UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

A NATUREZA JURÍDICA DA PERDA ALARGADA

ERICO FERNANDO BARIN

Orientador: Professor Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais

2021

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

A NATUREZA JURÍDICA DA PERDA ALARGADA

ERICO FERNANDO BARIN

Orientador: Professor Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais

Júri:
Presidente: Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
Vogais:
Doutor José Damião da Cunha, Professor Associado com Agregação da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;
Doutor António Pedro Nunes Caeiro, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Doutora Maria Fernanda dos Santos Martins da Palma Pereira, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
Doutor Luis Miguel Prieto Nogueira de Brito, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
Doutora Teresa Maria Quintela Brito Prazeres Silva, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2021

Sistema de Bibliotecas da Universidade de Lisboa

Barin, Erico Fernando.

A natureza jurídica da perda alargada/ Erico Fernando Barin. – 2019.

640p.

Inclui anexos.

Orientador: Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes.

Tese (doutoramento) – Universidade de Lisboa, Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, 2019.

AGRADECIMENTO

Devo sincera menção de gratidão ao orientador da tese, Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, por sua rara sabedoria e disponibilidade com que sempre atendeu às minhas solicitações, pelas preciosas orientações e contribuições para a elaboração deste estudo e para acesso à pesquisa no Instituto Max-Planck para o Direito Penal Internacional, em Freiburg

Uma palavra de apreço é devida também aos Professores Doutores Maria Fernanda Palma e Augusto Silva Dias, pelos ensinamentos inestimáveis no decorrer do curso de Doutoramento.

Preciso agradecer aos meus pais, Wilson Antônio Barin e Vera Elizabete Tagliari Barin, por me ensinarem a caminhar, pensar e não desistir.

Por fim, meu agradecimento para Catiuce Ribas Barin, minha esposa, colega na profissão e no mundo acadêmico, pelas experiências compartilhadas, pelo apoio inestimável do primeiro ao último dia deste trabalho e, principalmente, por tornar tudo na minha vida melhor.

RESUMO

Esta tese apresenta a definição da natureza jurídica do instrumento legal denominado perda alargada (ou confisco ampliado), que, em Portugal, está previsto no artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, evidenciando a importância dessa definição e de suas consequências para a delimitação da ferramenta de recuperação de ativos no enfrentamento da criminalidade organizada e econômico-financeira.

Palavras-chave: perda alargada – confisco ampliado – natureza jurídica – recuperação de ativos – criminalidade organizada – criminalidade econômico-financeira

ABSTRACT

This paper presents the definition of the legal nature of the lawful procedure called extended confiscation, which is provided in Portugal in article 7, paragraph 1, of Law n.º 5/2002, of January 11; this definition is important to consequences and delimitation of the asset recovery tool in the face of organized and economic-financial crime.

Keywords: extended confiscation – legal nature – asset recovery – organized crime – economic-financial crime

ÍNDICE

INTRODUÇÃO **16**

1 NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE ORGANIZADA. ESBOÇO HISTÓRICO DOS INSTRUMENTOS DE PERDA ALARGADA **24**

1.1 Criminalidade organizada, criminalidade altamente organizada e organizações criminosas 24

1.2 Novas formas de criminalidade organizada que visam lucro e variações de modalidades antigas 27

1.3 Prejuízos gerados pela criminalidade organizada com fim de lucro 33

1.4 Criminalidade organizada com fim não primordialmente econômico ou de lucro 36

1.4.1 Corrupção e proveito político 36

1.4.2 Terrorismo 47

1.5 A perda de vantagens da criminalidade: "o crime não compensa" 51

1.5.1 Fomento à recuperação de ativos como meta de enfrentamento à criminalidade organizada de fim (direto ou indireto) econômico 51

1.5.2 Por que ir atrás dos ativos do crime? 52

1.5.3 Política criminal de recuperação de ativos 55

1.5.4 Recuperação de ativos frente à "expansão do Direito Penal" e/ou o "Direito Penal do risco" 60

1.5.5 Recuperação de ativos por perda ou confisco? 65

1.6 A perda alargada – em si – como recuperação de ativos 67

2 ESCORÇO HISTÓRICO DO CONFISCO: DA ORIGEM AOS INSTRUMENTOS DE INJUSTIÇA; DA PROIBIÇÃO ÀS MODERNAS FERRAMENTAS LEGAIS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS **72**

2.1 Derivação histórica do confisco 72

2.1.1 O confisco como instrumento de injustiça (o "confisco vilão") 73

2.1.2 Reação jusracionalista ao confisco 75

2.1.3 Proibição do confisco. Vedação constitucional 76

2.1.4 Início do lento processo de "regeneração do confisco": os Estados Democráticos de Direito, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais 79

2.2 Instrumentos clássicos de confisco atualmente vigentes em Portugal e no Brasil, e suas possíveis naturezas jurídicas 82

2.2.1 Instrumentos clássicos de confisco do Código Penal português: as alterações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio 82

2.2.2 Perda dos instrumentos e produtos do ilícito típico do Código Penal português após a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio 85

2.2.3 Perda das vantagens e das recompensas do ilícito típico do Código Penal português após a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio 90

2.2.4 Perda de bens de terceiros – alterada no Código Penal português pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio 93

2.2.5 Instrumentos clássicos de confisco das vantagens e das recompensas do Código Penal português: tentativa de definição da natureza jurídica 96

2.2.6 Perda dos instrumentos e produtos do crime no Código Penal brasileiro 100

2.2.7 Resumo das diferenças entre os instrumentos clássicos de confisco previstos nos Códigos Penais de Portugal e do Brasil 105

2.3 Diversificação e ampliação dos procedimentos de confisco 107

2.4 Modernos instrumentos legais de recuperação de ativos: do branqueamento de capitais à criminalização do enriquecimento ilícito, ação *in rem* e outras formas de confisco ampliado 108

2.4.1 Branqueamento de capitais 108

2.4.1.1 O avanço histórico do branqueamento de capitais como infração penal na legislação e em diplomas de *soft law* e *hard law* 110

2.4.1.2 A positivação do branqueamento de capitais como infração penal resultou efetividade no combate à criminalidade organizada? 116

2.4.1.3 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de dezembro de 2016, "relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal" 120

2.4.2 Criminalização do enriquecimento ilícito 126

2.4.2.1 O enriquecimento ilícito positivado como infração penal 126

2.4.2.2 A infração penal de enriquecimento ilícito e sua (não) conformação com garantias penais 133

2.4.3 Procedimento ou ação *in rem* 141

2.4.4 Ação de extinção de domínio 149

2.4.4.1 Ação de extinção de domínio positivada: o exemplo da Colômbia 149

2.4.4.2 Ação de extinção de domínio cogitada: a realidade brasileira 150

2.4.4.3 Possível definição da natureza jurídica da ação de extinção de domínio 153

2.4.5 Outros modernos instrumentos de recuperação de ativos 154

3 O CONFISCO AMPLIADO À LUZ DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS COM FOCO NO ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA 157

3.1 Convenções das Nações Unidas 158

3.1.1 Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (1988) 158

3.1.2. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo, 2000) 160

3.1.3 Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (2003) 164

3.2 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) 169

3.3 The Stolen Asset Recovery (StAR) Iniciative 172

3.4 Âmbito comunitário europeu 175

3.4.1 Convenções do Conselho da Europa 175

3.4.1.1 Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Estrasburgo, 1990) 175

3.4.1.2 Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Varsóvia, 2005) 177

3.4.2 Decisões-Quadro da União Europeia 182

3.4.2.1 Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho da União Europeia, de 26 de junho de 2001 182

3.4.2.2 Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho da União Europeia, de 22 de julho de 2003 184

3.4.2.3 Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de fevereiro de 2005 186

3.4.2.4 Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho da União Europeia, de 6 de outubro de 2006 196

3.4.2.5 A Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008 202

3.4.3 Resoluções, Diretivas e Regulamentos do Parlamento Europeu com a temática do confisco ampliado 207

3.4.3.1 Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, sobre a criminalidade organizada na União Europeia 207

3.4.3.2 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia (de 12 de Março de 2012) 209

3.4.3.3 Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de outubro de 2013, sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver 215

3.4.3.4 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 219

3.4.3.5 O Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018 228

3.5 O Projecto Fenix 232

3.5.1 Dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos 233

3.5.2 Objetivo do aumento de volume e valor econômico das decisões de perda mediante a utilização do regime legal da perda alargada 235

3.5.3 Recomendações concernentes à perda alargada 236

3.5.4 Boas práticas e recomendações do Projecto Fenix quanto à intensificação da perda alargada (e sua compatibilidade com o sistema legal português) 237

3.5.4.1 Uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens/patrimônio do condenado 238

3.5.4.2 Recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico e admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar 240

3.5.4.3 Autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo penal 243

3.5.4.4 Criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado 247

3.5.4.5 Conclusões sobre a incidência das metas do Projecto Fênix na legislação portuguesa 249

4 A PERDA ALARGADA PELA ÓTICA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS . 252

4.1 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos 252

4.1.1 *Welch versus the United Kingdom* 254

4.1.2 *Phillips versus the United Kingdom* 260

4.2 Tribunal Constitucional Português 265

4.2.1 O acórdão n.º 101/2015 266

4.2.2 O acórdão nº 392/2015 268

4.2.3 O acórdão n.º 476/2015 285

5 OS MODELOS DE CONFISCO AMPLIADO (E SUAS POSSÍVEÍS NATUREZAS JURÍDICAS) NA EUROPA, NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL 291

5.1 O confisco ampliado na Espanha: *comiso* ou *decomiso ampliado* 291

5.1.1 Instrumentos clássicos de confisco na Espanha 291

5.1.2 O confisco ampliado "construído" e as sucintas alterações trazidas pela *Ley Orgánica 15/2003,* de 25 de novembro 291

5.1.3 A *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho, e a efetiva criação do *comiso ampliado* 297

5.1.4 *A Ley Orgánica 1/2015,* de 30 de março: o divisor de águas do *comiso ampliado* na Espanha 300

5.1.4.1 O artigo 127 *bis*, n.º 1, do Código Penal 301

5.1.4.2 Natureza jurídica positivada do *comiso* ampliado 304

5.1.4.3 O *artículo 127 ter* do Código Penal: *decomiso sin condena* 305

5.1.4.4 O *artículo 127 quater* do Código Penal: *decomiso de bienes de tercero* 306

5.1.4.5 O *artículo 127 quinques* do Código Penal: *decomiso retroativo* 307

5.1.4.6 *Artículos 127, septies* e *octies*, do Código Penal: execução e efetividade das figuras de *comiso* ampliado 309

5.1.4.7 *Artículo 128* do Código Penal: base de ponderação na fixação do *comiso* ampliado 310

5.1.4.8 Conclusão sobre a natureza jurídica do *comiso* ampliado 311

5.2 França: a *confiscation* 312

5.3 Itália: as várias modalidades de confisco ampliado 315

5.3.1 *Le misure di prevenzione* (e o confisco preventivo) até o Decreto Legislativo n.º 159/2011 315

5.3.2 As medidas de prevenção – antes do Decreto Legislativo n.º 159/2011 – pela ótica do TEDH 318

5.3.2.1 O acórdão De Tommaso contra Itália 320

5.3.3 *Le misure di prevenzione* do *Codice Antimafia* de 2011 (Decreto Legislativo n.º 159/2011) 323

5.3.3.1 *Le misure di prevenzione personali* 324

5.3.3.2 *Le misure di prevenzione patrimoniali* 326

5.3.3.3 A independência da *misure di prevenzione* com o processo penal 331

5.3.3.4 Outras consequências da *misure di prevenzione* 332

5.3.3.5 A administração dos bens apreendidos 333

5.3.3.6 Natureza jurídica das medidas de prevenção (*lato sensu*) do *Codice Antimafia* de 2011 335

5.3.3.7 Natureza jurídica das medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* de 2011 337

5.3.3.8 Conformação constitucional e com a CEDH das medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* de 2011 344

5.3.4 Instrumento clássico de confisco italiano 345

5.3.5 O confisco ampliado na Itália 346

5.3.5.1 Requisitos do confisco ampliado italiano 349

5.3.5.2 Consonância constitucional e com a CEDH do confisco ampliado italiano .. 352

5.3.5.3 Natureza jurídica do confisco ampliado da Itália 354

5.4 A perda alargada no Reino Unido 355

5.4.1 A *confiscation order* do *Drug Trafficking Offences Act de 1986* 356

5.4.2 A *confiscation order* do *Drug Trafficking Act 1994* 357

5.4.3 *Proceeds of Crime Act 2002*: *the civil recovery and the criminal confiscation* 358

5.4.3.1 *Civil recovery* 359

5.4.3.2 *Criminal confiscation* 361

5.4.3.3 Natureza jurídica do *criminal confiscation* 363

5.5 O confisco ampliado nos Estados Unidos da América 366

5.5.1 Bosquejo histórico dos instrumentos de confisco ampliado nos Estados Unidos da América 367

5.5.2 *Criminal forfeiture* 369

5.5.3 *Civil forfeiture* 371

5.5.4 Efetividade dos instrumentos de confisco ampliado nos Estados Unidos da América 374

5.5.5 Natureza jurídica do *criminal forfeiture* e do *civil forfeiture* 375

5.6 A perda alargada na Alemanha 377

5.6.1 Instrumento clássico de confisco: §73 do *Strafgesetzbuch* 377

5.6.2 A perda alargada do §73d do *Strafgesetzbuch*: *erweiterte Verfall* 377

5.6.3 Conformação constitucional da perda alargada do §73d do *Strafgesetzbuch* ... 378

5.6.4 Natureza jurídica da perda alargada do §73d do *Strafgesetzbuch* 382

5.7 O confisco ampliado na Holanda 385

5.7.1 A natureza jurídica do confisco ampliado holandês 387

5.7.1.1 A natureza jurídica do confisco ampliado holandês pela ótica do TEDH.….388

5.7.2 Conclusão acerca da natureza jurídica do confisco ampliado holandês 393
5.8 A perda alargada no Brasil: ainda uma hipótese 393
5.8.1 Moderna legislação positivada no campo da criminalidade organizada: algumas oportunidades perdidas 394
5.8.2 A possível positivação da perda alargada no Brasil 400
5.8.2.1 A perda alargada do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 401
5.8.2.2 A perda alargada do Projeto de Lei do Senado n.º 103/2016 404
5.8.2.3 A perda alargada do Projeto de Lei esboçado pelo autor deste trabalho para a CONAMP 407
5.8.2.4 A perda alargada do Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Moro 410
5.8.3 A natureza jurídica da perda alargada a ser positivada no Brasil 412

6 A PERDA ALARGADA PREVISTA NA LEI N.º 5/2002, DE 11 DE JANEIRO .. 415
6.1 Conformação e tipificação legal 415
6.2 Requisitos da perda alargada 423
6.2.1 Condenação com trânsito em julgado 423
6.2.2 Condenação por crime previsto no catálogo 426
6.2.3 Existência de um patrimônio (e sua definição) 428
6.2.4 Patrimônio incongruente com o rendimento lícito do arguido 434
6.2.5 Restrição temporal sobre o que é patrimônio incongruente 436
6.2.6 Presunção de o patrimônio constituir vantagem de atividade criminosa 439
6.2.7 Prova do envolvimento do condenado com outra atividade criminosa 446
6.3 Delimitação da carga probatória da acusação e do arguido 453
6.4 A investigação do patrimônio do arguido 461
6.5 O arresto como garantia à efetividade da perda alargada 466
6.6 A execução de bens do condenado e a perda dos instrumentos da infração penal do catálogo 472
6.7 Caminhos à efetividade da perda alargada no "direito vivo" 476
6.8 O momento da decisão sobre o mérito e o *quantum* da perda alargada 478
6.9 A perda alargada fere princípios do processo penal ou garantias individuais? 481
6.9.1 A perda alargada viola o direito à propriedade privada? 482
6.9.1.1 O direito de propriedade privada e seus limites 483
6.9.1.2 O interesse público que subjaz à perda alargada 487

6.9.1.3 A ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade – suposto direito à propriedade privada *versus* enfrentamento da criminalidade organizada 488

6.9.2 A perda alargada gera a inversão do ônus da prova em processo penal? 493

6.9.3 A perda alargada cria presunção da culpa (violação dos princípios da culpa, da presunção da inocência, e do *nemo tenetur se detegere*)? 498

6.9.4 A perda alargada sinaliza a "banalização dos remédios fortes"? 505

6.10 A perda alargada pelo viés meramente econômico 509

6.11 A perda alargada e o confisco geral de bens 514

7 DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA PERDA ALARGADA 517

7.1 Delimitação da complexidade da controvérsia 517

7.2 A perda alargada é uma pena? 521

7.2.1 A perda alargada e a pena possuem finalidade de prevenção e se subsumem ao princípio da subsidiariedade 526

7.2.2 A perda alargada pena afronta o garantismo penal? 529

7.2.3 A perda alargada pena viola princípios estruturantes do processo penal? 530

7.2.4 Fundamentos comuns ao TEDH e ao Tribunal Constitucional português no sentido de que a perda alargada não é uma sanção penal 531

7.2.5 Os parâmetros criados pelo TEDH para caracterizar se há acusação em matéria penal não se coadunam com a liquidação do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro 535

7.2.6 A ressalva inicial do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, dissocia a perda alargada de uma pena 539

7.2.7 A perda alargada não tem vinculação direta com a condenação e nem guarda relação de proporcionalidade com o crime cometido 541

7.3 A perda alargada é um efeito da pena? 542

7.4 A perda alargada é uma reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança? 547

7.5. A perda alargada é uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal? 552

7.6 A perda alargada é uma sanção cível objeto de uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa? 554

7.7 A perda alargada é uma medida (de natureza civil ou administrativa) aplicada por ocasião de um processo pena? 565

7.7.1 A perda alargada é uma medida de natureza civil? 567

7.7.2 A perda alargada é uma medida materialmente administrativa? 570

7.8 A perda alargada como medida administrativa objeto de procedimento enxertado no processo penal e decidida na sentença condenatória (modelo português) 575

7.9 A perda alargada como medida administrativa com admissibilidade decidida na sentença condenatória e apuração e liquidação posteriores 576

7.10 A perda alargada como medida administrativa com apuração e liquidação independente do processo penal (concomitante ou posterior) 580

CONCLUSÃO **583**

BIBLIOGRAFIA **595**

ANEXO I: Projeto de Lei n.º 4.850/2016, de 29 de março **623**

ANEXO II: Projeto de Lei do Senado n.º 103/2016 ..... **627**

ANEXO III: Esboço de Projeto de Lei para a inserção, no Código Penal brasileiro, da modalidade de perda de bens denominada "perda ampliada" **631**

INTRODUÇÃO

Delimitação do tema e apontamento dos capítulos (sequência de análise)

O cerne deste trabalho pode ser resumido na busca da definição da natureza jurídica do instrumento legal usualmente denominado perda alargada ou confisco ampliado, que está previsto, em Portugal, no artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, enfatizando-se a importância dessa definição – e de suas possíveis consequências – para a delimitação dessa moderna ferramenta de recuperação de ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira.

Naquilo que pode ser a formulação do problema desta tese, inicia-se pela constatação de que, dentre os inovadores instrumentos legais que visam à recuperação de ativos provenientes de práticas criminais (*stolen asset recovery*), sobretudo da criminalidade organizada com algum viés de lucro, a perda alargada tem figurado com cada vez mais frequência nas legislações de Estados de Direito. Em Portugal não foi diferente, tendo a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, passado a prever hipótese congênere.

Por envolver delicados aspectos penais e processuais penais, como o ônus da prova, a definição sobre o que é vantagem ou proveito da atividade criminosa e a utilização de presunção, potencialmente afetando princípios como da presunção de inocência, da culpa e do *nemo tenetur se detegere*, além do direito à propriedade privada, a perda alargada, em Portugal e alhures, não escapa da controvérsia, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

E essa controvérsia atinge a definição da natureza jurídica da perda alargada, conceituada, por exemplo, como pena, efeito da pena, reação penal de natureza substantiva

(análoga a uma medida de segurança), sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal, sanção civil ou medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal.

Embora todas as conceituações tenham pontos em comum, apresentam distinções substanciais, explicitadas, sobretudo, quando da constatação de que a perda alargada decorre, de fato, de um patrimônio injustificado do arguido/condenado, e não da condenação (da culpa) por certa infração penal – que serve apenas como um requisito, e nem sempre essencial; ainda, por não levar em conta a gravidade do ilícito típico, tampouco a proporcionalidade entre este e o confisco a ser operado; também, pela aparente inexistência de algum perigo do patrimônio injustificado, cuja vinculação com a prática de crime reside numa presunção; e, por fim, pela não verificação, verdadeiramente, de uma sanção, quiçá mais se parecendo com uma medida administrativa, com as peculiaridades de – por vezes – depender de uma condenação penal e por seu procedimento tramitar e ser decidido num processo criminal ou orbitante a ele.

A definição da natureza jurídica da perda alargada, que, como se vê, está longe de um consenso, importa não apenas ao campo teórico, mas para o fim de situar seu momento de concretização, isto é, independente, em concomitância ou depois de uma ação penal; também, o ambiente mais adequado ao seu manejo, a saber, no processo penal, no processo civil ou na seara administrativa. Isso porque, a despeito de a perda alargada da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, estar atrelada formalmente ao processo penal, sendo decidida simultaneamente com o mérito da ação, em outros ordenamentos legais não é assim. Não bastasse, cada vez mais são debatidos temas como a flexibilização dos instrumentos de confisco (inclusive com independência ao processo penal e, mesmo, a uma condenação criminal) e suas ampliações, sempre como reforço às metas de que o crime não deve compensar, e, ao lado, do enfraquecimento das estruturas das organizações criminosas por sua descapitalização.

É desse contexto que surge o problema da presente investigação: em suma, qual a natureza jurídica da perda alargada (seja a prevista em Portugal, sejam as positivadas noutros Estados de Direito), bem assim se aludida definição recomenda sua manutenção como hoje legalmente contemplada em Portugal, ou, em sentido diverso, enseja alguma alteração em termos do momento em que decidida (juntamente com a condenação criminal) e do local em que tramita (no processo penal), na linha do que já ocorre noutros sistemas legais ou tem sido sugerido em diversos fóruns e diplomas comunitários europeus e internacionais.

Com esse panorama, a hipótese básica do trabalho aborda se a perda alargada (não apenas a do artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro), por suas características, amolda-se a um daqueles conceitos ou não se enquadra em nenhum deles, estando pendente de conformação.

A pavimentação da natureza jurídica do confisco ampliado interessa para melhor situá-lo em relação ao seu momento procedimental e decisório, ou seja, se necessita ser inferido juntamente com a decisão do mérito da ação penal (mais especificamente, na sentença condenatória proferida ao fim de uma ação penal), como ocorre em Portugal, ou se, com a finalidade de maior efetividade como instrumento de recuperação de ativos, pode ser desatrelado não apenas do ato da sentença condenatória, mas, quiçá, da própria ação penal, sendo estipulado em concomitância, depois ou, mesmo, com total independência, como se verifica noutros ordenamentos legais.

Além disso, a concepção da natureza jurídica da perda alargada serve para delimitar o ambiente processual mais adequado ao seu manejo, sempre tendo o enfoque de sua finalidade como ferramenta de recuperação de ativos da criminalidade organizada: no processo penal (a realidade portuguesa) ou noutras áreas, como no processo civil ou no âmbito administrativo, situações presentes alhures e objeto de sugestões de diplomas e fóruns comunitários e internacionais que tratam das medidas de ataque ao lucro do crime.

Com esses traços, o objetivo geral da dissertação almeja conceituar a natureza jurídica da perda alargada, em Portugal e em outros sistemas legais em que prevista, como em Espanha, França, Itália, Reino Unido, Estados Unidos da América, Alemanha e Holanda. Tais Estados não foram escolhidos ao acaso, mas sim porque se destacam nas previsões em seus ordenamentos e/ou na aplicação do confisco ampliado e de outros instrumentos agressivos no campo da recuperação de ativos.

