverem, quanto às regras em matéria de elementos probatórios, poderes mais alargados. Essa parece ter sido a opção do legislador português, ao manter como elemento probatório a presunção da proveniência ilícita do patrimônio do condenado¹¹².

¹⁰⁷ MAUGERI, 2014, p. 318.

¹⁰⁸ DIAS, M., 2018, p. 98.

¹⁰⁹ CUNHAa, 2017, p. 41.

¹¹⁰ MARQUES, 2012, p. 248.

¹¹¹ No mesmo sentido, vide: CORREIA (2012, p. 110) & NUNES, D., (2018, p. 124-125).

¹¹² Diversamente da legislação portuguesa, o artigo 127-bis do Código Penal exige como pressuposto para decretação do confisco alargado, além da condenação por um dos crimes do catálogo, a prova indiciária de que o patrimônio decorre de uma atividade criminosa anterior, o que conduz à presunção de ilicitude do patrimônio e, conseqüentemente, a inversão do ônus da prova. Nota-se que o Código Penal espanhol prevê outra modalidade de confisco alargado no artigo 127-quinques, que estabelece regramento probatório mais

Além da falta de previsão legal, junto-me ao argumento de João Conde Correia¹¹³, o qual afirma que a prova adicional de demonstração de atividade ilícita anterior imporá ao Ministério Público uma diabólica *probatio*, na medida em que seria quase impossível demonstrar a probabilidade de cometimento de outros crimes (dentre aqueles previstos no catálogo), quando na investigação não foi possível recolher indícios suficientes de sua prática. Ademais, a exigência de demonstração de atividade ilícita anterior sem prévia previsão legal implica clara violação ao princípio da reserva legal, que limita o exercício do poder punitivo somente às hipóteses previstas na lei.

2.4 Prova da origem do patrimônio – presunção *iuris tantum*

O sistema de presunção adotado pela legislação portuguesa no artigo 7º - “presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” - não segue o modelo adotado pelo artigo 5º da Diretiva 2014/42/EU, na parte em que, exige além da inversão do ônus da prova, que os bens a serem decretados perdidos devem advir de comportamento criminoso anterior. Elemento não presente na legislação portuguesa.

O legislador português estabeleceu uma presunção relativa - *iuris tantum* - de que o patrimônio do arguido que seja incongruente com seus rendimentos lícitos possui origem criminosa. A presunção assenta no raciocínio de que se a pessoa condenada por um dos crimes do catálogo, que, em tese, resulta em vultosos ganhos patrimoniais, possui patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos, é provável que tal patrimônio tenha origem ilícita¹¹⁴.

Trata-se, sem dúvida, de inversão do ônus da prova quanto à proveniência lícita do patrimônio. Segundo Godinho¹¹⁵, a presunção dispensa a acusação da *probatio* diabólica da origem ilícita, distribuindo ao arguido o ônus de provar a licitude do seu patrimônio.

Assim, ao Ministério Público se incumbe da tarefa de provar a desproporcionalidade entre os bens do arguido e seus rendimentos lícitos (procedimento de liquidação), cabendo ao arguido oferecer prova em contrário, demonstrando a origem legítima dos bens em questão, ou seja, a compatibilidade com seus rendimentos lícitos.

severo do que o previsto no artigo 127-bis, mas que, igualmente, exige a demonstração da prova indiciária de uma atividade delitativa prévia.

¹¹³ CORREIA, 2012, p. 110.

¹¹⁴ GODINHO, 2003, p. 1318.

¹¹⁵ GODINHO, 2003, p. 1318.

A obrigação de provar da procedência lícita dos bens não significa afastar, por meio de provas incontestas e incontrovertidas, a presunção de origem ilícita do patrimônio. No caso, é suficiente para refutar a incongruência patrimonial, a presença de fundados indícios trazidos pelo arguido, pois, havendo dúvida razoável quanto à proveniência ilícita dos bens, não caberá à decretação da perda, como decidido no Acórdão do TC n.º 392/2015¹¹⁶.

Havendo dúvidas razoáveis, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, o que somente é possível ante a natureza sancionatória da perda alargada - efeito da condenação, já que o referido princípio se restringe à seara penal, diferentemente do que ocorreria se a perda alargada tivesse natureza civil ou administrativa, caso em que o juiz decidiria com base no critério probatório civilístico ou administrativo, aplicando, por exemplo, o princípio da persuasão racional.

Ademais, não cabe à perda de bens com base numa das modalidades do confisco tradicional e, subsequentemente, a perda de seu valor com fulcro na Lei n.º 5/2002¹¹⁷.

O artigo 9º dispõe que o arguido pode ilidir a presunção legal por todos os meios de provas admitidos em direito. O n.º 3 do artigo 9º estabelece três formas em que a presunção legal restará afastada.

A primeira, se o agente provar que o patrimônio apontado como incongruente na liquidação resulta de rendimentos de atividade lícita. A prova dos rendimentos lícitos pode abranger, além daqueles auferidos pessoalmente pelo arguido, os obtidos pelos membros do agregado familiar, como a renda da esposa(o) ou companheira(o), ou os donativos recebidos de pais ou avós¹¹⁸.

Também não basta a prova de que o arguido exerceu atividade profissional lícita, é necessária a demonstração de que o arguido auferiu rendimentos suficientes a justificar o patrimônio adquirido¹¹⁹.

Na segunda forma, o arguido deve demonstrar que o patrimônio estava na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido. Trata-se de um “juízo de tipo objetivo”¹²⁰. A presunção da ilicitude será afastada pela simples exibição

¹¹⁶ Tribunal Constitucional. Acórdão 392/2015, Relator Conselheiro João Cura Mariano. 2ª Secção. Lisboa, 12 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

¹¹⁷ NUNES, D., 2018, p. 122.

¹¹⁸ NUNES, D., 2018, p. 123.

¹¹⁹ Neste sentido, vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17/09/2014, processo n.º 1653/12.2JAPRT.P1, relator Maria Deolinda Dionísio. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8fc8a08aff0154f980257d69004813be?OpenDocument&Highlight=0,1653>>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

¹²⁰ GODINHO, 2003, p. 1343.

de prova documental de que o patrimônio, ou parte dele, estava na sua esfera jurídica nos cinco anos anteriores à constituição como arguido.

Por último, o arguido pode afastar a presunção de ilicitude demonstrando que os bens foram adquiridos com rendimentos obtidos há mais de cinco anos. De acordo com o artigo 9º, 3, c, da Lei nº 5/2002, a demonstração desse requisito não está atrelada aos rendimentos lícitos do agente¹²¹. Assim, nos mesmos moldes da contraprova prevista na alínea b do n.º 3 do artigo 9º, trata-se de um “juízo de tipo objetivo”.

De notar, que para ilidir a presunção de ilicitude, o arguido poderá utilizar todas as provas que não forem proibidas por lei (artigo 125 do CPPP).

2.5 Limitação temporal

A questão da limitação temporal é referenciada tanto na Decisão Quadro n.º 212/2015 (artigo 3º, 2) quanto na Diretiva 42/2014/EU (“Considerando” 21). Ambos os instrumentos possibilitam os Estados-membros fixarem um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso.

A legislação portuguesa tratou de fixar o limite temporal em cinco anos anteriores à data da constituição como arguido (artigo 9º). Assim, sobre os bens que tiverem sido adquiridos pelo arguido dentro deste determinado limite temporal, recairá a presunção de origem ilícita. A decretação do confisco fora desse limite temporal implica afronta ao princípio da legalidade.

A limitação temporal prevista no artigo 9º é pautada pela razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, é suficiente para assegurar as garantias fundamentais de defesa do arguido, notadamente o direito à ampla defesa e o contraditório, pois retira do arguido um ônus excessivo (*diabólica probatio*) de demonstrar a origem lícita de todo o seu patrimônio.

Por outro lado, a delimitação temporal também favorece a acusação que deverá ter elementos probatórios para indicar que os bens adquiridos são incompatíveis com os rendimentos ilícitos. Assim, a limitação temporal traz um equilíbrio na distribuição da carga probatória entre acusação e arguido.

De toda sorte, o legislador português andou bem ao indicar na lei a limitação temporal. Em face do princípio da legalidade, a delimitação temporal deve constar expressamente na

¹²¹ Diferentemente da legislação italiana (Lei n.º 161/2017), a lei portuguesa não impede a possibilidade de o arguido justificar a origem lícita de seu patrimônio alegando a utilização de recursos advindos da evasão fiscal.

norma e não deixar para o magistrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, delimitar o período que considere razoável. Essa é uma tarefa do legislador, que, no Estado Democrático de Direito, deve limitar o poder de intervenção do Estado.

Na hipótese deve-se ponderar entre a máxima que o crime não compensa com o poder de intervenção do Estado, principalmente em se tratando de perda de bens que não estão relacionadas (não há nexo de causalidade) com a culpa do agente. Daí a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade para pautar o confisco alargado, evitando-se abusos na utilização do instrumento para atingir todo o patrimônio do arguido, o que, aliás, pode até vir a configurar medida expropriatória¹²².

2.6 Morte e contumácia

Questão de interesse diz respeito à possibilidade de aplicação do confisco no caso de morte e de declaração de contumácia do arguido e de prescrição verificada em grau de recurso.

Sobre a temática, a Diretiva 2014/42/EU, que adotou o instituto do “confisco sem condenação” no artigo 4º, 2, recomenda aos Estados-membros a aplicação da perda dos instrumentos ou produtos do crime, quando não for possível a condenação definitiva por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, em razão de doença ou de fuga do suspeito ou arguido.

A Lei n.º 30/2017 transpõe a Diretiva de forma mais abrangente, ao introduzir alterações no CPP, possibilitando, além do confisco dos instrumentos e produtos do crime, o confisco das vantagens obtidas com a prática de crimes. Igualmente, tratou de forma abrangente a hipótese de confisco sem condenação, admitindo sua decretação quando “nenhuma pessoa determinada possa ser punida”, abarcando, portanto, outras situações além da morte do agente ou de declaração da contumácia do agente, que são ditas como hipóteses exemplificativas (artigos 109, 2; 110, 5; 127, 3; e 128, 1). Desta feita, a legislação permite o “confisco tradicional” de bens, nos casos de absolvição, por falta de provas ou quando não se conhece o responsável pelo delito. Caso mais usual, nesta última hipótese, ocorre quando não se conhece o verdadeiro autor do delito, mas são detectados bens de origem ilícita na

¹²² Em sentido contrário, Damião da Cunha (CUNHAa, 2017, p. 44) sustenta que o “prazo máximo de englobamento patrimonial de cinco anos”, que teria sido definido levando-se em conta o “prazo durante o qual o contribuinte tem que guardar e preservar seus documentos e declarações fiscais”, não se justifica ante a vários fatores, como a progressiva informatização de sistemas de organização tributária, a quebra de sigilos fiscais e bancário e a complexidade da criminalidade organizada, que torna difícil e demorada a investigação.

titularidade de testa de ferro, que podem ser tanto terceiro inocente ou ter agido deliberadamente para a ocultação dos bens.

Em tais casos, a nova normativa parece contemplar verdadeira adoção do confisco *in rem*, pois, da forma como está posta, pode conduzir a interpretação de que a perda da propriedade pode ocorrer independentemente do indivíduo, dispensando qualquer conexão do crime com o indivíduo. Ao não discorrer sobre a regulação da nova hipótese de confisco, a legislação abre margens a vários questionamentos, que vão desde a definição de quais serão os *standards* probatórios aplicáveis até a identificação de procedimentos a serem adotados ao longo do processo para decretação do confisco. Abaixo, listaremos apenas algumas questões que conduzem às dúvidas ante a lacuna legislativa.

Observa-se que a Lei n.º 30/2017 não estabelece qualquer critério temporal para prosseguimento do processo para fins de decretação do confisco no caso de morte. Assim, há dúvidas se o processo pode prosseguir após a morte do investigado ou somente em momento posterior à constituição como arguido. Diversamente, no Código Penal espanhol, por exemplo, há previsão de que o confisco, no caso de morte, doença ou fuga, somente pode ocorrer após a constituição como arguido (artigo 127-ter)¹²³.

O mesmo questionamento relativo ao marco temporal é aplicável nos casos de fuga do agente do delito. Observe-se que dúvidas não há quando o arguido tenha prestado termos de identidade e residência, pois, neste caso, o CPPP já permitia, antes da Lei n.º 30/2017, a condenação e o consequente confisco dos bens do arguido (artigos 333 e 334)¹²⁴. Contudo, se a ausência se der em momento anterior, haverá dúvidas sobre a possibilidade de o agente do delito defender-se do processo do confisco sem se apresentar no processo pelo qual é acusado.

A legislação espanhola exige no artigo 127-ter para a decretação do confisco alargado nestas hipóteses, que o agente tenha “sido formalmente acusado o contra el imputado con

¹²³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

Artículo 127-ter. 1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

¹²⁴ BUCHO, 2018, p. 219/220.

relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

A par de tantas outras questões decorrentes da ausência de regulamentação mais acurada das hipóteses de confisco sem condenação, o que se infere para fins do presente trabalho é o fato de que o legislador optou por restringir sua aplicação à “perda clássica”, não alcançando o confisco alargado.

Não há na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 51/XIII (PL 201/2016)¹²⁵ explicação para a restrição do confisco no caso em que “nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto” à perda dos instrumentos, produtos e vantagens.

Um das explicações possíveis a ser inferida é o fato de que a Lei se ateu a transpor o disposto no artigo 4º da Diretiva que trata sobre a adoção de medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos e produtos (de acordo com o conceito trazido pelo artigo 2º, 1, produto inclui quaisquer bens, incluindo os bens transformados ou convertidos e os que tenham sido misturados, bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura).

De maneira diferente, procedeu o legislador espanhol, ao incluir no artigo 127-ter que a decretação do *decomiso ampliado* é admissível no caso de morte, doença, fuga ou ausência de responsabilidade penal pela extinção da punibilidade do delito.

2.7 Considerações finais ao Capítulo

A regulamentação do confisco alargado procurou seguir os pressupostos traçados na Diretiva 2014/42/EU, mas com algumas especificidades. De pronto, o legislador português optou em adotar apenas um requisito para decretação da perda – presunção *iuris tantum* do patrimônio incongruente, com dispensa da exigência de alto grau de probabilidade ou evidências exaustivas de prática de crime semelhante ao previsto no catálogo. Sob essa perspectiva, penso que andou bem a lei portuguesa, pois, desta forma, elimina questionamentos sobre eventuais incompatibilidades da presunção com o princípio da culpa.

Outra especificidade da lei portuguesa, no entanto, parece-me trazer mais dúvidas do que esclarecimentos. Ao estabelecer que o objeto do confisco alargado será a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito,

¹²⁵ Proposta de lei 51/XIII altera o regime de congelamento e de perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transpondo a Diretiva n.º 2014/42/EU. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=40914>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

abra margens para questionamentos sobre o caráter subsidiário dessa parcela de patrimônio, já que a Lei n.º 5/2002 não traz como principal a perda em espécie.

Trata-se na legislação portuguesa de um procedimento autônomo, que tramita em paralelo ao processo principal, sendo a condenação definitiva por um dos crimes do catálogo pressuposto para decretação da perda alargada.

A inclusão de crimes no catálogo que não se enquadram no conceito de criminalidade ou econômico-financeira, incluindo aqueles de menor potencial ofensivo, deve ser repensada a fim de evitar o desvirtuamento do instituto. E a regulamentação do confisco no caso de morte ou fuga do arguido melhor disciplinada, com vistas a evitar interpretações diversas.

Contudo, de modo geral, o instituto regulamentado pela Lei n.º 5/2002, contém pressupostos balizadores suficientes para que o instituto seja aplicável com respeito às garantias probatórias.

3 Natureza jurídica do confisco alargado

O conceito de natureza jurídica, na mesma proporção em que é abundante no discurso jurídico, é justamente um daqueles que emana maior dificuldade de discussão e, cujo sentido, muitas vezes, pode conduzir à imprecisão, sem maiores reflexões sobre a função precípua do delineamento da natureza jurídica de determinado instituto.

O sentido de definir a natureza jurídica das coisas não é o de estabelecer “uma mera *descrição* de algo posto”, mas de encontrar “uma *decisão* a respeito do contorno normativo” do instituto, de forma a reconhecer que “as possíveis defesas a uma demanda de declaração ou constituição das relações que compõem um instituto estão em parte previstas pelo direito positivo nas normas que regulam outro instituto”¹²⁶. Esse exercício é feito sempre que é questionado, em um caso concreto, quais são as normas a seguir, seja para proferir decisão no âmbito administrativo, civil ou penal. Assim, é por meio da determinação da natureza jurídica que se chega à “formulação de um juízo normativo”¹²⁷ aplicável, por exemplo, num caso de desapropriação de uma propriedade para fins de moradia, ou de prisão para fins de extradição.

A busca pela natureza jurídica do confisco alargado, sob o escopo desse trabalho, tem objetivo de identificar, essencialmente, se são aplicáveis ao instituto as salvaguardas

¹²⁶ VIVAN FILHO, 2017, p. 41.

¹²⁷ VIVAN FILHO, 2017, p. 41.

constitucionais fundamentais do direito penal e processual penal e, em caso positivo, em que medida são amoldadas ao novo modelo. Não parece ser uma tarefa muito fácil, em face da ausência de critérios uniformes para definição substancial e processual do confisco alargado, como adiante se verá.

De início verifica-se que não há um consenso sobre a natureza jurídica da perda alargada, nem no direito português e nem na doutrina italiana e espanhola. Também na jurisprudência do TEDH a definição da natureza jurídica do confisco alargado não se mostra tão clara. Pena, efeito da pena, pena acessória, medida de segurança, sanção administrativa, sanção civil, ou, ainda, medida de natureza *sui generis* são definições conferidas à natureza jurídica do confisco alargado¹²⁸.

Na busca pela natureza jurídica do confisco alargado e sua posição dogmática frente aos princípios e garantias fundamentais aplicáveis ao instituto será feita apanhado da doutrina portuguesa, italiana e espanhola, além da análise da jurisprudência nos tribunais portugueses e no TEDH.

3.1 Natureza jurídica na doutrina portuguesa

No campo da doutrina portuguesa não há consenso sobre a natureza jurídica da perda de vantagens, se pena acessória, providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança, *tertium genus*¹²⁹ ou, ainda, medida administrativa ou civil condicionada à uma condenação penal. Há consenso, entretanto, de que os objetivos perseguidos pela perda alargada seja uma medida de política-criminal, que visa privar os agentes de determinados crimes das vantagens adquiridas por meio de sua atividade criminosa pregressa¹³⁰.

Damião da Cunha¹³¹ na obra “Perda de bens a favor do Estado” defendia que o confisco alargado não tinha matiz sancionatória, pois, para sua decretação, não importa a relação de proporcionalidade com a gravidade do fato, a culpa ou a periculosidade do agente.

Na esteira do entendimento anterior de Damião Cunha, Pedro Caieiro¹³² conclui pela natureza “materialmente administrativa do confisco” que se aplica por ocasião de um processo penal. O autor considera que o fato de a perda alargada exigir uma condenação penal e a proveniência criminosa dos bens, não conduz à sua classificação como uma sanção penal. Alega, ainda, que o confisco alargado não é limitado por considerações de culpa, ou

¹²⁸ BARIN, 2003, p. 67.

¹²⁹ ANDRADE, 2017, p. 366.

¹³⁰ Neste sentido, vide: CAEIRO (2009, P. 309); SIMÕES & TRINDANDE (2009, p. 30).

¹³¹ CUNHAb, 2017, p. 20.

¹³² CAIEIRO, 2011, p. 309/313.

seja, a sua “causa não é um facto (típico, ilícito e culposo) punível, mas sim um patrimônio incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes”.

A despeito da aventada natureza administrativa, Pedro Caieiro¹³³ sustenta tratar-se de processo *sui generis*, na medida em que deve respeitar alguns princípios típicos do processo penal e ser julgado por um juiz penal, que terá condições de analisar a existência de uma atividade criminosa anterior à condenação e sua relação com o patrimônio incongruente. Sobre este último ponto, cabe observar que o autor entende necessário para a decretação do confisco alargado, além da condenação por crime do catálogo e a incongruência patrimonial, a prova de existência de prática de crime da mesma natureza do catálogo ou a ele conexo, no período anterior à condenação, pois, para ele, somente essa atividade ilícita é que geraria o patrimônio incongruente.

Afirma também que no direito português não há dúvidas de que os objetivos do confisco alargado são de índole político-criminal, pois os propósitos são claros: privar os agentes das vantagens que adquiriram por meio de atividade criminosa pregressa ao crime pelo qual o agente foi condenado.

A natureza de medida administrativa *sui generis* é defendida por Barin¹³⁴, que alega ser o confisco alargado decorrente do patrimônio injustificado e não da condenação (não haveria ligação com a responsabilidade pessoal), que constitui apenas um dos requisitos para a decretação do confisco. O autor justifica, ainda, que a tramitação do confisco alargado no processo penal é apenas uma peculiaridade que não impacta na sua classificação, nem tampouco o aproxima de matéria de caráter penal.

Em contraposição à natureza administrativa do confisco alargado, a primeira crítica que aponto é a de que a classificação em natureza administrativa tem por foco principal o procedimento e os requisitos do confisco alargado. Por outro lado, não são aprofundadas, ou mesmo são desconsideradas, questões, como a função e os fins que a medida pretende realizar, ou seja, se cumpre ou não função punitiva ou se tem finalidade de prevenção geral e especial. Também a exigência da observância de alguns princípios do processo penal, como sustenta Pedro Caieiro¹³⁵, parece-me contrapor a própria ideia de definição da natureza do instituto. Se a definição da natureza se presta exatamente para integrar os direitos subjetivos nas categorias dogmaticamente estabelecidas e encontrar normas que disciplinam uma determinada situação¹³⁶, contraditório, ao meu sentir, categorizar o confisco alargado como

¹³³ CAIEIRO, 2011, p. 309/313.

¹³⁴ BARIN, 2003, p. 68.

¹³⁵ CAIEIRO, 2011, p. 309/313.

¹³⁶ VIVAN FILHO, 2017, p. 41.

medida administrativa e querer ao mesmo tempo se socorrer dos princípios ínsitos ao processo penal.

Para Hélio Rigor Rodrigues¹³⁷, o confisco das vantagens (aqui incluído o confisco alargado¹³⁸) “não é uma pena, nem sequer uma sanção”. O fato de o confisco ser uma consequência prática de um fato ilícito e de tramitar no processo penal não justifica lhe imputar o caráter de sanção, embora admita que esse tipo de confisco tenha finalidades preventivas associadas às penas. Contudo, nega que o confisco tenha fins retributivos e preventivo do sistema penal. Sua finalidade é a de desincentivar a prática de crimes lucrativos e de repor o *status quo* ante a prática do delito, ou seja, a de evitar o enriquecimento ilícito obtido com a conduta criminosa, daí seu caráter eminentemente civil. Para o autor, a consequência mais relevante da natureza civil do confisco ampliado é a possibilidade de este instituto “se adaptar às exigências dos tempos”, capaz de “se metamorfosear para responder às especificidades do singular contexto criminal onde tem que intervir”¹³⁹.