Já como objetivos específicos, podem ser listados: a) enfatizar a importância de uma precisão da natureza jurídica da perda alargada como instrumento efetivo de recuperação de ativos provenientes da criminalidade organizada e econômico-financeira nos Estados de Direito; b) enfocar como a perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, e, ainda, de outros sistemas legais de Estados como Espanha, França, Itália, Reino Unido, Estados Unidos da América, Alemanha e Holanda, tem sido definida em termos de natureza jurídica; c) analisar de que forma a conceituação da natureza jurídica da perda alargada influencia na sua situação procedimental e decisória, isto é, se numa ação penal e decidida com a condenação, no exemplo de Portugal, ou em concomitância, depois ou com independência ao processo penal, e desconectada da

sentença condenatória; d) abordar a perspectiva de a concepção da natureza jurídica da perda alargada delimitar seu ambiente processual mais adequado ao seu manejo (tendo como norte sua presteza ao nível de *asset recovery)*, seja no processo penal, seja no processo civil, seja vinculada a algum procedimento administrativo, confrontando a realidade de Portugal, de outros Estados de Direito e as sugestões e recomendações de fóruns/organismos internacionais que se ocupam do enfrentamento da criminalidade organizada com fim de lucro – mesmo que indiretamente.

Para dar vazão à pesquisa, no primeiro capítulo far-se-á a síntese das novas formas de criminalidade organizada (com fim direto ou não de lucro) do século XXI, seus prejuízos e reflexos negativos às sociedades, e o surgimento e o incremento da política criminal de recuperação de ativos, na meta de que "o crime não compense". Será abordada a possível vinculação dessa moderna e transnacional política criminal com os fenômenos da "expansão do direito penal" e do "direito penal do risco", e o indicado papel das ferramentas de perda alargada como meio de recuperação de ativos da criminalidade organizada.

O segundo capítulo iniciará com um bosquejo histórico da aplicação do confisco como consequência de infração penal, da sua fase remota (como meio de injustiças extremas), passando pelo período de proibição ao nível constitucional, até culminar reaproveitado e fortalecido, já no período dos Estados de Direito, inserto na política criminal de recuperação de ativos. No discorrer, serão diferenciadas os confiscos "clássicos" e "ampliados", avançando-se aos modernos instrumentos legais de recuperação de ativos, como a criminalização do enriquecimento ilícito, as ações ou procedimentos *in rem* e outras formas "musculosas".

O terceiro capítulo abordará como os instrumentos de perda alargada estão sendo debatidos nos níveis comunitário europeu e internacional no enfrentamento da criminalidade organizada com fim de lucro (direto ou não), em fóruns e diplomas normativos como as Convenções das Nações Unidas, as Convenções do Conselho da Europa, as Decisões Quadro e as Diretivas do Parlamento Europeu. Também merecerá destaque o Projecto Fenix, mormente quanto às suas recomendações concernentes à perda alargada.

O quarto capítulo será destinado a descortinar como as ferramentas legais de confisco ampliado na União Europeia têm sido observadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (notadamente, na consonância ou não com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos), e, localmente, a linha conceitual atual – e de conformidade ou não com

a Constituição da República Portuguesa – adotada pelo Tribunal Constitucional frente à perda alargada positivada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

No quinto capítulo terá espaço o estudo dos instrumentos de confisco ampliado previstos nos ordenamentos de Espanha, França, Itália, Reino Unido, Estados Unidos da América, Alemanha e Holanda. Já frisado, a escolha não é aleatória, e sim por esses Estados possuírem, em seus ordenamentos, já há algum tempo, diferentes modalidades de ferramentas modernas de recuperação de ativos, inclusive com recentes atualizações – e. g., as acontecidas na Espanha e na Itália. Ademais, a presença mais longeva de instrumentos agressivos de recuperação de ativos nos direitos internos fez surgir nesses Estados maior debate doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, nomeadamente quanto aos reflexos de consonância constitucional e, no sítio comunitário, em relação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O Brasil, que refoge desse contexto por ainda não contemplar em sua legislação um instrumento legal "musculado" de recuperação de ativos, foi inserido ao fim desse capítulo para a análise do cabimento e da pertinência de alguma positivação nesse sentido (salientando-se que existem projetos de lei em discussão no Congresso Nacional), já que é o local em que o autor do trabalho desempenha suas atividades jurídicas no "direito vivo", inclusive nas searas do direito penal e do direito processual penal, como membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

O sexto capítulo será destinado à abordagem da perda alargada portuguesa, prevista no artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro: sua tipificação legal e os requisitos da condenação com trânsito em julgado por crime previsto em catálogo e da existência de um patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do condenado; a presunção da ilicitude da origem do patrimônio, a restrição temporal aos efeitos da perda alargada e a necessidade ou não da prova do anterior envolvimento do condenado com ilícitos típicos similares. Outrossim, serão analisadas as consequências do preenchimento dos requisitos, a delimitação da carga probatória da acusação, as hipóteses de elisão da presunção e o momento da decisão sobre o mérito e o *quantum* da perda alargada. Ainda, haverá espaço para o exame das críticas comumente dirigidas à perda alargada por parcela da doutrina (em Portugal e no exterior – relativas a instrumentos legais similares), como a violação do direito à propriedade privada, a inversão do ônus da prova em processo penal, a presunção de culpa (ou a violação dos princípios da culpa, da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*), a ausência de carga probatória à acusação, o ferimento do princípio do processo equitativo e a possibilidade de confisco geral, dentre outras. Noutro enfoque, mas igualmente palco de comentários críticos envolvendo a perda alargada, serão averiguados a

existência ou não de uma banalização dos "remédios fortes" (em suma, pela positivação, em cada vez mais escala, de ferramentas agressivas de recuperação de ativos, sobretudo nos Estados do ambiente comunitário europeu), e os potenciais reflexos econômicos aos Estados em decorrência da política criminal disseminada de fomento ao *follow the money* como estratégia de enfrentamento da criminalidade organizada.

O sétimo capítulo mergulhará no cerne do trabalho, na tentativa de definir a natureza jurídica da perda alargada, aí incluindo a prevista no artigo 7.º, n.º 1 da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, em cotejo com os conceitos das ferramentas de confisco ampliado daqueles outros Estados. Por conta disso, serão dissecadas as consistências e as inconsistências das atribuições da perda alargada como pena, efeito da pena, reação penal (de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança), sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal, sanção civil, medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal, além de outras conformações possíveis, suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência em Portugal e alhures. E, determinada dogmaticamente uma definição da natureza jurídica da perda alargada, será ponderado seu reflexo quanto ao momento de sua decisão, ainda mantida vincada ao processo penal: isto é, se a pretensão de sua aplicação deve tramitar num procedimento processual penal e com decisão na sentença condenatória (seja sobre o todo da perda alargada, seja sobre seu cabimento, mas com apuração e liquidação posteriores), ou num procedimento processual penal e com decisão independente (concomitante ou posterior) da sentença condenatória. Por fim, serão contempladas as possíveis decorrências da definição da natureza jurídica da perda alargada quanto ao tipo de processo em que sua pretensão deve tramitar e ser decidida: num processo penal (como no modelo português), num processo civil (como ocorre com as ações *in rem* e em outras de natureza *non-conviction based forfeiture*) ou num processo administrativo (como ocorre nas fases prévias dos procedimentos *in rem* dos Estados Unidos da América).

Relevância e utilidade do tema

O tema da tese, ousa-se afirmar, é de extrema relevância acadêmica e, também, ao "direito vivo", evidenciando sua utilidade.

Definir a natureza jurídica da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, e de outros instrumentos de confisco ampliado similares, enseja mergulhar na essência de uma das mais importantes modernas ferramentas de recuperação de ativos

da criminalidade organizada – não por coincidência, como em Portugal, há procedimentos correlatos de confisco musculado nas legislações da Alemanha, Itália, Espanha, Reino Unido e Holanda, dentre tantas outras.

Pois o caminho ao núcleo duro da perda alargada exige confrontar seus aspectos penais e processuais penais com princípios e garantias de peso constitucional, além de previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Somente então, superado tal confronto e dependendo de seu resultado, poder-se-á desnudar a real – ou ao menos a que se mostra mais adequada – natureza jurídica da agressiva ferramenta legal de Portugal e alhures. De lembrar que, até o momento, a perda alargada recebe, de autores diversos, conceitos igualmente variados e com diferenças significativas.

A busca de um conceito uniforme da natureza jurídica da perda alargada é relevante, enfim, ao meio acadêmico. É preciso angariar-se a certeza de que um instrumento legal tão poderoso – e ao mesmo tempo tão potencialmente danoso a direitos e garantias individuais – é consonante com princípios da Constituição da República Portuguesa (e que, invariavelmente, constam nas Cartas Constitucionais dos Estados de Direito Democrático) e com o Convenção Europeia dos Direitos Humanos; ou, não sendo, que reste amoldado aos diplomas fundamentais ou, se impossível, até mesmo extirpado dos ordenamentos legais.

Mas não só à academia o tema da dissertação importa.

Espelhando a relevância prática e, consectário, também a utilidade do trabalho desenvolvido nas páginas seguintes, atribuir a adequada natureza jurídica gera consequências ao nível do momento em que a perda alargada é aplicada (isto é, no curso ou depois do processo penal) e do meio legal em que tramitada e decidida (dentre as possibilidades dos processos penal, civil ou administrativo). Para exemplificar: se a perda alargada é pena, deve estar estritamente vincada à culpa e inexoravelmente ser decidida na sentença condenatória; se é uma sanção civil ou administrativa, pode desprender-se da fase do julgamento e do próprio processo penal; e se é medida administrativa não só pode como talvez deva não estar atrelada a um processo penal e à discussão da culpa.

Conste, mais, que a relevância e a utilidade da temática transcendem o universo do ordenamento legal português, onde inserida a perda alargada pela Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro: alcançam outros Estados, notadamente do âmbito comunitário europeu, já que instrumentos de confisco ampliado e outros de gênese de recuperação de ativos estão espalhados e cada vez mais difundidos nas legislações internas.

Em suma, ao fim do estudo, poder-se-á até mesmo trazer à baila se, dependendo da natureza jurídica encontrada, deve a perda alargada ser mantida como preconizada pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (enxertada no processo penal e decidida na sentença condenatória) ou alterada em relação ao sítio e/ou ao momento de decisão.

1 NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE ORGANIZADA. ESBOÇO HISTÓRICO DOS INSTRUMENTOS DE PERDA ALARGADA

1.1 Criminalidade organizada, criminalidade altamente organizada e organizações criminosas

A realidade social da segunda década do século XXI depara-se com avanços tecnológicos que inegavelmente trazem melhor qualidade de vida. Mas, paradoxalmente, o mundo moderno e tecnológico, da sociedade pós-industrial[1] ou do risco[2], já há algum tempo, convive com a intensificação de espécie de criminalidade organizada, num simulacro de modelo empresarial – com hierarquia clara, divisão de tarefas, mobilidade, expertise dos integrantes, atuação em ramos e espaços diversos – em que o fim almejado, direta ou indiretamente, é o lucro.

A busca de um enquadramento normativo a essa moderna roupagem de atividade criminosa, em termos de ilícitos típicos, pode encontrar guarida, por exemplo, no conceito jurídico de criminalidade altamente organizada trazido pelo artigo 1º, alínea m), do Código de Processo Penal português[3] (desde que com algum fim de lucro, o que engloba, grosso modo, a maioria dos casos); ou, também em solo lusitano, no âmbito dos tipos penais do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) a n), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro ("Medidas de Combate à Criminalidade Organizada"), condizentes à "criminalidade organizada e económico-financeira", como anotado no sumário dessa legislação[4]; ou, ainda, agora

---

[1] Vide GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.ed. Cambridge: Polity Press: 1997, pp. 526 e ss. A definição original de sociedade pós-industrial é de BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society:* a venture in social forecasting. Londres: Heinemann, 1973.

[2] Cujo conceito original foi formulado por BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986. Nos anos sequentes, Beck atualizou a definição de sociedade do risco como "a época do industrialismo em que o homem é confrontado com o desafio da possibilidade de autodestruição de toda a vida na terra por via da decisão industrial" (BECK, Ulrich. *Politik in der Risikogesellschaft.* Frankfurt: Suhrkamp, 1991, p. 4); ou, mais recentemente, como "uma fase de desenvolvimento da sociedade moderna em que, através da dinâmica de mudança, a produção de riscos políticos, ecológicos e individuais escapa, cada vez mais, às instituições de controle e proteção da sociedade industrial (BECK, Ulrich. *Die Erfindung des Politischen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993, p. 35). O paradigma de "sociedade do risco", porém, parece seguir em aberto e com vários significados. Sobre o tema, vide MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

[3] Literalmente, "considera-se criminalidade altamente organizada as condutas que integrarem crime de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação econômica em negócio ou branqueamento".

[4] Que sofreu importantes alterações com o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, inclusive no que toca ao catálogo de crimes, o que será objeto de análise detida mais adiante.

voltando os olhos ao ambiente brasileiro, naquilo que a Lei nº 12.850/2013 define como organização criminosa[5].

Num patamar mais amplo, atingindo o espaço comunitário europeu, pode-se utilizar o significado entabulado pela Decisão-Quadro n.º 2008/841/JAI, do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 2008, "relativa à luta contra a criminalidade organizada", que, em seu artigo 1º, n.º 1, explica organização criminosa como a associação estruturada de mais de duas pessoas, "que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material"[6].

No palco internacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 15 de novembro de 2000, em seu artigo 2.º, alínea a), define "grupo criminoso organizado" como o integrado por três ou mais pessoas, durante período de tempo, atuando concertadamente para praticar um ou mais crimes graves ou infrações

[5] Artigo 1.º, parágrafo 1.º: "considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro anos), ou que sejam de caráter transnacional". No assunto que permeia a fixação do que é organização criminosa, discorda-se frontalmente da posição defendida por Juarez Santos, calcada na denominada "Teoria do Mito": "o conceito americano de crime organizado é do ponto de vista da realidade, um mito: do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e do ponto de vista prático, um rotulo desnecessário"; cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, 2003, p. 216. Essa teoria, outrora, também foi sustentada por Zaffaroni, ao conjecturar que não existem organizações criminosas, sendo seu conceito uma criação ou categoria forjada a partir da história (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime Organizado:* uma categoria frustrada. Rio de Janeiro: Discursos Sediciosos, 1996, p. 46). Pensa-se que tal teoria é que, de fato, representa um mito, mais se prestando à repercussão insistente, ecoando na seara acadêmica, de estratégias de defesas adotadas por arguidos envolvidos com atividades de organizações criminosas. Uma boa síntese do refuto à "Teoria do Mito" é feita por Baltazar Júnior, para quem "o discurso do mito, além de estar presente em estudos acadêmicos, consiste em uma antiga estratégia de defesa, adotada tanto na Itália, pelos defensores dos líderes mafiosos nos megaprocessos, e nos Estados Unidos, quanto no Brasil"; cf. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e proibição de insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79. Numa descrição antagônica à "Teoria do Mito", a "Teoria da Conspiração" não apenas reconhece a óbvia existência das organizações criminosas, como – pondera-se, corretamente – as considera fonte de risco permanente aos Estados de Direito, com suas possíveis transmutações para verdadeiros "estados criminosos", mormente pela corrupção de funcionários públicos e deterioração das instituições públicas, inclusive na seara da persecução penal. Sobre isso, vide GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação:* questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

[6] Aludida Decisão-Quadro, no n.º 2 do artigo 2.º, conceitua associação estruturada como "uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada". A Decisão-Quadro Decisão-Quadro n.º 2008/841/JAI está disponível em http://www.cmvm.pt/pt/CMVM/branqueamento/Documents/DECIS%C3%83O-UADRO%202008 _841.pdf.

estabelecidas na própria Convenção, com o intento da obtenção, direta ou indiretamente, de benefício econômico ou material[7].

Enfim, um conceito comum parece seguir em aberto, como apontado na Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013, sobre "a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver", na qual, em seu item n.º 6, insta a Comissão Europeia a que, com enfoque naquela Decisão-Quadro n.º 2008/841/JAI e nas legislações mais avançadas dos Estados Membros, apresente, até o final do ano de 2013, "uma proposta legislativa que estabeleça uma definição comum de criminalidade organizada, que deve contemplar, nomeadamente, o crime de participação numa organização criminosa transnacional e realçar o facto de esses grupos criminosos terem uma vocação empresarial, serem altamente organizados, tecnologicamente sofisticados (...)"[8].

Pendências à parte, neste trabalho, cujo foco é procurar clarificar a natureza jurídica da perda alargada (como a prevista no sistema legal português), serão tratadas indistintamente as expressões "criminalidade organizada" (inclusive a "altamente") e "criminalidade organizada de viés econômico-financeiro"[9], porquanto ambas têm – quase sempre – no lucro ilícito um denominador comum, embora não se ignore a existência de

---

[7] Disponível na versão em português em http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf.

[8] Disponível em http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013IP0444.

[9] Com precisão, aduz Jorge dos Reis Bravo: "criminalidade organizada e criminalidade económico-financeira não são, rigorosamente, conceitos (técnico-) jurídicos; são conceitos eminentemente operativos ou instrumentais. (...) Ambas as categorias não se confundem nem se excluem. Graficamente, poderiam representar-se como dois círculos sobrepostos que coincidem na maior parte da área de ambos, apenas com margens não sobrepostas (em forma de quarto minguante e de quarto crescente) pertinentes em exclusivo a cada um dos conceitos. O carácter polissémico das expressões não evita que possa considerar-se haver criminalidade organizada que não é económico-financeira, assim como haverá criminalidade económico-financeira que não é organizada. São, no entanto, muito mais expressivas as situações de confluência e intersecção das duas categorias do que a sua autonomia ou exclusão recíprocas". E prossegue: "não são idênticas as razões político-criminais e as preocupações teleológicas da punibilidade da criminalidade económico-financeira e da criminalidade organizada. Nem os princípios orientadores das especificidades dogmáticas, normativas e criminológicas de tais realidades. Isso não exclui que se constate uma interpenetração e intersecção de tais modalidades delituosas, e as suas extensas faces de contiguidade justificam que se procure fazer uma abordagem integrada ou comum, sem embargo de se reconhecer a ambas as realidades certas matrizes de identidade própria e mesmo alguma autonomia de processos, de métodos e objectivos, na concretização das finalidades (criminosas) que se propõem"; cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, pp. 16-17 e 19. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015. Por outro ângulo, Figueiredo Dias alude que, tendo por base fatores como a perigosidade ou ser motivo de preocupação político-criminal, pode-se atribuir a natureza de criminalidade organizada a "qualquer grupo, organização ou associação, cuja finalidade, exclusiva ou predominante, seja a prática de crimes, de quaisquer crimes" (DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, nº 71, Mar.-Abr. 2008, p. 16).

diferenças substanciais entre elas[10]. Em similar, serão consideradas aqui, como sinônimas, as denominações "criminalidade organizada" e "organizações criminosas", a despeito de também não se olvidar de suas diferenças até mesmo semânticas.

Numa linha a mais, é plausível, mormente para o efeito pretendido nesta dissertação, tratar as organizações ou associações criminosas (por vezes intituladas grupos criminosos, facções, máfias ou associações mafiosas, etc.) como as estruturas atomizadas e concretas que se prestam como instrumentos às atividades da criminalidade organizada – abrangendo a criminalidade altamente organizada e a criminalidade organizada econômico-financeira[11].

1.2 Novas formas de criminalidade organizada que visam lucro e variações de modalidades antigas

A pluralidade das atividades da criminalidade organizada moderna não se restringe aos níveis de local e estrutura[12], e sim, na mesma medida, na atuação cada vez mais dinâmica e diversificada[13]. As organizações criminosas[14] também se tornaram pulverizadas

[10] Vide, neste aspecto, DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 30.

[11] O panorama atual da criminalidade – organizada – econômico-financeira é algo significativamente extremado das primeiras noções dos crimes econômicos. Figueiredo Dias e Costa Andrade lembram que "a história do Direito Penal Económico começa na 1ª Grande Guerra. Este acontecimento, pelos conflitos sociais que o acompanharam, pela necessidade de direcção e mobilização da economia para os esforços da guerra, obrigaram o Estado a assumir o papel de responsável maior pelo curso da vida económica, dirigindo-o, conformando-o e defendendo-o. Isto obrigou ao esquecimento – que seria defintivo e irreversível – do modelo liberal de separação entre o direito e a economia, o Estado e a sociedade. E criaram-se, por outro lado, os pressupostos do recurso ao direito penal (económico) como meio preferencial de defesa do modelo económico querido pelo Estado" (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 323). A criminalidade econômico-financeira de que trata a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e que será objeto de estudo neste trabalho, insere-se naquela moderna roupagem das estruturas (organizações) criminosas de modelo empresarial diversificado e comumente transnacional, quando nocivas aos sistemas econômicos e financeiros internacionais e dos Estados, seja pela magnitude dos prejuízos gerados, seja pela contumaz atividade de branqueamento de capitais (colocando no comércio legal ativos provenientes de ilícitos), seja pelas eventuais interferências nos próprios órgãos público-estatais, notadamente por intermédio da corrupção, seja, enfim e genericamente, pela variedade de lesões potencialmente ocasionadas aos bens jurídicos supra-individuais de cariz econômico ou financeiro. Quanto aos critérios para conceituar criminalidade econômico-financeira, vide SILVA, Germano Marques da. Criminalidade Económica e Financeira: Processo e prova. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). IV Congresso de Processo Penal. Primeiro Congresso Luso-Brasileiro de Criminalidade Económico-Financeira – Memórias. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 17-18.

[12] Sobre o tema, abordando aspectos como o declínio do Estado nacional, a globalização do mercado, a emergente criminalidade transnacional e seus reflexos no continente europeu, vide CENTONZE, Alessandro. *Contiguità mafiose e contiguità criminali.* Milão: Giuffrè Editore, 2013, pp. 206-238.

[13] Cusson, estudando as organizações mafiosas do novo milênio, aponta que "tudo o que vem à rede é peixe: furto e revenda de automóveis, tráficos de armas, o escuro negócio da protecção, branqueamento de dinheiro,

no cometimento de infrações penais, saltando, por exemplo, do tráfico de drogas localizado em um bairro ou num pequeno sítio para o de ambiente transfronteiriço ou internacional[15]; noutros casos, ampliando ações para o tráfico de seres humanos, crimes financeiros e ambientais, tráfico internacional de armas, contrafação, cibercrime, desvio de dinheiro público, fraude e extorsão – todos, não raro, em caráter transnacional ou transeuropeu, e cujos produtos e vantagens comumente são objeto de branqueamento de capitais[16].

Conforme anotado nos "considerandos" da Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013, "sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver", "as organizações criminosas têm alargado gradualmente as suas áreas de influência à escala internacional, pela globalização econômica e pelas novas tecnologias", e "são cada vez mais diversificadas, com novas ligações entre o tráfico de droga, o tráfico de seres humanos, a ajuda à imigração clandestina, o tráfico de armas e o branqueamento de capitais"; ainda, junto com a corrupção, "representam grandes ameaças em termos de custos para a economia da União Europeia"; em suma, "a criminalidade organizada se assemelha cada vez mais a uma entidade económica global, com uma forte vocação empresarial e especializada no fornecimento simultâneo de diferentes tipos de bens e serviços ilegais — mas também, e em numero crescente, legais — com um impacto cada vez maior na economia europeia e mundial"[17]. Não é de hoje, e isso é certo, que "as fronteiras são cada vez mais próximas e permeáveis e o crime regista, a par da economia lícita, globalização

---

contrabando, falsificação de cartões de crédito, pornografia, etc.", cf. CUSSON, Maurice. *Criminologia.* 2.ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2007, p. 227.

[14] Uma síntese do panorama das organizações criminosas espalhadas pelo mundo é feita por LOPES, Nilza Teixeira Rodrigues. *Medida de combate ao crime organizado*: ação civil de extinção de domínio, uma análise do Direito Comparado. 2012. 111p. Dissertação de Mestrado (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Comparado - Internacional Econômico), Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012, pp. 16-24.

[15] Lembra Jorge dos Reis Bravo que "são ainda marcas distintivas destas formas contemporâneas de crime a sua versatilidade, invisibilidade e capacidade de vulneração de sensíveis pontos do sistema económico, político e financeiro mundial, a sua mobilidade e capacidade de regeneração. É frequente que uma dada organização criminosa não se confine a uma só actividade ilícita, distribuindo-se por diversas áreas de interesse, ou criando parcerias com outras organizações complementares ou, mesmo, investindo simultaneamente em actividades ilícitas, ao lado de um ramo de actividade principal ('core-business')"; cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 15. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

[16] Teor do Considerando E da Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2011, "sobre a criminalidade organizada na União Europeia", aqui tomado como uma possível ilustração da dimensão da atuação da criminalidade organizada, atualmente.

[17] Considerandos B e C da Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013, "sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver", disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013IP0444.

crescente"[18]. Essa "globalização do crime" tem subvertido a figura do Estado-Nação, "transformando de forma profunda os processos de governação, e deixando o Estado, em muitos casos, efectivamente de mãos atadas"[19]. E, "assim como na globalização económica não se visa conquistar países mas mercados, na criminalidade global (organizada) visa-se adquirir o maior lucro possível"[20].

Aliás, por mais paradoxal que possa soar, a tecnologia, que infindáveis benefícios traz à humanidade em todas as áreas, é descrita pela Europol como o motor da criminalidade organizada na União Europeia, sendo diretamente responsável pelo aumento no patamar de 28% no número de grupos de crime organizado desde o ano de 2013, totalizando mais de 1400 no ano de 2017[21]. Segundo a Europol, "a taxa de inovação tecnológica e a habilidade de redes de crime organizado se adaptarem a esta tecnologia têm aumentado progressivamente ao longo dos últimos anos", sendo uma das causas desse aumento o "surgimento de grupos menores e empreendedores individuais que se dedicam a atividades criminosas, especialmente as que ocorrem online[22]. De fato, inovações reais (como drones e impressoras 3D) e virtuais (como a comunicação criptografada e as *darknets*) têm servido como instrumentos cada vez mais comuns em ações das organizações criminosas, e não apenas no âmbito da cibercriminalidade.

Contudo, importa recordar, as mutantes formas da criminalidade organizada não são uma novidade recente. A história revela que grupos de piratas atuantes nos séculos XVII e XVIII contavam com organização estável, liderança hierárquica e separação de tarefas. Esses grupos criminosos possuíam redes de apoio até mesmo oficiais, de Estados que restavam comercialmente beneficiados com as ações ilícitas. Características como a estabilidade (não raro, a permanência dos indivíduos estendia-se por anos ou por toda uma vida), a estrutura hierárquica (um chefe reconhecido por todos zelava pelo cumprimento das regras comuns e da divisão de tarefas) e a organização (cada integrante subordinado

---

[18] SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação na recuperação de activos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 105 (Jan.-Mar. 2006), p. 118.

[19] CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação:* Economia, Sociedade e Cultura. Vol. II. O Poder da Identidade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 313.

[20] BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 10. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

[21] Vê-se, pois, que "o crime organizado tem buscado dentro do próprio sistema a evolução dos mecanismos tecnológicos", cf. LINHARES, Solon Cícero. *Confisco alargado de bens:* uma reflexão crítica sobre a política de recuperação de ativos provenientes de práticas ilícitas. Tese de Doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil, 2016, p. 15.

[22] Trechos constantes de comunicado do diretor da Europol, Rob Wainwright, reproduzidos na reportagem sob o título "Cibersegurança. Tecnologia é motor da criminalidade organizada na União Europeia, diz Europol", publicada em 9 de março de 2017, disponível em http://www.publico.pt.

recebia uma parcela do proveito da atividade criminosa) permitiam que os dos grupos de piratas prosseguissem agindo sem maiores dificuldades mesmo havendo a morte ou a prisão do momentâneo líder máximo. Porém, embora os grupos de piratas fossem naturalmente movediços, suas atividades ilegais eram geograficamente concentradas. E essa marca, como regra geral, acompanhou as organizações criminosas com o passar do tempo.

Prosseguiu assim durante grande parte do século XX, quando o mundo testemunhou a atuação das máfias italianas, russas, chinesas e japonesas, dos grupos de *gangsters* norte-americanos, e dos grandes cartéis de drogas da América do Sul e do México: como traço comum, todas essas empresas do crime mantiveram limitação territorial razoavelmente precisa, a despeito de os efeitos das atividades (e os negócios escusos) poderem frequentemente alcançar outros países e até outros continentes.

Mas foi com maior visibilidade no quadrante final do século passado que organizações criminosas como aquelas – e tantas outras novas – aproveitaram fenômenos historicamente recentes como a globalização[23], o surgimento da *internet*, o declínio dos países comunistas do leste europeu e os sistemas comunitários[24] para pulverizarem-se pelo mundo[25].

E, como num processo de aparente metamorfose, os grupos criminosos seguiram com ações distintas da criminalidade patrimonial "tradicional" (em que o lucro também é o fim) pelas características da organização hierárquica e empresarial, da expertise de seus integrantes e da separação de funções; avançaram na praxe da dispersão das vantagens angariadas mediante dissimulação e ocultação da origem, localização e propriedade; e

---

[23] Acerca do conceito de globalização e suas implicações para a criminalidade e o Direito Penal, vide SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansíon del Derecho Penal:* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3.ed. Madri: Edisofer, 2011, pp. 85 e ss. Ainda, COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Econômico. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 95-111; FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, 'sociedade de risco' e o futuro do Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2001, pp. 35 e ss; e FERRAJOLI, Luigi. Criminalidade e globalização. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 24, n.º 96, Out.-Dez. 2003, pp. 7-20.

[24] A abertura de espaços comunitários e o rompimento de fronteiras econômicas geraram um subproduto: a liberdade de circulação atingiu os bons e, também, os maus, favorecendo a que o crime igualmente passasse a transitar mais facilmente; cf. LAUREANO, Abel. Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, nº 7, Jan.-Jun. 2010, pp. 283-308.

[25] Em suma, esse tipo de criminalidade "tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre", e na qual "procurar ou destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo", cf. COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Econômico. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 99 e p. 100, respectivamente.

agregaram, como traços novos, não só a expansão e a diversificação das atividades (sendo comum a transnacionalidade[26]), mas, ainda, a evolução da organização administrativa[27] (interna e externa, não raro com ramificações em órgãos dos Estados, mediante a prática da corrupção) e o aumento da lucratividade.

O incremento de um caráter movediço e expansivo da criminalidade organizada, que passou corriqueiramente a ignorar fronteiras, contribui para acentuar a complexidade de qualquer estratégia para seu enfrentamento. Conforme dados coletados pelo Parlamento Europeu com autoridades judiciárias dos Estados-Membros, revelados na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, "relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal", de 21 de dezembro de 2016, o viés transnacional da infração penal do branqueamento de capitais (largamente utilizado pelas organizações criminosas para a ocultação da origem ilícita de ativos) foi evidenciado, no mínimo, em 10% a 15% dos casos de alguns Estados, mas chegando a alcançar o patamar de 70% dos episódios em outros[28].

De modo que, atualmente, soa consolidado o entendimento de que "as organizações criminosas têm uma estrutura de rede caracterizada por altos níveis de flexibilidade, mobilidade, conectividade e interetnicidade, bem como por uma enorme capacidade de infiltração e camuflagem"; além disso, há "uma propensão crescente para o auxílio mútuo entre diferentes organizações criminosas que lhes permite — também através das suas novas estruturas internacionais e da diversificação de suas atividades — superar as diferenças linguísticas ou de interesses comerciais e convergir para tráficos comuns, reduzindo, assim, os custos e maximizando os lucros numa conjuntura de crise económica mundial"[29].

---

[26] O Parlamento Europeu tem se dado conta disso de modo cada vez mais constante. Para exemplificar, o "Considerando H" da Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2011, "sobre a criminalidade organizada na União Europeia", anota que, "relativamente à União Europeia, a ameaça da criminalidade organizada ultrapassa as suas próprias fronteiras, devendo, por isso, ser enfrentada tendo em devida conta a necessidade de uma abordagem global e internacional e, por conseguinte, em estreita cooperação com países terceiros e organismos internacionais, como a Interpol e o "UNODC".

[27] Essa organização compreende, muitas vezes, a mescla entre atividades lícitas e criminosas. Nesse formato, no ambiente de empresas constituídas licitamente e que têm atividades legais, empresários valem-se da própria estrutura física, jurídica e hierárquica das empresas para a instalação, em paralelo, de organizações criminosas com foco na prática de crimes fiscais e ambientais, de fraudes e formação de cartéis; e, também, utilizam as atividades lícitas das empresas para infrações penais de lavagem de dinheiro (das vantagens das atividades criminosas). Nesse sentido, vide MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado:* aspectos gerais e mecanismos legais. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

[28] Menção constante no tópico 2 da Proposta, intitulado "Base Jurídica, Subsidiariedade e Proporcionalidade". A Proposta de Diretiva está disponível em http://www.ec.europa.eu.

[29] Trechos extraídos do considerando F da Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013 "sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver". Em adição, para recortar a real dimensão da problemática da criminalidade

Toda essa nova moldura tornou complexa – além de dramática – qualquer estratégia estatal de prevenção e repressão às ações das organizações criminosas.

Aliás, nunca foi singela tal missão, mesmo frente às estruturas de criminalidade organizada do início e da metade do século XX, o que pode ser evidenciado pela longevidade – por vezes centenária – de organizações como as máfias e os cartéis de drogas. Mais: o fato de as atividades criminosas serem utilizadas não só para o benefício direto dos indivíduos imersos na criminalidade organizada, mas, na mesma medida, para a manutenção e/ou a ampliação das redes de atuação, torna o processo todo altamente atrativo e lucrativo, já que quanto maior o leque das ações criminosas, os ganhos potencialmente tendem a ser multiplicados.

Pois, sem surpreender, com o recheio das novas características, a criminalidade organizada do fim do século XX e deste início do século XXI passou a estabelecer assustador desequilíbrio de forças em relação às ferramentas obsoletas[30] detidas pelos Estados na seara do direito penal tradicional, mormente no campo da recuperação de ativos. Desequilíbrio que, se mantido – ou, pior, aumentado –, tenderá a respaldar ou seguir respaldando que a criminalidade organizada é lucrativa e, portanto, uma atividade que compensa.

Não por coincidência, como se verá adiante, os Estados e as mais diversas organizações comunitárias e internacionais têm se debruçado sobre formas e métodos para o enfrentamento dessa perversa e perniciosa face da criminalidade atual. O resumo dessa trilha comum pode ser extraído do teor da "Agenda Europeia para a Segurança", adotada em abril de 2015, a qual, assentando que "o objetivo principal do crime organizado é o lucro", traz o apelo às autoridades policiais para que foquem nos aspectos financeiros da criminalidade organizada, na sua infiltração na economia legal e na sua correlação com o terrorismo[31].

---

organizada na atualidade, o considerando G da mesma Resolução reporta-se ao relatório SOCTA, publicado pela Europol em 2013, o qual "estima em 3.600 o número de organizações criminosas internacionais que operam na UE e que, destas, 70% têm uma composição e um raio de ação geograficamente heterogéneo e que mais de 30% têm uma propensão para a prática de crimes de índole diversa".

[30] Assim são rotulados os institutos de perda de bens previstos no Código Penal português por MARQUES, Paulo Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In *Lusíada*. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, n.º 10, 2012, p. 294.

[31] *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The European Agenda on Security. Strasbourg, 28.4.2015, COM(2015) 185 final.* Disponível em http://www.ec.europa.eu.

E, se o objetivo principal do crime organizado é o lucro, sua dimensão de patamar assustadoramente alto tem indicado que, corriqueiramente, aquela meta resta plenamente alcançada.

1.3 Prejuízos gerados pela criminalidade organizada com fim de lucro

Um dos vetores que melhor pode ilustrar o resultado nefasto das atividades inerentes à criminalidade organizada é a estimativa – possível – dos valores angariados e movimentados ilicitamente, e comumente retornados aos mercados legais por intermédio do branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro, na denominação brasileira).

Pode-se afirmar que, todos os anos, na Europa e nos quatro cantos do mundo, centenas de bilhões de euros e dólares acabam nas mãos de grupos que exploram incontáveis atividades de criminalidade organizada e econômico-financeira. Num mero exemplo, estima-se que o lucro das organizações criminosas com o tráfico ilegal de imigrantes alcança, em nível mundial, cifras de dez bilhões de dólares por ano[32].

Também, soa como notoriedade que, por maiores que sejam os esforços legais e jurídicos (por órgãos de polícia, do Ministério Público e do Judiciário, e de outros afins), ou políticos (por Estados e/ou comunidades, por seus governantes e parlamentares), muito dos proventos das ações criminosas permanece com seus autores. Esses proventos, para além do enriquecimento ilegal dos membros dos grupos, fortalecem a estrutura criminosa e possibilitam sua expansão, multiplicando os resultados danosos aos Estados e aos seus habitantes – a estes, seja pela exposição direta às atividades exploradas pelos grupos criminosos (como o tráfico de drogas ou de pessoas, as ações terroristas ou de concorrência desleal, etc.), seja pela diminuição das receitas de impostos (que poderiam ser utilizadas na concretização de direitos como saúde, educação ou segurança), seja, mesmo, pelo gerado descrédito nas instituições estatais devido à disseminação do senso de que "o crime compensa".

Com o norte de tentar mensurar os prejuízos decorrentes dessas ações delituosas alastradas pelo globo, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem realizado estudos sistemáticos na seara que se atém ao *follow the money*, até porque os movimentos legais e políticos na tentativa de recuperação de ativos remontam já há algumas décadas. Os estudos que visam clarificar os fundos ilegais oriundos da criminalidade organizada (em

[32] Vide Financial Action Task Force/Groupe D'Action Finacière. Money Laundering & Terrorist Financing Typologies, 2004-2005, 10 Jun. 2005, pp. 65 e ss. Disponível em http://www.fatf-gafi.org.

especial, do tráfico de drogas e de outros crimes transnacionais) e a estimativa da quantidade do que é "lavado" (pelo branqueamento de capitais) nos sistemas financeiros mundiais assustam tanto pelas dificuldades de obtenção de bases confiáveis quanto pela magnitude dos dados revelados.

Exatamente por essas contingências é que o *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC[33]) trata os relatórios feitos nesse campo e as estimativas finais monetárias com cautela, sendo imprescindíveis novas pesquisas e coletas de dados, para além da atualização daquilo já compilado.

Antes do relatório do UNODC, finalizado em 2011, dados sobre a lavagem de dinheiro comumente eram buscados em estudo apresentado pelo Fundo Financeiro Internacional (FMI), em 1998, dando conta de que – aproximadamente – entre 2% e 5% do Produto Interno Bruto (PIB) de todos os países do mundo entravam nessa cota – isto é, eram provenientes de atividades criminosas ou, ao menos, ilícitas.

Não se distanciando muito, pesquisa de 2011 do UNODC sugere que o somatório dos produtos de crimes, em escala mundial, atinge cerca de 3,6% do PIB de todos os Estados (numa margem entre 2,3% e 5,5%), ou cifras de US$ 2,1 trilhões, no ano de 2009. Os montantes disponíveis para branqueamento de capitais são o equivalente a 2,7% do PIB mundial (entre 2,1% e 4%), ou US$ 1,6 trilhão, em 2009. Já os fluxos de valores ligados a atividades do crime organizado internacional (ou transnacional) representam em torno de 1,5% do PIB global, dos quais 70% teriam sido disponíveis para lavagem de dinheiro por intermédio do sistema financeiro. E a maior renda para a criminalidade organizada internacional e transnacional confirma o que se suspeita: de que provém do tráfico de drogas lícitas, alcançando um quinto de todos os produtos dos crimes. No ponto, a pesquisa dá enfoque ao mercado global de tráfico de cocaína, indicando lucros brutos (com os negócios de venda) totais de US$ 85 bilhões no ano de 2009, distribuídos de modo radicalmente desigual, com US$ 1 bilhão recebidos pelos agricultores das regiões andinas da América do Sul (maior produtora da matéria prima da droga), *versus* US$ 84 bilhões destinados aos demais atores do complexo processo do tráfico, até chegar ao consumidor final. A maior parte dos lucros brutos foi gerada nos Estados Unidos da América (US$ 35 bilhões) e na Europa Central (US$ 26 bilhões) e Ocidental[34].

[33] Na tradução para a língua portuguesa, Gabinete das Nações Unidas sobre Drogas e Crime.
[34] Dados relatados em *Estimating ilicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organides crime*, de outubro de 2011, disponível em http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

Há outro apontamento importante no relatório do UNODC. Diversamente da difundida percepção perfunctória de que "dinheiro não é bom nem mau", há evidências de que os investimentos de "dinheiro sujo" em economias lícitas são potenciais catalisadores de problemas de toda a ordem. Ativos vindos da criminalidade são citados, por exemplo, como fonte das distorções da alocação de recursos para o *crowding out* de setores lícitos; ou do prejuízo à reputação das instituições locais; ou, também, das dificuldades de investimento e de crescimento econômico em um Estado ou numa área continental. E problemas dessa natureza tendem a se agravar no longo prazo se não há um enfrentamento efetivo do branqueamento de capitais.

Em mais um nefasto aspecto, a pesquisa do UNODC indica que os custos socioeconômicos vincados ao uso abusivo de drogas ilícitas são duas vezes maiores do que os lucros gerados pelo tráfico de drogas – em alguns países, como os Estados Unidos e o Reino Unido, essa a proporção é de três por um. O relatório assinala que a consequência mais grave do financiamento criminoso é a perpetuação e a promoção das atividades ilícitas, criando um ciclo parasitário às sociedades pelas ações da criminalidade organizada e o tráfico de drogas[35].

Não fosse o suficiente, o lado mais perverso desses dados, e que revela a pertinência do incremento das ferramentas de recuperação de ativos da criminalidade organizada, ilustra que menos de 1% dos fluxos financeiros ilícitos mundiais está atualmente apreendido e congelado. Segundo relatório feito pela Europol em julho de 2016, intitulado *"Does crime still pay? Criminal asset recovery in the EU. Survey of statistical information 2010-2014"*[36], o montante de dinheiro recuperado atualmente na União Europeia é uma mera pequena porcentagem do produto estimado das atividades criminosas.

Cingindo-se mais especificamente ao âmbito comunitário europeu, a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, "sobre a criminalidade organizada na União Europeia", em sua exposição de motivos, aponta que, à míngua de um estudo mundial, "o volume de negócios das organizações criminosas de tipo mafioso que operam na Europa é impressionante, em especial das italianas, cujas receitas, como evidenciam vários estudos (entre os quais o Eurispes) e confirma o relatório conjunto da Eurojust, Europol e Frontex de 2010, se estimam, no mínimo e usando de prudência, em cerca de

[35] Dados relatados em *Estimating ilicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organides crime*, Out. 2011.
[36] Disponível em http://www.europol.europa.eu

135 mil milhões de euros, um valor superior ao produto interno bruto total de seis Estados-Membros da UE, sendo o exemplo mais emblemático o caso da 'Ndrangheta', a máfia mais enraizada nos países da UE e no mundo, com lucros anuais estimados em, pelo menos, 44 mil milhões de euros"[37]. Ainda no ambiente da União Europeia, conforme relatório final do projeto *Organised Crime Portfolio* (OCP), realizado em março de 2015 e denominado *"From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe"*[38], conjectura-se que o produto das atividades criminosas, nos principais mercados comunitários, alcance cifras em torno de 110 bilhões de euros.

Já no Brasil tem-se a estimativa de que as cifras desviadas de suas finalidades legais por conta da corrupção atinjam mais de 200 bilhões de reais, ao passo que a sonegação fiscal (aí incluindo, maciçamente, atividades da criminalidade organizada e econômico-financeira) avance a valores de 1,11 trilhões de reais, tudo isso a cada ano[39].

Esses dados, todos obtidos com base em estimativas imprecisas, é verdade, prestam-se como pequena amostra do vulto das atividades das organizações criminosas por todo lado: grosso modo, não é desarrazoada a ilação de que 5% de toda a riqueza produzida no mundo estão nas mãos da criminalidade organizada ou são resultados diretos de suas ações.

1.4 Criminalidade organizada com fim não primordialmente econômico ou de lucro

1.4.1 Corrupção e proveito político

Em concomitância à consolidação, em nível mundial, das diversas faces da criminalidade organizada com escopo primordial de lucro, há outras, tão ou mais perniciosas, e igualmente organizadas, em que o viés financeiro-econômico nem sempre é o principal, mas, também, meio à manutenção de suas estruturas, deslocando a finalidade para metas de cunho político, religioso ou étnico – normalmente atadas à obtenção ou à conservação de escala de poder público de nível estatal.

---

[37] Letra G dos considerandos daquela Resolução.
[38] Disponível em https://www.int-comp.org>ocp-full-report.pdf.
[39] Dados apontados por FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de B. Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico:* contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 17.

A corrupção[40] – no meio político, nos órgãos públicos e também na iniciativa privada – representa uma dessas faces. Calham as palavras de Jorge dos Reis Bravo: "as formas criminosas de atentar contra o Estado de Direito passaram a situar-se, consciente ou inadvertidamente, no coração do sistema político e legislativo, alojando-se nos mecanismos de contratação pública, das parcerias público-privadas, do *lobbying* dissimulado, do tráfico de influência, assim impregnando a textura das instâncias decisórias, sequestrando a autonomia democrática dos povos"[41].

É bem verdade que a atuação das organizações criminosas com a corrupção não se restringe – com exclusividade – à seara política. Em inúmeros casos, a criminalidade organizada vale-se da corrupção de funcionários públicos meramente para angariar lucro às suas atividades ilícitas, notadamente por intermédio da obtenção de informações privilegiadas e confidenciais, ou de documentos falsos, ou pela compurscação de processos de concorrência e contratação pública, ou para o fim de branqueamento dos lucros ilegais. E assim também age a criminalidade organizada com a corrupção no setor privado, no comércio internacional e nas atividades esportivas. Em todas essas situações, a corrupção presta-se como mais um meio ou instrumento a que determinada atividade criminosa gere lucro[42].

Sirva precipuamente para o que for, a corrupção é inegavelmente das piores chagas mundiais[43]. Estimada pelo Banco Mundial, a corrupção representa 5% do PIB global, em

---

[40] Aproveita-se a definição de Blanco Cordero, traduzida do espanhol: "a corrupção constitui um fenômeno criminal orientado à obtenção de benefícios econômicos mediante o uso desviado do poder por quem exerce funções públicas (hoje em dia se estende também ao âmbito privado)"; cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; ALONSO, Miguel Ontiveros; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (Dir.). *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción.* Del. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012, p. 371.

[41] BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 39. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

[42] A complexidade que envolve o enfrentamento da corrupção, mormente pelo alcance de suas vantagens, é abordada por BLANCO CORDERO, Isidoro. Estrategia penal contra las ganancias de la corrupción. Blanqueo de capitales, delito fiscal y enriquecimiento ilícito. In: GARCIA, Francisco Jiménez (Dir.); CARRASCO, Julia Ropero (Dir.); PALOMAR, Antonio Pastor (Coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción:* interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Madri: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 27-48.

[43] Notadamente, pela mais perniciosa espécie, a denominada "corrupção sistêmica", cujas características principais são assim sintetizada por Alberto Vanucci: "a) todas ou quase todas as atividades são praticadas dentro de uma organização privada com acesso a bens ou valores públicos, com todos os atores atrelados pelo recebimento ou pagamento de propina; b) a maioria dos servidores públicos integrantes da organização conhece e assimila que o pagamento de propina é "regra do jogo", algo rotineiro; c) os agentes privados estão comumente dispostos a integrar a rede de suborno e distribuir lucros"; cf. VANNUCCI**,** Alberto. La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti. In: MATTARELLA, Bernando Giogio, PELISSERO, Marco

cifras próximas a 2,6 bilhões de dólares, aonde mais de 1 bilhão de dólares, a cada ano, são destinados apenas para ações de suborno de funcionários públicos. Pela mesma estatística, chega-se à mensuração de que a corrupção alcança a proporção de 10% dos custos totais da atividade empresarial na escala mundial, e de 25% dos custos dos contratos públicos nos países em desenvolvimento[44].

Não é à toa, portanto, que a corrupção tenha merecido tanta atenção dos Estados Democráticos de Direito, da União Europeia e de entidades como a Organização para as Nações Unidas (ONU). A corrupção, sobretudo na diversidade de comportamentos que caracterizam infrações penais, é na mesma medida grave e prejudicial aos Estados de Direito e às relações internacionais, e extravasa fronteiras. Por isso seu enfrentamento – seja via prevenção[45], seja pela repressão – há muito figura nas pautas das organizações internacionais.