Maria do Carmo Saraiva de Menezes Silva Dias¹⁴⁰ invoca a ideia de que a conexão existente com a matéria penal na perda alargada, ante o fato de serem confiscados bens que derivariam de atividade criminosa de pessoa condenada, não implica concluir que a natureza do instituto “terá mais caráter penal”. Não considera, portanto, qualquer finalidade punitiva ou retributiva ao confisco alargado.

Argumenta tratar-se de matéria mais próxima do caráter civil, ainda que seja conhecida e processada no âmbito penal, na medida em que a declaração de perda não depende de prova de que os bens têm origem em determinado crime. Soma-se a isso o fato de as discussões relacionadas à perda alargada centrarem-se no “patrimônio incongruente” do condenado e não nos crimes que estariam na sua origem, além do fato de sua única finalidade ser a restituição à situação anterior, ou seja, “pôr fim a uma situação patrimonial ilícita”¹⁴¹.

O fato de a decretação da perda alargada ocorrer no âmbito do processo penal, para essa autora, seria decorrente do pressuposto da condenação por um crime do catálogo, somando à economia processual (o que facilitaria a decisão judicial, pois teria todos os elementos num único processo) e ao fato de que ao arguido seria assegurado os direitos de

¹³⁷ RODRIGUES, 2018, p. 49/53.

¹³⁸ De acordo com Hélio Rigor Rodrigues (2018, p. 62), “uma das consequências da classificação do confisco como instrumento de natureza puramente civil, naquela capacidade de metamorfose e adaptação, é precisamente a circunstância de permitir novas (ou mais ou menos novas) formas de confisco, designadamente que os bens possam ser confiscados, mesmo que não constituam vantagem do crime pelo qual o agente foi condenado (confisco ou perda ampliada), mesmo que pertença a outras pessoas que não o agente do crime (confisco de bens em poder de terceiros).”

¹³⁹ RODRIGUES, 2018, p. 61.

¹⁴⁰ DIAS, M., 2018, p. 102.

¹⁴¹ DIAS, M., 2018, p. 102.

defesa. Mas, de toda sorte, arremata que a vertente civil do confisco alargado não implica configurá-lo como uma sanção de natureza civil. Sanção cível seria se fosse atingido o patrimônio legítimo do arguido, o que não ocorre neste instituto. Por isso, conclui que a finalidade do confisco alargado é a de eliminar uma situação patrimonial ilícita derivada de um comportamento criminoso.

João Conde Correia¹⁴² acompanha o entendimento de constituir a perda alargada um mecanismo civil inserido no âmbito do processo penal, que visa à reposição de uma situação patrimonial advinda da prática de um ato ilícito. Para ele, a perda alargada constitui uma *non conviction based confiscation*. Argumenta que o valor da incongruência patrimonial não tem qualquer relação com um determinado crime concreto, apesar de o crime ser pressuposto para a presunção da proveniência ilícita do patrimônio. Nesta configuração, o confisco constitui-se uma “mera medida de restituição do patrimônio do visado ao status patrimonial anterior à prática do ‘crime’, dirigida contra os próprios bens”¹⁴³ e sem qualquer juízo de culpabilidade. Neste sentido, apenas os ganhos direta ou indiretamente obtidos com a prática delituosa devem ser confiscados.

Assim, na visão do autor, o fundamento para a decretação do confisco alargado reside na “ideia de que “o crime não compensa”, consistindo num mecanismo destinado a prevenir e remediar o enriquecimento ilícito”¹⁴⁴.

A classificação do confisco alargado como “próxima do caráter civil” ou mesmo de caráter eminentemente civilístico como defendido pelos dois últimos autores pode ser contraposta pelas seguintes razões.

Primeiro, a ideia de repor o *status quo ante* a prática do delito, no sentido de reequilíbrio financeiro do condenado às mesmas condições em que se encontrava antes do cometimento do crime não se verifica no confisco alargado, eis que nesta modalidade não existe o nexo de causalidade dos bens perdidos com o crime pelo qual foi o sujeito condenado¹⁴⁵. O caráter compensatório é extraído essencialmente nas hipóteses de confisco do lucro, em que se estabelece o nexo de causalidade com o crime pelo qual o sujeito foi condenado e, portanto, configurada a ilegalidade do lucro advindo de prática delituosa. Com isso, não se pretende negar que uma das finalidades do confisco alargado é a repor o *status quo ante* a prática do delito, o que defendo é que esta finalidade não pode ser utilizada como parâmetro para a determinação da natureza jurídica do instituto.

¹⁴² CORREIA, 2012, p. 342.

¹⁴³ CORREIA, 2018b, p. 342.

¹⁴⁴ CORREIA, 2018b, p. 342.

¹⁴⁵ Neste sentido, vide: MAUGERI (2015, p. 222).

Em segundo lugar, a reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito, ligada à ideia de suplantar o enriquecimento ilícito, não se presta para classificar o confisco alargado como matéria cível. Se a premissa do confisco alargado fosse a de remediar o enriquecimento ilícito, não haveria necessidade da exigência de uma condenação antecedente por determinados crimes graves, previamente listados pelo legislador. Isso porque não há motivos para atrelar o enriquecimento ilícito apenas e tão somente a determinado tipo de criminalidade. O enriquecimento ilícito diz respeito, em tese, à toda e qualquer forma de aquisição patrimonial de forma contrária ao direito. Assim, a delimitação existente no confisco alargado de condenação por um dos crimes do catálogo, ou dito de outro modo, o fato de o confisco alargado não atingir as situações em que não é possível obter uma condenação, impede a classificação do instituto como um procedimento civil e próximo ao procedimento *in rem*.

A natureza penal do confisco alargado, por sua vez, é defendida por Jorge Godinho¹⁴⁶, para quem o confisco configura uma reação de índole penal, pois é dependente de uma condenação penal. Seria uma reação penal sem fato, decretada apenas com base em suspeitas e não em fato(s) provado(s). Seguindo posição de Figueiredo Dias¹⁴⁷ no tocante à perda das vantagens¹⁴⁸, Godinho defende que o confisco alargado na lei portuguesa aproxima-se da natureza da medida de segurança, pois sua característica maior reside no fato de poder ser decretado independentemente da comprovação da culpa ou da imputabilidade do agente.

De outra parte, para Augusto Silva Dias¹⁴⁹, a natureza do confisco alargado é “eminentemente penal”, um “efeito patrimonial, não automático, da pena”, já que o instituto “cumpr[e] finalidades político-criminais idênticas à da perda de bens e vantagens relacionados com a prática do crime”, quais sejam: *i*) reforçar a ideia de que o crime não compensa e *ii*) evitar que o patrimônio ilícito seja utilizado para cometer novos crimes ou investido na economia legal.

Seguindo a posição de Augusto Silva Dias, Paulo Silva Marques¹⁵⁰ considera o confisco alargado como um efeito da pena, de consequências patrimoniais e não automáticas. E, por classificar-se como efeito da pena, não pode o confisco ampliado ser aplicável em

¹⁴⁶ GODINHO, 2003, p. 1342-1348.

¹⁴⁷ DIAS, F., 2009a, p. 638.

¹⁴⁸ Ao abordar a perda das vantagens, destaca Figueiredo Dias que a medida não pode ser considerada uma pena acessória, mas “uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança. Análoga, pelo menos, no sentido em que é sua finalidade prevenir a prática de futuros crimes, mostrando ao agente e à generalidade que, em caso de prática de um fato ilícito-típico, é sempre, em qualquer caso, instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito; e que, por isso mesmo, esta instauração se verifica com inteira independência de o agente ter ou não atuado com culpa”.

¹⁴⁹ DIAS, S., 2010, p. 39.

¹⁵⁰ MARQUES, 2012, p. 314-315.

situações de decisão absolutória, por exemplo. Além do mais, conclui que o confisco, enquanto efeito da pena, escapa às críticas de colidir com o princípio da presunção de inocência, na medida em que não há relação direta com a culpa. Desta forma, a capacidade de elidir a presunção da incongruência patrimonial configura requisito de um efeito da pena de repercussões patrimoniais.

Como dito anteriormente, Damião Cunha¹⁵¹ recentemente alterou seu posicionamento a respeito da natureza jurídica do confisco alargado, passando a classificá-lo como um instrumento de caráter sancionatório. Apoiado em entendimento do TEDH, sobretudo no caso *Varvala c. Itália*, Damião Cunha afirma estar diante de um instituto de caráter criminal e punitivo, devendo ser-lhe aplicados os princípios constitucionais e as garantias do direito e processo penal.

Alinho-me ao entendimento de Augusto Silva Dias, Paulo Silva Marques e à recente orientação de Damião Cunha. Constitui o confisco alargado efeito da condenação. Tal conclusão justifica-se pelo fato de que a ideia de supressão dos ativos ilícitos incongruentes apresenta fortemente a componente dissuasora da pena (finalidade preventiva-geral)¹⁵², pois a finalidade do instituto é a de prevenir a prática de futuros delitos, mostrando ao agente e à sociedade que o crime não compensa.

Além da intimidação individual (prevenção especial ou individual), a prevenção geral está assente no objetivo de impedir a reutilização dos recursos para financiamento de outras atividades ilícitas e também a sua inserção no mercado legal, buscando desestimular a prática de novas atividades delitivas. Neste contexto, o confisco alargado de bens assume o caráter de custo adicional à prática do delito, instituído de forma a superar as vantagens que o agente espera obter com a prática do crime e a demonstrar que o “crime não compensa”¹⁵³.

Constitui um efeito da pena de caráter não automático, ou seja, depende de procedimento posterior para sua concretude. Tal conclusão justifica-se ante o fato de o confisco alargado ter como principal pressuposto uma condenação por um dos crimes do catálogo. Portanto, a condenação criminal é um pressuposto *sine qua non* para a decretação da perda de bens.

Não há que se falar em sanção análoga à medida de segurança, pois não se verifica na espécie a “periculosidade social dos bens”. A defesa da periculosidade dos bens conduziria, num exercício um tanto quanto radical, argumentar que não haveria razão para a limitação

¹⁵¹ CUNHAa, 2017, p. 21.

¹⁵² LEITE, 2016, p. 485.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 24.

aos bens ilícitos, uma vez que o agente pode, em tese, vir a utilizar todo o seu patrimônio para a prática de novos delitos¹⁵⁴.

Do mesmo modo, o confisco de bens de terceiros não se sustenta na periculosidade da propriedade, mas no fato de o bem ter sido transferido de má-fé, com intuito de transfigurá-lo em bem lícito (artigo 7º, 2, c, da Lei n.º 5/2002).

Com efeito, a supressão dos ativos ilícitos dos criminosos exerce uma forte função preventiva, na medida em que dificulta a reutilização dos recursos para financiamento de outras atividades ilícitas e também a sua inserção no mercado legal. O foco, portanto, é acabar com o poderio econômico de determinados tipos de criminalidade. Além da função preventiva, a finalidade reparatória também se faz presente, assente na ideia de recriar a situação como era antes da prática delituosa e de dissuadir a práticas de novos delitos, o que assimila por equiparação às funções de prevenção especial e geral, típicas da pena¹⁵⁵, sempre em busca da máxima de que o “crime não compensa”.

Assim, na medida em que o confisco opera com a presunção de origem ilícita dos bens incongruentes com a renda lícita do arguido, há uma avaliação de que o legislador presumiu que esses bens resultam de atividades ilícitas anteriores e, portanto, busca impedir que o agente se beneficie dos bens adquiridos a partir dessas atividades. A sanção do confisco, neste contexto, não representa um mero prognóstico de perigo, mas realiza uma função preventiva como qualquer outra penalidade, que representa uma reação (aflictiva) a uma violação, visando impedir futuras violações¹⁵⁶.

Outro argumento que reforça o caráter repressivo do confisco alargado é a expansão dos crimes do catálogo, que se distanciam cada vez mais do núcleo da macrocriminalidade organizada e econômica – fonte iniciadora do confisco alargado¹⁵⁷.

3.2 Natureza jurídica na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português

O Tribunal Constitucional se pronunciou mais de uma vez sobre a constitucionalidade das normas constantes dos artigos 7º e 9º, 3, da Lei n.º 5/2002, concluindo que a presunção legal estabelecida nesses artigos não viola o princípio da presunção de inocência estatuído no 32º artigo da Constituição da República Portuguesa.

¹⁵⁴ SPINA, 2015, p. 190.

¹⁵⁵ MATOS, 2014, p. 10.

¹⁵⁶ MAUGERI, 2001, p. 519/520.

¹⁵⁷ BARON, 2018, p. 42.

Nos julgados pesquisados¹⁵⁸, Acórdãos n.º 101/2015, n.º 392/2015 e n.º 476/2015, não se estabeleceu a natureza jurídica do confisco alargado para afastar eventual inconstitucionalidade por inversão do ônus da prova.

No Acórdão n.º 101/2015¹⁵⁹, ao analisar o “regime especial” de perda de bens a favor do Estado, o Tribunal concluiu que a presunção contida no n.º 1 do artigo 7º da Lei n.º 5/2002 apenas opera após a condenação, em nada contrariando a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32 da CRP. Além do mais, entendeu tratar-se de uma presunção ilidível. Não houve, no caso, discussão sobre a natureza jurídica do instituto.

No Acórdão n.º 392/2015¹⁶⁰, por sua vez, o Tribunal perpassou a questão, trazendo posicionamentos diversos da doutrina sobre a natureza jurídica do instituto da perda alargada. Apesar da análise doutrinária sobre a temática, a Corte não encerrou posicionamento sobre a matéria, ou seja, não definiu com clareza qual a natureza jurídica do instituto, se administrativo, civil ou penal. Neste sentido, destaca-se o seguinte trecho do citado Acórdão:

Tendo presente este debate doutrinal, importa realçar que o estabelecimento da presunção legal cuja constitucionalidade é sindicada nos presentes autos não tem em vista a imputação ao arguido da prática de qualquer crime e o conseqüente sancionamento, mas sim privá-lo de um património, por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente, assim se **restaurando a ordem patrimonial segundo o direito**, o que situa a questão em plano diverso do que foi objeto de análise nos Acórdãos 179/12 e 377/15 deste Tribunal (acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt). **É certo que a aplicação da medida de perda a favor do Estado, a par deste objetivo, tem uma finalidade de prevenção criminal, evitando que se crie a ideia que o crime compensa**, assim como a sua aplicação tem como pressuposto necessário a condenação por um dos crimes do catálogo previsto no artigo 1º da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro. (Tribunal Constitucional de Portugal, 2015, sem grifos no original)

O Tribunal ainda ressaltou que no incidente de liquidação, previsto no artigo 8º da Lei n.º 5/2002, já não está em causa o apuramento de qualquer responsabilidade penal do arguido, mas tão somente a determinação de uma eventual incongruência entre o valor do património do arguido e os seus rendimentos de proveniência. E que a liquidação consiste num procedimento enxertado no processo penal:

¹⁵⁸ No presente trabalho, optei por analisar apenas os acórdãos do Tribunal Constitucional que enfrentaram, de algum modo, a natureza jurídica do confisco alargado e abordaram a presunção da incoerência patrimonial para afastar a aplicação do princípio da presunção de inocência.

¹⁵⁹ *Tribunal Constitucional*. Acórdão 476/2015, Relator Conselheiro João Cura Mariano, 2ª Secção. Lisboa, 30 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

¹⁶⁰ *Tribunal Constitucional*. Acórdão 392/2015, Relator Conselheiro João Cura Mariano, 2ª Secção. Lisboa, 12 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

Embora enxertado naquele processo penal, o que está em causa neste procedimento, repete-se, não é já apurar qualquer responsabilidade penal do arguido, mas sim verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa. Daí que, quer a determinação do valor dessa incongruência, quer a eventual perda de bens daí decorrente, não se funde num concreto juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos, **nem num juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes**, mas numa constatação de uma situação em que o valor do património do condenado, em comparação com o valor dos rendimentos lícitos auferidos por este, faz presumir a sua proveniência ilícita, importando impedir a manutenção e consolidação dos ganhos ilegítimos. (Tribunal Constitucional de Portugal, 2015, sem grifos no original)

O Acórdão n.º 476/2015¹⁶¹ acompanha os fundamentos de decisão delineados no Acórdão n.º 392/2015, com transcrição de seus termos, com enfoque na finalidade preventiva restaurativa do confisco alargado, igualmente adotando a tese de que liquidação é um procedimento enxertado ao processo penal¹⁶²¹⁶³.

Pode-se depreender dos julgados acima que, apesar de o Tribunal ter focado nos dois objetivos do confisco alargado: o restaurativo e a prevenção criminal, deixou, ao meu sentir, de definir com clareza a classificação do instituto, se natureza penal, administrativo ou civil, muito embora tenha sinalizado no sentido da natureza civil do instituto.

Em sentido contrário, Duarte Alberto Rodrigues Nunes¹⁶⁴, citando os Acórdãos n.º 392/2015 e n.º 476/2015, entende que apesar de os referidos julgados não terem definido a natureza jurídica do confisco alargado, concluíram no sentido de afastar o carácter jurídico-

¹⁶¹ *Tribunal Constitucional*. Acórdão 101/2015, Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral, 1ª Secção. Lisboa, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em:

<<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

¹⁶² No mesmo sentido, vide, Acórdão 1653/12JAPRT.P1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça, relator Oliveira Mendes, que entende ser o confisco alargado uma “sanção não penal” de carácter administrativo, “posto que escapa, na sua determinação, a fatores relacionados com o crime, designadamente a gravidade do ilícito, a gravidade da pena e o grau de participação do condenado”. O julgado serve-se dos ensinamentos de Damião da Cunha (posicionamento anterior no sentido de considerar o confisco alargado como uma medida de carácter não penal. Ana Patrícia Cruz Duarte, que defende a natureza administrativa da perda, e Ana Luísa Santos Coelho, que defende tratar-se o mecanismo de uma nova forma sancionatória. Na mesma linha, o STJ, no processo 22/08.3JALRA.E1.S1, relator Lopes da Mota, concluiu que perda alargada configura-se “como uma medida ‘de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal’, que pressupõe uma condenação penal que lhe é anterior”. E, não sendo uma sanção penal, não é suscetível de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, seja de recurso direto, por não se incluir na previsão das alíneas do n.º 1 do artigo 432 do CPP, seja de recurso de acórdão proferido, em recurso, pelo tribunal da Relação, que é o tribunal competente para dele conhecer (artigo 427), por se incluir na previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 400, segundo o qual não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que não conheçam o objeto do processo.

¹⁶³ Verifica-se que as discussões travadas no âmbito dos três acórdãos não contemplam os critérios utilizados pelo TEDH para a definição da natureza jurídica de determinada sanção para fins de aplicação do princípio da retroatividade (artigo 7º da CEDH).

¹⁶⁴ NUNES, D., 2017, p. 13.

penal da medida, posto que, associaram a decretação da perda apenas à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, sendo a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo apenas pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens.

Apesar de o Tribunal Constitucional não ter definido de forma clara e persuasiva sobre a natureza jurídica do instituto, foi possível encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça julgados que definem a natureza jurídica do confisco alargado como de caráter administrativo. No processo 22/08.3JALRA.E1.S1, 3ª Secção, relator Lopes da Mota, o STJ concluiu que perda alargada configura “medida ‘de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal’, que pressupõe uma condenação penal que lhe é anterior”. No caso concreto discutia-se a admissibilidade de recurso para o STJ, o que restou prejudicado, pois uma vez descartada a natureza penal do instituto não cabe recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, por não encontrar previsão dentre as alíneas do n.º 1 do artigo 432 do CPP.

Na mesma linha, o Acórdão 1653/12JAPRT.P1.S1 do STJ, relator Oliveira Mendes, concluiu ser o confisco alargado uma “sanção não penal” de caráter administrativo, “posto que escapa, na sua determinação, a fatores relacionados com o crime, designadamente a gravidade do ilícito, a gravidade da pena e o grau de participação do condenado”. O julgado em questão serviu-se dos ensinamentos de Damião da Cunha¹⁶⁵ no sentido de considerar o confisco alargado como uma medida de caráter não penal. De notar-se que, posteriormente, Damião da Cunha alterou seu posicionamento e passou a defender a natureza sancionatória do confisco alargado¹⁶⁶.

3.3 Natureza jurídica: regime italiano e espanhol

As diretrizes interpretativas da natureza jurídica do confisco alargado – *confisca allargata* – na doutrina italiana oscilam entre a qualificação em termos de medida preventiva, medida de segurança, penas acessórias e penalidades em sentido estrito. Há, contudo, uma forte defesa da natureza *sui generis* do confisco em apreço, entendido como uma medida de segurança atípica, de função dissuasora e que atua em paralelo à medida de prevenção

¹⁶⁵ CUNHAb, 2017, p. 20.

¹⁶⁶ CUNHAa, 2017, p. 13/14.

antimáfia introduzida pela Lei n.º 32/1965¹⁶⁷, alterada pelo Decreto Legislativo n.º 6 settembre 2011, n.º 159¹⁶⁸.

A Suprema Corte italiana¹⁶⁹, de acordo com decisões dominantes¹⁷⁰, confere ao confisco alargado natureza de uma medida de segurança patrimonial. Na sentença n.º 33, de 2018, a Corte Constitucional concluiu que o confisco alargado do artigo 12-sexies do Decreto n.º 306, de 1992, constitui uma medida de segurança patrimonial atípica, similar à medida de prevenção prevista na legislação antimáfia, que assume finalidade preventiva. No caso, a decretação do confisco está atrelada à condenação penal por crimes potencialmente graves e adequados para propiciar acumulação de riquezas, além de constituírem, em tese, ferramenta para a prática de novos crimes¹⁷¹.

Desta feita, descartada as características próprias das sanções sancionatórias de natureza penal, não há restrição para a aplicação do princípio da retroatividade. Disso resulta que o confisco alargado pode ser aplicado nos casos de uma infração cometida antes da entrada em vigor da lei que implementou o instituto. Os fundamentos legais para a não aplicação do princípio da irretroatividade são o artigo 25, 2, da Constituição italiana e os artigos 200 e 236 do Código Penal¹⁷².

Ainda na defesa da medida de segurança atípica patrimonial alega-se que o instituto está restrito à periculosidade da coisa (e não periculosidade pessoal), que, se permanecer na disponibilidade da pessoa condenada, pode vir a ser utilizada no reemprego de atividades criminosas¹⁷³.

De outro lado, a natureza de pena acessória é contraposta à medida de segurança por alguns doutrinadores, sob o fundamento de que o confisco alargado não é aplicado automaticamente como efeito da condenação. Argumenta-se que a pena acessória, mesmo no caso de não constar expressamente da sentença condenatória, pode ser aplicada *ex officio* na

¹⁶⁷ BARON, 2018, p. 44.