Com a finalidade de tentar assegurar métodos de prevenção e repressão da corrupção, surgiram, nas últimas décadas, variados instrumentos e diplomas jurídicos por todo lado. Meramente para exemplificar, houve: a) a "Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados – membros da União Europeia", de 1997, ratificada por Portugal em 2000; b) a "Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais", de 1997, ratificada por Portugal em 2000; c) a "Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa", de 1999, a que Portugal aderiu em 2002; d) o "Protocolo Adicional à Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa", de 2003, assinado por Portugal na respectiva data de abertura; e) a "Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção", de 2003, a que Portugal aderiu em 2007; e, antes de todos, f) o "Código Internacional de Conduta das Nações Unidas para Funcionários Públicos", de 1996, anexo à Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 51/59, de 12 de dezembro de

---

(a cura di). *La legge anticorruzione:* Prevenzione e repressione della corruzione. Torino, Giappichelli, 2013, p. 46.

[44] Dados fornecidos pela Câmara Internacional do Comércio, *Transparency International*, *Global Compact* das Nações Unidas, Fórum Econômico Mundial, *Clean Business is Good Business*, 2009. Sobre os "custos da corrupção", vide SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2, Mai.-Ago. 2017, p. 492.

[45] Um plano de prevenção da corrupção em Portugal é tratado por BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, pp. 42 e ss. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

1996. Todos, absolutamente, com a pauta comum da tentativa de enfrentamento da corrupção pelas vias da prevenção e da repressão.

Em paralelo, vieram recomendações – aí incluindo ao governo de Portugal – por instâncias internacionais especializadas como o *Group of States Against Corruption* (Grupo de Estados Contra a Corrupção do Conselho da Europa – GRECO), a OCDE, o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e a ONU. Ainda, ocorreu a aprovação, pela Comissão Europeia, em 6 de junho de 2011, no contexto da execução do Programa de Estocolmo, de conjunto de medidas tendentes a uma abordagem comum anticorrupção.

Em Portugal, em 1º março de 2011, entrou em vigor pacote de combate à corrupção, sendo que as infrações penais de corrupção ativa e passiva constam no catálogo do artigo 1º, n.º 1, letra f)[46], da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, autorizando que a elas se apliquem as medidas estatais severas de combate à criminalidade organizada, seja ao nível da produção da prova, seja do alcance pela ferramenta legal da perda alargada.

Num breve paralelo, no Brasil, além da previsão de uma série de crimes contra a administração pública no Código Penal[47], bem assim de outras infrações penais afeitas em leis extravagantes[48], a corrupção mereceu do legislador a criação de microssistema legal denominado Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92, de 2 de junho), que tipifica como ilícitos aos agentes públicos (e aos eventuais indivíduos concorrentes) atos geradores a) de enriquecimento ilícito e b) de prejuízo ao erário, c) decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou previdenciário, e d) violadores dos princípios inerentes à Administração Pública[49], e as correlatas sanções[50], determinadas por juízes cíveis e independentes de eventuais consequências penais, apuradas e aplicadas em ações criminais.

---

[46] "Incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva". A atual alínea f) do n.º 1 do artigo 1º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, teve sua redação definida pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a 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. Tanto a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, quanto a Diretiva 2014/42/UE merecerão estudo detalhado neste trabalho, adiante, pela inestimável importância ao campo da recuperação de ativos da criminalidade organizada.

[47] Título XI, artigos 312 a 359-H, do Código Penal.

[48] Dentre as quais a Lei n.º 12.850/2013, de 2 de agosto, que define o crime de "promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa", com pena de três a oito anos de reclusão, e multa (artigo 2.º), e prevê ampla série meios de obtenção de prova passíveis de aplicação (artigo 3.º), como a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, a ação controlada, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, a quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, a atuação de agente policial infiltrado e a cooperação entre instituições e órgãos na busca de provas e informações. Embora a Lei n.º 12.850/2013 tenha possível incidência a toda e qualquer organização criminosa, tem se revelado ferramenta essencial no desbaratamento de ações de grupos que se ocupam da corrupção, como ilustram os resultados da "Operação Lava Jato", adiante destacada.

[49] Respectivamente, nos artigos 9.º, 10.º, 10.º-A e 11.º da Lei n.º 8.429/92.

[50] Artigo 12, incisos I a IV, da Lei n.º 8.429/92.

Adiante da Lei de Improbidade Administrativa, foi inserida no ordenamento brasileiro, mais recentemente, a intitulada Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013, de 1º de agosto), que "dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira" (artigo 1.º), sem prejuízo da responsabilidade individual de "dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito", estes na medida da sua culpabilidade (artigo 3.º, parágrafos 1.º e 2.º). A Lei Anticorrupção também se ocupa de listar os atos lesivos à administração pública que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da administração pública ou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil[51], prevendo a possibilidade da firmatura de acordos de leniência[52] e as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas infratoras, incluindo o perdimento das vantagens ou proveito da infração e, em alguns casos, até a dissolução compulsória[53].

Mesmo com legislação recheada de possibilidades de ataque à corrupção[54], o Brasil segue às voltas com seu mal, aqui enraizado de tal forma que tem merecido a adjetivação

---

[51] Artigo 5.º, incisos I a V.

[52] "Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. §2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável".

[53] As penalidades, aplicadas mediante o ajuizamento de ação, constam no artigo 19, incisos I a IV. São elas: "I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos". As hipóteses de dissolução compulsória estão positivadas no parágrafo 1.º, incisos I e II, ou seja, quando comprovado "ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos" (inciso I) ou "ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados" (inciso II).

[54] E parece iminente a possibilidade do incremento de medidas penais repressivas contra a corrupção (e contra a criminalidade organizada), como se infere do anteprojeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça (hoje comandado pelo ex-Juiz Federal Sérgio Moro), no dia 6 de fevereiro de 2019, que inclui, dentre outras, as seguintes premissas: 1) condenados por crimes graves (dentre os quais, contra a Administração Pública) receberão pena em regime inicial fechado e poderão perder todos os bens que não conseguirem justificar a origem lícita; 2) a prescrição de crimes será mais restrita; 3) haverá definição mais clara – e mais rígida – da criminalização do "caixa dois" em eleições; 4) haverá isolamento completo e regime de pena diferenciado para líderes de organizações criminosas, com o monitoramento de sua comunicação; e 5) as investigações policiais serão aditivadas com o uso da tecnologia e da cooperação. Sobre o assunto, vide

de endêmica ou sistêmica[55] – embora, forçoso reconhecer, jamais antes houve a elucidação de tantos esquemas de corrupção (normalmente vincados a atividades de organizações criminosas), resultando investigações, processos, condenações e prisões a número considerável de denominados "criminosos de colarinho branco" e empresários apontados como dos mais ricos do país[56].

Digressão à parte, a corrupção, por todo lado, tem a peculiaridade de, em incontáveis hipóteses, não se prestar somente para o lucro ou o enriquecimento ilícito. Não raro, organizações criminosas logram entranhar-se nos órgãos de Estado (mesmo nos mais altos escalões dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), de modo que os atos de corrupção, ao lado da geração de lucro e enriquecimento aos integrantes e à própria organização, têm por escopo a perpetuação da atividade ilícita e de seus agentes – ou grupos – emaranhados nas estruturas estatais.

Como exemplo desse perfil predominantemente político e da busca por poder (embora, insista-se, com a meta de lucro em paralelo), cita-se o caso brasileiro objeto da Ação Penal nº 470, movida pela Procuradoria-Geral da República e tendo por foro o Supremo Tribunal Federal, e que na mídia restou denominado como o "escândalo do Mensalão". O caso, numa sinopse, consistiu na reiterada atividade de compra (por suborno) de votos de parlamentares no Congresso Nacional do Brasil (este seria o fim principal), entre os anos de 2005 e 2006, para a aprovação de projetos de interesse do Governo Federal (e, ao que tudo indica, também de interesse de particulares), tendo como protagonistas, na condição de sujeitos ativos de atos de suborno, alguns integrantes do

---

notícia com o título "Combate ao Crime: Sérgio Moro apresenta projeto de Lei Anticrime a deputados na Câmara", de 7 de fevereiro de 2019, disponível em www.brasil.gov.br.

[55] Dentre tantos, a expressão "corrupção endêmica" é utilizada por GORDON, Flávio. *A corrupção da inteligência:* Intelectuais e Poder no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. O psicólogo Michel Epelbaum sustenta a existência de três modalidades distintas de corrupção, presentes no cotidiano brasileiro: a) "sistêmica", referente às ações ímprobas públicas de políticos, governantes, parlamentares, grandes empresários e integrantes do Poder Judiciário; b) "endêmica", consistente na micro corrupção privada do dia a dia (como furar filas, fraudar atestados médicos, copiar trabalhos escolares, etc.); e c) "sindrômica", intrínseca à má gestão e à burocracia (EPELBAUM, Michel. Corrupção brasileira: sistêmica, endêmica ou sindrômica? *Linkedin*, 13 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.pt.linkedin.com>. Acesso em 24 de novembro de 2017).

[56] Principalmente em decorrência da nominada "Operação Lava Jato" – que receberá atenção logo adiante – e das ramificações de suas investigações. Dentre os empresários alcançados, é emblemática a menção de Eike Batista, outrora listado pela revista Forbes como proprietário da oitava maior fortuna do mundo, e que figura como denunciado (inclusive com prisão provisória decretada, depois convertida em prisão domiciliar) pelo envolvimento em esquema de corrupção e lavagem de dinheiro com o ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral (já condenado e preso). Pelo investigado, o esquema teria desviado cerca de US$ 100 milhões do erário do Rio de Janeiro, atribuindo-se a Eike Batista o pagamento de suborno ao então governador Sérgio Cabral na ordem de US$ 16,5 milhões. Sobre o assunto, vide a notícia "Empresário Eike Batista deixa a cadeia e vai para prisão domiciliar', publicada no site UOL em 30 de abril de 2017, disponível em https://www.uol.com.br.

primeiro escalão da administração do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, além de membros do Partido dos Trabalhadores e de outras agremiações partidárias. A Ação Penal nº 470 culminou com o Supremo Tribunal Federal condenando vários políticos, àquela altura ocupantes de cargos em ministérios do Poder Executivo nacional, por atos de corrupção – amoldados no Código Penal como "crimes contra a Administração Pública"[57].

Outro exemplo de atuação da criminalidade organizada, pulverizada e com o viés híbrido – político e tendente, na mesma medida, ao escopo de muito lucro –, ainda em apuração e com dezenas de ramificações (fases), também em solo brasileiro, é o que abrange a investigação policial intitulada "Operação Lava Jato". Por sua magnitude, complexidade, valores desviados e efeitos até aqui, a Operação Lava Jato[58] merece algumas palavras à parte.

Trata-se de investigação iniciada pela Polícia Federal no ano de 2009, na cidade de Londrina (Paraná), tendo por alvo infrações penais de lavagem de dinheiro cometidas pelo ex-deputado federal José Janene. Com o desenrolar das ações policiais, apurou-se o envolvimento de proprietário de rede de postos de gasolina (daí o nome "Lava Jato"), apontado como o indivíduo responsável por movimentar ativos ilícitos de ao menos quatro organizações criminosas, comandadas pelos "doleiros" Alberto Youssef, Carlos Habib Chater, Nelma Kodama e Raul Srour. Contudo, os desdobramentos da investigação, sobretudo após a descoberta de que Alberto Youssef havia presenteado o diretor de abastecimentos da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, com um veículo Land Rover Evoque, fizeram elucidar um complexo e gigantesco esquema de lavagem de dinheiro e desvio de verbas públicas, protagonizado por organizações criminosas muito mais amplas, cujos integrantes eram, do lado privado ou não público, proprietários, sócios ou diretores de algumas das maiores empreiteiras do Brasil e operadores financeiros (os doleiros, que intermediavam o pagamento da "propina" e eram os responsáveis pelos atos concretos de

[57] Para descortinar os meandros do julgamento, vide a compilação de artigos publicados no jornal O Globo, entre agosto e dezembro de 2012, resultante na obra PEREIRA, Merval. *Mensalão:* O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil. 3.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2013. O "escândalo do Mensalão" foi objeto de inúmeras matérias jornalísticas não só no Brasil, ganhando repercussão internacional, mormente por envolver ocupantes de cargos públicos ligados diretamente ao Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. A análise sem rigor jurídico do caso consta até no site Wikipédia (https://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o). E houve mesmo quem negasse a ocorrência dos crimes elucidados, atribuindo ao julgamento componente meramente político-partidário, sendo, pois, contraditório e injusto, conforme LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão*. As contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

[58] Também comentada por LINHARES, Solon Cícero. CARDELLI, Luiz Henrique. O confisco alargado de bens como instrumento frente à criminalidade transnacional. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 41, n.º 2 (Jul.-Dez. 2016), 2016, pp. 127-128.

lavagem de dinheiro), e, do outro lado, ocupantes de cargos públicos como presidentes e diretores da Petrobrás (maior empresa estatal brasileira) e políticos de diversos partidos no exercício de funções públicas nos poderes Executivo e Legislativo.

Naquele momento de virada, em especial com as homologações de acordos de delações premiadas firmadas por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, foi descoberta a participação de políticos de variados partidos que davam sustentação ao governo da presidente da República Dilma Roussef (Partido dos Trabalhadores), detentores de cargos públicos dos altos escalões do Poder Executivo. Com o avançar da investigação, vieram à tona os nomes de políticos de diversos outros partidos, muitos no exercício de mandatos de deputados federais e senadores da República. A partir daí, a Operação Lava Jato, cuja persecução penal originariamente resultou ações penais em primeira instância, presididas pelo ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro[59], então titular da 13º Vara Criminal Federal de Curitiba, passou também a ter tramitação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, em virtude da prerrogativa de foro de parcela dos investigados.

A Operação Lava Jato prossegue, agora disseminada em outros estados da federação, como São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, alcançando, no mês de janeiro de 2018, dezenas de fases, além de números expressivos como a instauração de 1.765 procedimentos investigatórios, 340 pedidos de cooperação internacional, 163 acordos firmados de colaboração (delação premiada), 10 acordos de leniência celebrados, 71 acusações criminais contra 289 indivíduos e já resultantes em 177 condenações, e 8 acusações da prática de improbidade administrativa contra 50 pessoas físicas. Foram evidenciados pagamentos na ordem de R$ 6,4 bilhões em ações de suborno, ao passo que o valor total de ressarcimento (com multas) pedido nas ações criminais e de improbidade, mensurado em janeiro de 2018, atingia o montante R$ 38,1 bilhões de reais (ou cerca de dez mil milhões de euros). Nada menos do que R$ 10,3 bilhões de reais são alvo de recuperação ao Estado por intermédio de acordos de colaboração, com R$ 756,9

[59] O ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro (que, após a eleição de Jair Bolsonaro à presidência da República, em outubro de 2018, aceitou convite e assumiu o cargo de Ministro da Justiça em janeiro de 2019, o que lhe ensejou a necessidade de pedido de exoneração do cargo de magistrado), por suas decisões proferidas na 13º Vara Criminal Federal de Curitiba, no âmbito de várias ações penais decorrentes de fases da investigação, acabou se tornando a personificação mais evidente da Operação Lava Jato, como ilustra NETTO, Vladimir. *Lava Jato* – o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

milhões de reais repatriados do exterior e R$ 3,2 bilhões em bens dos acusados apreendidos ou tornados indisponíveis[60].

As cifras públicas desviadas, consoante apuração até aquele momento (grifando-se que ainda surgem evidências de novos esquemas, nomes e valores empregados em atos de corrupção), são de tal magnitude que a Operação Lava Jato já é apontada como a que desvelou o maior caso de corrupção da história (não apenas do Brasil, mas do mundo todo) em termos quantitativos do rombo ocasionado ao erário. Aliás, a simples cogitação do número de acusados até o mês de janeiro de 2018 (289 indivíduos) e do valor buscado em reparação pelo Ministério Público Federal (R$ 38,1 bilhões de reais) permite elucubrar a dimensão (no campo das cifras) dos efeitos da aplicação de hipotético instrumento de confisco ampliado, caso existente na legislação brasileira.

Pois, a despeito de figurar no topo de qualquer ranking mundial de escândalos de corrupção no que toca ao prejuízo público, o *case* por trás da Operação Lava Jato sempre agregou finalidade político-partidária, revelada tão importante como as vantagens econômicas buscadas e obtidas privadamente, já que parte dos valores desviados, ao que tudo indica, destinou-se para campanhas eleitorais de dezenas – ou centenas ou milhares – de políticos ocupantes de cargos públicos. A engrenagem ímproba montada e levada a efeito teria beneficiado diretamente as campanhas eleitorais de três dos quatro últimos presidentes da República eleitos no Brasil, além de alguns governadores, senadores, deputados federais e estaduais, e até prefeitos e vereadores municipais, sempre mediante a doação de valores não contabilizados legalmente e nem declarados à Justiça Eleitoral (praxe denominada "caixa 2") por grandes empreiteiras[61] e empresas[62] – que,

[60] Para conhecimento detalhado e atualizado da operação, o site do Ministério Público Federal disponibiliza o campo "Entenda o caso – Caso Lava Jato", disponível em http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado.

[61] Todas as maiores empreiteiras do Brasil, em termos de faturamento, como Odebrecht, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Engevix, OAS, Galvão Engenharia, Schahin e Mendes Júnior, figuraram de alguma forma no macro-esquema de corrupção trazido à tona pela Operação Lava Jato. Sobre o tema, vide "Operação Lava Jato –Lista das Empresas Relacionadas – Meu Congresso Nacional", disponível no site meucongressonacional.com. Quanto aos efeitos para as empreiteras e ao próprio mercado imobiliário brasileiro, vide reportagem do site g1.globo.com, de 17 de março de 2017, intitulado "Empreiteiras encolheram e perderam protagonismo na economia após Lava Jato".

[62] Um dos casos mais rumorosos envolveu o grupo empresarial JBS, em que sete de seus principais executivos realizaram acordos de colaboração, assumindo, dentre outros atos de corrupção, a doação de cifras milionárias às campanhas dos ex-presidentes da República Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, ao deputado federal Eduardo Cunha (preso e condenado em primeiro grau à pena de 15 anos de prisão, tendo sido o condutor do processo de impeachment de Dilma Roussef no Congresso Nacional), aos senadores Renan Calheiros (até há pouco, presidente do Senado) e Aécio Neves (outrora afastado do exercício do mandato, tendo sido candidato à presidência da República na eleição de 2014), e ao então presidente da República Michel Temer. Além disso, um dos sócios majoritários do grupo empresarial, Joesley Batista, gravou conversa comprometedora com o então presidente da República Michel Temer, no mês de abril de 2017, abordando assuntos como o pagamento de propina pelo silêncio do deputado preso Eduardo Cunha, a

posteriormente, acabaram recompensadas com a obtenção de contratos públicos com serviços superfaturados e/ou de grandes financiamentos por bancos oficiais, sobretudo para a aquisição de outras empresas concorrentes ou para a ampliação de suas atividades.

A Operação Lava Jato teve tamanho impacto no meio político brasileiro nos últimos anos que contribuiu, juntamente com outras evidências da prática de crime de responsabilidade, à aprovação do processo de impeachment da presidente da República Dilma Roussef, pela Câmara dos Deputados, em sessão realizada em 17 de abril de 2016, e que culminou com o afastamento definitivo daquela mandatária, em julgamento realizado pelo Senado Federal em 31 de agosto de 2016[63]. Ainda, igualmente como reflexo das investigações, o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva figura como acusado em seis ações penais, e já condenado e preso por uma delas[64], ao passo que, por conta das evidências coletadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (pela prerrogativa de foro), o senador Renan Calheiros (por muito tempo, presidente do Senado Federal) e o próprio ex-presidente da República Michel Temer passaram a constar como formalmente investigados pela prática de infrações penais[65]; além de tudo, o então senador Aécio Neves, candidato à

---

cooptação de juízes e de um procurador da República, fatos que ensejaram, imediatamente após, a instauração de nova investigação junto ao Supremo Tribunal Federal, além da protocolização de vários pedidos de abertura de processo de impeachment, inclusive pela Ordem dos Advogados do Brasil. O caso teve reviravolta em setembro de 2017, após a descoberta de áudios em que Joesley Batista e outro empresário ligado ao grupo empresarial JBS, Ricardo Saud, foram flagrados revelando outros crimes que omitiram nos acordos de colaboração que viriam a firmar com o Ministério Público Federal, contando com a participação do procurador da República Marcelo Miller. Essa evidência conduziu o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, a postular a revogação das colaborações premiadas firmadas por integrantes do grupo empresarial JBS, bem assim as prisões preventivas de Joesley Batista, Ricardo Saud e outros empresários, e do procurador da República Marcelo Miller, tendo o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin decretado as prisões temporárias dos primeiros, em 10 de setembro de 2017 (vide matéria publicada no site https://www.epoca.globo.com, em 10 de setembro de 2017, com o título "Joesley é preso por decisão de Fachin. Delação da JBS é suspensa").

[63] Decisão integral disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff.

[64] Em julgamento unânime prolatado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no dia 24 de janeiro de 2018, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado à pena de doze anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 280 dias-multa (com valor unitário de cinco salários mínimos), pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. O tribunal confirmou a condenação proferida pelo ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro, na 13º Vara Criminal Federal de Curitiba, aumentando a pena de nove anos e seis meses para doze anos e um mês de reclusão. Na ação penal são réus o ex-presidente e mais seis pessoas, acusadas de crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, tendo em vista o favorecimento da construtora OAS em contratos com a Petrobras, mediante o pagamento de propina (suborno) ao Partido dos Trabalhadores e ao ex-presidente, figurando este como recebedor de um apartamento triplex no condomínio Solaris, na praia do Guarujá, em São Paulo, e do depósito do acervo presidencial. Dados disponíveis no site https://www.trf4.jus.br.

[65] Como resultado das investigações, o então presidente da República Michel Temer foi alvo de duas denúncias oferecidas pelo outrora Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, sendo a primeira pela prática do crime de corrupção passiva e, a segunda, por obstrução da Justiça e integrar organização criminosa (juntamente com alguns ministros de Estado). No entanto, ambas foram suspensas pela Câmara dos Deputados, em sessões ocorridas nos meses de agosto e outubro de 2017, com a aprovação do entendimento de que as investigações deverão prosseguir após o fim do mandato do Presidente da República. Sobre o

presidência da República em 2014 e recebedor de mais de 50 milhões de votos, foi afastado temporariamente de seu mandato, sendo inclusive alvo de pedido de prisão preventiva pelo Procurador-Geral da República[66].

Por tais reflexos à realidade política do Brasil, a Operação Lava Jato tem sido constantemente comparada com a acontecida na Itália, durante a década de 1990, intitulada Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*), que elucidou a participação de diversos políticos, empresários e banqueiros em atividades típicas da máfia (notadamente atos de corrupção e desvio de dinheiro público), praticamente culminando com o fim da Primeira República Italiana, levando ao colapso partidos políticos[67], e políticos à prisão ou ao cometimento de suicídio[68].

A *Mani Pulite* teve início no mês de fevereiro de 1992, com a prisão de Mario Chiesa, então diretor da instituição filantrópica de Milão denominada Pio Alberto Trivulzio. Cerca de dois anos depois, haviam sido expedidos 2993 mandados de prisão, com 6059 investigados, dentre os quais 872 empresários, 1978 administradores locais e 438 parlamentares (sendo quatro ex-primeiros-ministros). A operação descortinou sistema de corrupção em que mergulhados os sistemas político e administrativo não apenas de Milão, mas de toda a Itália, com a banalização do pagamento de suborno para a concessão de todo contrato público, praxe de tal forma disseminada que deu ensejo às expressões *Tangentopoli* e *Bribesville* (algo como "cidade da propina"), transformando a Itália numa *democracia venduta*[69].

Não obstante os expressivos números, reveladores de um bem sucedido ataque ao sistema endêmico de corrupção, suas consequências à vida política italiana não tiveram o

---

assunto, vide notícia publicada no site https://www.politica.estadao.com.br, de 25 de outubro de 2017, com o título "Câmara derruba segunda denúncia contra Michel Temer e ministros".

[66] Em julgamento proferido no dia 26 de setembro de 2017, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de prisão preventiva, mas determinou o afastamento do senador Aécio Neves do exercício de seu mandato, aplicando-lhe, ainda, medidas processuais penais cautelares, como o recolhimento domiciliar nortuno (vide notícia publicada no site https://www.folha.uol. com.br, de 26 de setembro de 2017, com o título "Supremo afasta Aécio e determina recolhimento noturno"). Porém, em sessão acontecida em 17 de outubro de 2017, o plenário do Senado Federal rejeitou a aplicação das medidas cautelares ao senador Aécio Neves e tornou sem efeito a decisão de seu afastamento do exercício do mandato (vide matéria do site https://www12.senado.leg. br, de 17 de outubro de 2017, com o título "Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato").

[67] Como o Partido Socialista (PSI) e o Partido da Democracia Cristã (PDC), que haviam dominado a cena política na Itália no período do pós-segunda guerra mundial.

[68] Sobre a Operação Mão Limpas e suas consequências, vide BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mani Pulite:* La vera storia, 20 anni dopo. Milão: Chiarelettere Editore, 2012; e VANNUCCI, Alberto. The "Clean Hands" (Mani Pulite) Inquiry on Corruption and Its Effects on the Italian Political System. *Em Debate*, Belo Horizonte, v. 8, nº 2 (Abr. 2016), pp. 62-68.

[69] Ou uma "democracia vendida", definição largamente usada pelo juiz Antonio Di Pietro, um dos atuantes nos processos originados da Manu Pulite (vide GILBERT, Mark. *The italian revolution:* the end of politics, Italian style? Colorado: Westview Press, 1995, p. 188).

esperado processo de depuração, notadamente pela união entre políticos e agentes públicos investigados, culminando com uma série de medidas de enfraquecimento dos atos investigatórios anticorrupção – e que propiciaram, por exemplo, a que Sílvio Berlusconi, empresário magnata da mídia e investigado na *Mani Pulite*, resultasse eleito ao cargo de Primeiro Ministro pouco tempo depois[70].

Dos exemplos acima, não é difícil depreender, como denominador comum nos casos subjacentes ao Mensalão e às operações Lava Jato e *Mani Pulite*, que as infrações penais – sobretudo pela ótica dos agentes públicos ocupantes de importantes cargos estatais – e as próprias organizações criminosas foram engendradas e funcionaram com metas precípuas de natureza política (notadamente, de manutenção ou de perpetuação no poder) e, secundárias ou de meio, de desvio ou arrecadação de cifras de altíssimos valores, em proveito dos empresários e também dos agentes ímprobos.

A vastidão dos casos de corrupção, por todo o globo, bem ilustra como as organizações criminosas cada vez mais têm afetado negativamente os Estados em suas esferas econômicas e políticas, contaminando a administração pública e os poderes legislativo e judiciário[71].

1.4.2 Terrorismo

Numa conformação um tanto mais ampla do que a corrupção (embora com ela por vezes esteja vincada), vêm à mente os grupos civis ou paramilitares, em regra agregados em torno de uma afinidade religiosa ou étnica (e, também, política), e que se valem da prática de crimes patrimoniais, de burlas por meios informáticos e do branqueamento de capitais[72] (ao lado do cometimento banal de outros tantos, em especial contra a vida dos que não concordam ou pensam diferentemente daquela afinidade) para a manutenção e a

[70] Paradoxalmente, Sílvio Berlusconi, de investigado, em meio ao processo reativo de parte da classe política contra a operação, acabou por dela se beneficiar em decorrência do declínio dos partidos políticos tradicionalmente ocupantes do poder na Itália nas últimas décadas. Berlusconi, aproveitando-se da momentânea lacuna de grandes lideranças políticas, auxiliou na fundação de um novo partido (o *Forza Italia*), pelo qual se elegeu Primeiro Ministro. Sobre o tema, vide MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas). *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Brasília, v. 8, nº 26 (Jul.-Set. 2004), pp. 56-62.

[71] Acerca da influência da criminalidade organizada nas instituições dos Estados Democráticos, vide ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime*. As novas máfias contra a democracia. Lisboa: Terramar, 1999.

[72] Sobre o tema tendo por enfoque Portugal, vide COSTA, Jorge. O Branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Algumas notas sobre a experiência portuguesa. *Polícia e Justiça*, Coimbra, Série III, n.º 6, semestral (Jul.-Dez. 2005), pp. 189-205.

ampliação de suas estruturas[73]. Esses grupos, responsáveis por aquilo que o "mundo ocidentalizado" passou a denominar simplesmente como "terrorismo", não têm no lucro – de seus membros ou do próprio grupo – uma meta, mas necessitam de aporte econômico permanente[74]. E, como outro ponto coincidente à criminalidade organizada de viés econômico, os integrantes desses grupos, em essência, cogitam a prisão (ou a captura) e mesmo a "morte em combate" como um risco inerente às atividades.

Nesse nicho, o Estado Islâmico ainda pode ser considerado o grupo terrorista mais perigoso da atualidade, tendo se tornado particularmente conhecido pela crueldade de suas ações, como execuções em massa, decapitações, sequestro de menores, crucificações, estupros, escravizações e outras formas de extrema violência. Originado do grupo terrorista Al Qaeda, o Estado Islâmico tem logrado arregimentar pessoas pelo mundo todo, sobretudo jovens, seduzidos pela propaganda revolucionária difundida na internet e nas redes sociais virtuais. No ponto, aliás, parece residir o diferencial mais evidente e que tem resultado na maior amplitude do grupo terrorista: a utilização da internet como espiral tanto da busca por novos integrantes como da difusão – predominantemente exagerada ou falaciosa – de seus feitos e conquistas, sempre com o viés revolucionário e/ou "anti-imperialista". Essa característica foi e tem sido decisiva para que o Estado Islâmico logre êxito no planejamento e na execução de ações terroristas mundo afora, sobretudo pelas mãos dos denominados "lobos solitários", que vivem e agem de modo insuspeito nos territórios dos Estados rotulados inimigos de seu dogma, como Estados Unidos, Alemanha,

---

[73] No terrorismo, "enquanto expressão superlativa da criminalidade organizada, é indiferente a obtenção de proventos ilícitos avultados, muito embora não afaste as possibilidades de recursos a esquemas de financiamento por métodos criminosos, designadamente através de burlas por meios informáticos e, sobretudo, de branqueamento, actuações próprias da criminalidade económico-financeira"; cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 19, nota 26. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

[74] "Ainda que a execução de um ataque terrorista possa não requerer uma grande quantia em dinheiro, a manutenção das estruturas das organizações terroristas, colocação dos líderes em locais mais seguros, utilização de novas tecnologias de comunicação e de informação, realização de operações de branqueamento de capitais, contratação de advogados para defenderem membros da organização que sejam detidos pelas autoridades, aquisição de armas e explosivos para a execução dos atentados, preparação dos próprios atentados, pagamentos aos técnicos especializados que trabalhem para a organização, propaganda, recrutamento, transporte para os campos de treino e treino de novos terroristas, apoio económico às famílias dos terroristas suicidas, etc., requerem quantias substanciais, custos que, ainda que possam não ter a ver diretamente com a execução de atentados, terão de ser sempre contabilizados, pois a execução dos atentados requer a existência de toda essa retaguarda. Daí que a disponibilidade de recursos financeiros substanciais seja essencial para o terrorismo"; cf. NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus 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. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017, p. 22 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: 08 Dez. 2018.

França, Reino Unido e Espanha[75]. Além disso, no claro afã de ampliação de seu espectro, comumente o Estado Islâmico tem se valido da imediata invocação da coautoria – muitas vezes inverídica – de todo e qualquer atentado contra coletivo de civis nos países ocidentais[76]. A pretensão do Estado Islâmico não é econômica, e sim, em suma, a restauração do califado islâmico (até há pouco, mediante o apontamento do terrorista iraquiano Abu Bakr Al Baghdadi como califa[77]) com ideologia ultraextremista[78]. O Estado Islâmico, a despeito dos frequentes ataques às suas bases, sofrendo baixas significativas nos últimos tempos, ainda domina partes dos territórios da Síria e do Iraque. E sua alta visibilidade segue catalisando ações destrutivas individuais e influenciando outras facções terroristas.

Outros grupos terroristas, independentes ou fiéis ao Estado Islâmico ou à Al Qaeda, possuem objetivos locais, notadamente de desestabilizar regiões específicas e governos de alguns Estados. São exemplos o Talibã (atua no Afeganistão e Paquistão), o Boko Haram (na Nigéria) e o Al Shabaab (no sul da Somália). Como pontos em comum a todos, por trás da meta ideológica, religiosa ou étnica, há a pretensão de busca de poder político e dinheiro[79].

Assim como se verifica com o fenômeno da corrupção, o terrorismo, por sua complexidade e pelas consequências nefastas aos países e às relações internacionais, há muito vem ganhando foco específico nos fóruns de organismos mundiais e da União Europeia. Não se olvida o estreitamento dos vínculos entre grupos terroristas e organizações criminosas; mas o terrorismo, por suas peculiaridades, multifaces e

---

[75] Todos tendo sofrido, com maior ou menor frequência e gravidade, ações terroristas individuais ou de pequenos grupos, especialmente com disparos de armas de fogo ou utilização de veículos arremessados contra civis, aleatoriamente, em locais turísticos com grande concentração de público.

[76] Foi o que aconteceu no gravíssimo atentado ocorrido em Las Vegas, Estados Unidos, em 2 de outubro de 2017, quando atirador hospedado em quarto de hotel abriu fogo contra multidão que assistia show musical em área de estacionamento situado em frente, assassinando ao menos cinquenta e nove pessoas e ferindo outras quinhentas. Imediatamente após, o Estado Islâmico reivindicou, pela internet, a autoria do atentado, afirmando que "o atacante de Las Vegas se converteu ao Islã alguns meses atrás", e, inclusive, atribuindo-lhe a identidade de "Abu Abd Abddulbar al-Ameriki". Porém, a investigação que se seguiu não encontrou evidência de que o atirador, Stephen Paddock, tivesse qualquer ligação com o grupo terrorista, prévia conversão ao islamismo ou tampouco motivação convergente com a "causa" do Estado Islâmico, segundo as fontes oficiais norte-americanas. Sobre o evento e o antagonismo das narrativas, vide notícia veiculada no site *Business Insider*, em 5 de outubro de 2017, com o título *ISIS is still claiming the Las Vegas shooting, and it made a more specific claim about the gunmann*, disponível em https://www.amp.businessinsider.com.

[77] Segundo notícia difundida na imprensa pelo mundo todo em 11 de julho de 2017, Abu Bakr Al Baghdadi teria sido morto, mas sem detalhamento de onde, quando e como teria ocorrido sua morte – vide, p. ex., notícia veiculada em https://www.aljazeera.com, em 11 de julho de 2017, com o título *Abu Bakr Al Baghdadi is dead, Syrian Observatory says*.

[78] Especificamente sobre o Estado Islâmico, vide STERN, Jessica; BERGER, J. M. *Isis, The State of Terror*. Nova York: Harper Collins Publishers, 2015.

[79] Sobre o tema, vide http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/saiba-quais-sao-e-o-que-querem-os-principais-grupos-terroristas.

consequências, enseja campo próprio e exclusivo para estudo e desenvolvimento de métodos de prevenção e enfrentamento. Para exemplificar, o item 2 da Introdução da Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2011, "sobre a criminalidade organizada na União Europeia", espelha esse viés, ao estipular que, a despeito de a criminalidade organizada, de tipo mafioso ou não, constituir uma das principais ameaças para a segurança interna e a liberdade dos cidadãos da União Europeia, bem assim que existe "o risco de as organizações criminosas cooperarem cada vez mais com as organizações terroristas, a criminalidade organizada deve ser tratada de forma autónoma relativamente ao terrorismo"[80].

De qualquer sorte, seja por terem ambições concomitantes de lucro ou proveito econômico, seja porque o dinheiro é imprescindível para a manutenção e a ampliação das atividades dos grupos terroristas (que, resguardadas as peculiaridades, conformam simulacros de organizações criminosas), parece inequívoco que os instrumentos de recuperação de ativos podem se prestar como medidas de suas desarticulações ou, ao menos, de enfraquecimento de suas ações.

Enfim, diferenças à parte, o terrorismo e as organizações terroristas, pelos riscos e efetivos danos – em especial, as incontáveis mortes de inocentes – que têm causado nos últimos tempos, por todo lado, devem ter tratamento penal, preventivo e repressivo, à semelhança ou ao menos com pontos comuns ao destinado à criminalidade organizada (e às organizações criminosas), merecendo especial atenção pelos Estados, positivada em suas legislações[81].

E, como prenunciado, nesse foco de atenção, tem ganhado especial destaque o incremento da política criminal transnacional de ataque aos ativos de toda e qualquer forma de criminalidade organizada com – alguma – finalidade de lucro.

---

[80] Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2011. Em linha semelhante aludiu a Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013, "sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver", ressaltando que "são cada vez mais estreitas as ligações entre grupos criminosos e grupos terroristas", o que, "para além de verdadeiros laços estruturais, incluem o fornecimento recíproco de serviços, dinheiro e outras formas de assistência material", representando "uma séria ameaça para a integridade da União Europeia e para a segurança dos seus cidadãos" (considerando AJ).

[81] Dessa realidade não se distanciou Portugal, tendo o legislador inserido o terrorismo e a organização terrorista no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, como infrações penais passíveis da aplicação de medidas de combate à criminalidade organizada, como a perda alargada.

1.5 A perda de vantagens da criminalidade: “o crime não compensa”

1.5.1 Fomento à recuperação de ativos como meta de enfrentamento à criminalidade organizada de fim (direto ou indireto) econômico

É fácil identificar o empreendedorismo como um dos principais traços das organizações criminosas do século XXI. Por conta dessa característica, a criminalidade organizada atual é movediça e dinâmica, agindo fortemente à procura de novos mercados de bens e serviços.

As organizações criminosas, nessa meta, para acentuar a amplitude de seus campos de ações, têm se valido de intensa cooperação transfonteiriça e em realidades diversas, inclusive não criminosas, mormente na sequência de branqueamentos de capitais ou pela introdução de integrantes corruptores nas estruturas dos Estados ou de grandes corporações. Outrossim, a internet, ferramenta tecnológica revolucionária, presta-se à criminalidade organizada – notadamente em espaços situados na intitulada *deep web* – para o comércio ilegal de drogas, armas de fogo, explosivos, dinheiro falso e produtos de contrafação, bem assim para exploração sexual, tráfico de seres humanos, contratação de assassinos e toda a espécie de cibercrimes.

Ou seja, a criminalidade organizada, para além de preparada à atuação diversificada em espaços não adstritos a um território ou, mesmo, a um continente, permanece estendendo seus tentáculos aos nichos onde há oportunidade de lucro ilícito. Diversidades culturais, econômicas, sociais ou de idioma, distâncias, fusos-horários, mão de obra, enfim, dificuldades ordinárias à atuação entre Estados ou de seus atores lícitos, não são empecilhos às organizações criminosas, que têm notável capacidade de adaptação rápida e, quando preciso, concertação com outros grupos (não raro em tudo distintos), se o que está em jogo é uma atividade ilícita (ou até lícita, mas pós-branqueamento de capitais) potencialmente lucrativa.

O reflexo desse drástico panorama[82], como sintetizado com propriedade na Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013 “sobre a criminalidade

[82] Deparada com uma “sociedade massificada, tecnológica e globalizada, a criminalidade assume formas impensadas e com acervo diversificado de condutas lesivas à sociedade. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas ilícitas que visam o lucro econômico em grande escala e que se impulsionam por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. Em alguns casos, inclusive, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado (‘lavado’) no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos. Esse tipo de criminalidade, além de apresentar grande potencialidade lesiva diretamente aos cidadãos, que não

organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver", ameaça e compromete "a segurança dos cidadãos e dos consumidores, a livre circulação, a proteção das empresas, o exercício da concorrência livre e leal", gerando aos Estados "a necessidade de evitar que a acumulação de fundos e ativos financeiros ilícitos cause a distorção do ciclo económico legal", porquanto "os princípios democráticos fundamentais em que se baseia a União Europeia e os Estados-Membros estão seriamente ameaçados pela propagação do crime organizado, da corrupção e do branqueamento de capitais"[83].

Então, diante dessa realidade, como possível resposta de enfrentamento – ou, ao menos, de enfraquecimento – às atividades das mais diversas modalidades de criminalidade organizada com fim (primário ou não) de lucro, os Estados pelo mundo todo, e em especial na União Europeia, têm evidenciado a política criminal de ampliação de mecanismos penais e extrapenais visando ao que comumente se denomina recuperação de ativos[84], expressão que vai além dos conceitos isolados de lucro, de produto ou da vantagem da infração penal: "o conceito de recuperação de ativos não coincide com o conceito de confisco ou de perda, tendo um significado muito mais amplo e, ainda, pouco decantado. (...) No fundo, com esta expressão, designa-se todo um amplo e complexo processo que compreende a identificação, a apreensão, o confisco e a destinação dos proventos do crime"[85].

1.5.2 Por que ir atrás dos ativos do crime?

Sem muito esforço intelectual, é possível listar uma série de razões – jurídicas ou não – que conspiram a que se invista na busca da perda dos ativos gerados pela prática de

---

dispõem de instrumentos e não sabem ao certo contra o que reagir, representa também um perigo para a própria organização do Estado, pois abala a ordem econômica, política e social" (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, p. 22).

[83] Todos trechos do "Considerando AG" daquela Resolução, disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013IP0444.

[84] Opção de política criminal que, após se desenvolver substancialmente nos Estados Unidos da América e, depois, em alguns países do continente europeu, consolidou-se no final dos anos 80 do século passado, alcançando novos Estados e obtendo consagração ao nível internacional (FERNANDEZ-BERTIER, Michaël. The History of Confiscation Laws: from the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime. In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds.). *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 71 e ss).

[85] CORREIA, João Conde. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. *Revista Investigação Criminal*, Lisboa, nº 1 (Out. 2017), p. 48, nota 1. Também acerca do tema, tendo por foco como se pode determinar quais bens devem ser considerados vantagens (*ganancias*) do crime, e se em valores brutos ou líquidos, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: brutas o netas? In: *Diario La Ley*, Espanha, nº 7569, 2011.

crimes – e com muito mais propriedade no que toca às atividades da criminalidade organizada e econômico-financeira[86].

O primeiro lugar da lista pode ser sumariado pela realização do banalizado aforisma de que "o crime não compense". É com a retirada plena da vantagem patrimonial – obviamente, nas infrações penais com tal fim, direto ou indireto – que o crime deixará de compensar ao agente e/ou à organização criminosa[87], recolocando um ou outra na condição financeira/econômica prévia ao ilícito – e, no ponto, mesmo sem um propósito punitivo, retributivo ou sancionatório[88].

Em segundo, a despeito do escrito logo acima, o confisco não deixa de ser uma forma de punição – não se adiantando e nem se discutindo, aqui e açodadamente, que tipo de natureza jurídica tem qualquer dos diversos modernos instrumentos de confisco espalhados pelas legislações. O fato é que a perda das vantagens da infração penal, por vezes, pode ser mais "dolorosa" para o autor do que a própria sanção criminal privativa de liberdade. E, se houver a perda da vantagem do crime, mais a adequada sanção penal, estar-se-á, efetivamente, aproximando-se da verdadeira essência da finalidade do Direito Penal: "as intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os condenados sofrerem o abalo econômico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido"[89].

Terceiro, o confisco, ao menos em tese, ostenta traços de prevenção geral e especial. Prevenção especial por poder fazer surtir naquele que teve bens despojados a

---

[86] Parece certo que "a perda de bens em favor do Estado pode se mostrar como instrumento adequado à contenção da criminalidade econômico-financeira, sendo por vezes mais adequada que a multa. A medida é capaz de atuar em uma esfera patrimonial mais ampla, os limites de fixação de seu valor não são tão estreitos como os da multa, e a sua natureza também dificulta a contabilização do risco pelo criminoso de colarinho-branco"; cf. PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico: análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, nº 52 (Jan.-Fev. 2005), p. 22.

[87] "É comum o entendimento de que a acção contra certas formas de criminalidade ganha-se investindo em instrumentos que arredem de todo a possibilidade de o crime compensar", cf. ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 146, nº 4005 (Jul.-Ago. 2017), p. 363.

[88] Vide RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira*. Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 192. No mesmo sentido, CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Editoral Comares, 2004, p. 32; e REIS, Rachel Seoane. *Confisco Penal: Uma Medida de Combate ao Lucro Ilícito Adquirido pelo Crime Organizado*. Lisboa: FDUL, 2009. Relatório de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[89] SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação na recuperação de activos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 105 (Jan.-Mar. 2006), p. 117.

sensação de que "o crime não compensa", dissuadindo-o de novas investidas delituosas[90]. E alguma prevenção geral, sintetizada pela romântica noção de que, confiscadas as vantagens do crime cometido por alguém, ter-se-á pulverizado um senso dissuasório a todos, no sentido de evitarem o enveredo pela mesma trilha do *wrongdoer*.

Quarto, mormente no âmbito das organizações criminosas, o confisco – dos instrumentos e dos produtos diretos e supostos da infração penal – descapitaliza a atividade empresarial ilícita, trazendo sérios prejuízos à manutenção de sua estrutura piramidal[91] ou, ao menos, servindo de entrave à sua expansão.

Quinto, o confisco de bens ou vantagens de alguém ou grupo apontado com envolvimento na prática de infrações penais ilustra à sociedade que o Estado age em prol de seus interesses, reforçando a confiança nas instituições públicas oficiais, a legitimidade dos atores do sistema de Justiça, a *law enforcement* e o *compliance*[92]. De lembrar que um dos sintomas das sociedades afetadas gravemente por atividades da criminalidade organizada (e/ou pela corrupção endêmica ou sistêmica) é exatamente o oposto, isto é, o descrédito das instituições públicas, o sentimento de falta de legitimidade dos ocupantes dos Poderes de Estado e a difusão do senso comum de que "o crime compensa".

E, sexto, as ações de confisco bem sucedidas, sobretudo quando em ataque à atividade da criminalidade organizada, tendem a fomentar o trabalho proativo das polícias, dos demais órgãos estatais repressivos e do sistema judiciário, bem assim a cooperação transnacional.

As razões singelas – e não exaustivas – prestam-se como indicativos de que a recuperação de ativos da criminalidade organizada é um caminho a ser explorado com seriedade[93]. Não é por coincidência, então, que a recuperação de ativos insere-se na

---

[90] O viés preventivo em relação à ação criminosa do "homem econômico" é enfatizado por Rogério Filippeto: "Ao impedir a fruição desses proveitos [do crime], afirma-se o adágio popular de que *o crime não compensa*. A implementação da recuperação de ativos passa a ser objetivo mais importante que a própria imposição de pena, em virtude da ofensa à ordem socioeconômica ou à administração da justiça. Trata-se de uma postura funcional, almejando reduzir a produção criminal. A estratégia não deixa de ser resultado de um enfoque econômico do Direito, pois parte-se do raciocínio básico de que o incremento no custo da prática da ação ilícita é um importante fator na dissuasão do agente. A análise do custo benefício é que determina o comportamento criminoso do homem econômico"; FILIPPETO, Rogério. *Lavagem de dinheiro:* crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 207-208.

[91] Uma das características da criminalidade organizada, juntamente com a acumulação de poder econômico por parte de seus integrantes, o alto poder de corrupção, a necessidade de legalização do lucro obtido ilicitamente, o alto poder de intimidação e as conexões locais e internacionais, cf. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 28-31.

[92] Especificamemte sobre o tema, vide MENDES, Paulo de Sousa. Law enforcement & compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal.* Lisboa: Almedina, 2018, pp. 11-20.

[93] Na súmula de Alceu Corrêa Júnior, "o combate eficaz a essa criminalidade organizada e globalizada exige a inutilização do lucro ilícito, mormente quando este lucro se apresenta com aparência de legalidade, pois

definição das estratégias de controle social do fenômeno da criminalidade, sendo este o domínio, por excelência, da política criminal[94].