¹⁶⁸ No mesmo sentido, vide: AULETTA, Alessandro & SERPICO, Antonio. La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU. *Innovazione e Diritto*, n. 6, p. 216, 2010. Disponível em: <<http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/1006/aulettaserpico.pdf>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

¹⁶⁹ Observa-se, todavia, que os julgados se referem ao confisco alargado na configuração anterior às alterações promovidas pela Lei 161, de 17 de outubro de 2017, que estendeu o confisco alargado para as hipóteses de prescrição, anistia ou morte do autor da infração. Tais previsões, contudo, foram revogadas pelo Decreto Legislativo 21, de 1 de março de 2018.

¹⁷⁰ Corte di Cassazione, sentenza 8404, del 15 gennaio 2009, relatore Vannucci Marco; sentenza 25096 del 6 marzo 2009, Relatore Recchione Sandra. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>>. Acesso em: 27 de junho de 2019.

¹⁷¹ Corte di Cassazione, sentenza 33, del 21 febbraio 2018, n. 33, Redattore Franco Modugno. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2018/0033s-18.html>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

¹⁷² De acordo com (FRANCESCO, 2017, p. 115) a aplicação do princípio da retroatividade pode ser verificada nos julgados da Corte de Cassação n.ºs 447/95; 3655/97, 40703/02, 25096/09 e 8404/09.

¹⁷³ ALFONSO, 2008, p. 256.

execução da pena, desde que haja lei específica prevendo tal medida e seu prazo de duração. E que, no caso do confisco alargado, a sentença penal opera tão somente como um pré-requisito para a decretação da perda de bens, que exige uma justificativa adequada em relação à origem legítima dos bens e a superação da presunção relativa de perigo por meio de um julgamento de mérito que avalie a titularidade, a desproporcionalidade dos bens com os rendimentos ilícitos da pessoa condenada. Neste contexto, descartada a decorrência automática da condenação¹⁷⁴.

Por outro lado, doutrinadores como Anna Maria Maugeri¹⁷⁵, defendem uma indiscutível natureza punitiva do confisco alargado, tanto pelo seu caráter aflitivo, que pode envolver a remoção de todo o patrimônio do arguido, quanto pelo objetivo perseguido, que é, antes de tudo, de prevenção geral dissuasiva, em que a perda de todos os bens injustificados (e não apenas somente dos lucros) pode ser mais eficaz do que a própria sanção penal de restrição de liberdade¹⁷⁶.

Neste sentido, o confisco alargado não se baseia num mero prognóstico de perigo, mas persegue uma finalidade preventiva como qualquer outro meio repressivo, descartando a autora sua caracterização como uma medida de segurança, na medida em que representa uma reação aflitiva a uma violação, visando a impedir a prática futura de novos delitos.

Para além do caráter de prevenção especial, a função punitiva do confisco alargado está presente no fato de a perda dos bens desproporcionais não ter o condão de restaurar o *status quo* ante o cometimento da infração penal. Primeiro, porque a perda de bens não é realizada em favor da vítima ou sujeito passivo do delito, mas sim do Estado, em cujo patrimônio um incremento não corresponde a uma anterior diminuição patrimonial. Em segundo lugar, porque o alegado impedimento de reiteração de conduta ilegal pode nunca ocorrer, na medida em que a presunção de ilicitude dos bens não evidencia o passado criminoso do agente, que pode, na realidade, nunca ter existido. Reforça-se esse posicionamento, a ideia de que se realmente se pretendesse evitar o futuro cometimento de delitos, não haveria razão para limitar a perda aos bens ilícitos, uma vez que o agente criminoso pode fazer uso de todo o seu patrimônio para a prática delitiva¹⁷⁷.

A natureza punitiva do confisco alargado pode ser identificada em decisões isoladas na jurisprudência italiana. Nesta linha, a *Corte di Cassazione* aponta dificuldade em categorizar

¹⁷⁴ ALFONSO, 2008, p. 255.

¹⁷⁵ MAURGERI, 2015b, p. 192.

¹⁷⁶ No sentido de a “confisca allargata”, prevista no art. 12-sexies, constituir uma sanção acessória, vide NOBILE, Enzo & IACOPINO, Francesco Donato. *L'intestazione fittizia di beni e la confisca allargata* (Dialettica e processo penale Vol. 1). Itália: Key Editore, 2019, p. 95-96.

¹⁷⁷ SPINA, 2015, p. 192.

o confisco alargado como medida de segurança patrimonial atípica. A decisão reconhece no instituto as características próprias de uma sanção penal, além de uma natureza ambígua, erigida entre uma função preventiva especial e uma intenção punitiva real¹⁷⁸.

Na Espanha, após a reforma do Código Penal, ocorrida com a Ley Orgánica n.º 1/2015, a doutrina majoritária defende a ausência do caráter sancionatório do confisco alargado previsto no artigo 127-bis¹⁷⁹ e sustenta a maior proximidade do instituto com o caráter civil e patrimonial dirigida a eliminar enriquecimentos ilícitos. A natureza civil é reforçada pelo fato de o artigo 127-septies¹⁸⁰ possibilitar a perda de bens de origem lícita¹⁸¹.

Também a exposição de motivos do projeto de lei que introduziu o artigo 127-bis no Código Penal espanhol evidencia que o confisco ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que há dado lugar la actividad delictiva”. Neste sentido, diversos doutrinadores apoiados na justificativa legislativa têm afirmando ser a natureza do instituto “más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto.¹⁸²

Nada obstante, parte da doutrina adverte para a contradição entre a natureza civil do confisco alargado e a previsão legal que exige a demonstração da origem criminosa dos bens, ou seja, a prova da vinculação da atividade delitiva, ainda que de modo genérico, já que não há exigência de identificação concreta das condutas delitivas¹⁸³. No que diz respeito a essa questão, sustentam que se a finalidade do confisco ampliado é a de eliminar o enriquecimento ilícito, a vinculação com qualquer atividade delitiva seria dispensada.

¹⁷⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, Sentenza 27 marzo 2008, C. Nicola Milo. Disponível em: <<http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=644>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

¹⁷⁹ Ley Orgánica n.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>>. Acesso em: 29 de junho de 2019. De acordo com o art. 127-bis: “El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito”, sendo um desses indícios a desproporção entre o valor dos bens e a origem lícita da pessoa condenada (art. 127 Bis, 2. 1º).

¹⁸⁰ Ley Orgánica n.º 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>>. Acesso em: 29 de junho de 2019. Artículo 127-septies: “Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado”. De igual modo se procederá, “cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

¹⁸¹ FERNÁNEZ PANTOJA, 2015, 284.

¹⁸² PERRINO PÉREZ & JAÉN VALLEJO, 2016, p. 132.

¹⁸³ Neste sentido, vide FERNANDEZ PANTOJA (2015); CONDE & CAMPO (2019).

é garantir que os princípios e direitos individuais penais previstos na CEDH não se sucumbam às novas abordagens de política criminal adotadas pelos Estados-membros¹⁹⁰, notadamente, criadas para o enfrentamento da macrocriminalidade. Contudo, são critérios que pouco ajudam na identificação da natureza do confisco alargado, já que não oferecem uma resposta clara em relação a natureza sancionatória ou não desse tipo de confisco¹⁹¹. Vejamos.

A qualificação formal, por si só, não é propriamente um critério suficiente, já que consiste apenas na identificação formal da sanção de acordo com a legislação interna de cada país. Esse critério induz ao questionamento se a classificação nacional de caráter penal, por exemplo, seria suficiente para definir a natureza do confisco e aplicar as salvaguardas da Convenção ou se seria necessário compatibilizá-lo com os dois outros critérios? Bastaria a classificação legal ou haveria necessidade de avaliar se a medida é aplicada em relação à conduta do indivíduo ou não?¹⁹². Em outras palavras: a medida é aplicada levando em consideração a culpa do agente ou não? Para Hélio Rigor Rodrigues¹⁹³, apesar de se tratar de uma indicação formal e relativa, “se a sanção for classificada como penal pelo ordenamento jurídico nacional, será, em regra, apreciada desse modo para efeitos da Convenção. O contrário já não ocorrerá como regra”.

De toda sorte, importa considerar que não há uma definição clara da Corte sobre a aplicação do critério de qualificação formal no ordenamento jurídico interno. Ainda que se aceite a aplicação como regra, no caso de classificação como sanção penal, o TEDH poderá levar em consideração os outros critérios. Sendo, portanto, bastante plástica a aplicação do primeiro critério.

O segundo critério, “natureza intrínseca da infração”, não é, em si, um critério muito esclarecedor. De acordo com Michele Panzavolta & Flor¹⁹⁴, é provável que a intenção do TEDH, ao indicar a “natureza intrínseca da infração”, seja a abordagem comparativa entre

matéria penal – mas isso não significa que seja a CEDH, ou, muito menos o Tribunal, a determinar a sua ‘verdadeira’ natureza, nem que a qualificação aí operada modifique a natureza de que se revestem no direito nacional”. Não se pode olvidar, de todo modo, que as decisões do TEDH fornecem um contributo de grande importância para as decisões nacionais, que devem interpretar as leis de acordo com as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹⁹⁰ Sobre o tema, vide o caso G.I.E.M. S.R.L. v. Italy, Petição 1828/06, de 28 de junho de 2018. Disponível em:

<https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo_integrale_sentenzas/000/000/715/G.I.E.M.S.R.L._AND_OTHERS.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

¹⁹¹ PANZAVOLTA & FLOR, 2015, p. 119.

¹⁹² PANZAVOLTA & FLOR, 2015, p. 141.

¹⁹³ RODRIGUES, 2018, p. 43.

¹⁹⁴ PANZAVOLTA & FLOR, 2015, p. 119/121.

se pronunciou no sentido de que o confisco de lucros derivados de crimes cometidos antes da entrada em vigor da *Drug Trafficking Offenses Act del 1986* viola o artigo 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, independentemente da qualificação jurídica do confisco na lei do Reino Unido, por se tratar de uma autêntica pena. Para a definição do confisco como “pena”, o Tribunal adotou o critério Engels e considerou que o ponto de partida para apreciar a existência de uma pena é determinar se a medida em questão se impõe como consequência da infração, além dos seguintes outros elementos: a natureza e a finalidade da medida objeto de discussão, sua qualificação no direito interno, os procedimentos ligados à sua aplicação e a execução e gravidade da medida.

Ainda se tratando da legislação do Reino Unido, no caso *Phillips c. UK*, Petição n.º 30818/2003, de 1º de junho de 2007²⁰⁰, a Corte, aplicando os critérios Engels, seguiu o entendimento firmado no *Welch c. Reino Unido*. A questão levantada pelo solicitante era a violação de seu direito à presunção de inocência previsto no artigo 6.2 da Convenção²⁰¹.

O solicitante foi condenado a uma pena de prisão de nove anos por crime de tráfico de drogas, e, por meio da aplicação do artigo 2º da Lei sobre o Tráfico de Drogas (*Drug Trafficking Act 1994*), o Tribunal nacional considerou que o tráfico rendeu ao arguido vantagem fixada no valor de 91.4000 libras esterlinas e decretou a perda deste valor, sujeito ao arguido cumprir uma pena de dois anos de prisão.

No Acórdão, a Corte considerou que o confisco era análogo à aplicação de multa ou de duração da pena de prisão imposta a um arguido devidamente condenado²⁰² e, portanto, análogo a um processo condenatório, razão pela qual decidiu pela aplicação do artigo 6º, 1,

Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida. 2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. Convenção Europeia dos Direitos do Homem Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 04 de novembro de 1950.

Disponível em <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2019. O TEDH reconhece que o artigo 7º, 1 incorpora o princípio de que só a lei pode definir um crime e prescrever uma sanção penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Proíbe que alargar o âmbito das infrações existentes a atos que anteriormente não eram infrações penais e estabelece o princípio de que o direito penal não deve ser extensamente interpretado em detrimento de um arguido, por exemplo, aplicando-se a analogia (*Coëme e outros c. Bélgica*, Petição n.º 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, de 18 de outubro de 2000). Disponível em:

<https://www.legislationline.org/download/id/4076/file/ECHR_Coeme_Belgium_2000.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

²⁰⁰ *Phillips v The United Kingdom*, Petição n.º 41087/98, de 12 de dezembro de 2011. Disponível em:

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe19>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

²⁰¹ Diversamente do caso *Welch c. Reino Unido*, não se discutiu no presente caso a aplicação do artigo 7º - princípio da legalidade (irretroatividade).

²⁰² No Acórdão *Welch c. Reino Unido*, §§ 32, 35 e 39. “The Court considers that this procedure was analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a properly convicted offender”.

da Convenção. De outro modo, o Tribunal afastou a aplicação do artigo 6º, 2, da Convenção (princípio da presunção de inocência), na medida em que considerou que o direito a ser presumido inocente surge apenas quando há conexão com uma infração específica.

Outro julgamento emblemático é o *Varvara c. Itália*, Petição n.º 17475/09, de 29 de outubro de 2013²⁰³, cujo objeto era a definição da natureza do confisco aplicável no caso de loteamento ilícito, previsto na Lei n.º 431/1985 e Lei Regional n.º 301/1990. Discutia-se, no caso, se caberia o citado confisco no caso de absolvição ou prescrição. A Corte reiterou, como no caso *Sud Fondi S.r.l. e outros contra a Itália*, que o confisco impugnado deveria ser interpretado como uma sanção e, portanto, sua aplicação na hipótese de infração penal prescrita ou no caso de absolvição é incompatível com o princípio de que somente a lei pode definir um crime e prescrever uma penalidade (artigo 7 da Convenção).

O Tribunal considerou que uma pena não pode ser imposta a uma pessoa que tenha sido provada inocente ou, em qualquer caso, não tenha sido provada a responsabilidade penal.

Exemplo mais recente da jurisprudência do TEDH é o Acórdão no caso *G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália*²⁰⁴. O TEDH foi chamado a se pronunciar sobre a natureza do confisco de terrenos loteados ilicitamente previsto na lei italiana de planejamento urbano (Lei n.º 431/1985), no qual é possível encontrar a imposição de perda dos lotes. Os requerentes alegaram que foram afetados pela medida de perda de bens sem que tenham sido formalmente condenados, haja vista a empresa e os seus diretores não terem sido sequer acusados.

No julgado, o TEDH considerou a medida de apreensão de bens como pena, nos termos e para efeitos do artigo 7º da Convenção, ainda que na ausência de um processo penal na aceção do artigo 6º da Convenção. Para classificar o confisco como “penalidade”, a Corte verificou a aplicação dos seguintes critérios:

i) se o confisco foi decretado na sequência de uma condenação por infração penal. Esse, contudo, não é um critério decisivo para a definição da natureza da medida, segundo a opinião da Corte. Se a natureza penal fosse definida apenas com base no fato de o agente ter cometido um delito e ter sido considerado culpado, haveria uma inconsistência com o significado autónomo de “penalidade”; e concluiu no sentido de que a ausência de uma condenação não é suficiente para excluir o carácter penal da medida de confisco. Portanto, a

²⁰³ A Justiça italiana interpretou o confisco urbanístico como sanção administrativa, por isso, impôs o confisco mesmo tendo reconhecido a prescrição da infração penal.

²⁰⁴ Caso *G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália*, Petição n.º 1828/06, de 28 de junho de 2018, § 210. Vide §§ 212 e seguintes. Disponível em: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo_integrale_sentenzas/000/000/715/G.I.E.M.S.R.L._AND_OTHERS.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2019.

Corte tem entendido que se trata de apenas um critério dentre outros a serem levados em consideração²⁰⁵;

ii) a classificação do confisco no direito interno. No caso concreto, a Corte entendeu que a medida de confisco estava na seção da lei intitulada “sanções penais”, portanto, o legislador italiano teria estruturado o confisco como uma “penalidade”;

iii) natureza e finalidade da medida de confisco (natureza intrínseca da infração). O TEDH reconheceu o caráter punitivo (aflictivo) e dissuasivo da medida de confisco, na medida em que sua imposição não está sujeita à prova de uma situação de perigo real ou de risco concreto para o meio ambiente;

iv) a gravidade dos efeitos do confisco. O Tribunal considerou que a sanção de confisco é particularmente dura e intrusiva, pois a perda não se restringe ao loteamento onde há construção, abrange, também, o loteamento onde os proprietários tenham intenção de construir; e

v) procedimento adotado para a decretação do confisco. No caso, o confisco foi ordenado pelos tribunais penais. Sublinhou o Tribunal que uma vez definitiva a decisão de confisco, não há espaço para sua reversão, ainda que haja subsequente regularização do loteamento.

Por outro lado, o TEDH ponderou, ainda, a aplicação do artigo 7º da Convenção. Para efeitos de condenação, exige a existência do elemento subjetivo por parte do autor da infração, sem o qual a pena não pode ser considerada previsível.

Para o Tribunal, deve haver uma correlação clara entre o grau de previsibilidade de uma disposição criminal e a responsabilidade pessoal do infrator. Assim, uma medida só pode ser considerada uma sanção nos termos do artigo 7º quando a responsabilidade pessoal por parte do infrator for estabelecida.

Como se verifica do julgamento *G.I.E.M. S.R.L. c. Itália*, o TEDH trouxe outros parâmetros para a definição de uma sanção além dos critérios *Engels*. Na decisão, o TEDH estabelece como ponto de partida para qualquer avaliação sobre a existência de uma “penalidade”, nos termos do previsto no artigo 7º, § 1º, da CEDH, considerar se a medida em questão é imposta após uma decisão que reconhece a culpabilidade do autor da infração penal, ou seja, se há no caso concreto uma condenação penal. Há ainda, no mesmo julgamento,

²⁰⁵ Referido critério já adotado em vários outros julgados do TEDH, como *Saliba c. Malta*, n.º 4251/02, de 23 de novembro de 2004, *Sud Fondi S.r.L e outros c. Itália*, Petição n.º 75909/01, de 30 de agosto de 2007, e *Berland c. França*, Petição n.º 42875/10, de setembro de 2015.

a previsão de outro elemento, que consiste na avaliação dos procedimentos envolvidos na elaboração e implementação da medida²⁰⁶.

Além do mais, a jurisprudência do TEDH parte da perspectiva de que a lei deve definir claramente os delitos e as penalidades (Achour c. France [GC], Petição n.º 67335/01, § 41, CEDH 2006-IV) para que o indivíduo possa saber quais atos e omissões o tornará criminalmente responsável. Em outras palavras, é necessário que haja previsibilidade.

A posição do TEDH sobre a natureza da sanção penal, além de ser muito focada nos casos concretos, não apresenta critérios estáveis para definir o que seja medida de natureza penal, visto que, a depender do caso, há inserção de novos elementos para auxiliar na tarefa de classificação da sanção em penal ou não penal. Devido a essas dificuldades, os critérios adotados pelo TEDH têm sido objeto de críticas pela doutrina que opta por não os seguir para a definição da natureza jurídica do confisco alargado.

De todo modo, quando aplicáveis esses critérios²⁰⁷ ao confisco alargado previsto na Lei n.º 5/2002 chega-se a conclusão de tratar-se de medida de natureza sancionatória, na medida em que *i*) a perda alargada está regulamentada numa lei autonôma que dispõe sobre “medidas de combate à criminalidade organizada”, portanto, de matiz penal; *ii*) a perda é decretada na sequência de uma condenação por infração penal; *iii*) estão presentes o caráter aflitivo e dissuasivo da medida de confisco, já a perda não decorre da periculosidade “da diferença do valor do património incongruente”; *iv*) os efeitos do confisco alargado são naturalmente intrusivos, eis que impõem a perda da propriedade; e *v*) a perda alargada é decretada no âmbito de um processo penal, ainda que processada em autos apartados.

3.5 Considerações finais ao Capítulo

A definição da natureza jurídica da perda alargada é uma das questões mais gera polêmica na discussão acerca do instituto. A legislação portuguesa, diversamente do legislador espanhol que decidiu inserir o confisco alargado dentre as penalidades acessórias,

²⁰⁶ Caso G.I.E.M. S.R.l. e outros c. Itália, Petição n.º 1828/06, de 28 de junho de 2018. Vide § 210.

Disponível

em: <https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo_integrale_sentenzas/000/000/715/G.I.E.M.S.R.L._AND_OTHERS.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2019. No mesmo sentido, caso Del Río Prada c. Espanha, Petição n.º 42450/09, de 21 de outubro de 2013, § 2º. Disponível em: <[²⁰⁷ De acordo com os critérios Engels e outros critérios acrescidos no caso G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20DEL%20R%C3%8DO%20P RADA%20v.%20SPAIN%22%22].%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}>. Acesso em: 05 de junho de 2019.</p></div><div data-bbox=)

é silente sobre a definição da natureza jurídica, o que contribui para os diversos posicionamentos sobre sua classificação.

A jurisprudência portuguesa parece caminhar para definição da medida como natureza jurídica de carácter administrativo, apesar de não se ter constatado com clareza nos julgados pesquisados quais os contornos dessa classificação. A par da jurisprudência, não se verifica consenso doutrinário acerca da matéria, assim como ocorre também na doutrina italiana e espanhola.

O TEDH, por sua vez, apesar de ter seus critérios para definir se uma medida tem ou não carácter de sanção penal questionáveis pela doutrina, concluiu que as hipóteses de confisco levados a sua consideração tratavam-se de sanções de cunho penal.

Apesar de a defesa de a classificação estar relacionada às especificidades de cada regime jurídico, a natureza sancionatória penal está presente em todas as situações estudadas, o que se deve, ao meu ver, à componente dissuasora da medida (finalidade preventiva-geral), cuja finalidade é a de prevenir a prática de futuros delitos.

4 A Lei n.º 5/2002 sob a ótica de garantias constitucionais

A decisão político-criminal de expansão dos modelos de confisco deve respeitar os princípios e garantias fundamentais do direito penal e processual penal em um Estado Democrático de Direito. Mas como afirmado por Roxin, há sempre a possibilidade de em Estados mais autoritários o legislador agir de modo autoritário e adotar decisões político-criminais inadequadas ao Estado de Direito, sendo o único instrumento contra esses excessos a insistência no respeito aos direitos humanos e liberdade invioláveis²⁰⁸. Desta feita, os direitos e garantias fundamentais não podem ser vistos como empecilhos para o combate à criminalidade organizada ou económico-financeira, sob pena de caminharmos para um estado autoritário.

A discussão e a delimitação dos paradigmas principiológicos aplicáveis perpassam inevitavelmente pela classificação da natureza jurídica do confisco alargado, que, como defendi, constitui-se em efeito da condenação da pena, possuindo, portanto, natureza punitiva. Neste sentido, submetido está o confisco alargado às garantias jurídico-constitucionais do direito penal e processo penal.

Abaixo, centrei nos principais princípios passíveis de objeções, tratando de argumentar sobre sua compatibilidade com o ordenamento jurídico português.

²⁰⁸ ROXIN, 2006, p. 66.

4.1 Presunção *iuris tantum* e o princípio da culpa

O princípio da *nulla poena sine culpa*, como pressuposto da sanção penal, repudia a aplicação de pena sem que seja provada a exata medida da culpa do agente e, por isso, muitos levantam a objeção da compatibilidade do confisco alargado com referido princípio, na medida em que a Lei n.º 5/2002 está pautada na presunção *iuris tantum* do património incongruente.