1.5.3 Política criminal de recuperação de ativos

Inegavelmente, há uma política criminal transnacional cuja meta é a recuperação dos ativos da criminalidade organizada. Uma política criminal, como aponta Sousa Mendes, nos moldes da simples – mas tradicionalmente famosa – entabulada por Liszt, consistente num "programa de engenharia social que o legislador deveria levar a efeito"[95]. A variação, em síntese, parece residir no fato de que o patamar "social" afetado pela criminalidade organizada e econômico-financeira atinge escala mundial, de modo que o programa de engenharia social não se pode limitar a um Estado ou, mesmo, a um continente, e, por consequência óbvia, aludido programa não é direcionado apenas a um legislador com abrangência local. Afora isso, é plausível amoldar o contexto moderno à semelhança da *Kriminalpolitik*, retirando, numa adaptação do conceito construído por Liszt, que o atual "conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas", no âmbito da criminalidade organizada, enseja aos Estados (e aos sistemas comunitários como a União Europeia) a utilização de ferramentas legais inovadoras, no afã de fazerem frente a essa – nem tão – nova face do crime, "por meio da pena e das instituições com ela relacionadas"[96].

Outro conceito do que hoje é política criminal, mais abrangente e atualizado, é entabulado por Augusto Silva Dias, que prefere identificá-la "com a valoração e a eleição

---

este lucro alimenta e estimula as organizações criminosas, possibilita o surgimento de novos delinquentes atraídos pelo enriquecimento fácil e também pode gerar corrupção na estrutura do Estado (...) o direito penal clássico revela-se insuficiente para responder de forma eficaz a este tipo de criminalidade, mormente no que diz respeito ao sistema de penas tradicionalmente utilizado, ou seja, fundamentado exclusivamente na privação de liberdade e na imposição de multa". Cf. CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, p. 22.

[94] Sobre o papel da política criminal na tarefa social de controle da criminalidade, vide DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal.* Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 19-41.

[95] O autor transcreve a definição - traduzida - dada por Liszt (LISZT, Franz Von. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Vol. I, 1875-1891, Berlim: Walter de Gruyter, 1970 - fac-símile da ed. de Berlin: J. Guttentag, 1095 -, p. 292) à *Kriminalpolitik*: "o conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com ela relacionadas" (MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 314).

[96] Frisando-se, à semelhança da ressalva de outrora, sem se ter a pretensão de definir se as diversas ferramentas legais utilizadas no enfrentamento da criminalidade organizada têm, necessariamente, natureza jurídica de "pena ou instituições com ela relacionadas".

de soluções e de meios de controlo da criminalidade, na perspectiva de sua utilidade racional para a protecção da sociedade e dos cidadãos, o que, se tem importância na actividade criminalizadora do legislador, não é menos relevante na actividade interpretativa e punitiva do juiz. Como qualquer política, a política criminal consiste, por conseguinte, num programa racional-final, que prossegue o controlo dos comportamentos reputados socialmente danosos pelas instâncias sociais e políticas competentes"[97].

Adequado, num molde possível, que o desenvolvimento de um "programa racional-final" tenha por foco a recuperação dos ativos da criminalidade, com a pretensão de que a sedimentação do aforisma "o crime não compensa" preste-se ao "controlo dos comportamentos reputados socialmente danosos" – notadamente dos mais danosos, como os que se atêm à criminalidade organizada.

Recortada em conceito assim, uma das consequências imediatas dessa moderna e transnacional política criminal reside na superação da definição tradicional de lucro como os proventos resultantes diretamente de uma infração penal (lucro ilícito). Não mais meramente o lucro, e sim os ativos da criminalidade (organizada e econômico-financeira, principalmente) passaram a englobar toda a vantagem econômica que se presume da atividade criminosa, daí não escapando os lucros estimados do agente ou da organização e, mesmo, rendimentos ou patrimônios de terceiros. O espectro tornou-se de tal forma amplo que os ativos da criminalidade organizada podem compreender o lucro ou enriquecimento injustificado[98] (como na perda alargada) mesmo quando não elucidada a infração penal da qual seriam fonte – como no ilícito típico de enriquecimento ilícito ou injustificado, nas hipóteses de *actio in rem* ou nas situações de confisco ampliado em que é prescindível a condenação.

A política criminal de recuperação de ativos tem ganhado corpo como um contraponto à expansão e à disseminação da igualmente "moderna" criminalidade organizada com fim direto ou indireto de lucro ou vantagem econômica. Qualquer breve retrocesso histórico revela que, por muito tempo, os Estados de Direito do mundo ocidental, por seus sistemas penais ou extrapenais, como regra geral, prosseguiram (alguns

---

[97] DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita"*: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16, nota 16.

[98] Na definição dada por Silva Dias, "enquanto o lucro ilícito é composto pelos ganhos que se prova em juízo resultarem da prática de um crime, o enriquecimento injustificado é composto pelas vantagens cuja proveniência o arguido não explica de todo ou não explica satisfatoriamente"; DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 32.

ainda prosseguem[99]) meramente – ou pelo menos primordialmente adstritos – à visão da responsabilização criminal do agente, na relação "culpa como medida da pena"[100]. No ponto, em tom de alerta, Sousa Mendes lembra que "a reação penal tem estado centrada na sanção a aplicar ao acusado, esquecendo-se a perda quer dos instrumentos, quer das vantagens originadas pela atividade criminosa como aspetos decisivos da perseguição às formas de criminalidade económica e financeira"[101].

No entanto, na moldura em que o avanço da política criminal de recuperação de ativos tem sido interpretado como algo positivo e necessário, não se pode olvidar da abertura de parênteses: por um lado, incontestavelmente, aquela atuação tradicional dos Estados, da responsabilização criminal do agente na medida de sua culpa, não merece censura. O fim do direito penal não se pode divorciar da apuração do ilícito típico e da responsabilização de quem o cometeu, tudo atrelado a um sistema de garantias penais – preferencialmente, de quilate constitucional. Por outro lado, contudo, frente à criminalidade organizada com fim direto ou indireto de lucro, em que a pena de prisão não raro é tratada como um risco do negócio, o direito penal – em seu jaez tradicional – vê-se num beco: a sanção privativa de liberdade, isoladamente, não só desserve como instrumento de prevenção geral[102], mas, ainda, acaba chancelando a recompensa do crime, já que as correlatas vantagens – ou os ativos –, sobremodo aquelas cuja prova do processo penal não logra êxito em estabelecer a relação direta com a infração penal apurada, resultam em proveito da organização criminosa e de todos os seus demais integrantes alheios à ação penal ou nela não condenados. Esse último panorama, nada raro no "direito

[99] O Brasil é um deles, embora se reconheça que, há algum tempo e, ao que parece, com maior força após a eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República e a nomeação de Sérgio Moro como Ministro da Justiça, a política criminal de recuperação de ativos está passando a ocupar algum espaço nos debates do enfrentamento da criminalidade organizada pelo Estado. Tal tema será analisado no item 3.8 deste trabalho.

[100] Durante muito tempo, tanto a atenção do processo penal como o foco da política criminal orbitaram o elemento punitivo: "el objetivo del processo penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de liberdad, y estaba dirigido, en essencia, a la sanción del delito y, no tanto, a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos por aquéllos. Al producto del delito se llegaba, al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo usual que el itinerário investigador y processual fuera el inverso", cf. JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Recuperación de Activos Frente a La Corrupción:* La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Madri: Dykinson, S. L., 2016, p. 121.

[101] Cf. MENDES, Paulo de Sousa. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016.

[102] Assim como não se presta à prevenção geral o mero aumento das penas cominadas: "os ganhos de prevenção geral de intimidação que se obtêm a partir do agravamento das penalidades são mínimos". Cf. MENDES, Paulo de Sousa. O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro*: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 330.

vivo" pelo mundo todo, reflete verdadeiro paradoxo, considerando que "o crime não compensa" sempre foi aforismo sintético da prevenção geral, uma das finalidades do direito penal.

Fechando parênteses, sobra inelutável atribuir razão a Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade, ao alertarem que "a repressão dessa criminalidade, muitas vezes inserível no conceito de 'tráfico' (tráfico de armas, tráfico de pessoas, tráfico de droga, tráfico de influências), não ultrapassará, por isso, a fase platônica se não se voltar para a recuperação de fundos, isto é, dos bens e produtos gerados pelas actividades ilícitas" [103].

Por esse prisma, para tentar preservar aquele famoso aforisma e escapar da "fase platônica", com justificação político-criminal no restabelecimento da ordem jurídica violada[104], os Estados, isolados ou comunitariamente, embora atrasados em relação às estruturas criminosas, pouco a pouco perceberam a necessidade de aparelharem seus sistemas legais (notadamente, nos âmbitos dos direitos penal e processual penal) com instrumentos potencialmente capazes de evidenciarem que "a criminalidade organizada e econômico-financeira não compensa" ou "não deve compensar"[105]. Frisando-se que a ênfase da não compensação atém-se ao ganho material, de cunho econômico (mesmo quando não é o fim principal, como no terrorismo), pois, é cediço, não se há como retirar o alcance da finalidade pretendida, por vezes imediata e meramente egoística, com a prática de toda e qualquer infração penal.

Essa tônica veio sintetizada, num exemplo extraído do ambiente comunitário, na justificativa da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de dezembro de 2016, "relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal", ao enunciar que "as organizações terroristas e a criminalidade organizada

[103] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 2. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[104] Retirando as vantagens patrimoniais que, ilícitas, não deveriam ter sido obtidas, mecanismo que promove "uma ordenação dos bens adequada ao direito". Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal português.* Parte geral II – As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 638.

[105] Adequação utilizada por Pedro Caeiro, para quem "o crime, por definição, compensa, mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística", porque é "estruturalmente, compensação para o seu autor". Ainda segundo ele, três fatores põem em xeque o aforisma em sua definição original ("o crime não compensa"): 1) a percepção de um baixo risco de punição pelo infrator; 2) a satisfação pessoal com a prática de certos crimes; 3) a consideração de que a pena, em alguns casos, funciona como um custo ao benefício econômico. Ou seja, alguns crimes, de certa forma, compensam, a despeito de qualquer ação preventiva ou repressiva, de modo que o conteúdo normativo da política criminal que subjaz à recuperação de ativos deveria sintetizar-se por "o crime não deve compensar". Vide CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 274 e 275.

necessitam de financiamento para manter as suas redes criminosas, recrutar novos membros e cometer os atos terroristas. Eliminar as suas fontes de financiamento, fazer com que seja mais difícil aos terroristas não serem detetados quando utilizam estes fundos e explorar informações pertinentes a partir das transações financeiras são ações que contribuem de forma crucial para lutar contra o terrorismo e a criminalidade organizada"[106].

Natural que, dessa moldura, seja para eliminar fontes de financiamento, seja para descapitalizar organizações criminosas e terroristas, seja, mesmo, para que "o crime não compense", variados instrumentos de recuperação de ativos tenham sido idealizados e positivados. Com outras palavras, a recuperação de ativos da criminalidade organizada mudou seu *status*, outrora secundário e como eventual efeito da condenação, passando ao protagonismo ao nível de prioridade.

Para ilustrar, já no patamar de um Estado, em Portugal, a Lei n.º 72/2015, de 20 de julho, que definiu os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio 2015-2017, ao lado de listar como "fenômenos criminais de prevenção prioritária" diversas infrações penais comumente vincadas à atuação da criminalidade organizada[107], instituiu a mesma condição especial à recuperação de ativos (artigo 12.º[108]). Na sequência, sem destoar, a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, versante sobre os mesmos contornos da política criminal portuguesa, mas para o biênio 2017-2019, além de relistar os "fenómenos criminais de prevenção prioritária" (artigo 2.º[109]) e os "crimes de investigação prioritária" (artigo 3.º[110]), que devem ensejar ações cooperadas entre os órgãos de polícia criminal

[106] Disponível em http://www.europarl.europa.eu.

[107] Os crimes de prevenção prioritária estão arrolados no artigo 2.º, constando o terrorismo (alínea a), a criminalidade violenta organizada ou grupal (alínea b), o tráfico de estupefacientes (alínea c), o tráfico de órgãos e de pessoas (alínea g), a corrupção, o tráfico de influência e o branqueamento de capitais (alínea i), a criminalidade económico-financeira (alínea j), e a cibercriminalidade (alínea m).

[108] Literalmente, "é prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos, nos termos previstos na Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, alterada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto".

[109] Com algumas alterações (e ampliações) em relação à legislação anterior, claramente tentando abarcar, praticamente, a totalidade das infrações penais passíveis de cometimento no espectro da criminalidade organizada: o terrorismo e crimes afins (alínea a); a criminalidade violenta organizada ou grupal (alínea b); a cibercriminalidade (alínea c); o tráfico de pessoas, para efeitos de exploração sexual, laboral ou de tráfico de órgãos (alínea g); os crimes contra o Estado, como a corrupção e o tráfico de influência (alínea h); a criminalidade económico-financeira, em especial o branqueamento de capitais (alínea i); o tráfico de estupefacientes (alínea j); o tráfico de armas (alínea o); e os crimes fiscais, contra a segurança social e contra o sistema de saúde (alínea q).

[110] Dos quais se podem destacar, como comumente praticados por organizações criminosas, o terrorismo e crimes côngeneres (alínea a); o tráfico de pessoas (alínea d); os crimes contra a vida e a integridade física de agentes de autoridade (alínea e); a cibercriminalidade (alínea g); a extorsão (alínea i); a corrupção e os delitos conexos (alínea j); a criminalidade económico-financeira, em especial o branqueamento de capitais (alínea k); e os crimes fiscais, contra a segurança social e contra o sistema de saúde (alínea l).

(artigo 14.º), segue enfatizando ser "prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos" (artigo 16.º, n.º 1). Em complementação, o dispositivo do n.º 2 do mesmo artigo 16.º preconiza a necessidade de que as medidas legais para afetação a utilidades públicas ou – se for o caso – para a venda dos bens apreendidos ocorram rapidamente[111].

Então, na linha dessa política criminal transnacional inequívoca de *follow the money*, natural que, por todo lado, tenham surgido instrumentos legais tendentes ao incremento da detecção, congelamento, apreensão e perda/confisco das – por vezes presumíveis – vantagens, lucros ou ativos de diversas infrações penais (ou, mesmo, de atividades suspeitas), mormente quando vincadas à criminalidade organizada e econômico-financeira.

Nesse processo, sem dúvida, a derradeira e mais importante etapa da atuação estatal de seguir o dinheiro reside no confisco ou na perda definitiva daquilo que é – ou muito provavelmente é – ativo da infração penal.

Mas, se a trilha almejada não gera brecha a muita polêmica (parece sensato supor uma maciça concordância a que os Estados ajam legalmente em prol de que o crime não compense e neutralizem as grandes organizações criminosas), os meios para os fins da política criminal de recuperação de ativos, e também sua extensão (isto é, até onde se pode/deve ir, sobremodo pela condução do direito penal), são campos férteis à controvérsia.

1.5.4 Recuperação de ativos frente à "expansão do direito penal" e/ou o "direito penal do risco"

É facilmente explicável que a criação e o incremento de ferramentas legais cuja finalidade precípua é recuperar ativos angariados (mesmo que supostamente) por atividades criminosas insiram-se usualmente[112] numa conformação mais fortalecida do direito penal (ou processual penal). Está no direito penal, tendo por instrumento o processo penal, a missão de o Estado aplicar o *jus puniendi* diante da prática de infração penal, decorrendo daí, ordinariamente, a sanção criminal e seus efeitos – dentre os quais a

[111] Providências a serem adotadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas, ou pelo Gabinete de Administração de Bens, previsto – assim como o Gabinete de Recuperação de Ativos – na Lei n.º 45/2011, de 24 de junho.

[112] Diz-se usualmente porque há instrumentos legais que, pese embora com finalidade idêntica ou similar (de atacar os ativos das organizações criminosas), são estranhos ao direito penal ou processual penal, como, por exemplo, os procedimentos *in rem*.

incidência das ferramentas clássicas de confisco (perda dos instrumentos, vantagens e produtos do crime). Como a recuperação de ativos, não raro, emerge de uma relação entre infração penal e sua consequência, natural a vinculação, *a prima facie*, com o direito penal ou o direito processual penal.

Em paralelo, percebe-se que, também não sem razão, modernos mecanismos legais "caçadores do dinheiro" (*geldjägern*[113]) têm sido adjetivados como musculosos, musculados, arrojados, agressivos ou robustos[114] – os ditos remédios fortes para as patologias graves.

Então, não chega a surpreender questione-se se um direito penal aditivado por arquétipos de confisco (até mesmo ao nível da ilicitude material[115]) musculados e agressivos sobre bens (quase nunca vantagens diretamente obtidas de uma infração penal) não extravasa seus limites e finalidades, sendo mais um fenômeno da "sociedade do risco"[116]. No trecho, de lembrar que, em meio ou como decorrência da definição da sociedade atual como sociedade do risco[117], o seu correlato direito penal e uma identificada

---

[113] Expressão cunhada no direito alemão, cf. KEMPF, Eberhard; SCHILLING, Hellen. *Vermögensabschöpfung Strategien bei (drohendem) Verfall Von Grunderechten*. Bonn: Deutscher Anwalt Verlag, 2007, p. 11.

[114] Vide CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 101.

[115] Como o crime de branqueamento de capitais, que é "de perigo abstrato quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido, uma vez que as condutas típicas não lesam definitiva e irreversivelmente o bem jurídico, mas apenas colocam em perigo a realização da justiça e, designadamente, a apreensão e perda das vantagens do crime", cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1152. Outro exemplo é o crime de enriquecimento ilícito ou injustificado, que será analisado a frente, neste trabalho.

[116] Ulrich Beck ressalta que, no mundo moderno, a diferença entre a linguagem dos riscos quantificáveis, em que atuamos e pensamos, e a da insegurança não-quantificável do mundo, que igualmente criamos, aumenta de acordo com a velocidade do seu desenvolvimento tecnológico. Nesse passo, com as decisões passadas sobre energia nuclear, e as decisões atuais quanto ao uso das técnicas genéticas, genética humana, ciências da computação, etc., produzimos conseqüências incomunicáveis, imprevisíveis e incontroláveis, que colocam em perigo a vida na Terra (BECK, Ulrich. *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft*. Moskau: Duma Rede, 2001, p. 4). Conforme antecipado por Beck, o surgimento dos riscos é resultado da industrialização e que conduz a um novo tipo de sociedade, a *Risikogesellschaft* (sociedade do risco). E a modernidade e a produção social de riquezas acompanham sistematicamente a produção social dos riscos (BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986, p. 25).

[117] François Ost sintetiza as três etapas históricas da noção de risco, com as transformações que permearam à sedimentação desse novo *status* da sociedade, que inegavelmente traz reflexos ao direito penal. Numa primeira fase, da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma do acidente, ou seja, um acontecimento exterior e imprevisto, um acaso ou golpe do destino, simultaneamente individual e repentino. Os perigos eram perceptíveis pelos sentidos. Na segunda fase, surge a noção de prevenção, isto é, a atitude coletiva, racional e voluntária que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável): daí a menção, por exemplo, da "prevenção de crimes". O risco "assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos"; ao domínio científico do risco, junta-se o domínio jurídico, e cada pessoa passa a ter reconhecido um direito generalizado à segurança. Na terceira e atual fase, há o risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que "frustra as nossas

crise em que imerso venham há muito merecendo a atenção da doutrina, e até daí culminando a intitulação "direito penal do risco", na expressão cunhada por Silva Sánchez[118].

Augusto Silva Dias aborda o tema com propriedade, anotando que "a 'escola de Frankfurt[119] não só considera que o Direito Penal vigente é cada vez mais um 'Direito Penal do risco', como atribui a essa qualidade a responsabilidade pela crise actual do sistema penal"[120], crise esta vincada à ruptura com os fundamentos e princípios racionais clássicos que servem como matrizes universais do direito penal[121]. Silva Dias prossegue sintetizando que "o Direito Penal do risco é visto constitutivamente como um Direito Penal do perigo abstracto, da tutela de funções ou interesses de largo espectro, de tipos indeterminados e simbólicos, etc., tudo corruptelas de uma limpidez jurídico-penal liberal assente na tutela de um 'mínimo ético', mediante a utilização de técnicas de tutela avançadas que garantem aos destinatários das normas jurídico-penais a maior

---

capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes". O risco é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário das nossas próprias decisões. A sociedade do risco, portanto, é uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário, no risco alimentar ou ainda no risco tecnológico. Cf. OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, pp. 344-345.

[118] Na ideia de que o direito penal, catalisado pela sociedade do risco, com seus novos fenômenos (de riscos irreversíveis e invisíveis), tem avançado sobre áreas outrora a ele estranhas, criando novos bens jurídico-penais, ampliando os espaços dos riscos penalmente relevantes, flexibilizando regras de imputação e relativizando princípios e garantias penais (SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansíon del Derecho Penal:* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3.ed. Madri: Edisofer, 2011, pp. 28 e ss.).

[119] Os desenvolvimentos e os problemas resultantes dessa "Sociedade do Risco" para o direito penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, particularmente por PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko. In: BORA, Alfons (Edit.). *Rechtliches Risikomanagement:* Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft. Berlim: Duncker & Humblot, 1999, pp. 195 e ss. Cornelius Prittwitz também aludiu que foi Roxin quem, pela primeira vez, referiu ser a problemática do Direito Penal do Risco um tema da Escola de Frankfurt (PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal. In: ZAPARETO, Luis Alberto Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto; NEUMANN, Ulfrid (Coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo:* El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 53 e ss).

[120] DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita"*: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 236.

[121] Noutro contexto, Augusto Silva Dias também exemplifica: "pondo de parte os problemas relacionados com a aplicação da lei no espaço, levantam-se aqui questões relativas à responsabilidade das pessoas colectivas, à autoria, ao estabalecimento do nexo causal e à prova do dolo e da negligência, para cuja solução as actuais teorias da culpa, da autoria e da causalidade pouco ou nada servem" (DIAS, Augusto Silva. Protecção jurídico-criminal de interesses dos consumidores. Lições policopiadas da FDUC. *Cursos de pós-graduação em Direito do Consumo e em Direito Penal Económico e Europeu*, 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 6).

previsibilidade acerca dos limites da liberdade e da reacção do poder punitivo em caso de superação desses limites"[122].

A conotação indisfarçadamente negativa dada a esse direito penal do risco é respaldada por Hassemer, ao nele reconhecer função não só de reação a lesões graves da liberdade dos cidadãos, ou de garantia de um mínimo ético, mas, em adição, de um certo apoio a políticas de subvenções e de ambiente, de saúde e externa: "da repressão pontual de concretas violações do direito, transforma-se na prevenção ampla de situações problemáticas"[123].

A temática assim recortada permite a ilação: a moderna política criminal que mira a recuperação de ativos da criminalidade (organizada e econômico-financeira, em especial) pela via de instrumentos como as modalidades musculosas de confisco pode ser inserida como aspecto ou consequência desse criticado direito penal do risco? Pensa-se difícil, *a priori*, escapar da resposta negativa. Se há ambiente em que os danos – e nem se fala dos riscos – são catastróficos às sociedades de todo o mundo, sem dúvida é o em que transita a criminalidade organizada, com suas variadas faces.

Consectário, se há um campo em que os Estados, muito por seus direitos penais (embora não com exclusividade), precisam atuar efetivamente, indubitavelmente, é naquele que envolve a prevenção e a repressão da criminalidade organizada. E isso, já abordado em suspiro e à frente aprofundado, transcende a mera busca pela aplicação da pena como reflexo da culpa: hoje, necessariamente, passa pela recuperação de ativos, seja na tônica de descapitalização das organizações criminosas, seja para que simplesmente "o crime não compense".

Noutro tanto, se é bem verdade que a criação ou o fortalecimento de instrumentos legais de recuperação de ativos, numa visão singelamente factual, gera a parecença de uma expansão do direito penal, conjectura-se que isso, em essência, não se verifica[124]. Porque essas ações de criação ou fortalecimento de mecanismos (como a perda alargada) não se

---

[122] DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita"*: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 237.

[123] HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *ZRP*, 1992, n.º 10, pp. 380 e ss.