Pois bem, não me parece ser o caso de ofensa ao princípio da culpa. Por ser o confisco alargado um efeito da condenação, o atendimento do princípio da culpa resta suficientemente cumprido com a condenação por um dos crimes do catálogo, o que pressupõe a determinação anterior da culpa do arguido. Seguindo esta direção, não se pode exigir a demonstração da culpa em procedimento destinado a cumprir o efeito da pena da condenação, pois, por decorrência lógica, a determinação do fato e da culpa são pressupostos para o efeito da condenação, ou seja, o efeito da condenação depende da aplicação de uma pena principal.

No caso do confisco alargado, a Lei n.º 5/2002 não exige que pena aplicável seja privativa de liberdade. Nada obstante a possibilidade, em tese, de decretação de confisco alargado no caso de condenação e aplicação apenas à pena de multa, tem-se que tal medida pode implicar na inobservância do princípio da proporcionalidade ante a relação entre a gravidade do fato imputado ao arguido e os valores a serem perdidos.

De outra banda, tampouco o montante apurado no procedimento cautelar do confisco alargado pode ser utilizado para determinação da medida da pena, nomeadamente no sentido da agravação da culpa, por não ter a sua causa na prática do fato ilícito²⁰⁹.

Por essa razão, não tenho como concordar com a tese que sustenta que o princípio da culpa restaria atendido se o artigo 7º fosse interpretado de forma restritiva, de modo que houvesse a necessidade de provar, segundo um mero juízo de probabilidade, a atividade criminosa anterior da mesma natureza criminal dos crimes do catálogo²¹⁰. Ora, o confisco baseado em mero juízo de probabilidade é que seria atentatório ao princípio da culpa, pois admitiria a inversão do ônus da prova no domínio da culpabilidade²¹¹, com a dispensa de

²⁰⁹ Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo 22/08.3JALRA.E1.S1, relator Lopes da Mota, de 14/03/2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fae21d5a9e1b13fb80258255003bdb7c?OpenDocument>>. Acesso em: 07 de setembro 2019.

²¹⁰ MINAS, 2017, p. 40.

²¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03/12/2014, processo 22/09.6ZRCBR-B.C1, relatora Isabel Silva. Disponível em:

carga probatória penal suficiente para uma acusação ou condenação. No procedimento para decretação do confisco alargado, não se está discutindo a responsabilidade do agente pelo fato, pelo contrário, a perda de valores depende da aplicação da pena no processo principal, por isso, não cabe o argumento de que a perda de bens ultrapassa a medida da culpa, pois, o que está em causa, depois de verificada a culpa, é a proveniência lícita dos bens do arguido.

4.2 Inversão do ônus da prova e o princípio da presunção de inocência

A presunção de que a incongruência patrimonial com os rendimentos ilícitos do condenado pressupõe a prática de outros crimes, para além daquele pelo qual foi condenado, pode vir a suscitar dúvidas sobre a violação do princípio da presunção de inocência.

De um lado, uma concepção mais ortodoxa²¹² sustenta que o confisco alargado ofende o núcleo essencial do princípio da presunção da inocência, na medida em que deixa de tratar o arguido como inocente ante do trânsito em julgado da sentença condenatória. Soma-se a isso o fato de o instituto imputar o ônus da prova ao arguido, enquanto o princípio da presunção de inocência impõe ao Ministério Público o dever do ônus da prova. A inversão do ônus da prova, neste contexto, suprime o direito ao silêncio garantido ao arguido e afronta o *in dubio pro reo*²¹³, já que a dúvida não impõe a absolvição, ao contrário, permite a presunção de que o patrimônio incongruente provém de atividade criminosa anterior, o que pode levar à decretação do confisco alargado. Godinho²¹⁴ chega a afirmar que a presunção da origem ilícita do patrimônio “conduz a uma presunção de culpa”, pois a suspeita é considerada pelo legislador suficiente para fundamentar a aplicação de uma reação punitiva.

De outra banda, há autores que afirmam a compatibilidade do instituto da perda alargada com o princípio da presunção de inocência ante ao fato de o confisco não pressupor a determinação da culpa do agente²¹⁵. Dito de outra forma, a culpabilidade do agente já foi discutida no processo principal, sendo a condenação pressuposto para que a presunção de ilicitude seja aplicável. Cabe anotar que essa linha de defesa se faz presente nos defensores da natureza não penal do confisco alargado que sustentam a possibilidade de previsão de regras probatórias de cunho civilístico ou administrativo²¹⁶. Contudo, mesmo para os que

<<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/399e3a6b48fa283480257daa004dc12c?O=penDocument>>. Acesso em: 07 de setembro de 2019.

²¹² CORREIA, 2012, p. 116.

²¹³ Neste sentido, vide: GODINHO (2003, p. 1358-1359) & MINAS (2017, p. 34-39).

²¹⁴ GODINHO, 2003, p. 1359.

²¹⁵ CUNHAa, 2017, p. 19.

²¹⁶ CORREIA, 2012, p. 117.

classificam o confisco alargado como uma consequência sancionatória de cariz penal verifica-se a conformidade com o princípio da inocência, na medida em que no procedimento para decretação do confisco não há imputação ao agente de qualquer prática criminosa, ou seja, a presunção legal recai sobre a origem dos bens.

No âmbito da jurisprudência, o Tribunal Constitucional, ao analisar a presunção da origem ilícita da parte do património do arguido que seja incongruente com os seus rendimentos lícitos, contida no artigo 7º, 1, da Lei n.º 5/2002, entende que em nada contraria a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32 da CRP, na medida em que a presunção opera após a condenação. O fundamento utilizado no Acórdão n.º 101/2015²¹⁷ para afastar a presunção de inocência foi o de que se trata de presunção ilidível, como são todas as presunções legais, exceto quando o legislador disponha em contrário (artigo 350, 2, do Código Civil).

De igual forma, no Acórdão n.º 392/2015²¹⁸, o Tribunal Constitucional afasta a violação ao princípio da presunção de inocência pelo fato de a perda alargada não imputar ao arguido qualquer prática de crime, mas sim privá-lo de um património, por se ter concluído que este foi adquirido ilicitamente. O TC também sustenta que o confisco alargado não inviabiliza o direito ao silêncio, pois a presunção da origem ilícita do património não implica em autoincriminação, pelo contrário, a condenação é pressuposto para a decretação do confisco alargado.

De notar que a jurisprudência portuguesa se mostra em sintonia com os julgados do TEDH que tem pronunciado no sentido de que o princípio da presunção de inocência não está relacionado à questão da culpabilidade do agente, sendo inaceitável que as normas penais se subsumam em presunções de culpa, o que não se verifica no confisco alargado.

Como já dito alhures, na perda alargada não está em causa a discussão dos aspectos da culpabilidade do agente. A condenação por um dos crimes do catálogo é pressuposto para decretação do confisco, constituindo-se o confisco numa consequência de carácter punitivo da condenação. O que se discute no processo de perda alargada é a legitimidade do património

²¹⁷ Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101/2015, relator Conselheira Maria Lúcia Amaral, 1ª Secção. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 07 de setembro de 2019.

²¹⁸ Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 392/2015, Relator Conselheiro João Cura Mariano, 2ª Secção. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

do arguido. E, como é evidente, o princípio da presunção de inocência somente é aplicável quando envolver discussão sobre a culpabilidade do agente²¹⁹.

Neste sentido, de acordo com jurisprudência do Tribunal Constitucional e parte da doutrina, a presunção no artigo 7º, 1, da Lei n.º 5/2002, não fere o princípio da presunção de inocência, plasmado no artigo 32, 2, da CRP, uma vez que não se está a inverter o ônus da prova relativamente à culpabilidade do arguido relativamente à prática de crimes do catálogo.

Ainda sobre o aspecto probatório, cabe também destacar que a legislação portuguesa não retira todo o ônus probatório da carga do Ministério Público. Compete a este indicar os bens que considera incongruentes e proceder a liquidação dos mesmos. Assim, é exigida do arguido a prova da evidência em contrário apenas quando a acusação tem sucesso em indicar a incongruência patrimonial²²⁰. Sob essa perspectiva, a carga de prova imposta à pessoa condenada (inversão do ônus da prova) não consiste em um pedido de prova diabólica, mas é, ao contrário, factível de ser realizada.

Quanto à aplicação do *in dubio pro reo*, um dos aspectos do princípio da presunção de inocência, defendo que em face da natureza punitiva do confisco a dúvida deve resolver-se em desfavor da pessoa condenada. Essa interpretação pode ser extraída da própria Lei n.º 5/2002, que no artigo 9º preceitua ser admissível quaisquer meios de prova admitidos no processo penal, o que, por um lado, afasta a aplicabilidade de *standards* probatórios civis e, por outro, impõe a observância dos princípios de direito penal e processual penal. O fato é que o *in dubio pro reo* deve abranger, além dos elementos referentes à culpabilidade e à sanção, as consequências jurídicas penais advindas com a condenação²²¹.

Por fim, concluo que sendo o confisco alargado um efeito da pena, de consequências patrimoniais e não automáticas, que se desenvolve em processo autônomo ao processo penal, onde não se trata de presumir a culpa de uma pessoa, mas a origem ilícita de seu patrimônio, não se verifica conflito com o princípio da presunção de inocência.

4.3 Limite do patrimônio confiscável: o princípio da proporcionalidade

²¹⁹ Neste sentido, vide: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/12/2016, processo 22/09.6ZRCBR-B.C1, Relator Isabel Silva. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/399e3a6b48fa283480257daa004dc12c?O=penDocument>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

²²⁰ Neste sentido, vide posicionamento de PANZAVOLTA & FLOR, 2015, p. 138/199.

²²¹ CUNHAa, 2017, p. 14/15.

O princípio da proporcionalidade deve ser analisado sob a perspectiva tanto da restrição de direitos fundamentais promovida pelo legislador quanto da aplicação pelo tribunal da perda alargada.

Sob o aspecto legislativo, o confisco alargado desenhado pelo legislador dever ser restrito a crimes de maior gravidade e que são os geradores do instituto, como aqueles praticados no âmbito de organizações criminosas e criminalidade econômica. Crimes menos gravosos, como o peculato de valor diminuto (artigo 375, 2, do CPP) não deveria constar no catálogo da Lei n.º 5/2002.

Ainda sob o aspecto legislativo, mostra-se benéfico o fato de o legislador português evitar que o confisco alcance todo o patrimônio do condenado, com limitação de sua decretação a um período de cinco anos anteriores à data de constituição como arguido.

O limite temporal de cinco anos, por si só, observa a razoabilidade e a proporcionalidade, além de assegurar as garantias fundamentais de defesa do arguido, pois o prazo não se mostra excessivamente oneroso para o proprietário provar a origem lícita de seu patrimônio²²². De outro lado, assegura que a prova da incongruência patrimonial a cargo do Ministério Público seja feita dentro de um período razoável, afastando a acusação da *probatio diabólica*.

Essa opção legislativa busca evitar a aplicação do confisco ampliado *ad infinitum* e, também, eliminar o risco de o confisco ampliado se transformar num mecanismo de expropriação por meras razões fiscais ou constituir-se numa “reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito”²²³, transmudando-se numa medida com características típicas de uma *action in rem*. A limitação temporal, portanto, é importante medida para que não fique na “prudência” dos julgadores a convicção razoável de decretar a perda alargada num prazo muito longo. Assim, a limitação temporal faz com que a presunção de origem ilícita de bens esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade, não sendo excessivamente onerosa para o proprietário a prova da origem lícita de seu patrimônio²²⁴.

Sob a perspectiva do tribunal, a doutrina italiana tem destacado que a desproporção patrimonial não é, por si só, requisito adequado para provar a procedência da conduta criminosa, razão pela qual a jurisprudência procura “qualificar” este requisito. Desta feita, entende-se que o juízo sobre a “desproporção” deve ser conduzido não por meio de uma avaliação global e abrangente de todo o patrimônio do sujeito, mas sim em relação à cada bem

²²² MAUGERI, 2014, p. 321.

²²³ CORREIA, 2016, p.145.

²²⁴ MAUGERI, 2015a, p. 321.

individualizado, verificando-se, a correlação da renda lícita e o momento da aquisição do bem²²⁵.

Para a Corte Suprema italiana²²⁶, a avaliação da incongruência patrimonial deve ser avaliada não sobre o patrimônio na sua integralidade, mas sobre a soma dos bens isolados. Em outras palavras, a verificação do desequilíbrio deve ser fixada sobre os rendimentos lícitos no momento da aquisição bens. Neste sentido, caberá ao julgador fazer uma reconstrução histórica da situação (renda e atividade lícita do sujeito) existente no momento das compras individuais.

Observo que, muito embora na prática possa ser difícil distinguir a parte lícita da parte ilícita do patrimônio do agente, a compreensão da jurisprudência e doutrina italianas mostram-se mais consentânea com o princípio da proporcionalidade. Tal interpretação, contudo, pode encontrar dificuldades de aplicação no confisco alargado previsto na Lei n.º 5/2002, que diversamente da lei italiana, prevê a perda do valor e não de bens específicos.

Por último, o princípio da proporcionalidade também deve ser aplicado tendo em vista a situação socioeconômica do arguido. Neste contexto, entendo que seja perfeitamente aplicável o disposto no artigo 112 do Código Penal Português, que prevê que se a situação socioeconômica do agente se mostrar injusta ou demasiado severa, pode o tribunal atenuar equitativamente o valor dos bens confiscados. Assim, apesar de o artigo 112 do CPP fazer referência apenas à aplicação do n.º 3 do artigo 109, do n.º 4 do artigo 110 e do n.º 3 do artigo 111 do CPP, creio que não há motivos para vedar a aplicação analógica à hipótese de perda alargada, pois a admissão da analogia *in bonam partem* “vale em termos de tipicidade, mas também para as consequências jurídicas do crime”²²⁷.

4.4 A (ir)retroatividade do confisco alargado

A análise do princípio da irretroatividade, especificação do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine legge*) deve ser feita a partir da perspectiva da natureza jurídica do instituto. Se considerada medida punitiva, a aplicação do instituto ocorrerá apenas para a prática de atos cometidos após a entrada em vigor da lei, ao passo que a natureza civil

²²⁵ FINOCCHIARO, 2019, p. 10.

²²⁶ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, Sentença Montella de 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <<https://www.altalex.com/forum/penale-88/cerco-sentenza-montella-64685>>. Acesso em: 04 de setembro de 2019.

²²⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 2599/08.4PTAVR-AC1-A.SI, Relator Maia Costa, de 18 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b61bba17d089e9ab80257bf600519e1a?OpenDocument>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019

ou administrativa impõe, a princípio, a aplicação aos processos iniciados após a entrada em vigor da lei, ainda que o crime tenha sido praticado anteriormente ou, ainda, aplicação imediata, se o entendimento for o de tratar-se a matéria de norma eminentemente processual – *tempus regi actus*.

Ocorre que a aplicação retroativa da Lei n.º 5/2002 encontra resistência até mesmo para os defensores da natureza jurídica civil ou administrativa do instituto. A discussão sobre a proibição ou não da retroativa da lei perpassa pela função punitiva (da medida ainda que de caráter civil ou administrativo) e sua aproximação com o poder coercitivo estatal. Assim, uma vez identificada a condição análoga da sanção de natureza civil à pena pública, seriam aplicáveis os princípios fundamentais em matéria penal ou sancionatória, de tal modo que, para os defensores da natureza civil do confisco alargado, essa condição não retira a reprovação ético-social do fato e seu caráter de prevenção geral. Logo, para efeitos de retroatividade da norma, a perda alargada constitui uma sanção análoga às sanções penais, razão pela qual não pode ser aplicada de imediato a fatos ocorridos anteriormente à lei de criação da perda alargada, tudo em respeito ao princípio da legalidade.

Neste sentido é o posicionamento do TEDH. Para a Corte, o princípio da legalidade (artigo 7º da Convenção) não se estende somente às sanções penais, assim qualificadas pelo direito interno, mas, também a qualquer sanção que substancialmente tenha características de sanção penal. Desse modo, no citado caso “Welch c. Reino Unido”, a Corte decidiu pela violação do artigo 7º da Convenção, independentemente da qualificação jurídica do confisco na lei do Reino Unido. No caso, admitiu o confisco de lucros resultantes de crimes cometidos antes da entrada em vigor da Drug Trafficking Offenses Act del 1986, desde que a ordem de confisco se referisse a um crime cometido após a entrada em vigor da referida lei²²⁸.

Nada obstante, definida a natureza jurídica como efeito da pena, a qual defendo, o confisco alargado está adstrito ao princípio da irretroatividade. Desta feita, não cabe

²²⁸ Apesar da orientação do TEDH, comenta-se que esse não tem sido o entendimento da jurisprudência e doutrina dominantes na Itália, que consagram o confisco do artigo 12-sexies do D.L. 306/92 como medida de segurança “atípica” e, neste contexto, caminham no sentido de que não opera o princípio da irretroatividade às medidas de segurança, por não se tratar de medida com características própria da pena. Assim, aplicável a Lei vigente no momento da decisão. No direito italiano, o princípio da irretroatividade impede, exclusivamente, a aplicação de medidas de segurança a fatos que, no momento da sua aplicação, não constituíam crime, mas não impedem a aplicação de uma medida de segurança não prevista no momento da realização do evento. Neste sentido, vide: AULETTA, Alessandro & SERPICO, Antonio *La natura giuridica della confisca e l’incidenza della CEDU*. Nápoli: Università degli Studi di Napoli Federico II, 2010, p. 216. Disponível em: <

<http://www.innovazioneDiritto.unina.it/archivionumeri/1006/aulettaserpico.pdf>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

Decisão da Corte Suprema di Cassazione Sezione Unite Penali. Disponível em: <https://www.altalex.com/forum/penale-88/cerco-sentenza-montella-64685>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

decretação de confisco retroativamente a bens adquiridos antes da data de entrada em vigor da Lei n.º 5/2002. Entendimento contrário acabaria por violar o artigo 29, 1 e 4, da CRP, em que estão plasmados os princípios da legalidade e da irretroatividade *in pejus*²²⁹.

O princípio da irretroatividade *in pejus* não opera somente sobre os atos meramente impulsivos do processo penal. Sua aplicação é imperativa no caso de a lei vir a afetar as garantias individuais, como é o caso de normas que dizem respeito à prescrição, à prisão e à perda de bens.

4.5 O confisco alargado e o direito à propriedade

Há também consenso na doutrina e jurisprudência²³⁰ de que perda alargada também não viola direito fundamental da propriedade, assegurado no artigo 62 da CRP. Apesar de a CRP apenas dispor sobre a limitação do direito da propriedade no caso de requisição e expropriação por utilidade pública, tem-se que o ordenamento jurídico-constitucional português não tutela negócios jurídicos contrários à lei (artigo 280 do Código Civil). Sendo, portanto, legítima a delimitação do direito à propriedade quando a aquisição de bens ponha em causa o núcleo essencial de outros direitos fundamentais ou atinjam valores comunitários básicos, como é o caso dos bens provenientes da prática de crimes²³¹.

Na linha do entendimento doutrinário assente, o TC tem sublinhado que o direito de propriedade previsto no artigo 62, 1, da CRP, como toda garantia fundamental, não é um direito absoluto, podendo haver restrições definidas no próprio texto constitucional ou na legislação infraconstitucional²³².

No caso específico da presunção de ilicitude da proveniência do património incongruente a jurisprudência portuguesa admite que a restrição do direito de propriedade deve ser compreendida a partir das seguintes regras: *i)* o confisco alargado opera somente no âmbito dos crimes do catálogo; *ii)* a presunção, *iuris tantum*, somente é aplicável após

²²⁹ GODINHO, 2003, p. 1347.

²³⁰ Neste sentido, vide: Acórdão n.º 294/2008, relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080294.html>>. Acesso em: 07 de setembro de 2019; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/06/2014, processo 1653/12.2JAPRT-A.P1, relator Neto Moura. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/beb5d390e130f96c80257d03002d99ed?OpenDocument>>. Acesso em 07 de setembro de 2019; Supremo Tribunal de Justiça, processo 08P3180, relator Armindo Monteiro, de 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0acc7f9dce30f1948025751a0059f3c4?OpenDocument>>. Acesso em 07 de setembro de 2019.

²³¹ CORREIA, 2012, p. 120.

²³² Tribunal Constitucional. Acórdão 381/2019, Relator Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, 1ª Secção. Lisboa, 26 de junho de 2019. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190387.html>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

não está relacionada à culpabilidade do agente, não havendo, portanto, qualquer relação com o procedimento para fixação da pena.

5 É possível a regulamentação do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro?

O ordenamento jurídico brasileiro não contém regulamentação sobre o confisco alargado, apesar de o país ser signatário de três instrumentos internacionais que consagraram a expansão da perda de bens e exortam os Estados-membros a considerarem a possibilidade de adoção da inversão do ônus da prova quanto à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco: Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (2000); Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000) e Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003).

Existem algumas iniciativas legislativas em tramitação no Congresso Nacional que pretendem regulamentar o confisco alargado, mas que ainda se encontram na fase inicial de discussão, como o Projeto de Lei n.º 4.268, de 2016²³⁵; os Projetos de Lei do Senado n.º 306, de 2016 e n.º 1.864, de 2019²³⁶; e o Projeto de Lei de iniciativa do Executivo n.º 882, de 2019²³⁷.

Sabemos que, em países, como Portugal e Itália, que adotaram o confisco alargado, foram desenvolvidos vários argumentos como impedientes jurídico-constitucionais que inviabilizariam sua utilização²³⁸. Também não faltaram impeditivos alegados frente aos princípios da CEDH, fazendo com que o TEDH se pronunciasse sobre a matéria.

As críticas acerca do confisco alargado giram em torno de possíveis violações a princípios fundamentais do direito penal, como o princípio da culpa, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da legalidade (irretroatividade) e da propriedade privada.

²³⁵ Câmara dos Deputados. Projeto de lei n.º 4286/2016, de autoria do deputado Diego Garcia. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076619>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

²³⁶ Senado Federal. Projeto de Lei n.º 306, de 2016, de autoria do senador Telmário Mota. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>; e Projeto de Lei n.º 1.864, de 2019, de autoria coletiva. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

²³⁷ Câmara dos Deputados. Projeto de lei n.º 882/2019, de autoria do Poder Executivo. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

²³⁸ CORREIA, 2012, p. 115.

Essas críticas ao novo modelo de perdimento de bens são compreensíveis, pois a expansão dos modelos de confisco no enfrentamento à criminalidade provoca incertezas no paradigma iluminista, assentado em princípios e garantias penais clássico-liberais, e com ênfase, sobretudo, em sanções restritivas de liberdade do indivíduo.

Ocorrida a partir do final das décadas do século XX, a expansão dos modelos de confisco, concebida principalmente a partir da necessidade de enfrentar um novo tipo de criminalidade organizada e da ideia política de que o “crime não deve compensar”, provocou o desenvolvimento de novas formas de perda de bens, dentre elas, o confisco alargado que, no cenário internacional atual, impede uma classificação unitária, em razão da natureza diversa e multifacetada do instituto. Várias são as classificações do instrumento, que vão desde o tratamento como penalidade principal, medida acessória, medida de segurança, medida administrativa ou até mesmo civil.

Nada obstante, o caráter multifacetado do confisco, é certo que o instituto deve respeitar os princípios e garantias constitucionais. Assim, para que o confisco alargado seja regulamento no direito brasileiro é necessário a analisar a compatibilidade do instituto da perda com alguns princípios e garantias previstos na Constituição brasileira.

5.1 A perda alargada e o princípio da culpabilidade

Nullum crimen sine culpa. Nessa expressão, encontra-se um dos principais fundamentos do pensamento penal liberal para limitar a atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo²³⁹. Neste sentido, a culpabilidade atua como limite da pena, o que equivale dizer que a pena não pode ultrapassar a culpabilidade (limite da pena), mas pode, contudo, ser fixada em patamar inferior, por necessidade preventiva de punição²⁴⁰.

No confisco alargado, uma das críticas ao instituto envolve a não observância do princípio da culpa, não por ultrapassar o seu limite, mas por consistir numa consequência jurídica que vai além da transposição da culpabilidade, na medida em que prescinde da relação causal entre fato e culpa.

Tal argumento poderia ser válido para a hipótese de confisco sem condenação. Contudo, não é aceitável para as hipóteses em que o confisco alargado pressupõe uma declaração de responsabilidade penal, no caso, uma condenação por crime relacionado à criminalidade organizada ou criminalidade econômica.

²³⁹ NUCCI, 2015, p. 316.

²⁴⁰ ROXIN, 2006, p. 86/87

No caso do confisco alargado, este não se depara com a presunção do dolo ou culpa. Há atuação do Estado acusador para se chegar a uma condenação por um dos crimes do catálogo, bem como da defesa, que pode produzir contraprova e provar a congruência do patrimônio com seus rendimentos lícitos. A decretação da perda de bens ocorre em momento posterior à formação do juízo de culpabilidade. O que se discute no procedimento para a decretação da perda de bens não é mais a culpa do acusado e sim a compatibilidade do seu patrimônio com seus rendimentos lícitos.

De todo modo, o que não se pode perder de vista é que a culpa constitui “um limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas”, de forma que é o “limite máximo de pena adequado à culpa que não pode ser ultrapassado”, ainda que haja razões de natureza preventivas – seja de prevenção geral positiva ou negativa, ou prevenção especial positiva ou negativa – sob pena de desrespeito aos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito²⁴¹.

Assim, a aplicação da pena, incluindo as demais sanções de caráter penal, como os efeitos da condenação, deve se ater à medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos face ao caso concreto²⁴².

5.2 (In)transcendência do confisco alargado

Há ainda que se atentar para a correspondência entre o princípio da culpabilidade e o da responsabilidade pessoal, na medida em que a punição penal deve dirigir-se exclusivamente ao agente do crime, pois somente ele age com dolo ou culpa²⁴³.

De acordo com o princípio da imputação pessoal ou da personalidade, a pena somente poder ser aplicada ao agente autor da conduta delitiva. Dessa maneira, exclui-se toda forma de responsabilidade objetiva ou responsabilidade pela conduta de outra pessoa²⁴⁴.

É certo que o princípio da personalidade da pena tem a finalidade de assegurar que o *jus puniendi* do Estado não ultrapasse o autor do delito, ou seja, não atinja indivíduos que não participaram do ato delitivo. Nada obstante, é irrefutável a ideia de transcendência da pena sobre terceiros, notadamente aqueles efeitos sofridos pelos familiares que dependem financeiramente do acusado/apenado. De igual maneira, o caráter personalíssimo da pena privativa de liberdade pode ser visto como “relativizado” no caso de confisco de bens, na

²⁴¹ DIAS, F., 2009a, p. 229.

²⁴² DIAS, F., 2009a, p. 227.

²⁴³ NUCCI, 2015, p. 188.

²⁴⁴ BARATTA, 2013, p. 317.

medida em que suas consequências atingem terceiros, que no processo não discutem a culpa, mas, sim, a origem lícita do patrimônio.

No ordenamento jurídico brasileiro, não é possível a decretação da perda de bens desvinculada da responsabilidade penal. O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição, ao adotar o princípio da individualização das penas, arrola dentre as sanções penais: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Com isso, a CRFB de 1988 rompeu a tradição constitucional anterior, que se limitava a restringir determinadas sanções (as limitações estão previstas no artigo 5º, inciso XLVII)²⁴⁵. Além disso, o rol do inciso XLVI não é taxativo, deixando para a legislação ordinária a possibilidade de criar novas sanções penais.

Em relação à atribuição da responsabilidade penal, a Constituição, no artigo 5º, inciso XLV, garante que a pena não passará da pessoa do condenado. Contudo, excepciona que a obrigação “de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens” pode ser estendida, nos termos da lei, “aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

A utilização de diferentes terminologias pela Constituição – perda de bens e perdimento de bens – dá margem a vários tipos de interpretações. A polêmica, como professa Jamil Chaim Alves²⁴⁶, reside, essencialmente, em torno da identificação do que venha a ser “perda de bens” e “perdimento de bens”. Há aqueles que sustentam que a terminologia “perdimento de bens”, do inciso XLV, do artigo 5º, seria coincidente com “perda de bens” (prevista no inciso XLVI, b, do artigo 5º – que insere a perda dentre as sanções penais) e, portanto, teriam a mesma natureza sancionatória, constituindo-se em efeito da condenação. Outros, em sentido diametralmente oposto, defendem que os conceitos possuem naturezas distintas. O “perdimento de bens” seria efeito da condenação, enquanto a “perda de bens” seria uma das espécies de sanção penal, atualmente prevista como pena substitutiva da pena privativa de liberdade; ou, apesar da natureza distinta, “perdimento” estaria relacionado aos bens adquiridos em função dos danos causados ao erário ou em decorrência de enriquecimento ilícito, em razão do exercício do cargo, emprego ou função pública de que trata o artigo 37, § 4º, da CRFB.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias conferem tratamento diferenciado às terminologias, de acordo com o espelhado na legislação infraconstitucional. Assim, para a maioria dos doutrinadores, a perda de bens, enquanto pena, regulamentada no artigo 43,

²⁴⁵ CANOTILHO et al., 2013, e-book.

²⁴⁶ ALVES, 2017, 25/26.

inciso II, do Código Penal, como uma pena em restritiva de direito²⁴⁷, constitui pena efetiva, diferenciando-se da perda de bens como efeito da condenação previsto no artigo 91²⁴⁸. A diferenciação reside no fato de que na perda de bens enquanto efeito da condenação, o confisco incide sobre o patrimônio ilícito, ao passo que a perda de bens como pena recai sobre o patrimônio lícito do condenado. Há que se destacar, ainda, o fato de as duas medidas poderem ser aplicadas cumulativamente²⁴⁹. Ademais, as penas restritivas de direitos, de acordo com o artigo 44 do CPB, são autônomas e substituem as privativas de liberdade, o que afasta sua concepção como efeitos penais secundários.

Os Tribunais brasileiros seguem o mesmo entendimento e sustentam que a perda de bens enquanto pena restritiva de direitos diferencia-se do instituto da perda/perdimento de bens enquanto efeito da condenação, razão pela qual a perda de bens e valores do artigo 43, inciso II, não pode ser aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Não se trata de mero efeito secundário da condenação penal previsto no artigo 91, inciso II, alínea b, mas sim de pena restritiva de direitos derivada da pena privativa de liberdade²⁵⁰.

De outro lado, não há como olvidar as críticas tecidas à previsão da pena de perda de bens por considerá-las como verdadeira pena de confisco, há muito banida do Direito Penal moderno, mas que a Constituição de 1988 teria adotado sob a disfarçada e eufemística expressa pena de perda de bens²⁵¹.

²⁴⁷ De acordo com o art. 44 do CPB, pena restritiva de direitos, apesar de ser uma sanção autônoma, é uma pena substitutiva da pena privativa de liberdade e somente é aplicada nas hipóteses em que a pena privativa de liberdade efetivamente aplicada não for superior a quatro anos de prisão; o delito for culposo; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

²⁴⁸ O Código Penal regulamenta o confisco clássico no art. 91, que prevê a decretação da perda de bens em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (inciso II), dos instrumentos do crime (alínea a), do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (alínea b), e/ou perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime (§ 1º). O art. 91 do CPB traz como efeitos genéricos da condenação o dever de indenizar o dano causado com a prática do delito e a perda de bens em favor do Estado, sem prejuízo do terceiro de boa-fé; e o art. 92 trata dos efeitos específicos da condenação: a) perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, b) incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela, e c) inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

²⁴⁹ MASSON, 2014, e-book.

²⁵⁰ Neste sentido, vide Superior Tribunal de Justiça. REsp 1827023-MG, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicada em 12 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/252910702/stj-23-07-2019-pg-398>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019; REsp 1817397-MG, rel. min. Sebastião Reis Júnior, publicada em 07 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=RESP+1817397&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019; Tribunal Regional Federal. Habeas Corpus n.º 2003.04.01.016982-0/RS, Rel. Des. Fed. Fábio Rosa, publicado em 11 de junho de 2003. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8662132/habeas-corpus-hc-16982-rs-20030401016982-0>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

²⁵¹ BITENCOURT, 2018, e-book.

Nada obstante, conclui-se, dos dispositivos constitucionais, ser a execução da pena criminal, incluindo aquela de natureza pecuniária (perda de bens em substituição à pena privativa de liberdade) personalíssima, intransmissível, intranscendente. Diversamente, os efeitos patrimoniais da pena que são expressamente transmissíveis no caso de morte do condenado, no limite do patrimônio transferido²⁵², sem contar a transcendência sobre bens de terceiros, salvo os de boa-fé.

De toda sorte, o texto constitucional no artigo 5º, inciso XLV, refere-se expressamente à pena, portanto, considerando que a pena pressupõe a culpabilidade e sendo esta o seu limitador, entendo que há vedação constitucional no direito brasileiro de previsão de confisco ampliado nas hipóteses de extinção de responsabilidade criminal nos casos em que não haja condenação e, portanto, aplicação de penalidade penal, como no caso de morte do acusado sobrevinda após a instauração do processo e antes da sentença penal condenatória.

A limitação constitucional, portanto, impõe, a meu ver, a necessidade de alteração no texto constitucional para a regulamentação do confisco sem condenação, mas não impede a introdução do confisco alargado, na medida em que este apresenta como efeito da condenação, estando, portanto, acobertado pelo disposto no inciso XLV, do artigo 5º, da CRFB.

Por essa razão, e por se tratar de patrimônio ilícito a ser decretado perdido a partir de decisão judicial condenatória, não haveria ofensa ao princípio da personalidade da pena, pois é imprescindível a culpabilidade do autor para que ocorra o perdimento de bens.

5.3 Inversão do ônus da prova sob a perspectiva da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é um dos postulados do direito penal e processual penal, e, na Constituição brasileira, encontra-se plasmado no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB, que expressa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁵³.

Na lição de Hassemer²⁵⁴ o princípio da presunção de inocência deve ser compreendido “como um componente irrenunciável na organização do processo” penal, que pode levar ao esclarecimento definitivo sobre a culpabilidade ou inocência do acusado. Neste sentido, até a decisão condenatória final, todos tem que ser considerados inocentes. Mas a presunção de

²⁵² CANOTILHO et al., 2013, e-book.

²⁵³ Ao prever que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a CRFB não impede a aplicação de medidas cautelares, tais como a prisão cautelar e as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores.

²⁵⁴ HASSEMER, 2005, p. 220-221.

inocência é “relativizada” sob o ponto de vista de que a “investigação e a acusação contra o acusado de um fato punível baseia-se em uma suspeita do fato contra ele, isto é, na suspeita de que, na matéria em questão, ele não é exatamente um inocente”. Por essa razão, o processo penal deve “caminhar com segurança para um esclarecimento definitivo sobre a questão do fato e da culpabilidade”, pois pode levar à afirmação de que o acusado é inocente ou que não tenha sido provado de modo suficiente sua culpabilidade²⁵⁵.

Sob essa perspectiva, tal princípio deve ser visto sob três vertentes. A presunção de inocência impede, em primeiro lugar, que se aplique ao acusado qualquer consequência que a lei preveja como sanção punitiva antes do trânsito em julgado. Em segundo, impõe que o acusado, ao longo da persecução penal, seja tratado como inocente, ou seja, com respeito e dignidade. Por último, a presunção de inocência funciona como reguladora da atividade probatória, seja ao atribuir ao Ministério Público a tarefa (ônus) de provar a culpa do agente a que é imputada a prática delitiva, seja ao preservar a liberdade do indivíduo contra juízos baseados tão somente em mera probabilidade²⁵⁶.

Logo, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido tanto no direito material à presunção de inocência quanto no direito de não produzir provas contra si próprio.

Assim, após a prova de sua culpabilidade, validamente produzida em juízo, com observância de todas as garantias inerentes ao processo penal, como o devido processo legal (contraditório e ampla defesa), e, desde que haja o trânsito em julgado da sentença penal, há mudança na situação jurídica do condenado.

Sob essa perspectiva, se a presunção de inocência já restou ilidida, a discussão na perda alargada cinge-se à determinação do montante do respectivo efeito condenatório. Desta maneira, a inversão do ônus da prova somente é admitida em razão daquela condenação e resta vinculada à licitude do patrimônio da pessoa condenada.

Portanto, é imprescindível que haja julgamentos em momentos distintos, sendo sempre a decisão que decreta a perda alargada proferida após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, é necessário que, no procedimento para decretação da perda alargada, sejam asseguradas todas as demais garantias processuais penais, como a apreciação pelo Poder Judiciário, o devido processo legal, o direito de exercer o contraditório e a ampla

²⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 220-221.

²⁵⁶ CRUZ, 2013, p. 115.

defesa utilizando-se a pessoa afetada de todos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico.

O fato de o julgamento sobre a perda alargada ser posterior à sentença condenatória não impede que os bens, direitos ou valores sejam apreendidos provisoriamente, cabendo ao Ministério Público o ônus de provar a existência de patrimônio desproporcional aos rendimentos lícitos, indicando individualmente o patrimônio constituído. Neste caso, o acusado poderá, desde logo, provar a licitude do patrimônio apreendido e requerer sua imediata liberação ou, caso contrário, o juiz deverá adotar medidas para a preservação dos bens apreendidos até decisão final do processo principal.

O ônus probatório, para o Ministério Público, não pode ser totalmente relativizado. A legislação sobre a perda alargada deve conter elementos esclarecedores sobre o padrão da prova aplicável, de forma a exigir que o órgão acusatório indique quais bens do acusado são incompatíveis com seus os rendimentos ilícitos.

Ocorre que a simultaneidade dos processos (principal e perda alargada) pode colocar em dúvida a inversão do ônus da prova, que transfere ao acusado o ônus de provar a origem lícita de seu patrimônio incongruente com seus rendimentos lícitos, na medida em que os elementos probatórios devem ser expostos em processo autônomo à ação penal e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O fato de o procedimento da perda alargada ser concomitante à ação penal principal não interfere na natureza jurídica do confisco alargado, que é de “efeito patrimonial, não automático, da pena”, na medida em que a decretação da perda está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O incidente processual nesta configuração, que corre em paralelo à ação penal, tem finalidade semelhante às medidas cautelares de efeitos patrimoniais, ou seja, destina-se a evitar prejuízo que adviria com a demora do trânsito em julgado da ação penal.

Ainda sobre a temática da inversão do ônus da prova, há importante exemplo de sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da hipótese prevista no § 2º do artigo 4º da Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei n.º 9.613, de 1998²⁵⁷, que cria, para o acusado, o ônus de provar, para fins de liberação dos valores bloqueados, a origem lícita dos bens, direitos ou valores constrictos.

²⁵⁷ Lei n.º 9.613, de 1998. Art. 4º, § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Sobre a aventada inversão do ônus da prova, é certo tratar-se de ação direcionada tão somente à comprovação da origem lícita e relacionada à liberação dos bens, direitos ou valores apreendidos antes do trânsito em julgado da condenação. Na hipótese, repele-se qualquer inversão do ônus da prova em relação à autoria ou materialidade do delito. É importante destacar que as modalidades de confisco previstas no ordenamento jurídico brasileiro (formas clássicas) exigem a prova do nexa causal entre a origem dos bens do autor da infração e os delitos por ele praticados.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aceitação da inversão do ônus da prova admitida na Lei de Lavagem de Dinheiro baseia-se no fato de que, para a apreensão de bens, o Código de Processo penal exige apenas a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, direitos ou valores (artigo 126, CPPB), enquanto que, para a restituição, há exigência da inexistência de dúvida quanto à origem ilícita do patrimônio (artigos 118 e 119, CPPB). Daí a aceitação de que a “falta de certeza acerca da origem e licitude dos bens apreendidos deve ser dirimida pelo acusado, caso deseje a restituição antes do trânsito em julgado da ação penal”²⁵⁸.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal²⁵⁹ entende que para a restituição de bens apreendidos antes do trânsito em julgado da sentença é necessário que o acusado dissipe as dúvidas sobre a licitude dos valores apreendidos, pois estes interessam ao processo e são passíveis, em tese, de perdimento em favor da União, desde que comprovada a autoria, a materialidade e o nexa causal entre a origem do patrimônio apreendido e o crime praticado (formas clássicas de confisco).

Ao lado da presunção de inocência, a CRFB também estatui o direito ao silêncio e o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se delegere*). Dispõe o inciso LXIII do artigo 5º: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Na mesma linha, o Pacto

²⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1594926/SP, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, publicado em 13/06/2016. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1594926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019. No mesmo sentido, vide: AREsp n. 736.813/SP, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, publicado em 13/06/2016. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=736.813&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

²⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. Petição 6.395/Ceará, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, Sessão virtual, publicado em 11/10/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338828981&ext=.pdf>> Acesso em: 06 de outubro de 2019.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica)²⁶⁰ consagra o princípio da “não autoincriminação” (*nemo tenetur se detegere*) no artigo 8º, 2, g, ao assegurar a toda pessoa acusada a garantia “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Nada obstante o texto constitucional fazer referência expressa somente ao preso, é reconhecida a aplicação do princípio da não autoincriminação, nos termos da jurisprudência e doutrina pátria, ao investigado, indiciado e acusado²⁶¹. Tampouco o princípio limita-se ao interrogatório na fase da investigação policial. Assim, diante de uma interpretação extensiva, alicerçada em outros princípios constitucionais, mormente o da dignidade humana, da presunção de inocência e o da ampla defesa, tem-se que a ordem constitucional assegura, além do direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si, ou seja, de não colaborar com a produção de provas em seu desfavor em todas as fases da persecução penal.

O princípio da dignidade humana conecta-se com o direito ao silêncio e com o princípio da não autoincriminação na medida em que estabelece limites no proceder do Estado na busca da realização do direito penal ou, dito de outro modo, na medida da aplicação do *fair trial*, que reconhece ao acusado a sua condição de sujeito processual e lhe garante a oportunidade de ampla defesa. Soma-se a isso o fato de o imputado não poder ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da decisão que comprova a autoria e a materialidade do delito, exteriorização do princípio da presunção de inocência²⁶².

O princípio da não autoincriminação, por se tratar de um dos princípios mais importantes no contexto da produção da prova, tem sido, com frequência, confrontado com a vertente efficientista da justiça penal, que admite a adoção de todos os meios disponíveis na busca da verdade “tão completa quanto possível no âmbito do processo penal”²⁶³.

De um lado, autores como Trois Neto²⁶⁴ defendem que o acusado não pode ser obrigado a produzir prova em seu desfavor desde que figure na “qualidade de sujeito do processo”. Ao passo que, se o acusado figurar na qualidade de “objeto” do processo, ou seja, na condição de eventual foco de investigação, entende-se ser admissível a adoção de medidas coativas contra o indivíduo. Neste sentido, o direito a não autoincriminação somente protege os meios de obtenção de prova que depende do processo de escolha do indivíduo, alcançando,

²⁶⁰ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

²⁶¹ TUCCI, 2009, p. 302.

²⁶² TROIS NETO, 2010, p. 291/297.

²⁶³ TROIS NETO, 2010, p. 300.

²⁶⁴ TROIS NETO, 2010, p. 303/305.

assim, provas, como a de reconstrução do fato ou a obrigação de exame grafotécnico. De outra banda, sustentam que se a prova deve ser obtida a partir do corpo do indivíduo, como no caso de reconhecimento pessoal e de exame para identificação genética, o acusado não está amparado pelo princípio da não autoincriminação, pois, nestes casos, não é o imputado quem presta informações, e, apesar de seu corpo ser utilizado, a informação/produção da prova é determinada por terceiros. Assim, no caso do reconhecimento, cabe à vítima ou à testemunha identificar o acusado e, no caso de exame para identificação genética, cabe ao perito proceder à identificação.

Pois bem, não há como concordar com a valoração dos exemplos acima. O exercício do direito a não autoincriminação não se submete à divisão, baseada na condição do imputado, entre sujeito ou objeto de prova. O direito de não se autoincriminar constitui-se em direito subjetivo do acusado e se materializa de forma ampla. O núcleo irreduzível daquela garantia fundamental reside na proibição de o Estado obrigar ou constranger o imputado a cooperar ativamente e de qualquer modo com a produção de provas contra si próprio. O que importa é o caráter essencialmente probatório do ato, independentemente se desse ato decorre a prova em sua plenitude ou se há necessidade de ato de outrem para sua concretude, como é o caso de exames periciais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido de que o direito fundamental de não autoincriminação constitui um direito subjetivo do imputado e “uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade”²⁶⁵.

Neste sentido, o STF reconhece que o imputado tem, entre outras prerrogativas, a) o direito de permanecer em silêncio; b) o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si próprio; e c) o direito de participar, na qualidade ativa ou passiva, de qualquer diligência probatória que lhe possa afetar a esfera jurídica²⁶⁶. O Tribunal repele a prática de atos probatórios, como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso, admitindo, nestes casos apenas, a intimação do indiciado ou acusado para proceder à simulação, que poderá ser feita a seu alvedrio²⁶⁷, e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal²⁶⁸.

²⁶⁵ STF. HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª Turma, DJE de 19/06/2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3810143>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

²⁶⁶ STF. HC 83.096, rel. min. Ellen Gracie, j. 18-11-2003, 2ª T, DJ de 12/12/2003. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2122576>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

²⁶⁷ STF. HC 77.135, rel. min. Ilmar Galvão, j. 8-9-1998, 1ª T, DJ de 06/11/1998. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1705653>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019

²⁶⁸ STJ. HC 96.219, rel. min. Celso de Mello, DJ de 15/10/2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2639223>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

Outro exemplo de regra no direito brasileiro que conduz a discussão sobre possível violação do princípio da não autoincriminação é a Lei de Execução Penal - Lei n.º 7.210, de 1984, que, em seu artigo 9º-A, determina que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou qualquer crime hediondo “serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”.

Neste caso, parte da doutrina e da jurisprudência de tribunais²⁶⁹ observa não haver violação ao princípio da não autoincriminação, tampouco à presunção de inocência, na medida em que a previsão legal de coleta de material de DNA tem o propósito apenas de ter sua inclusão no banco de dados genéticos²⁷⁰, além de servir como elemento probatório para futuro processo criminal.