[124] Quiçá algumas estratégias de recuperação de ativos levadas a cabo, notadamente no campo da ilicitude material (como a insistida criminalização do enriquecimento ilícito, que será adiante dissecada), mereçam o teor crítico de uma desmedida expansão do direito penal, mas não pela linha do "direito penal do risco", e sim pelas possíveis violações de garantias e princípios basilares do processo penal, reconhecidos nas constituições dos Estados e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

podem considerar como adstritas a um movimento juridificador – na acepção negativa do conceito[125] – tendo em conta a realidade jurídico-penal.

Com outras palavras, a política criminal transnacional por trás dos processos que têm culminado na pulverização de "remédios fortes" não coincide com qualquer expressão de "colonização do mundo da vida pela dinâmica dos mecanismos sistêmicos": ao invés disso, bem traduz, legitimamente, uma dinâmica aplicada ao direito e ao direito penal, necessária como defesa das estruturas dos Estados de Direito e de valores fundamentais do mundo da vida, os quais são diuturnamente ameaçados – e concretamente prejudicados – pelas variadas, inovadoras e sempre perniciosas atividades da criminalidade organizada.

E, amplificando o raciocínio, tampouco se pode conceber a moderna política criminal de recuperação de ativos como contaminada, nalguma medida, com as tintas que dão cor ao direito penal do risco, ou com a fenomenologia que subjaz à rotulada expansão do direito penal.

Seguindo, pondera-se que a positivação de ferramenta legal robusta na alça de que o crime *doesn't pay* (p. ex., como a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) escapa de outro foco crítico da expansão do direito penal: a incriminação desmedida de comportamentos, descolada de bens jurídicos tangíveis, certos e vincados aos direitos individuais e à liberdade – o que Hassemer denomina ser a marca da degenerescência do direito penal[126]. Antes de tudo, porque, salvo em hipóteses pontuais (vem à mente a criminalização do enriquecimento ilícito), a inserção de ferramentas de recuperação de ativos não tem sido talhada ao nível da ilicitude material, não ensejando, por conseguinte, a construção de novos tipos penais (ilícitos típicos) nos ordenamentos. E mais: as diversas atividades da criminalidade organizada, muito frequentemente, configuram ilícitos típicos graves, que, para além de atingirem vítimas concretas, geram efeitos perniciosos difusamente, podendo-se dizer que maculando sensivelmente a sociedade como um todo. Então, os "remédios fortes" que se prestam à recuperação do lucro das atividades da

[125] Augusto Silva Dias, buscando fonte principalmente em Habermas, sintetiza a ambivalência do conceito, que galgou uma visão negativa e, outra, positiva. Pela visão negativa, "juridificação significa uma expansão ilegítima do Direito e do Direito Penal, na medida em que funciona como instrumento de organização dos subsistemas regidos por 'meios' e autonomizados perante contextos normativos da acção orientada para o entendimento, significando, deste modo, uma forma típica de colonização do mundo da vida pela dinâmica dos mecanismos sistémicos (...) Na acepção positiva, o conceito designa uma expressão legítima do Direito e do Direito Penal em defesa de instituições e valores fundamentais do mundo da vida ameaçados pela dinâmica mencionada e do reforço dos princípios do Estado de Direito" (DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita"*: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 238, nota 559.

[126] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 31.

criminalidade organizada, longe de contribuírem a uma degenerescência do direito penal (por sua expansão), mais são dele essência – além de, insiste-se, preciosos aos Estados no embate contra essa peculiar e complexa face da criminalidade moderna.

Enfim, no universo – por vezes atrelado ao direito penal, por vezes não – do qual emergem medidas modernas de recuperação de ativos como o confisco ampliado, não se percebem traços de um direito penal do risco, em que a tutela penal mais se ocupa de uma resposta à insegurança e menos com um dano social concreto – traços, estes, de um direito penal preventivo ou de segurança. O campo em que tomou e segue tomando corpo a maior parte dos instrumentos inovadores de recuperação de ativos não tem interferido na alteração do direito penal no que toca à sua principiologia tradicional (inclusive guardando relação estreita com os princípios da ofensividade e da subsidiariedade)[127], mesmo sendo inegável sua adaptação, por todo lado, à nova realidade mundial da criminalidade organizada.

1.5.5 Recuperação de ativos por perda ou confisco?

A ampliação do leque – seja na quantidade, pelas inovações; seja em qualidade, pelo fortalecimento – dos instrumentos legais de apreensão e perda dos ativos da criminalidade não escapa da controvérsia nem mesmo quanto às definições mais adequadas.

Tome-se por base a ferramenta da perda alargada (ou confisco ampliado) prevista na legislação portuguesa desde janeiro de 2002[128]: embora Pedro Caeiro assente que a

[127] Entende-se que, ao menos na seara das ferramentas legais de perda alargada, nem mesmo a flexibilização sintetizada por Jorge dos Reis Bravo à mutação do direito penal possa ter espaço. Nas suas palavras: "a opção, há de fazer-se entre as teses da chamada 'Escola de Frankfurt', para a qual o Direito Penal não deve extrapolar do seu âmbito clássico de tutela, mantendo-se num nível de intervenção mínimo na defesa dos bens jurídicos individuais, e uma posição doutrinal que admite a funcionalização do Direito Penal pelas exigências de prevenção dos mega-riscos, antecipando a tutela penal a estados ainda muito distantes da efectiva lesão dos interesses socialmente relevantes, com a ampliação e antecipação da tutela dos bens jurídicos, expandindo-se os crimes de perigo e criando, se necessário, um direito de intervenção ('interventionesrecht'), com feição sancionatória híbrida de direito penal e de direito administrativo"; cf BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 12. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015. Isso porque, numa súmula, ver-se-á no cursivo deste trabalho que o confisco ampliado, além de obviamente não se inserir no campo da ilicitude material, tampouco constitui reação penal de qualquer espécie, não se amoldando, por conseguinte, como consequência ou efeito de um direito penal "expandido". Embora, é preciso reconhecer, há um componente de prevenção – geral e especial – na aplicação do confisco ampliado.

[128] Artigos 7º a 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

expressão "perda" já era utilizada nas Ordenações Afonsinas[129], tudo indica que a opção por "perda", em vez de "confisco", liga-se com a proibição constitucional histórica deste (aspecto infra-abordado). À ilação – de que a escolha teve como pano de fundo mais o temor da vinculação pretérita do que a essência em si do instrumento – socorre a lógica de que "nem os bens foram perdidos nem o Estado acha o patrimônio"[130]: ou seja, "confisco" soaria mais apropriado.

Em verdade, pondera-se parecer mais fiel a denominação "confisco" à essência comum de instrumentos como a perda alargada lusitana ou a *actio in rem* britânica[131], porquanto é o que o Estado faz ao avançar sobre bens ou patrimônio que não são reconhecidos, em sua literalidade, como produtos ou vantagens da infração penal[132]. Quiçá, mesmo, ambas as expressões sejam passíveis de correto uso etimológico, recortando-se como "perda" o ato sentencial de declaração do "confisco" – consistente no procedimento em si de ataque aos ativos (bens ou patrimônio).

Tornando o terreno do assunto ainda mais pantanoso, é perceptível, mediante análise *ictu oculi*, que não há qualquer padrão ou consenso nos diversos ordenamentos

---

[129] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 270.

[130] Cf. CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 65. Neste mesmo sentido, GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1356, n. 126; CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 139; e NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. Relatório de Direito Processual Penal do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas, p. 4.

[131] Como se verá adiante, o *procedimento* ou *actio in rem* (previsto, por exemplo, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América), numa similar versão com possibilidade de positivação no Brasil, tem sido definida como ação de extinção de domínio. Noutro tanto, a criminalização do enriquecimento ilícito, em Portugal, depois de fulminada pela inconstitucionalidade declarada pela Corte Constitucional, teve sua tipificação tentada pelo legislador pela via da criminalização do enriquecimento injustificado – culminando com o mesmo destino. De modo que, visível, não há um padrão etimológico comum às ferramentas modernas de recuperação de ativos.

[132] No sentido de que a terminologia "confisco" é mais adequada, notadamente aos instrumentos de perda clássica (que atingem bens diretamente ligados à infração penal, como instrumentos, produto e vantagens), vide Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim, aludindo que a palavra perda é inadequada, "pois os bens que são confiscados não se 'perdem', em qualquer dos significados deste verbo. O vocábulo 'confisco', ao révés, a par de estar incorporado na esfera jurídica e ser facilmente entendido por leigos, possui equivalência direta em várias línguas: *confisca* (italiano), *confiscation* (inglês e francês) e *comiso* (espanhol), o que facilita o entendimento do termo fora do Brasil" (BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97).

legais em que existe previsão de ferramentas de perda/confisco alargado/ampliado, depreendendo-se todas essas denominações.

E nem mesmo nos países em que, como o Brasil, ainda carecem de positivação de perda alargada, infere-se algum tipo de tendência a uma padronização como perda ou confisco, indiferentemente das distintas naturezas jurídicas (pena, efeito da pena/condenação criminal, sanção administrativa, medida administrativa, etc.) dos mais diversos modelos inseridos nas legislações[133].

Controvérsias à parte, neste trabalho, especificamente para os instrumentos clássicos e alargados, serão utilizados, aleatoriamente, os termos perda, em compasso com as legislações penais portuguesa (v. g, artigos 109.º a 112.º-A do Código Penal, artigos 35.º e 36.º da Lei 15/93, de 22 de Janeiro, e artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) e brasileira[134] (p. ex., artigo 91, inciso II, letras "a" e "b", e parágrafo 1º, do Código Penal, e artigo 63 da Lei n.º 11.343/2006 – Lei Antidrogas), e confisco, encontrado, majoritariamente, nas legislações de outros Estados[135]. Também, não haverá predileção pelos adjetivos complementares alargado ou ampliado, porquanto ambos servem à identificação do confisco/perda na moderna modalidade musculosa de recuperação de ativos.

1.6 Perda alargada – em si – como instrumento de recuperação de ativos

Na conformação moderna mais abrangente, tendo por fonte aquela comentada política criminal transnacional, ferramentas legais como a perda alargada podem ser sintetizadas pela sua meta comum de recuperação de ativos. Meta, insiste-se, de todo pertinente ao famoso aforisma do direito penal: para a criminalidade organizada com fim

---

[133] Tendo por alvo a legislação brasileira, Alceu Corrêa Júnior classifica terminologias de acordo com a natureza jurídica por ele atribuída a cada uma das hipóteses de perda ou confisco. Em consequência, nomeia como "pena de confisco" ou "pena de perda de bens" no caso de sanção penal; "confisco especial ou comiso" quando efeito da condenação criminal; e "perdimento de bens" ao modelo de sanção administrativa prevista no Brasil na Lei n.º 8.429/92, que prevê as tipificações de atos de improbidade administrativa e as cominações legais a quem os pratica. O autor também lista variadas terminologias usadas por outros doutrinadores brasileiros aos instrumentos legais de perda de bens (CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, pp. 36-42).

[134] Vale a ressalva de que no Brasil, embora predomine a terminologia "perda" na legislação penal, na Constituição Federal, para hipóteses de consequências da prática de infrações penais, há a previsão tanto de "perda" (artigo 5.º, incisos XLV e XLVI, letra "b") quanto de "confisco" de bens (artigo 243, parágrafo único).

[135] Ver-se-á mais à frente, Estados como Itália, Espanha, França e Reino Unido utilizam variações da tradução da palavra confisco.

de lucro não compensar[136], é preciso que os ativos (os frutos de sua atuação) sejam perdidos e recuperados pelo Estado, sem prejuízo da responsabilização criminal individualizada dos agentes[137]. Nas palavras de Paulo de Sousa Mendes, "só conseguiremos combater eficazmente a criminalidade organizada se seguirmos a pista do dinheiro e assim descobrirmos os beneficiários econômicos (*ultimate beneficial owners*), os quais, como se imagina, não podem deixar de ser os mandantes dos crimes"[138]. Em suma, pode-se conceber, do panorama deste início do século XXI, serem imprescindíveis ações mais amplas e contundentes de recuperação de ativos para o enfrentamento da criminalidade organizada.

Mas tal viés não foi – e ainda continua a não ser, a despeito dos avanços significativos mais recentes – facilmente assimilado pela doutrina, pelos tribunais e, mesmo, pelo direito vivo. Tratando especificamente da perda alargada, Conde Correia aborda essa dificuldade de assimilação, refletida, por algum tempo, na jurisprudência e na doutrina portuguesas, e que se justificaria por uma "carga muito negativa" (do confisco) e pelo medo da repetição da história com seus "erros monstruosos"[139]. Similar sintoma acometia a praxe forense portuguesa, ambiente, até não muito tempo atrás, pouquíssimo frequentado pela inovação vista com desconfiança por muitos[140].

Pensa-se, o disseminado fenômeno refratário não poderia ser diferente.

A alegada moderna necessidade de os Estados atacarem a posse e/ou a propriedade de bens de fonte delituosa provável, nas hipóteses de inviabilidade, pelos mais diversos motivos, da clarificação da conexão direta com a infração penal (como ocorre com os instrumentos, produtos ou vantagens alvos das ferramentas clássicas de confisco), no curso de um processo (em regra, penal), afigura-se missão complexa e nem de longe imune aos riscos de injustiças.

---

[136] O que, para além da finalidade de ordenação dos bens adequada ao direito, agrega, por via reflexa, a prevenção geral e até mesmo a especial – pois as vantagens não são apenas usufruídas pelos agentes, prestando-se, também, à continuidade das atividades criminosas.

[137] Tudo isso, vale a ênfase, sem prescindir de um amplo sistema de garantias ao réu/arguido, evitando-se a ideia de um Estado meramente punitivo, cujas linhas de força são listadas por COSTA, José de Faria. A Criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um Direito Penal não securitário. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 116.

[138] Cf. MENDES, Paulo de Sousa. A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 201.

[139] CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012. pp. 25 e ss..

[140] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208.

No ponto, talvez a principal resistência crítica à ampliação dos instrumentos legais que visam a "não compensação do crime" tenha surgido da elucubração de que, diante da relação desigual entre a organização da criminalidade e a "desorganização" do Estado[141], opte-se com cada vez mais intensidade pelo manejo de mecanismos invasivos e violadores de garantias e direitos fundamentais[142].

O teor crítico se sustenta, em termos: um Estado de Direito Democrático não deve "compensar" sua ineficiência no combate a determinadas modalidades de crimes com a relativização ou, pior, a supressão de direitos fundamentais, porquanto "não é solução reclamar a criação de instrumentos jurídicos de investigação contrários aos direitos, liberdades e garantias processuais"[143]. Porém, esse mesmo Estado também não pode simplesmente assumir-se incapaz da finalidade que, sem dúvida, atinge o "calcanhar de Aquiles" da criminalidade organizada com fim (direto ou não) de lucro: retirar-lhe a vantagem, real ou presumida. Despiciendo frisar, novamente, o quão perniciosa aos Estados e às sociedades é a atividade desse tipo de criminalidade[144], bem assim que ela está espalhada e em funcionamento por todo o planeta.

Suposto impasse dessa dimensão pode ser mitigado com a conjugação das expressões "remédios fortes para patologias graves"[145] e "remédios fortes devem ser administrados com cuidado"[146]. Ou seja, ao mesmo tempo em que é inviável negar a

---

[141] "Desorganização do Estado" é expressão que pode assumir múltiplos sentidos, abrangendo desde a pejorativa inércia legislativa, a carência de políticas públicas e as deficiências dos órgãos de repressão penal (características presentes, p. ex., no Brasil), até a natural cronologia entre o surgimento de novos crimes e formas de organização criminosa, e o período de assimilação e análise pelos órgaos estatais, que necessariamente precede as alterações legais e procedimentais de caráter repressivo.

[142] Partilham dessa crítica, em tom de alerta, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 276; e COSTA, José de Faria. A Criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um Direito Penal não securitário. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 113-123.

[143] MENDES, Paulo de Sousa. A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 213.

[144] Estima-se que apenas o tráfico de drogas (uma das tantas faces da criminalidade organizada com fim de lucro) movimenta, por ano, cerca de quinhentos bilhões de dólares, atingindo lucros superiores aos provenientes dos negócios do petróleo; ou, noutro exemplo alarmante, há dados de que a população norte-americana tem dispêndios com drogas (aí incluindo as verbas destinadas à prevenção, à reabilitação de dependentes químicos e à educação) em cifras superiores ao total que os Estados Unidos gastam com a defesa nacional. Cf. PICKARD, Daniel B. When does crime become a threat to international peace and security? *Florida Journal of International Law*, Florida, a. 1998, v. 12, nº 1, 1998, pp. 1-22.

[145] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[146] CAEIRO, op. cit., p. 320.

existência de uma criminalidade cada vez mais organizada que tem como meta precípua ou secundária o lucro, o que leva à criação ou ao incremento de instrumentos de recuperação de ativos, cumpre ter sempre presente a necessária adequação dessas ferramentas às garantias de defesa (processuais penais, muitas vezes) e aos direitos fundamentais – e, com isso, minimizando-se a possibilidade de excessos e injustiças. O que não é tarefa fácil.

Como acenado, exemplo disso pode ser recortado da realidade portuguesa nos primeiros anos que se seguiram à positivação da perda alargada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. A primeira reação doutrinal perceptível foi de inequívoca desconfiança, ao ponto de ensejar variadas rotulagens de inconstitucionalidade[147]; e, quiçá pela habitualidade das rotinas forenses instaladas, os procedimentos de liquidação do artigo 8.º daquele diploma continuaram por muito tempo como uma raridade no "direito vivo". Enfim, "contrariando as elevadas expectativas do legislador, a perda alargada tornou-se numa mera curiosidade jurídica sem qualquer aplicação consistente. Não havia verdadeira investigação patrimonial e financeira, as liquidações eram muito pouco frequentes, as condenações uma verdadeira raridade jurídica"[148].

Essa conjuntura inicial, verificada não apenas em Portugal, está passando por processo de transformação. Pavimenta-se a ideia de que robustecer os mecanismos legais, vetores do *crime doesn't pay*, é, hoje, um caminho irreversível, não pontual ou localizado, e sim permanente e transnacional.

Em Portugal, após aquele período relativamente largo de aparente letargia, o instrumento do confisco ampliado, flagrantemente, começa a galgar maior assimilação[149] e utilização na praxe forense, movimento impulsionado por vários fatores, mas principalmente pela sedimentação de sua constitucionalidade[150] e pelo avanço em nível nacional e internacional da política criminal que hoje prega quase que como uma obsessão

---

[147] Vide, por exemplo, CUNHA, José M. Damiao da. Perda de bens a favor do Estado, AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, pp. 121 e ss; e GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1327 e ss.

[148] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208.

[149] O "foco na perda alargada como método de recuperação de ativos" é abordado por Sousa Mendes, que a considera "a mais promissora" das estratégias de política criminal que almejam a máxima de que o crime não compense (MENDES, Paulo de Sousa. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review* - Direito Penal, Lisboa, v. I, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 149-151).

[150] As recentes decisões do Tribunal Constitucional português nesse sentido serão abordadas com minúcias no capítulo seguinte.

("numa espécie de imperativo ético-jurídico"[151]) a meta de recuperação dos ativos da criminalidade[152].

Noutro tanto, é preciso rememorar que o cenário voltado a "seguir o dinheiro do crime" – com abrangência senão mundial, inequivocamente transnacional, e assimilado por dezenas de Estados de Direito – não visa apenas à positivação das ferramentas de confisco ampliado. A mesma política criminal, para exemplificar, fomentou a criminalização do branqueamento de capitais[153] (crime de "lavagem", no Brasil[154]), gradativamente inserida nos sistemas penais[155], constituindo importante instrumento àquelas metas estatais[156]. Também dessa fonte é que foram concebidos mecanismos como a polêmica criminalização do enriquecimento ilícito, as ações ou procedimentos *in rem* e outros meios musculosos de confisco.

Entrementes, antes do avanço à modernidade no que toca às ferramentas de recuperação de ativos concebidas na história recente, é pertinente um breve olhar para trás, até para que se identifiquem as bases do que hoje está positivado em diversos ordenamentos legais.

---

[151] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208.

[152] Entrementes, Pedro Caeiro, em recente artigo, discorre o contraponto do risco de que o sistema – europeu e português – de recuperação de ativos, pelo entusiasmo que tem despertado por todo lado, torne-se demasiadamente agressivo e venha, com o tempo, a ingressar num processo de degenerescência (CAEIRO, Pedro. O confisco numa perspetiva de política criminal Europeia. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 36-38).

[153] "O branqueamento de capitais é um crime recente. Trata-se de uma construção legislativa que nasceu da necessidade político-criminal de melhorar os resultados da perseguição penal contra certas formas de criminalidade organizada" (MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata, Lisboa, ano 68, nº II/III (Set./Dez. 2008), p. 795), ou espécie de confisco baseado na ilicitude material, assim como alguns tipos fiscais e, mais recentemente, o crime de enriquecimento ilícito (Cf. CUNHA, João Manoel Damião da. *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 41).

[154] Lei n.º 9.613, de 3 de Março de 1998, recentemente alterada pela Lei 12.683, de 9 de Julho de 2012.

[155] O crime de branqueamento, de início voltado contra as vantagens provenientes do tráfico de drogas, acabou tendo seu alcance estendido a diversos outros crimes, sempre no sentido de "prevenir e reprimir as manobras tendentes a dissimular ou a converter as vantagens de origem ilícita, ou a sua natureza, que visam iludir a pretensão do Estado à detecção e confisco das mesmas". Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 277.

[156] Em escala mundial, foram os Estados Unidos os precursores da criminalização do branqueamento de capitais, por intermédio do *Money Laudering Control Act* de 1986, ao passo que, na Europa, a Inglaterra e a Suíça regraram as primeiras normas penais a respeito. Adiante, o branqueamento de capitais merecerá abordagem mais detida.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DO CONFISCO: DA ORIGEM AOS INSTRUMENTOS DE INJUSTIÇA; DA PROIBIÇÃO ÀS MODERNAS FERRAMENTAS LEGAIS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

2.1 Derivação histórica do confisco

Mesmo sofrendo alterações significativas com o passar dos séculos, o confisco, historicamente, sempre esteve presente entre as modalidades de sanção estatal[157], embora visivelmente com maior intensidade nas épocas de crise[158].

O traço característico de uma sanção pode ser verificado desde a civilização romana[159], onde, nas várias etapas de sedimentação de seu direito, estiveram presentes mecanismos de confisco, àquela altura consubstanciados na ablação coercitiva do patrimônio (individual ou familiar). Tanto assim que, ainda na fase inicial do direito romano[160], quando superada a vingança privada pela reação estatal, surgiu a *consecratio*, que acarretava a expulsão do infrator condenado e a apreensão da totalidade dos seus bens[161].

A despeito de concebido num direito penal reconhecidamente severo (e, nalguns aspectos, até mesmo brutal), o confisco romano já apresentava marcas que até hoje mantém (nalguns casos), como a natureza penal, a ligação com os crimes mais perigosos e

---

[157] Nesse sentido, vide ALESSANDRI, Alberto. Confisca nel diritto penale. In: AA. VV. *Digesto delle Discipline Penalistiche*, III. Torino: Utet, 1989. p. 42; e NUNZIATA, Massimo. *La Confisca nel Códice Penale Italiano:* Un'analisi critica per la riforma. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 20. Para Jean Pradel, o confisco é uma pena por eclipse. Cf. PRADEL, Jean. *Droit Pénal Général*. Paris: Cujas, 1994, p. 644.

[158] É o que sustenta GUARNIERI, Giuseppe. Confisca, Diritto Penale. In: AA. VV. *Novíssimo Digesto Italiano, IV*. Torino: Utet, 1974, p. 41.

[159] Ou, mesmo, quiçá bem antes, como reporta Blanco Cordero, citando bibliografia que trata da história da *actio in rem* norte-americana e aludindo que "diz-se que o confisco civil tem uma história que se remonta aos tempos bíblicos", cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; ALONSO, Miguel Ontiveros; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (Dir.). *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción.* Del. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012, pp. 346-347.

[160] No Digesto do direito romano justinianeu a lei era definida como "o preceito comum acordado por homens prudentes, castigo dos delitos que por vontade ou por ignorância se cometem, e pacto comum da República (D.1.3.1)", conforme refere HOMEM, António Pedro Barbas. A 'Ciência da Legislação': conceptualização de um modelo jurídico no final do Ancien Régime. *Revista Legislação*, Lisboa, n.º 16, Abril-Junho de 1996, p. 17.