Perfilhando essa orientação, anota Rogério Greco²⁷¹ e Guilherme de Souza Nucci²⁷²(2007, p. 1031) ser constitucional a coleta de material genético dos condenados, na medida em que a coleta não tem por fundamento a busca pela responsabilidade penal, mas sim para a formação probatória posterior. Desta forma, o material genético somente pode ser utilizado como elemento probatório para delitos futuros, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação.

Sobre a constitucionalidade do citado artigo 9º-A da Lei n.º 7.210, de 1984, ainda não há manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal. O tema já chegou ao STF no Recurso Extraordinário n.º 973.837²⁷³ interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual foi reconhecida a repercussão geral²⁷⁴.

Nesta seara, a adoção da inversão do ônus da prova em situações em que não se verifica o apuramento de responsabilidade do imputado resta compatível com o ordenamento jurídico

²⁶⁹ Neste sentido, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo em Execução Penal 1.0024.08.962178-3/001, rel. des. Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal, concluiu que “não viola o princípio da não autoincriminação a criação de banco de dados com material genético, tratando-se de meio de identificação criminal previsto no art. 9º-A da LEP, obrigatório apenas aos definitivamente condenados”.

²⁷⁰ NUNES, R., 2012, p. 41.

²⁷¹ GRECO, 2013, p. 33.

²⁷² NUCCI, 2007, p. 1031.

²⁷³ Supremo Tribunal Federal. RE 973.837, rel. min. Gilmar Mendes, Tema 905. Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

²⁷⁴ Repercussão geral é o “instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Foi incluído no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 e regulamentado pelos artigos 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos artigos 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015)”.

brasileiro, não havendo ofensas ao princípio da presunção de inocência ou da não autoincriminação, posto que tais princípios estão relacionados ao delito pelo qual o agente é acusado, não tendo aplicação em relação ao procedimento para determinação da pena, exceto quando tal procedimento implicar numa nova acusação²⁷⁵.

5.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade indica que somente as graves violações dos direitos humanos devem ser objeto de sanções penais e que estas devem ser proporcionais ao dano social causado pela conduta delitiva, ou seja, o *quantum* da pena, em abstrato ou em concreto, deve ser proporcional à gravidade do delito praticado. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade tem duas grandes funções no direito penal: obstar o excesso punitivo e proibir a proteção insuficiente de determinado bem jurídico relevante²⁷⁶. Por isso, tem por função pautar tanto o legislador na criação de um novo tipo penal ou na cominação da pena em abstrato (proporcionalidade abstrata) quanto o aplicador do direito que, ao proceder a individualização da pena, deve observar a proporcionalidade conforme a gravidade da infração cometida (proporcionalidade concreta)²⁷⁷. Além do mais, garante que a intervenção estatal ocorra somente em situações graves e limita que a restrição do direito não seja superior ao benefício social que se pretende, ou seja, garante que a restrição de direito fundamental seja proporcional ao fim visado.

Apesar de a Constituição brasileira não conter expressamente o princípio da proporcionalidade, há consenso na doutrina e jurisprudência tratar-se de princípio constitucional implícito, extraído do contexto da própria noção de Estado Democrático de Direito e de outros princípios fundamentais explícitos, como o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB) e o do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB).

Particularmente no campo das penas, a Constituição brasileira, abraçando o princípio da individualização das penas, arrola, não em caráter exaustivo, as seguintes sanções penais: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos (artigo 5º, XLVI).

²⁷⁵ Phillips c. UK Petição n.º 41087/98 de 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe19>>. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

²⁷⁶ FAVORETTO, 2019, p. 187.

²⁷⁷ BARATTA, 2013, p. 309/312.

Portanto, além da necessária individualização das penas, é imperativo que sejam proporcionalmente previstas e aplicadas. Para tanto, deve-se observar o conteúdo do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação impõe que a medida adotada pelo Estado, titular do *jus puniendi*, seja apropriada aos objetivos que se pretende alcançar, de modo a conferir proteção suficiente dos direitos fundamentais²⁷⁸.

O subprincípio da necessidade, também conhecido como exigibilidade ou da menor ingerência possível, segundo afirma Canotilho²⁷⁹, está centrado na ideia de que o cidadão “tem direito à menor desvantagem possível”, de forma que se exige, para objetivo almejado, não ser possível adotar outro meio menos gravoso para o indivíduo. Desta forma, o meio não será considerado necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado por outro meio que se mostre adequado e menos gravoso para o indivíduo, donde se pode inferir que apenas medida adequada pode ser necessária²⁸⁰.

Por último, ultrapassada a adequação e a necessidade da medida, resta o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Neste caso, deve-se proceder mediante um juízo de ponderação, se a medida utilizada é proporcional em relação ao fim almejado, ou seja, se a “carga coativa” da medida se molda na concepção de “justa medida”²⁸¹. No caso, deve-se determinar se a pena prevista mantém equilíbrio com a finalidade almejada pela norma, considerada o bem jurídico que se pretende proteger.

É certo que a dimensão do princípio da proporcionalidade integra outros princípios constitucionais, como o da reserva legal (*nullum crimen nulla pena sine lege*), pois a criação de novos tipos penais e de majoração ou novas sanções devem observar as restrições estabelecidas pelo princípio da proporcionalidade. Assim, não basta a previsão legal, é necessário a “legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos”, “a adequação dos meios à consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização”²⁸². De igual modo, não se pode criar ou aplicar uma pena, por exemplo, a uma infração penal insignificante ou pretender suprir eventual deficiência legislativa aplicando a analogia *in malan partem* ou a retroatividade da lei penal²⁸³.

²⁷⁸ MENDES et al., 2017, e-book.

²⁷⁹ CANOTILHO, 2003, p. 271.

²⁸⁰ MENDES et al., 2017, e-book.

²⁸¹ CANOTILHO, 2003, p. 271.

²⁸² MENDES et al., 2017, e-book.

²⁸³ NUCCI, 2015, p. 284-287.

Sob essa perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua na vertente da proteção deficiente, ou seja, os direitos fundamentais atuam como imperativos de tutela, razão pela qual encontra várias limitações em outros princípios constitucionais, como o da legalidade, da culpabilidade, da intervenção mínima etc..

Na jurisprudência brasileira, a adoção do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada em diversas decisões do STF. Como exemplo, cita-se o RE 543974²⁸⁴ em que se discutia a abrangência do termo “gleba” (se limitada à área cultivada ou à propriedade na integralidade) utilizado no artigo 243 da Constituição (antes da Emenda Constitucional de 2014)²⁸⁵ para efeitos de confisco/expropriação, no caso de plantio ilegal de substâncias psicotrópicas. O STF entendeu que o termo gleba significa propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas e não apenas as áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, afastando eventual violação ao princípio da proporcionalidade por ausência de “desvio de poder legislativo”.

De igual modo, na discussão sobre o alcance do parágrafo único do artigo 243 da Constituição que preceitua que “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado”, o STF, no julgamento do RE 638.491/PR²⁸⁶, no qual foi reconhecida a repercussão geral, asseverou que o dispositivo constitucional em questão não permite que o julgador introduza qualquer tipo de ressalva, pois a dicção empregada na norma é clara e abrange “todo e qualquer bem de valor econômico”. Nesta esteira, entendeu que para que ocorra o confisco/expropriação previsto no parágrafo único do artigo 243 é suficiente que o bem “tenha conteúdo econômico e sua apreensão guarde nexos de causalidade com a prática do tráfico ilícito”, independentemente de eventual penal de prisão aplicada ou qualquer outro requisito. Em outras palavras, é suficiente para a decretação do

²⁸⁴ STF, RE 543974, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2508931>>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

²⁸⁵ Com a alteração do art. 243 da Constituição, realizado pela Emenda Constitucional n.º 81 de 2014, a terminologia “gleba” foi substituída por “propriedade”, acatando, assim, a interpretação dada ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal. A Emenda Constitucional n.º 81 também introduziu dentre as hipóteses de confisco expropriatório do art. 243 a exploração do trabalho escravo.

²⁸⁶ STF, RE n.º 638.491, rel. min. Luiz Fux, Plenário. Publicado no DJE de 23/08/2017 (TEMA 647).

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413414>>. Acesso em: 07 de outubro de 2019. A tese definida na repercussão geral foi a seguinte: “É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal.”

confisco/expropriação a existência do “trinômio tráfico-bem-confisco”, dispensando-se, assim, a necessidade de se perquirir a habitualidade ou a reiteração do uso do bem para o tráfico, desde que respeitado o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB).

Sob o aspecto do princípio da proporcionalidade, o STF no referido julgado adota entendimento de que o mandado de criminalização dirigido ao legislador deve ser analisado ainda que a norma esteja inscrita na Constituição, pois são determinações constitucionais no sentido de estabelecer o *modus* de proteção dos direitos fundamentais mediante a tipificação de condutas ou aplicação de sanções mais rigorosas, cujo cumprimento impõe o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. E, ao final, arremata no sentido de que “já houve a ponderação quando da elaboração da Carta constitucional quanto à extensão do confisco, preconizando-o de maneira ampla para atingir o ‘tráfico de entorpecentes’”.

Foi vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, que, no seu voto divergente, sustentou que o confisco previsto no parágrafo único do artigo 243 somente pode ser realizado em situações extremas em obediência ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e que, no caso em concreto, há necessidade de provar que o bem (veículo) foi “destinado exclusivamente e integralmente ao tráfico ilícito para que possa ser confiscado”.

Alinho-me ao voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski. A perda da propriedade em sua integralidade, independentemente da gravidade do delito, da reiteração do uso do bem para o tráfico de drogas e, mesmo, do tipo de droga, é difícil de conciliar com os princípios do Estado Democrático de Direito. Como sustentar a proporcionalidade da perda, por exemplo, de um veículo que transporta 1 kg de *cannabis* e outro que transporta uma tonelada de cocaína? A medida baseada apenas no “trinômio tráfico-bem-confisco” mostra-se arbitrária e dissociada à ilicitude da conduta ou à extensão do dano, o que contradiz vários princípios constitucionais, como o da personalidade da pena, pois o quantum da sanção deve estar associado à gravidade do delito.

A despeito de não concordar com a decisão proferida no RE 638.491/PR, é certo que o Supremo Tribunal Federal parte da premissa de que qualquer medida legislativa de criminalização, incluindo aquelas inseridas na Constituição, deve observância aos limites traçados no texto constitucional, o que deve ser verificado com base no princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

Sob a ótica do princípio da proteção deficiente, o legislador tem o dever de atuação para remover o patrimônio de origem ilícita da pessoa condenada no âmbito da criminalidade. Portanto, verificada a insuficiência dos modelos tradicionais de confisco (perda dos

instrumentos ou produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso – artigo 91 do CPB), seja para promover a recuperação de ativos ilícitos, seja para enfrentar a criminalidade de maior gravidade, há o dever estatal de adotar medidas necessárias para a proteção de bens jurídicos fundamentais.

Por outro lado, ao suprir o princípio da proteção deficiente, é necessário que, de *lege ferenda*, a perda alargada, ao ser instituída no ordenamento jurídico brasileiro, observe critérios legítimos e proporcionais, além da compatibilidade com outros princípios constitucionais, dentre eles a delimitação de um prazo, nos moldes da lei portuguesa, no qual não será excessivamente oneroso para o proprietário provar a origem lícita de seu patrimônio. Além do mais, deve ser previsto um rol específico de delitos, relacionados à criminalidade organizada e econômica e ao terrorismo, indispensável para a aplicação do instituto da perda alargada, proibindo-se, assim, qualquer decisão judicial que abarque a aplicação da perda de bens a outros tipos de delito que não aqueles previstos na lei.

5.5 (Ir)retroatividade dos efeitos da condenação

O princípio da legalidade (ou da reserva legal) está no cerne do Estado Democrático de Direito²⁸⁷ e impõe ao Estado atuação dentro de limite pré-estabelecido na lei. No campo do direito penal, o princípio da legalidade limita, de um lado, o exercício do poder punitivo do Estado às ações previstas na lei como delitos, e de outro, garante a conformação do direito de liberdade do indivíduo.

No plano constitucional brasileiro, o princípio da legalidade criminal está plasmado no inciso XXXIX do artigo 5º: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Extrai-se, deste primado, dois subprincípios da legalidade, que são o princípio da anterioridade e o da taxatividade, o que significa que a matéria penal é reservada à lei (lei entendida no seu sentido estrito, ou seja, advinda do Poder Legislativo)²⁸⁸, sendo esta a única fonte normativa para o exercício punitivo estatal, o que implica na proibição de aplicação de analogia incriminatória e do direito consuetudinário. De outra banda, há a exigência de que a lei seja anterior, ou seja, de que a lei esteja vigente no momento da prática da conduta delitativa, de forma a assegurar que haja previsibilidade na aplicação da punibilidade.

²⁸⁷ FERREIRA FILHO, 2000, p. 28.

²⁸⁸ NUCCI, 2015, p. 90.

Ao lado do imprescindível princípio da anterioridade, encontra-se a irretroatividade da lei penal, também um dos postulados do princípio da legalidade, que, na CRFB, está previsto no artigo 5º, inciso XL, da seguinte maneira: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

No mesmo sentido, no âmbito infraconstitucional, o artigo 2º, § 2º, do CPB, reproduz o princípio da irretroatividade da lei penal, deixando expressa a admissibilidade de retroatividade da lei penal apenas aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei, sempre que esta apresentar-se mais benéfica ao indivíduo: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Verifica-se que duas são as hipóteses cogitadas no texto constitucional e, também, no Código Penal: uma que proíbe a retroatividade da lei penal e outra que admite a retroatividade da norma, desde que favorável ao agente²⁸⁹. Tudo com vista a limitar o *jus puniendi* estatal, de modo a preservar direitos e garantias do agente de eventuais abusos do Estado.

A vedação de retroatividade da “lei penal” deve ser entendida de forma ampla, abrangendo as normas de direito material, como as sanções aplicáveis, os efeitos secundários da pena ou qualquer situação que venha a agravar a situação do agente.

Quanto ao âmbito de aplicação do princípio da irretroatividade, há consenso na doutrina brasileira de que o princípio da irretroatividade incide sobre os efeitos penais da sentença condenatória, ou seja, incide tanto sobre os efeitos genéricos, como a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda em favor do Estado de instrumentos, produtos ou vantagens obtidas com a prática do crime (previstos no artigo 91 do CPB), quanto sobre os efeitos específicos da condenação, como a incapacidade para o exercício do pátrio poder e a inabilitação para dirigir veículos (artigo 92 do CPB)²⁹⁰.

De igual modo, para o Supremo Tribunal Federal, a incidência do princípio da irretroatividade ocorre sobre as normas de direito penal material que agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado, quer no plano da tipificação penal, na definição ou majoração das penas aplicáveis, no modo de execução da pena ou, ainda, no âmbito do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade²⁹¹.

²⁸⁹ TUCCI 2009, p. 242. No mesmo sentido, vide: GRECO FILHO (2012, p. 245).

²⁹⁰ Neste sentido, vide: TUCCI (2009, p. 242) & GRECO FILHO (2012, p. 245).

²⁹¹ Supremo Tribunal Federal. AI 177.313 AgR-ED, rel. min. Celso de Mello, j. 18-6-1996, 1ª T, DJ de 13-9-1996.

Assim, no âmbito do confisco alargado, entendido como efeito da pena, o princípio da irretroatividade deve se ater ao objeto submetido ao confisco, ou seja, ao tempo da aquisição dos bens, direitos ou valores sobre os quais recai a presunção de ilicitude.

Dito isso, tem-se que a futura regulamentação do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro, que venha a adotar limite temporal para a aplicação da perda, somente deve ser aplicada a fatos cometidos depois do início da vigência da lei, o que significa dizer que devem ser considerados para fins de perdimento alargado somente os bens, direitos ou valores adquiridos após a entrada em vigor da lei que instituir o confisco alargado.

Neste sentido, na linha defendida por Godinho²⁹², o regime de perda alargada deverá entrar em vigor progressivamente, configurando a vigência plena somente ao final do prazo temporal que vir a ser fixado.

5.6 O confisco alargado e o direito de propriedade

A Constituição consagra a propriedade como direito individual (artigo 5º, inciso XII) e assegura sua concepção como função eminentemente social (artigo 5º, inciso XXIII), com isso elimina-se a concepção absolutista da propriedade²⁹³, segundo a qual a propriedade figura-se como direito de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa sem levar em conta interesse alheio, e passa-se a exigir que seu uso esteja condicionado ao bem-estar geral da sociedade²⁹⁴.

A função social da propriedade também é tratada na Constituição, no artigo 170, que a inclui como um dos princípios da ordem econômica; e nos artigos que regulam a propriedade rural e urbana (artigos 182, 184, 185), com previsão de sanções no caso de descumprimento da função social da propriedade, que vão desde a majoração de impostos até a medida de desapropriação.

O conceito de propriedade também não é mais estático, pois, além dos limites destinados a garantir sua função social, admite novas definições de conteúdo de acordo com a conformação social. Por isso, embora não aberto, o conceito de propriedade deve ser necessariamente dinâmico²⁹⁵. Nesta perspectiva, o conceito de propriedade abrange bens

²⁹² GODINHO, 2003, p. 1347.

²⁹³ Como prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789 (art. 17). Historicamente, como afirma Bobbio (1992), o direito à propriedade sempre foi maior do que o direito à liberdade e da segurança das pessoas.

²⁹⁴ FERREIRA FILHO, 2000, p. 44.

²⁹⁵ MENDES et al., 2017, e-book.

móveis, imóveis e demais valores patrimoniais de conteúdo econômico, decorrentes ou não de relações de direito privado, abarcando pretensões salariais, licença e exploração mineral, direitos à exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e as participações societárias etc..

Além da função social, o direito de propriedade admite outras limitações que não se confundem com aquelas, na medida em que a função social diz respeito à estrutura do direito de propriedade, enquanto as limitações ligam-se ao exercício do direito ao proprietário²⁹⁶.

São várias as espécies de limitações ao direito de propriedade, como as restrições, as servidões e as desapropriações. Algumas delas estão previstas no próprio texto constitucional, como é o caso da previsão da ocupação temporária pelo Poder Público da propriedade (artigo 5º, XXV) e a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização (artigo 5º, XXIV).

Outra limitação constitucional, de natureza intrinsecamente punitiva, refere-se à perda da propriedade – sem qualquer tipo de indenização e, por isso, denominada de confisco expropriatório (ou desapropriação confiscatória). Ocorre em duas situações: na primeira, ocorrerá o confisco da propriedade urbana e rural de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (artigo 243), devendo a propriedade expropriada ser destinada à reforma agrária e a programas de habitação popular; na segunda, haverá confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo.

Esta hipótese de desapropriação confiscatória não se confunde com a função social da propriedade ou com a necessidade de concretizar outros interesses públicos, calcados em critérios de necessidade e utilidade públicas ou de interesse social²⁹⁷. Trata-se de uso ilícito da propriedade ao qual se aplica medida de limitação ao direito do proprietário, com a função de punir o agente criminoso. No caso, a jurisprudência do STF é unânime em exigir para a decretação do confisco expropriatório a existência apenas do “trinômio tráfico-bem-confisco”²⁹⁸ ou “trabalho escravo-bem-confisco”. De igual forma, o STF tem exigido, por se tratar de medida sancionatória, algum grau de culpa para que ocorra o confisco expropriatório, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*. Neste caso, há inversão do ônus da

²⁹⁶ SILVA, 2003, p. 280-281.

²⁹⁷ MENDES et al., 2017.

²⁹⁸ STF, RE 635.336, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-12-2016, P, DJE de 15-9-2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13611711>>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

prova, cabendo ao proprietário afastar sua responsabilidade, demonstrando que não incorreu em culpa²⁹⁹.

Essa forma de confisco, com caráter expropriatório, não se confunde com a previsão do artigo 5º, inciso XLVI, CRFB, que insere dentre as sanções admitidas no ordenamento jurídico brasileiro a perda de bens, para a qual se exige a imputação do crime e a individualização da pena³⁰⁰.

No campo infralegal, o Código Penal regulamenta o artigo 5º, inciso XLVI, da CRFB, no artigo 91, inciso II, que preleciona como efeito automático e imediato da sentença penal condenatória transitada, a decretação da perda de bens em favor da União dos instrumentos do crime ou produtos, bens ou valores, que, de qualquer forma, resultem em proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Nestes modelos tradicionais de confisco, em que é exigido a responsabilidade penal e o nexos causal entre o crime praticado e o patrimônio do agente, a privação do direito de propriedade não promove questionamentos sobre eventual violação do direito de propriedade, quer na doutrina quer na jurisprudência, desde que observadas as demais garantias fundamentais ao longo do processo penal.

No caso da perda alargada, no entanto, a ausência do nexos causal entre o crime praticado e o patrimônio do agente ou a presunção da ilicitude dos bens incongruentes com os rendimentos lícitos pode vir a ensejar algum debate sobre a não compatibilidade com a garantia da propriedade privada, factivelmente superável.

O instituto da perda alargada assume função punitiva, com finalidade preventiva e dissuasória, em que a perda dos bens injustificados pode ser mais eficaz do que a sanção de restrição de liberdade, além de buscar a impedir a prática futura de novos delitos. Por outro lado, para a decretação da perda alargada, é imprescindível o reconhecimento da culpa e a condenação transitada em julgado e que não tenha sido ilidida a presunção da ilicitude da incongruência patrimonial com os rendimentos lícitos do condenado. Assim, sob a perspectiva sancionatória, é certo que a perda alargada se insere dentre as sanções admitidas pelo texto constitucional (artigo 5º, XLVI, inciso II). Trata-se, portanto, de perdimento de bens de origem ilícita (presunção refutável por meio da inversão do ônus da prova) decretado em virtude de uma sentença penal condenatória, que, por uma delimitação interpretativa do

²⁹⁹ STF, RE 635.336, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-12-2016, P, DJE de 15-9-2017, Tema 399, em que foi fixada a seguinte tese: “A expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13611711>>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

³⁰⁰ FERREIRA FILHO, 2000, p. 60.

núcleo essencial do direito de propriedade, permite concluir não ser tutelado pela garantia à propriedade privada.

A ofensa ao direito de propriedade (e também de outras garantias fundamentais) ocorreria se a perda dos bens, direitos ou valores tivesse como fundamento o enriquecimento sem causa, com dispensa da culpabilidade do agente, o que não é o caso. Por outro lado, a perda de bens pautada apenas na origem ilícita do patrimônio reivindicaria alteração do texto constitucional. Assim, uma previsão com tal conteúdo não poderia ser realizada por meio de legislação infraconstitucional, já que esta hipótese não encontra respaldo nas hipóteses de perda de bens previstas na Constituição.

5.7 Considerações finais ao Capítulo

O confisco alargado é uma sanção de caráter penal e restritiva de direitos, sendo, portanto, aplicáveis às garantias constitucionais penais e processuais penais.

Futura regulamentação do confisco alargado se mostra compatível com as garantias constitucionais penais e processuais penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas, para tanto, é necessário que, *lege ferenda*, sejam definidos requisitos e pressupostos do instituto, a limitar a atuação estatal e a garantir os direitos da pessoa condenada.

6 Uma proposta de previsão da perda alargada

6.1 Ausência de regulamentação

As hipóteses de perdimento de bens previsto no CPB não são suficientes para enfrentar e neutralizar determinados tipos de criminalidade transnacional, em especial os crimes praticados por organizações criminosas e delitos econômico-financeiros. Os modelos de confiscos tradicionais previstos no art. 91 do CPB - perda dos instrumentos ou produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso-, que exigem para sua decretação a existência de nexo causal entre o ilícito praticado e o bem, não são suficientes para desbravar as modernas estruturas criminais de modo a estancar os ganhos ilícitos. Assim, diante de novas estruturas criminais há de se pensar em novas formas de exercício punitivo do Estado, respeitados os padrões normativos em matéria de garantias fundamentais.

Além do mais, o Brasil é signatário, no âmbito das Nações Unidas, de três instrumentos internacionais que incentivam os Estados-membros a adotarem a inversão do ônus da prova

no âmbito da perda de bens, sempre e na medida em que o direito interno assim o permitir. São eles: Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (2000); Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000) e Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003). Portanto, são instrumentos ratificados, mas não implementados pelo Brasil, o que o coloca numa situação de questionável credibilidade por não internalizar os compromissos assumidos.

A par de descumprimento de compromissos internacionalmente assumidos, de notar que a ausência de regulamentação do ordenamento jurídico brasileiro da perda alargada impõe diversas questões de ordem prática que vão desde a dificuldade em promover a recuperação de ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira, deixando de evitar, assim, a reinserção de lucro ilícito no mercado de capitais, até as dificuldades encontradas na cooperação jurídica internacional em virtude da ausência de harmonização das legislações e de homogeneidade de procedimentos, notadamente quando a solicitação versar sobre a transferência de bens confiscados, caso em que pode ocorrer recusa ao pedido de cooperação ou ainda a não validação do ato praticado no exterior.

Todos esses fatores conduzem à necessidade de regulamentação do instituto da perda alargada no direito brasileiro, com respeito ao arcabouço do sistema jurídico.

Assim, adotando a natureza jurídica do confisco alargado como efeito penal da sentença condenatória e sua compatibilidade com os princípios constitucionais do direito e processo penal brasileiro, de *lege ferenda*, apresento proposta de inclusão da perda alargada no ordenamento jurídico, com a previsão da presunção *iuris tantum* da origem do patrimônio do acusado, passível de ser contraposta mediante contraprova a ser apresentada pelo condenado (inversão do ônus da prova), consoante preconizado pelas normativas dos diversos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Ressalto que a proposta que recomendo parte do compromisso assumido pelo Brasil nos instrumentos internacionais e segue, em grande medida, premissas adotadas no Diretiva 2014/42/EU e nas legislações portuguesa, italiana e espanhola. A razão de escolha dessas legislações deve-se ao fato de os respectivos ordenamentos jurídicos guardarem grande similaridade com o sistema jurídico brasileiro. Sublinho, entretanto, que os modelos utilizados serviram apenas de inspiração, pois a proposta está ancorada nas especificidades do regime jurídico brasileiro.

6.2 Uma proposta de regulamentação: ideias centrais

A proposta apresentada parte da premissa de que a perda alargada deve ser compatível com as garantias e princípios constitucionais penais e processuais penais, por se tratar de uma medida de efeito sancionatório penal.

O reconhecimento da perda alargada como efeito condenatório da pena possibilita sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro fundada no padrão normativo do processo justo, em especial com as garantias que incidem sobre a atividade probatória e com devida observância do direito ao contraditório e ampla defesa.

De início, informo que a terminologia utilizada é “perda alargada”. Isto porque o termo confisco no direito brasileiro é dito como instituto de caráter expropriatório, medida que na Constituição de 1969 era expressamente proibida. Assim, muito embora a Constituição de 1988 não contemple norma semelhante, o entendimento prevalente é ainda o de associar o termo confisco à medida de caráter expropriatório. Outro fundamento reside no fato de o artigo 91 do CPB, ao tratar das formas tradicionais de perdimento de bens, adotar a terminologia “perda” dos instrumentos, produtos ou vantagens auferidos com a prática do crime.

Desta feita, a proposta apresentada propõe a regulamentação da perda alargada em legislação autônoma e alterações pontuais nos Códigos Penal e de Processo Penal brasileiros, a fim de melhor sistematização da matéria, nos termos do Apêndice.

- **Alteração no Código Penal Brasileiro**

Com vista a definir a natureza jurídica do instituto e garantir a sistematização das normas de caráter penal, é necessário promover alteração no Capítulo VI – Dos Efeitos da Condenação do Título V – Das Penas do CPB, precisamente para incluir, dentre as hipóteses de perda de bens previstas no inciso II do artigo 91, o instituto da “perda alargada de bens, direitos e valores”.

Com a definição do regime jurídico nos moldes proposto, tem-se que a decretação não terá caráter automático, ou seja, que será necessário procedimento posterior para sua concretude. Para tanto, deixo claro que a perda alargada será disciplinada em lei específica.

Com a definição da medida dentre os efeitos da condenação, pretende-se que as garantias e princípios penais e processuais penais sejam obrigatoriamente respeitados.

- **Lei específica**

A intenção de propor a regulamentação da perda alargada em lei autônoma é a de delimitar com maior precisão os requisitos e pressupostos para sua decretação, assim estruturados:

i) a perda de bens, direitos e valores determinados como um dos efeitos da condenação - há delimitação de que a perda alargada, como um dos efeitos da condenação, recaia sobre perda de bens, direitos e valores determinados, afastando-se, assim, qualquer hipótese de decretação de perda das vantagens, que teria caráter subsidiário. Com isso, pretendo que haja razoabilidade e proporcionalidade na produção probatória, tanto para o acusado que terá de demonstrar a licitude de seu patrimônio, quanto para o Ministério Público, que deverá promover a individualização do patrimônio.

ii) a definição dos crimes do catálogo - a definição dos crimes do catálogo está restrita àqueles relacionados à criminalidade econômico-financeira, criminalidade organizada e terrorismo. Proponho, com isso, que a perda alargada se mantenha próxima das razões originais de sua criação, afastando-se, assim, de uma tendência verificada de expansão para qualquer tipo de delitos ensejadores de lucro.

iii) a presunção juris tantum da origem ilícita do patrimônio incongruente com a previsão de inversão do ônus da prova - neste ponto, optei por seguir modelo adotado em Portugal que dispensa a exigência de indícios probatórios de existência de uma atividade criminosa anterior à condenação e sua relação com o patrimônio incongruente. Afastando-se, assim, qualquer discussão sobre a compatibilidade do instituto com o princípio da culpa.

iv) o ônus probatório do Ministério Público – a inversão do ônus da prova não pode eliminar todo e qualquer ônus probatório do órgão acusatório. Neste sentido, a proposta é a de que o Ministério Público tenha o dever de comprovar a propriedade ou domínio dos bens, direitos ou valores, com a indicação de provas que demonstrem a incongruência patrimonial entre o patrimônio e os rendimentos lícitos do acusado, sob pena de o pedido de decretação da perda alargada ser de pronto indeferido pelo juiz por ausência de uma das condições da ação.

v) limitação temporal para decretação da perda alargada – seguindo a experiência de Portugal e Espanha, proponho que a decretação da perda alargada seja limitada aos bens, direitos ou valores adquiridos pelo condenado nos cinco anos anteriores à data do recebimento da denúncia. A limitação temporal, como visto, é medida essencial tanto para garantia do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, pois, se de um lado retira do acusado o ônus excessivo de demonstração da origem lícita da integralidade de seu

patrimônio, do outro, possibilita ao Ministério Público indicar com maior precisão o patrimônio incompatível com o rendimento lícito do acusado.

vi) delimitação do momento processual para que o Ministério Público requeira a perda alargada – os limites punitivos do Estado são vários. Dentre eles está o limite temporal. A perpetuação da possibilidade de o Ministério Público poder requerer a decretação do confisco alargado a qualquer tempo se converte em violação de diversas garantias penais e processuais penais, razão pela qual deve-se incluir a limitação temporal para o exercício do *jus puniendi*. Neste sentido, compatibilizando o princípio da legalidade com a limitação temporal, proponho que a perda alargada seja requerida a qualquer tempo após o recebimento da denúncia e antes da audiência de instrução e julgamento.

vii) arresto de bens, direitos e valores – a possibilidade de decretação de medidas cautelares de indisponibilidade do patrimônio do acusado pode vir a ser essencial para a eficácia da decisão futura. Todavia, por se tratar de medida excepcional, somente pode ser decretada desde que o Ministério Público ou a autoridade policial competente comprove a plausibilidade do direito alegado e o fundado receio de o acusado vir a dilapidar seu patrimônio ou desviá-lo. A proposta contempla a possibilidade de decretação de medida de indisponibilidade de bens ainda durante o inquérito policial.

viii) hipóteses de levantamento da medida de indisponibilidade – ainda por se tratar de medida excepcional, proponho que a medida de indisponibilidade de bens possa ser levantada sempre que a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias após a sua decretação, nas hipóteses de prestação de caução, nos casos de decisão absolutória ou extinção de punibilidade e quando o acusado provar a origem lícita do bem, direito o valor.

ix) administração de bens – a medida excepcional de indisponibilidade de bens também demanda a previsão de dispositivos que contemplem regime de administração de bens apreendidos, de modo a evitar eventual diminuição patrimonial. Recordo que o interesse em evitar a diminuição patrimonial interessa tanto ao acusado, no caso de futura absolvição, por exemplo, e, também, ao Estado no caso de a perda alargada vir a se concretizar, caso em que se terá alcançado o objetivo de recuperação de ativos. Com vistas a manter a sistematização das medidas de indisponibilidade de bens no ordenamento jurídico brasileiro, a proposta também contempla a possibilidade de o juiz decretar a venda antecipada de bens, caso em que o valor ficará depositado até o final do processo em uma conta oficial do Estado.

x) bens, direitos e valores de terceiros – a perda alargada pode atingir pessoa física ou pessoa jurídica, cabendo-lhe a prova de sua boa-fé ou licitude do bem. A decretação da perda alcança bens de terceiros que sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes

similares ao domínio, que tenham sido transferidos com a finalidade de ocultar ou dificultar a identificação da verdadeira titularidade do patrimônio e, seguindo experiência de Portugal, que tenham sido transferidos pelo condenado a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data do recebimento da denúncia.

- **Alteração no Código de Processo Penal**

Por último, a proposta traz alteração no CPPB de modo a assegurar a possibilidade recursal tanto nas hipóteses de decretação da perda alargada quanto nas hipóteses de deferimento, indeferimento ou revogação da medida de indisponibilidade de bens, direitos ou valores e de alienação antecipada de bens tornados indisponíveis.

6.3 Considerações finais ao Capítulo

A proposta normativa descrita está inspirada nas recentes legislações estudadas, e foi construída tendo em vista os comentários doutrinários e jurisprudenciais sobre os acertos e críticas ao instituto.

O instituto da perda alargada faz parte da recente história da comunidade internacional e, portanto, ainda se encontra em fase de consolidação. Por isso, não se pretende esgotar o tratamento normativo aqui proposto, mas simplesmente trazer o regramento possível para que o confisco alargado possa ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Síntese conclusiva

1. Frente às dificuldades de intervenção estatal a partir de instrumentos dogmáticos tradicionais aplicáveis ao direito penal liberal nos ganhos financeiros advindos da criminalidade organizada e criminalidade econômico-financeira (macrocriminalidade e criminalidade empresarial), surgem novas categorias jurídicas de confisco que colocam em questão eventual minimização ou ruptura com alguns direitos e garantias penais fundamentais.
2. O confisco alargado é um desses novos instrumentos que visa a enfrentar a criminalidade organizada e criminalidade econômico-financeira, com a finalidade de suprimir a razão da existência desse tipo de delito, que é o ganho econômico.
3. No âmbito internacional e na União Europeia diversos instrumentos tratam das novas formas de confisco. Ocorre que nenhum dos institutos contem balizamentos sobre a natureza

jurídica do confisco alargado, nem tampouco traz *standards* principiológicos aplicáveis, deixando aos Estado-membros a tarefa de defini-los.

4. Apesar de os novos modelos de confisco serem tratados em diversos instrumentos internacionais e da tentativa de uniformização da matéria no âmbito da União Europeia, sobretudo à luz da Diretiva 2014/42/EU, que tem dentre seus objetivos aproximar a legislação sobre perda de bens dos Estados-Membros, com vistas à cooperação transfronteiriça eficaz, depara-se com a ausência de estabilidade normativa que possa possibilitar o enfrentamento da criminalidade de forma colaborativa entre os Estados.

5. Se dificuldades são encontradas no âmbito da União Europeia para a efetividade de cooperação judiciária em matéria penal, com maior propriedade essa dificuldade se robustece no contexto mundial. As diferentes regulamentações do confisco alargado ou mesmo a ausência de regulamentação podem vir a dificultar a execução de decisões em território estrangeiro. Assim, medidas de natureza não penal como o civil forfeiture de países common law ou a chamada extinção de domínio dos países latino-americanos teriam dificuldades de serem executadas no Brasil no âmbito da cooperação judiciária internacional, que exige para sua efetivação decisão proferida no âmbito de um processo penal.

6. De acordo com os diversos doutrinadores e jurisprudência pesquisados conclui-se que o paradigma dos novos modelos de confisco não se encontra totalmente estabilizado. Vimos que legislações estudadas - italiana, espanhola e portuguesa, são alvo de diversas dúvidas tanto sobre a natureza jurídica do instituto quanto sobre sua compatibilidade com os princípios fundamentais do direito e processo penal, além de conterem problemas de interpretação quanto aos aspectos procedimentais. A falta de estabilidade no paradigma aplicável ao confisco alargado deve-se ao fato de tratar-se de modelo variante de acordo com os requisitos e finalidades previstos nas legislações específicas.

7. A expansão da fenomenologia criminal enquanto pressuposto de decretação da perda alargada, conduz à interrogação sobre o futuro do instituto diante de sua potencial aplicação sobre qualquer crime passível de gerar potencial econômico, independentemente da gravidade do delito.

8. A (in)definição da natureza jurídica do confisco alargado é a questão que mais divergência causa entre doutrinadores daqueles países. Pena acessória, medida de segurança, *tertium genus* ou, ainda, medida administrativa ou civil condicionada à uma condenação penal são hipóteses trazidas pela doutrina e jurisprudência. A opção por uma ou outra natureza jurídica

tem impacto na verificação do respeito da perda alargada aos princípios fundamentais de direito penal e processual penal.

9. Entendo que o instituto da perda alargada nos modelos estudados tem caráter sancionatório tanto pela finalidade aflagativa, que busca suprimir todo o patrimônio ilícito do condenado, quanto pelos efeitos de prevenção especial e, sobretudo, prevenção geral assente na ideia de que a perda de todos os bens injustificados desestimula a prática de novas atividades delitivas na medida em que evita a sua reutilização do patrimônio para financiamento de outras práticas ilícitas e também a sua inserção no mercado legal de capitais³⁰¹.

10. Outro argumento para a natureza sancionatória do confisco alargado reside no fato de o instituto somente poder ser decretado após a constatação da culpabilidade do acusado por um crime previamente listado dentre uma classe de delitos relacionados à criminalidade organizada e econômica. A presunção legal que se estabelece no confisco alargado, portanto, não se relaciona à culpabilidade do agente. A presunção que é *iuris tantum* refere-se à procedência de determinados bens, direitos ou valores do condenado.

11. Enquanto natureza de caráter sancionatório, defendo ocupar-se o confisco alargado de efeito sancionatório da condenação. Trata-se de um efeito reflexo que acompanha a sentença penal condenatória e que não produz efeitos automáticos, mas necessita de declaração do juiz que o fará com fundamento nas provas carreadas no processo autônomo ao processo que apura a responsabilidade penal.

12. O enriquecimento ilícito não é fundamento para o confisco alargado, pois, se assim o fosse, a decretação da perda de bens dispensaria a prova de culpa. E, neste sentido, qualquer bem adquirido de forma ilícita (enriquecimento ilícito) poderia ser perdido em favor do Estado. É certo que praticamente todas as jurisdições no mundo reconhecem que o enriquecimento sem causa desencadeia deveres de restituição no direito civil³⁰² (relações privadas), contudo, difícil é a transposição desse princípio para o campo do direito penal,

³⁰¹ Neste sentido, vide: MAUGERI, Anna Maria. CONFISCA (DIRITTO PENALE) pubblicazione fuori commercio Giuffrè. Enciclopedia Del Diritto. Annali VIII, p. 192 e seguintes. Disponível em: <<http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2019.

³⁰² VOGEL, Joachim. The legal construction that property can do harm – reflections on the rationality and legitimacy of “civil” forfeiture. In *Non-conviction-based confiscation in Europe: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction*. Duncker e Humblot. Berlin, p. 235-236.

sem que haja ofensas aos princípios e garantias norteadores do direito penal e processual penal.

13. Enquanto efeito da condenação, aplica-se ao confisco alargado os princípios e garantias do direito penal e processual penal, estando o instituto de acordo com os princípios da culpa, legalidade, presunção de inocência, proporcionalidade e com o direito de propriedade.

14. Não há no confisco ampliado desvirtuamento do princípio da presunção de inocência, na medida em que a presunção legal não recai sobre os fatos delitivos ou sobre a participação do agente na prática do delito. A presunção, que é *iuris tantum*, recai sobre a procedência de determinado patrimônio do condenado, cabendo a este provar que seu patrimônio é compatível com seus rendimentos lícitos. Ocorre que a inversão do ônus probatório somente pode ser admitida após a acusação especificar quais bens do patrimônio do agente são incongruentes com seus rendimentos lícitos, portanto, não cabe ao acusado provar a origem de seu patrimônio se não houver prova indiciária anterior demonstrada pelo órgão de acusação.

15. No direito português, onde o confisco alargado não recai sobre bens, direitos ou valores, mas, sobre a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, é essencial que a acusação promova a liquidação do montante a ser apurado. De todo modo, entendo que o ônus da acusação não é apenas o de promover o levantamento do patrimônio do agente, mas, também, o de demonstrar por meio de provas indiciárias os rendimentos lícitos do acusado.

16. O confisco alargado não acarreta ofensas ao direito de propriedade. Eventual ofensa ao direito de propriedade é afastada pelo fato de o confisco alargado ter como pressuposto uma sentença penal condenatória. Assim, futura regulamentação do confisco alargado enquanto efeito da condenação, conforme proponho neste trabalho, encontra guarida no direito de propriedade.

17. No direito brasileiro, o desrespeito ao direito de propriedade pode ser aventado se a perda de bens fundamentasse no enriquecimento sem causa, constituindo-se num procedimento *in rem*. Contudo, a adoção de modalidade de confisco *in rem*, como nos moldes colombiano, somente é admissível mediante alteração no texto constitucional brasileiro.

18. O exercício do poder punitivo do Estado às ações previstas na lei como delitos está submetido ao princípio da legalidade em sua dimensão de anterioridade e taxatividade.

Assim, além da exigência de lei prévia, a natureza sancionatória proíbe a aplicação de analogia incriminatória às hipóteses de perdimento de bens, assim como a aplicação retroativa da lei.

19. O confisco alargado por se um efeito da condenação se submete ao princípio da culpa, que se impõe em todo os casos de aplicação de sanções com efeitos punitivos.

20. O requisito de demonstração de atividade ilícita anterior aponta para a quebra do princípio da culpabilidade, na medida em que se exige da pessoa acusada a defesa por fatos ilícitos (que podem ser múltiplos) sobre os quais ao final não haverá condenação. De igual forma, tal exigência viola o princípio *in dubio pro reo*, pois supõe a prática de um delito (ou vários delitos) não comprovados.

21. O confisco alargado não pode ser taxado de norma processual para invocar o princípio *tempus regit actum*.

22. A perda de bens implica a restrição do direito de propriedade, o que exige, além de lei prévia para sua decretação, avaliação da proporcionalidade da medida. Assim é essencial evitar abusos na aplicação do confisco alargado, o que impõe a não utilização do instrumento como medida de efeitos expropriatórios. Neste sentido, alinho-me ao entendimento da jurisprudência e doutrina italianas que pautam a avaliação da incongruência patrimonial sobre os rendimentos lícitos no momento da aquisição dos bens considerados individualmente. Interpretação análoga encontra dificuldades de aplicação no confisco da Lei n.º 5/2002, pelo fato de a lei portuguesa prever a perda do valor e não de bens específicos.

23. Constata a viabilidade do confisco alargado com os princípios constitucionais de direito e processo penal brasileiros, proponho a adequação do ordenamento jurídico à nova realidade de expansão do novo modelo de perda de bens baseado na presunção *iuris tantum* da incongruência patrimonial e na inversão do ônus da prova. Na elaboração da proposta foram consideradas as experiências consolidadas na União Europeia e convenções internacionais das Nações Unidas.

24. Optei por uma proposta de lei com a expressa previsão de tratar-se de instituto com caráter de efeito sancionatório de uma condenação, cercado-se o mecanismo com as cautelas que devem ser observadas no procedimento de perda da propriedade, assegurado o contraditório e o devido processo legal.

25. Na regulamentação do confisco alargado é fundamental o respeito às garantias fundamentais do Estado de direito. Não se pode admitir que a busca pela eficiência do direito penal se sobreponha aos direitos dos cidadãos, sob pena de estar se rumando para outro tipo de Estado. Deve-se buscar o equilíbrio, sempre observado o respeito as garantias e direitos fundamentais. A eventual minimização dos direitos e garantias individuais pode vir a permitir o uso abusivo e com efeitos arrecadatórios do confisco alargado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, a. XXVIII, n. 133, abr.-jun. 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa, *et al.*. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa & ANTUNES, Maria João. Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime. *Revista de Legislação e de jurisprudência*, a. 46, jul.-ago. 2017.

AULETTA, Alessandro Auletta & SERPICO, Antonio Serpico. *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*. Disponível em <<http://www.innovazioneDiritto.unina.it/archivionumeri/1006/aulettaserpico.pdf>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

BACARESE, Alan & SELLAR, Gavin. Civil Asset Forfeiture in Practice. *In: RUI PETER, J.; SIEBER, U. Non-conviction-based confiscation in Europe: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction*. Berlin: Duncker e Humblot, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal: Compilación in memoriam*. Santa Fé: Editora B de F, 2013.

BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: O Projeto Fénix. *Revista de concorrência e regulação*, n. 16, a. 4, 2003.

BARON, Luca. Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme. *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2018. Disponível em: <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/baron_1_18.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal - v. 1: parte geral (artigos 1 a 120)*. 24. ed. Saraiva. São Paulo: 2018 (e-book).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992 (e-book).

CAEIRO, Pedro. O Confisco numa perspectiva de política criminal europeia. *In FERREIRA, M.; CARDOSO, E.; CORREIA, J. O Novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

_____. Sentido e Função do Instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, a. 21, p. 267-321, abr.-jun. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al.. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 (e-book, comentário ao art. 5º, XLIV, por Salo de Carvalho).

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONDE, Antonio Zárate & CAMPO, Eleuterio González. *Derecho Penal. Parte general*: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019.

CORDERO, Isidoro Blanco. Comiso ampliado y presunción de inocência. In Barbeito, Mónica Zapico; MORO, Luis Rodríguez, coord. *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporâneos de la política criminal*. Granada: Editorial Comares, 2008.

CORREIA, João Conde. Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia? In: FERREIRA, M.; CARDOSO, E.; CORREIA, J. *O Novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

_____. O confisco e a "fixação" do enriquecimento ilícito. In: *Estudos Projeto ETHOS: corrupção e criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018.

_____. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. *Investigação Criminal*, n. 1, out. 2017.

_____. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n^{os} 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, n. 145, 2016.

_____. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012.

CORVI, Paola. La confisca nei reati di criinalità organizzata. In Montagna, Mariangela, coord. *Sequestro e Confisca*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. Editora Atlas. São Paulo, 2013.

CRUZ BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da. A transposição da Diretiva 2014/42/EU. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspectos processuais penais). In: FERREIRA, M.; CARDOSO, E.; CORREIA, J. *O Novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018. p. 219-220.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Eguzkilore*, n. 17, 2003.

CUNHA, José Damião da. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*: a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002. Lisboa: Editora Universidade Católica, 2017.

_____. Perda de bens a favor do Estado: arts. 7.º-12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*: a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002. Porto: Editora Universidade Católica, 2017.

CUNHA, Filipa Nunes. A admissibilidade de (co)existência do confisco e outros mecanismos de recuperação de vantagens no âmbito dos crimes tributários. **Revista do Ministério Público**, n.º 151, julho/setembro, 2017.

DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In *Congresso de Investigação Criminal*, 2, 2010. Coimbra. *Anais...* Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

_____. O Processo Penal português problemas e prospetivas. In MONTE, Mário Ferreira. *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes. “Perda alargada” prevista na Diretiva 2014/42/UE (art. 5º) e “perda do valor de vantagem de atividade criminosa” prevista na Lei n.º 5/2002 (artigos 7º ao 12º). In FERREIRA, M.; CARDOSO, E.; CORREIA, J. *O Novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

FAVORETTO, Afonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

FERNANDEZ-BERTIER, Michael. The History of confiscation laws: from the book of exodus to the war on White-collar crime. In LIGETI, K. & SIMONATO, M. *Chasing criminal money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. Oregon: Oxford e Portland, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

FINOCCHIARO, S. La confisca e il sequestro di prevenzione. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019. Disponível em: <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8302-finocchiario.confisca.sequestrodp.2019.pdf>>.

FORSAITH, James, et al. *Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets*. Santa Mônica: Rand Europe, 2012.

FURCINITI, Giuseppe & FRUSTAGLI, Domenico. *I moderni modelli di confisca nell'Unione Europea*. Roma: Wolters Luwer, 2016.

GODINHO, Jorge Fernando. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, Artigos 1.º e 7.º a 12). In ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VARGAS GONZÁLEZ, Patricia. *El comisso del patrimonio criminal*. 2012. 559 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Público Geral, Universidade de Salamanca, Salamanca, 2012. Disponível em:

<https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121429/DDPG_VargasGonzalezPatricia_Tesis.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

GRECO. Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*, a. XVII, n. 389, 1º abr. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JORGE, Guillermo. *Recuperacion de activos de la corrupción*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) Bis in Idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público – II vol. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

MAUGERI, Anna Maria. La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress". *Rivista Trimestrale - Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2015, 2015.

_____. *Enciclopedia Del diritto: confisca (diritto penale)*. Milão: Giuffrè, 2015. Disponível em: <<http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2019.

_____. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato. In MAUGERI, A. *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine*. Università di Catani, Milano: Giuffrè, 2008.

_____. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milano: Giuffrè, 2001.

MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusitana. Direito*, série II, n. 10, 2012.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, e-book.

MATOS, Maria José. *Perda de Bens na Lei n.º 5/2002: a sua problemática natureza jurídica*. 2014. 60 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16045/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20final%20de%20Mestrado-PDF.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira et al.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, e-book.

MENDITO, Francesco. *Le misure di prevenzione e la confisca allargata* (L. 17 ottobre 2017, n.º 161). Milano, Giuffrè Editore, 2017.

MILONE, Sofia. La natura dela confisa di prevenzione all'esito dele recenti modifiche legislative: la defesa a oltranza del modelo preventivo tra ragioni di opportunità politico-criminal e rischio di mistificazioni. *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, Anno XXVIII, n.º 3, luglio/settembre, 2015.

MINAS, Picão Manuel. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 49 f. Dissertação (Mestrado em Direito Forense) – Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017.

MIR PUIG, Santiago. Constitución, Derecho Penal y Globalización. In MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcov, coord. *Política criminal y reforma penal*. Madrid, Edisofer, 2010.

MONTENEGRO, Luis Henando Valero. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación em la Ley de extinción del dominio y em el comisso penal. *Revista via Iuris*, n. 6, 2009.

NOBILE, Enzo e IACOPINO, Francesco Donato. *L' intestazione fittizia di beni e la confisca*. Milão: Key Editore, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/EU em matéria de confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. In: FERREIRA, M.; CARDOSO, E.; CORREIA, J. *O Novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

_____. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes: Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional. *Julgar Online*, fev. 2017. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Invers%C3%A3o-%C3%B3nus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

NUNES, Ricardo Ferreira. *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*. 2012. 88 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11697/1/2012_RicardoFerreiraNunes.pdf. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar Fernández. Capítulo noveno. Las consecuencias accesorias. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madri: Editora Dykinson. S.L., 2015.

PANZAVOLTA, Michele, e FLOR, Roberto. A Necessary Evil? the Italian "Non-Criminal System" of Asset Forfeiture. In: RUI PETER, J.; SIEBER, U. *Non-conviction-based*

confiscation in Europe: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction. Berlin: Duncker e Humblot, 2015.

PERDOMO, Alberto Poveda. *La Ley de extinción del derecho de dominio y su jurisprudência.* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2004.

PERRINO PÉREZ, Angel Luis & JAÉN VALLEJO, Manuel. *La recuperación de activos frente a la corrupción: La Oficina de recuperación y gestión de activos.* Madri: Editorial Dykinson, 2016.

RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e dos deveres dos Estados a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, M.; CARDOSO, E.; CORREIA, J. *O Novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs.* 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2018.

ZÚNIGA ROGRIGUEZ, Laura. *Criminalida organizada, derecho penal y sociedad.* Apuntes para el análisis. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18551/18791>>. Acessado em 25 de abril 2019.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUI PETER, J.; SIEBER, U. NCBC in Europe – Bringing the Picture Together. In: RUI PETER, J.; SIEBER, U. *Non-conviction-based confiscation in Europe: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction.* Berlin: Duncker e Humblot, 2015.

RUIZ DÍAZ, Lucas Jesús. *La lucha contra el crimen organizado em la Unión Europea.* Aspectos internos y dinámicas externas del discurso secutirtario. 2016. 653 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídicas) – Programa Oficial de Doctorado en: Ciencias Jurídicas Universidad de Granada. Granada, 2016. Disponível em: <<http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/41230/25575715.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 25 de abril de 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 22.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Eficiência e direito penal.* Tradução: Maurício Antonio Ribeiro. Barueri: Manole, 2004. p. 11-27.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de Activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Revista Julgar OnLine*, 2009.

SORIANO, Juan Pablo. Governanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n. 108, 2014. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/385916>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

SPINA, Marilia Pia. *L'orientamento teleologico della confisca tra forma preventiva e sostanza punitiva*. 2016. 254 f. Dissertação (Mestrado em Jurisprudência) – Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa, Pisa, 2016. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79622487.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; García, Nicolas Rodríguez. *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales ibero-americanos*. Valência: Rirant lo Blanc, 2017.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Direito fundamental a não autoincriminação: justificação constitucional, conteúdo normativo e critérios de aplicação. In VAZ, P. & SCHAFER, J.. *Curso Modular de Direito Constitucional, Vol. II*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantia individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2009.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil*. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. Natureza jurídica: ela está no meio de nós? *Res Severa Verum Gaudium*, v. 3, a.1, mar. 2017.

VOGEL, Joachim. The legal construction that property can do harm – reflections on the rationality and legitimacy of “civil” forfeiture. In: RUI PETER, J.; SIEBER, U. *Non-conviction-based confiscation in Europe: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction*. Berlin: Duncker e Humblot, 2015.

Legislação citada

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Código Penal – Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

_____. Código de Processo Penal - Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

_____. Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia – Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>.

_____. Ley 333 de 1996 (diciembre 19). Disponível em <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2754>>

_____. Ley 793, de 2002 (Diciembre 27). Disponível em <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475#218>>.

_____. Ley 1708 de 2014 (Enero 20) Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475#218>>.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>>.

ITÁLIA. L. 8 novembre 1991, n. 356. Disponível em: <http://www.edizionieuropee.it/LAW/HTML/64/zn98_01_026713.html>.

_____. L. 17 ottobre 2017, n. 161. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/11/4/17G00176/sg>>.

_____. D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertido na L. 4 dicembre 2017, n. 172. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/16/17G00166/sg>>.

_____. D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/03/22/18G00046/sg>>.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>>.

_____. Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>.

_____. Código Penal de 1982 – DL n.º 48/95, de 15 de Março. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

_____. Código Processo Penal – DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>.

REINO UNIDO. Proceeds of Crime Act de 2002 (POCA), Seção 75. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>>.

_____. Drug Trafficking Offences Act of 1986. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/32/pdfs/ukpga_19860032_en.pdf>.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA - *Ação Comum 98/733/JAI* adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados- membros da União Europeia. Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998F0733&from=PT>>.

_____. *Decisão-Quadro 2005/212/JAI* adotada pelo Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:PT:PDF>>.

_____. *Diretiva 2014/42/UE* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>>.

_____. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Roma, 4 de novembro de 1950. Disponível em <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – *Convenção de Viena de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>.

_____. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, concluída em Montego Bay. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/noticias/documentos/convencao-onu-mar>>.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

Jurisprudência citada

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA - Sentencia C- 958/2014. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

_____. Sentencia C-740/03. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20045237>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

_____. Sentencia C- 958/2014. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20045237>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA- STS 450/07, de 30 de mayo, de 2007, sala segunda, de lo penal. Disponível em <<https://tc.vlex.es/vid/on-i-164837>> Acesso em: 29 de junho de 2019.

_____. STS 299/2019, 7 de junio de 2019, sala segunda, de lo penal. Disponível em <<https://supremo.vlex.es/vid/792248233>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

_____. STS 228/2013, de 22 de marzo de 2016, sala segunda, de lo penal. Disponível em <<https://supremo.vlex.es/vid/malversacion-caudales-vulneracion-acusatorio-438314182>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

_____. STS 299/2019, 7 de junio de 2019, la segunda sala, de lo penal. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/792248233>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA - STC 151/2002, de 15 de julio de 2002, sala segunda. Disponível em <<https://tc.vlex.es/vid/on-i-164837>> Acesso em: 29 de junho de 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - Engel and others v. The Netherlands, Petição nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, de 8 de junho de 2018. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

_____. Welch v. Reino Unido, Petição nº 17440/90, de 9 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2217440/90%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-164323%22%5D%7D>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2019.

_____. G.I.E.M. S.R.L. v. Italy, Petição 1828/06, de 28 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo_in_tegrale_sentenzas/000/000/715/G.I.E.M.S.R.L._AND_OTHERS.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

_____. Del Río Prada v. Espanha, Queixa nº 42450/09, de 21 de outubro de 2013, § 2º. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%20CASE%20OF%20DEL%20R%20C3%208DO%20PRADA%20v.%20SPAIN%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%7D>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

_____. G.I.E.M. S.R.L. e outros v. Itália, Petição nº 1828/06, de 28 de junho de 2018, § 210. Disponível em: <https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/testo_in_tegrale_sentenzas/000/000/715/G.I.E.M.S.R.L._AND_OTHERS.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

_____. COËME and OTHERS v. BELGIUM, Petição nº 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, de 18 de outubro de 2000. Disponível em <https://www.legislationline.org/download/id/4076/file/ECHR_Coeme_Belgium_2000.pdf> Acesso em em: 06 de junho de 2019.

_____.Phillips v. The United Kingdom, Petição nº 41087/98, de 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe19>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL - Acórdão 476/2015, Relator Conselheiro João Cura Mariano, 2ª Secção. Lisboa, 30 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

_____. Acórdão 101/2015, Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral, 1ª Secção. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

_____. Acórdão n.º 392/2015, Relator Conselheiro João Cura Mariano, 2ª Secção. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

_____. Acórdão 294/2008, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, 3ª Secção. Lisboa, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080294.html>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL - Processo 1653/12.2JAPRT.P1.S1, relator Oliveira Mendes, 3ª Secção, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/57e2600ddca9f66080257df9003eba0c?OpenDocument&Highlight=0,1653>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

_____. Processo 22/08.3JALRA.E1.S1, relator Lopes da Mota, 3ª Secção, 14 de março de 2018. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/FAE21D5A9E1B13FB80258255003BDB7C>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

_____. Acórdão de 12/11/2008, processo 08P3180, relator Armindo Monteiro. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0acc7f9dce30f1948025751a0059f3c4?OpenDocument&Highlight=0,08P3180>>. Acesso em 07/09/2019.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/06/2014, processo 1653/12.2JAPRT-A.P1, Relator Neto Moura. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/beb5d390e130f96c80257d03002d99ed?OpenDocument>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/04/2015, processo 539/11.2PBMTS-AB.P1, relatora Elsa Paixão. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/FE379494FA006DFC80257E350053E38B>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA - Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 11/12/2018, processo 872/16.7JFLSB-D.L1-5, Relator CID GERALDO. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e96c337e165bfbf8025837c0037aeb2?OpenDocument&Highlight=0,cibercrime>>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

CORTE DI CASSAZIONE DA ITALIA - Sentenza 8404, del 15 gennaio 2009, redattore Vannucci Marco; sentenza 25096 del 6 marzo 2009, Relatore Recchione Sandra. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>>. Acesso em: 27 de junho de 2019.

_____. Sentenza 33, del 21 febbraio 2018, n. 33, Redattore Franco Modugno. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2018/0033s-18.html>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

_____. Sezioni Unite Penali, Sentenza del 27 marzo 2008. C. Nicola Milo. Disponível em: <<http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=644>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Petição 6.395/Ceará, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, Sessão virtual, Dje 11/10/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338828981&ext=.pdf>> Acesso em: 06 de outubro de 2019.

_____. HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª Turma, DJE de 19/06/2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3810143>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. HC 83.096, rel. min. Ellen Gracie, j. 18-11-2003, 2ª Turma, DJ de 12/12/2003. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2122576>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. HC 77.135, rel. min. Ilmar Galvão, j. 8-9-1998, 1ª Turma, DJ de 06/11/1998. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1705653>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. HC 96.219, rel. min. Celso de Mello, DJ de 15/10/2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2639223>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. RE 973.837, rel. min. Gilmar Mendes, DJe 06/02/2019, Tema 905. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

_____. RE 543974, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-099. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2508931>>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

_____. RE n.º 638.491, rel. min. Luiz Fux, Plenário. DJE de 23/08/2017, Tema 647. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413414>>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

_____. AI 177.313 AgR-ED, rel. min. Celso de Mello, j. 18-6-1996, 1ª Turma, DJ de 13-9-1996.

_____. [RE 635.336](#), rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-12-2016, P, *DJE* de 15-9-2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13611711>>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

_____. [RE 635.336](#), rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-12-2016, P, *DJE* de 15-9-2017, Tema 399. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13611711>>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1827023-MG, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicada em 12 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/252910702/stj-23-07-2019-pg-398>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. REsp 1817397-MG, rel. min. Sebastião Reis Júnior, publicada em 07 de agosto de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=RESP+1817397&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. REsp 1594926/SP, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, publicado em 13/06/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1594926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

_____. AREsp n. 736.813/SP, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, publicado em 13/06/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=736.813&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Habeas Corpus n.º 2003.04.01.016982-0/RS, Rel. Des. Fed. Fábio Rosa, publicado em 11 de junho de 2003. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8662132/habeas-corpus-hc-16982-rs-20030401016982-0>>. Acesso em: 04 de outubro de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - Agravo em Execução Penal 1.0024.08.962178-3/001, rel. des. Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.08.962178-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Apêndice

PROPOSTA DE PROJETO DE LEI

Institui a perda alargada de bens, direitos e valores, e altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta Lei institui o procedimento para a decretação de perda alargada bens, direitos ou valores de pessoa condenada e altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Perda alargada

Art. 2.º Constitui efeito da condenação a perda de bens, direitos ou valores da pessoa condenada por um dos delitos previstos neste artigo, quando se verificar que o valor de seu patrimônio é desproporcional aos seus rendimentos lícitos:

I – tráfico de drogas (artigos 33 a 37 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006);

II – tráfico de pessoas (artigo 149-A do Código Penal);

III - tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997);

IV - comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo (artigo 17 e 18 da Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003);

V – terrorismo (Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016);

VI - contra a Administração Pública (artigos 316, caput e § 2.º, 317, 332, 333, 337-B e 337-C do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal); quando

praticados por organização criminosa e geradores de vantagem econômica de qualquer natureza;

VII - extorsão mediante sequestro, quando praticado por organização criminosa;

VIII – organização criminosa prevista no art. 2º da Lei nº 12.850, de 2013.

IX – lavagem de dinheiro;

X - contra o mercado de capitais (artigos 27-C e 27-0 da Lei nº 6.385, de 17 de dezembro de 1976); e

XI - contra o sistema financeiro nacional (artigos 2º a 23 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Art. 3º Estão sujeitos à perda alargada os bens, direitos ou valores que:

I – estejam na posse ou propriedade do réu na data do recebimento da denúncia;

II – estejam em nome de terceiros, pessoas naturais ou jurídicas, e que sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

III - tenham sido transferidos a terceiros, pessoas naturais ou jurídicas, com a finalidade de ocultar ou dificultar a identificação da verdadeira titularidade do patrimônio; e

V – tenham sido transferidos pelo condenado a terceiros, pessoas naturais ou jurídicas, a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data do recebimento da denúncia.

Parágrafo único. A decretação da perda alargada será limitada aos bens, direitos ou valores adquiridos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à data do recebimento da denúncia.

Procedimento da perda alargada

Art. 4º A perda alargada poderá ser requerida pelo Ministério Público a qualquer tempo após o recebimento da denúncia e antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º O processo de perda alargada correrá em autos apartados e terá tramitação autônoma em relação aos autos principais.

§ 2º Recebido o pedido, o juiz intimará pessoalmente o acusado ou terceiro, proprietário ou detentor do bem, direito ou valor, para que apresente embargos no prazo de 15 (quinze) dias e especifique as provas pretendidas acerca da origem lícita do bem, direito ou valor.

§ 3º Recebidos os embargos, o juiz dará vista ao Ministério Público para que se manifeste no prazo de cinco dias.

Art. 5º Não opostos embargos no prazo legal, ou se o acusado, intimado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor público, e no foro onde não houver Defensoria Pública, defensor dativo, concedendo-lhe vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias.

Art. 6º Não poderá ser pronunciada decisão nos autos da perda alargada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Prova

Art. 7º O Ministério Público deverá instruir o pedido de perda alargada com:

I – documentos comprobatórios da propriedade ou domínio dos bens, direitos ou valores; e

II - provas ou indicação das provas que demonstrem a incongruência patrimonial entre os bens, direitos ou valores e os rendimentos lícitos do acusado.

Art. 8º O acusado ou terceiro poderá solicitar a produção de todas as provas em direito admitida, podendo os embargos versar sobre:

I – a procedência lícita dos bens, direitos ou valores;

II – na hipótese de transferência a terceiro a título oneroso, que a aquisição foi de boa-fé;

III – que pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio não tinha condições de conhecer a procedência, utilização ou destinação ilícita do bem;

IV – que os bens, direitos ou valores estavam na titularidade do acusado ou foram adquiridos com rendimentos obtidos no período pelo menos cinco anos antes do recebimento da denúncia.

Medida de indisponibilidade de bens

Art. 9º O juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, poderá decretar medida de indisponibilidade de bens, direitos ou valores do investigado ou

acusado, ou existentes em nome de terceiros, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria de um dos crimes previstos no art. 2º;

II – indícios veementes de incongruência patrimonial entre o valor dos bens, direitos ou valores e os rendimentos lícito do investigado ou acusado; e

III - indícios de comportamento do detentor ou proprietário dos bens, direitos ou valores tendente a se desfazer destes ou utilizá-los para a prática de infração penal.

Art. 10. Os bens, direitos e valores sobre os quais recairá a indisponibilidade deverão ser indicados por quem fizer o pedido.

Art. 11. O juiz, quando necessário, após intimar as partes interessadas e ouvir o Ministério Público, poderá:

I – determinar a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção, na forma do art. 144.A e seguintes do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; ou

II - nomear pessoa natural ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.

Parágrafo único. O administrador de que trata o inciso II do caput:

I - fará jus a remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens, direitos ou valores objeto da administração; e

II - prestará informações periódicas da situação dos bens, direitos ou valores sob sua administração e explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.

Levantamento da medida de indisponibilidade

Art. 12. A medida de indisponibilidade será levantada quando ocorrer alguma das seguintes situações:

I - a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias após a sua decretação;

II - for prestada caução em valor equivalente pelo investigado acusado ou terceiro;

III - sobrevier sentença ou acórdão absolutório;

IV - for extinta a punibilidade do investigado, indiciado ou acusado, observado o disposto no artigo 9º; ou

V - provada a origem lícita do bem, direito ou valor.

Art. 13. Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

Cooperação jurídica internacional

Art. 14. A medida de indisponibilidade de bens poderá ser objeto de cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Parágrafo único. Em caso de cooperação jurídica internacional passiva, a decretação da medida de que trata o caput deste artigo independe da existência de inquérito policial ou ação penal no Brasil.

Disposições finais

Art. 15. Da decisão que decretar a perda alargada cabe recurso de apelação.

Art. 16. A perda alargada não será decretada no caso de prescrição ou sentença absolutória.

Art. 17. A perda alargada não alcançará os bens adquiridos por terceiros a título oneroso, uma vez reconhecida a boa-fé.

Art. 18. Transitada em julgado a sentença condenatória por um dos crimes previstos no art. 2º, o juiz decretará perdidos os bens, direito ou valores em favor do Estado, sem prejuízo de serem aproveitados para garantir a reparação de danos, mediante requerimento do interessado.

Art. 19. O procedimento relativo ao processo de perda alargada rege-se pelo disposto nesta Lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Art. 20. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 91.

II -

c) perda alargada de bens, direitos ou valores, nos termos da lei;

.....”(NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 593.

IV – da decisão definitiva que decretar a perda alargada;

.....”(NR)

“Art. 581.

XXV - que deferir, indeferir ou revogar a medida de indisponibilidade; ou

XXVI - que determinar a alienação antecipada dos bens tornados indisponíveis.” (NR)