[161] NUNZIATA, op. cit. p. 38.

graves, a inserção num processo, a existência de uma entidade judicial e a concomitância com medidas de natureza civil[162].

Em etapa cronológica seguinte, em que provavelmente está a origem etimológica da denominação "confisco"[163], o instrumento passou a gerar a devolução dos bens ao povo (*publicatio bonorum*) ou ao fisco (*fiscus*), sendo aquela um efeito da condenação (também aplicável às heranças vagas) e, esta, como consequência de apreensão oficial, subdividida em *ereptio* (nos casos de indignidade do sucessor), *adimere* e *ademptio* (para os bens de condenados à pena especial, extraordinária), e *auferre* ou *extorquere* (nas situações de *turpia lucra* ou de *scelere quaestia*)[164].

2.1.1 O confisco como instrumento de injustiça (o "confisco vilão")

Se, mesmo em meio a um direito penal extremamente rígido, por vezes quase desumano, o confisco seguiu por largo período com acato aos critérios previstos à devolução ao povo (*publicatio bonorum*) ou ao fisco (*fiscus*), o passar dos séculos resultou a unificação e a banalização de instrumentos com tal fim, dando início, na época dos impérios monárquicos, à recorrente prática de abusos e injustiças.

O confisco, então, numa era em que o príncipe já detinha um "domínio eminente sobre todos os bens existentes no território"[165], serviu como pena principal nos crimes de lesa-majestade e como acessório da pena de morte, e culminou por ser deformado em suas finalidades, até o ponto de tornar-se uma via formal ordinária de arrecadação de fundos aos impérios. Esta nova fase, em que se pode atribuir atos de "vilania" ao confisco, por servir ao exercício de tiranias e à concretização de graves e irreparáveis injustiças, soa muito bem como a origem possível da desconfiança e da antipatia que ainda hoje as ferramentas "descendentes" carregam.

---

[162] NUNZIATA, op. cit., p. 40.

[163] Assim identificam PUIG PEÑA, Federico. Confiscation. In: AA. VV. *Nueva Enciclopedia Jurídica IV*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, S.A., 1981, p. 941; NUNZIATA, op. cit. p. 17; e EPIDENDIO, Tomaso Emílio. *La Confisca nel Diritto Penale e nel Sistema delle Responsabilità degli Enti*. Padova: Cedam, 2011, p. 7.

[164] Sobre o tema, vide BRASIELLO, Ugo. Confisca, Diritto Romano. In: AA. VV. *Novíssimo Digesto Italiano, IV*. Torino: Utet, 1974, p. 35.

[165] Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. *História das Relações Internacionais.* O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2010, p. 79.

O fim do Império Romano e a divisão do território europeu não afetaram significativamente o confisco, que, durante a Idade Média[166], seguiu sendo previsto como consequência para os crimes mais graves (sobretudo os apenados com a morte), mas também utilizado ora como sanção acessória, ora como instrumento que mais se prestava ao enriquecimento das autoridades monárquicas, que administravam a justiça[167] – traço que fez surgirem as primeiras vozes no sentido de sua limitação[168]. Embora intitulado como uma decorrência da condenação criminal (em regra, uma pena acessória), o confisco cada vez mais foi usado para fins econômicos e políticos, mormente com a sedimentação dos Estados absolutos[169].

Sem fugir ao que acontecia naquele momento histórico do Velho Continente, a aplicação distorcida e abusiva do confisco também teve espaço nas Ordenações Portuguesas. A despeito da existência de regras que preconizavam o confisco como consequência penal para os crimes de ganância ou que visavam o enriquecimento ilícito, na verdade ele mais servia como ferramenta governamental político-econômica, em especial mediante sua aplicação nas hipóteses de condenação por crimes políticos. Para exemplificar, nos chamados delitos de lesa-majestade[170], o confisco alcançava todos os bens do condenado, que eram destinados à Coroa do Reino[171].

Com tal propósito, não surpreende que a fase de "vileza" do confisco tenha como um de seus ápices as Ordenações Filipinas (com a centralização do poder, na trilha de um Estado absoluto[172]), assim como sua importância sobrelevada quando da criação da Inquisição nacional portuguesa[173].

---

[166] Quanto ao período medieval, mais especificamente acerca do trato da "lei" naquela época, vide HOMEM, António Pedro Barbas. Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval. *Revista Legislação*, Lisboa, n.º 25 (Abr.-Jun. 1999), pp. 9-123.

[167] Recordando que, nas monarquias, o poder de legislar incumbia exclusivamente aos reis. Tal poder estava – ou deveria estar – vinculado à noção de justiça e ao bem do povo. Na explicação de Pedro Barbas Homem, "sendo a monarquia um regime justo ou são, a exigência ontológica é a adstrição dos reis ao dever de governarem de modo justo; consequentemente, as leis devem igualmente ser justas e determinadas para o bem da comunidade" (cf. HOMEM, António Pedro Barbas. Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval. *Revista Legislação*, Lisboa, n.º 25 (Abr.-Jun. 1999), p. 122). Porém, a história revela que aludida teoria nem sempre correspondia à realidade ou alcançava a aplicação prática da lei, não sendo diferente em relação ao confisco.

[168] Como Farinacio, Claro e Priori, em Itália, segundo aponta GUARNIERI, Giuseppe. Confisca, Diritto Penale. In: AA. VV. *Novíssimo Digesto Italiano, IV*. Torino: Utet, 1974, p. 41.

[169] Cf. ALMEIDA, Cândido Mendes. *Auxiliar Jurídico:* Apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 120.

[170] "Lesa Majestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do rei ou seu real estado que é tão grave e abominável crime, e que os antigos sabedores tanto estranharam que o compararam à lepra"; trecho das Ordenações Filipinas, 5.6, citado por HOMEM, António Pedro Barbas. *História das Relações Internacionais.* O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2010, p. 127.

[171] Vide Ordenações Filipinas, livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 1154 (V, VI, §§ 9 e 10).

[172] ALMEIDA, op. cit. pp. 120 e 121.

O distanciamento das finalidades de prevenção e repressão penal, mais a utilização recorrente como mero mecanismo de expropriação de bens e patrimônio (para enriquecer os Estados absolutos), naturalmente geraram repúdio ao confisco por seus potenciais destinatários – por excelência, as classes menos abastadas, aí incluída a incipiente burguesia.

Não é de estranhar, pois, que, em virtude da vilanagem intrínseca – naquela altura, já carregada por séculos –, os instrumentos de confisco de bens e patrimônio tenham sido inseridos como objeto de revolta durante o jusracionalismo iluminista.

2.1.2 Reação jusracionalista ao confisco

Na ótica de Pedro Barbas Homem, "a importância atribuída pelo renascimento à ideia de razão vai dar origem a uma nova forma de pensar o direito e o Estado, o jusracionalismo"[174]. De fato, de uma razão de Estado do início do século XVII, passou-se à racionalização abstrata da ideia de Estado[175]. No jusracionalismo iluminista, como, por todos, sintetiza Augusto Silva Dias, citando Voltaire e Beccaria, "cada indivíduo aliena uma parcela mínima da sua liberdade num 'depósito público' para poder desfrutar pacificamente da restante porção de liberdade. Desta forma cada homem sai do estado de natureza, onde goza de uma liberdade ilimitada mas também de uma carência absoluta de protecção e transita para o estado de sociedade, aceitando uma restrição da primeira para, em troca, beneficiar da segunda"[176].

Efeito daquele momento histórico, as radicais transformações sociais, políticas e culturais trazidas pelo jusracionalismo iluminista não teriam como ignorar a forma abusiva e vil como o confisco vinha sendo utilizado pelos Estados absolutos. Não poderia ser

---

[173] António José Saraiva refere como o confisco foi utilizado com a instituição da Inquisição, alcançando sobretudo os bens dos "cristãos-novos, que constituíam uma nova fonte de recursos a acrescentar aos tradicionais rendimentos feudais". Cf. SARAIVA, António José. *Inquisição e Cristãos-Novos.* Lisboa: Editorial Estampa, 1985, p. 46.

[174] HOMEM, António Pedro Barbas. *História das Relações Internacionais.* O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2010, p. 37.

[175] "Se as artes de reinar publicadas durante o século XVII se caracterizam globalmente por procurarem conciliar as exigências do direito divino e do direito natural com uma orientação empírica quanto à organização do poder e por uma discussão casuística dos meios de actuação do Estado, aliando razão e experiência – a razão do Estado - , no século XVIII podemos observar o aparecimento de obras vocacionadas para uma descrição científica do Estado, isto é, para uma racionalização abstracta da ideia de Estado". Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex Perfectus*. Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003, p. 821.

[176] DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita"*: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-99.

diferente: os ideais revolucionários tiveram nascedouro e foram impulsionados por uma classe emergente (a burguesia) que pretendia a consecução de direitos e o fim dos esbulhos patrimoniais. A proteção dos direitos individuais (dos direitos naturais, usando a denominação da época) foi galgada ao posto de fundamento do sistema normativo. Nesse ambiente, o "confisco vilão", condenado pela agora classe dominante, restou com seus dias contados[177].

Se, antes, "quase todas as penas eram pecuniárias" e "os delitos do homem eram o patrimônio do príncipe"[178], o iluminismo trouxe, ao mesmo tempo, o aspecto pessoal da pena e o resguardo ao direito de propriedade, traços flagrantemente antagônicos à natureza do confisco praticado até então, de objetivos mais políticos do que jurídicos[179].

Em nada surpreende que, no período histórico que se seguiu, as legislações (inclusive ao nível constitucional), como reflexo da ordem social daquela época, tenham passado sistematicamente a contemplar a proibição do confisco[180] – ao menos das modalidades potencialmente geradoras de abusos, excessos e injustiças (o "confisco vilão"), testemunhadas no passado pré-revolucionário.

2.1.3 Proibição do confisco. Vedação constitucional

Com a propriedade privada alcançando o patamar de direito inviolável (artigo 17.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789), sua limitação ou restrição passou a ser admitida apenas em virtude da gravidade do crime cometido (e após a condenação irreversível), com vedação da privação total. Daí por que as codificações legais e as constituições subsequentes, sobretudo as do século XIX, terem começado a proibir o confisco geral.

---

[177] O confisco passou a ser considerado uma solução injusta e que, ademais, afrontava o princípio da intransmissibilidade das penas e o direito à propriedade, tão caro à burguesia emergente, como aponta CORREIA, João Conde. Balanço do projeto e perspetivas de futuro. In AA.VV. *Recuperação de Activos*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2012, p. 402.

[178] BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas.* Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 76.

[179] É interessante ressaltar, todavia, que toda sanção criminal, em maior ou menor medida, agrega uma função política, ao lado da jurídica. Se o suplício do passado já a tinha, não seria diferente com o confisco. Na ideia de Michel Foucault: "o suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante". Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 49.

[180] Enfim, "o legado iluminista trouxe uma proibição constitucional generalizada do confisco", cf. CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (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) no Direito Português vigente. *Revista do CEJ* (Centro de Estudos Judiciários), Lisboa, nº II (2.º Sem. 2014), p. 85.

Para exemplificar, na França, desde a Lei Revolucionária de 21-30 de janeiro de 1790, passando pelas Cartas de 1814 e 1830, e pela Constituição de 1848, estiveram presentes regras de proibição do confisco geral.

Em Portugal houve o mesmo fenômeno. A Constituição de 1822 aboliu o confisco (artigo 11.º), com chancela pela Carta de 1826, enfatizando a intransmissibilidade da pena aplicada ao delinquente (artigo 145.º, § 19.º). A proibição do confisco geral prosseguiu nas Constituições de 1838 (artigo 22.º[181]), de 1911 (artigo 3.º, § 23.º[182]) e de 1933 (artigo 8.º, § 12.º[183]), o que só veio a ser alterado com a Constituição de 1976[184].

No Brasil, também atribuído como pena, o confisco foi expressamente vedado pela Constituição de 1824, em seu artigo 179, inciso XX: "Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer grão, que seja". Como corolário, o Código Criminal do Império nada aludiu sobre confisco. Todavia, o Código Penal de 1890 trouxe a positivação do confisco como efeito da condenação[185], e, na sequência, a Constituição da República de 1891 silenciou acerca da anterior proibição. Na Constituição de 1934 novamente foi inserida a vedação ao confisco como pena[186], o que não impediu que, no Código Penal promulgado em 1940, constasse a perda de bens como efeito da condenação[187], dispositivo que permaneceu em vigência a despeito das proibições ao confisco que se seguiram nas Constituições de 1946[188] e 1967[189]. Apenas em 1969, pelo Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro, foi retirada do texto constitucional a vedação expressa ao confisco, que, depois, passou a ser previsto como efeito da condenação e pena na Constituição Federal de 1988[190].

---

[181] "Não haverá, em caso algum, confiscação de bens".
[182] "Não haverá em caso algum confiscação de bens".
[183] Cuja redação aludia que "não haver o confisco de bens" eram "direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses".
[184] Sobre o assunto, vide SOUZA *apud* CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p 35.
[185] O artigo 69, alínea "a", referia como efeito da condenação a "perda, em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o offendido não tiver direito à restituição".
[186] O artigo 113, item 29, aludida que "não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo (...)".
[187] O artigo 71, inciso II, em suas alíneas "a" e "b", instituía a perda de bens como efeito da condenação, alcançando, respectivamente, "os instrumentos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito", e o "produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".
[188] Em seu artigo 141, § 31, rezava que "não haverá pena de morte, de banimento, de confisco (...)".
[189] Artigo 150, § 11: "Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco".
[190] Respectivamente, no artigo 5.º, incisos XLV (perda de bens como efeito da condenação) e XLVI (perda de bens como pena).

O histórico brasileiro bem ilustra que a proibição – adstrita ao confisco geral e/ou com natureza de pena – nos níveis constitucional e infraconstitucional dos Estados liberais pós-iluminismo não impediu que o confisco – naquilo que não se assemelhasse ao alcance geral do patrimônio do condenado e se distanciasse de uma sanção criminal – continuasse previsto nas legislações, no mais das vezes com nomenclatura disfarçada[191]. Com esse trilhar é que os meios de confisco que se prestavam à perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime[192] escaparam incólumes daquele período histórico de vedação constitucional.

Mesmo sendo mantidas brechas legislativas discretas que possibilitavam a aplicação de ferramentas de confisco estritamente aos instrumentos, produtos e vantagens do crime, a viragem histórica que se seguiu às revoluções liberais parece ter colado ao confisco (numa acepção *lato sensu*) seu legado negativo de meio à concretização de excessos, abusos e injustiças. Pode-se afirmar, com outras palavras, que o confisco resultou com a pecha de "vilão".

E essa memória remota – das injustiças e dos abusos históricos perpetrados por intermédio do uso do confisco –, já dito, supõe-se ser um estigma que ainda hoje gera sua antipatia para boa parte dos juristas, tanto na doutrina quanto dentre os atuantes na prática forense.

Não bastasse a nódoa ao confisco angariada pela história mais distante, a vertente iluminista – do direito voltado ao homem e do direito penal ligado à responsabilização criminal individualizada, hoje atrelada ao princípio da culpa – pavimentou a ideia de que a pena justa deve ser personalíssima – isto é, nunca recair a terceiros. Tal dogma, de certa forma, é maculado pela aplicação do confisco de bens ou patrimônio, uma vez que, não raro, a esfera individual de terceiros (orbitantes ao condenado pela prática do crime) acaba afetada negativamente[193].

Por fim, para agregar ainda outro componente pejorativo ao confisco, os Estados totalitários do século XX, sobretudo o mais cruel deles, a Alemanha nazista[194], muito se

---

[191] Cavaleiro de Ferreira faz a distinção entre o confisco geral, que incide sobre o patrimônio, e o confisco especial, que se aplica a objetos ou valores determinados; cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português.* Parte Geral. Vol. II. Lisboa: Editorial Verbo, 1982, p. 336.

[192] Como exemplo, o Código Penal português de 1852, em seu artigo 64.º, trazia tal hipótese de confisco especial, uma exceção à vedação constitucional do confisco geral.

[193] Como sói acontecer nas hipóteses em que um condenado criminalmente, que tem expropriado bens – dos quais tira rendimento – em virtude de confisco, possui esposa e filhos dele dependentes.

[194] Sobre a Alemanha nazista, com ênfase no holocausto, vide GLOVER, Jonathan. *Humanidad e inhumanidad.* Una historia moral del siglo XX. Tradução de Marco Aurelio Galmarini. Madri: Cátedra, 2001.

serviram do confisco de bens como instrumento para as arbitrariedades mais ignóbeis, literalmente passando por cima de garantias penais e do direito à propriedade.

Esses fatos históricos e suas nuances, que, de algum modo, desnudaram o lado "mau" do confisco, apenas recentemente parecem ter enveredado por novo rumo, quiçá no que pode ser sinalizado como o processo de "regeneração do confisco".

2.1.4 Início do lento processo de "regeneração do confisco": os Estados Democráticos de Direito, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

No período sequente ao fim da Segunda Guerra Mundial, as conformações dos Estados de Direito (Estados de Direito Democrático ou Democrático de Direito[195]) trouxeram Constituições e legislações com amplo sistema de garantias ao cidadão acusado da prática de ilícito típico ou sob o risco de ver-se despojado de bens devido a ações legais (penais ou extrapenais) de confisco.

O novo panorama, de sensível prevalência – como objeto de proteção – da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais[196], pilares dessas concepções de Estados[197], abriu caminho a que, em passos lentos, os receios do passado em relação ao confisco iniciassem, ao menos em tese, uma fase de superação[198], algo como um processo de "regeneração do confisco"[199], com mais força a partir do início da década de 70 do século passado[200].

---

[195] Neste trabalho as denominações são usadas como sinônimos.

[196] No caso de Portugal, "da justiça e do direito", conforme artigos 1.º e 2º da Constituição da República Portuguesa.

[197] Estados, dentre outras características, aparelhados com Cortes Constitucionais hábeis ao rechaço de processos legais contrários àquelas premissas (de proteção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana), o que ilustra a superação de doutrinas do passado remoto – por exemplo, na Suma Teológica, São Tomás de Aquino, seguindo a opinião de Aristóteles, referia a vantagem de os governantes ordenarem leis em vez de as deixar ao arbítrio dos juízes (HOMEM, António Pedro Barbas. A 'Ciência da Legislação': conceptualização de um modelo jurídico no final do Ancien Régime. *Revista Legislação*, Lisboa, n.º 16, Abril-Junho de 1996, p. 18).

[198] É verdade que, segundo Barbas Homem, com a dependência da existência de "juízes perfeitos" para que essa ideia concretize-se com plenitude no século XXI, isto é, para que haja a realização da justiça e do direito de que falam os artigos 202.º a 204.º da Constituição (HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex Perfectus*. Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003, p. 831).

[199] Sobre o que seria tal processo, calha a síntese feita por João Conde Correia, na linha de que o confisco num Estado absoluto, sem limites, é muito diferente do confisco num Estado de Direito Democrático, em que os diferentes poderes se controlam mutuamente. Com efeito, de instrumento perigoso, no passado, o confisco, hoje, pode ser considerado um "mecanismo essencial à defesa do próprio Estado de Direito"; cf. CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (...) Sobre o Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia No Direito Português Vigente. *Revista do CEJ* (Centro de Estudos Judiciários), II (2.º Semestre de 2014), Lisboa, 2014, p. 87.

[200] Embora a vedação do confisco geral não tenha impedido sua sobrevivência nas formas especiais, sua reaparição teve maior progresso a partir do início dos anos setenta do século passado, quando os Estados Unidos da América reinseriram o confisco como ferramenta ideal no enfrentamento do tráfico de drogas e da criminalidade organizada. Na sequência, paulatinamente, o confisco teve ampliado seu leque de aplicação a

Mesmo dentro de uma conjuntura relativamente comum, de maior segurança jurídica e atenuação dos riscos de injustiças, obviamente que as diferenças (não apenas históricas) entre os Estados de Direito resultaram sistemas distintos de positivação e utilização do confisco na seara penal (ou a ela ligada), o que, nalguma medida, tem origem na época do jusracionalismo – quando "o realismo político da observação implicou a valorização de uma ideia da filosofia política clássica: as instituições políticas e o direito interno devem adequar-se às características próprias de cada Estado, ao seu clima, à sua história e tradições, ao carácter do povo, em tudo aquilo que não seja ditado pelo direito natural"[201].

Mas, se aquela diversidade influenciou na formatação legal desigual dos instrumentos de recuperação de ativos nos Estados de Direito[202], de todos eles é possível recortar pontos coincidentes, como as metas de restabelecer a condição econômica anterior do suspeito/acusado/condenado e de evitar o enriquecimento ilícito[203], além da exigência de procedimentos (penais ou extrapenais) que assegurem, plenamente, os direitos do demandado[204].

Outro ponto comum no desenrolar dessa fase – quiçá ainda em andamento – de "regeneração do confisco" pode ser sintetizado não apenas pela intensificação dos denominados instrumentos clássicos[205], mas, em especial, pela concepção de mecanismos inovadores e ampliados, mormente para o enfrentamento da criminalidade organizada com fim de lucro.

---

outros fenômenos criminais; cf. FERNANDEZ-BERTIER, Michaël. The History of Confiscation laws: from the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime. In LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (eds.). *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 60.

[201] HOMEM, António Pedro Barbas. *História das Relações Internacionais.* O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2010, p. 41.

[202] O tema é apanhado numa perspectiva europeia mais recente por CORREIA, João Conde. Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia? In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 336-338.

[203] No aspecto de evitar o enriquecimento ilícito, Carla de Carli aponta que as medidas para indisponibilizar o patrimônio ilícito foram concebidas, historicamente, como instrumento para garantir que as vítimas das infrações penais pudessem requerer, futuramente, a compensação pelos prejuízos sofridos; cf. DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro:* ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 217.

[204] Muitas vezes, tais direitos têm quilate constitucional, como a presunção da inocência, a proibição de auto-incriminação e o ônus da prova exclusivo à acusação (direitos refletidos de princípios do processo penal), ou o direito à propriedade privada.

[205] Tal adjetivação, em essência, deveria estar atrelada aos instrumentos de confisco com origem remota e resistentes à história, inclusive ao período de vedação constitucional, conforme adrede exposto. No entanto, como se verá a seguir, há instrumentos de confisco intitulados "clássicos" que pouca relação têm com aqueles existentes, por exemplo, no Direito Romano. Ao que parece, a expressão encontra sentido pela presença de algumas modalidades de confisco desde as primeiras codificações penais do período pós-iluminismo, em regra nas disposições gerais.

É certo que, talvez mais pelas inovações que trouxeram e menos pela história remota do confisco, as modernas ferramentas legais de recuperação de ativos têm – ainda – encontrado resistências na doutrina e no direito vivo. E mesmo que se possa constatar uma maior assimilação dessas ferramentas, mais recentemente, é plausível afirmar que a "regeneração do confisco" é um processo inacabado.

Nota-se que desse fenômeno não escapou a perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, cuja aplicação, mesmo depois de passados anos de sua implementação, permaneceu tímida, sintoma que Conde Correia atribui à soma de fatores como o clamor doutrinal que coloca(va) em xeque sua constitucionalidade[206], as rotinas instaladas até seu advento (em que o confisco penal decorria das restritas hipóteses clássicas de perda dos instrumentos e vantagens do crime), a aversão pelas novidades e a sua excentricidade técnica[207].

Porém, já comentado, no ambiente português, pouco a pouco e com intensificação recente, a perda alargada passou a um processo de consolidação mais efetivo, sobretudo em âmbito jurisprudencial (neste aspecto, foram paradigmáticos os acórdãos n.ºs 101, 392 e 476/2015 do Tribunal Constitucional Português, que merecerão estudo detalhado mais a frente), após sensível incremento na praxe forense, impulsionado, dentre outros fatores, por estudos como o Projecto Fenix[208], pela criação dos Gabinetes de Recuperação de Ativos e de Administração de Bens (surgidos com a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho[209], agregando condições materiais e humanas para o enfrentamento das hipóteses de investigação,

---

[206] Dentre os nomes que reputam à perda alargada a mácula de violação à presunção de inocência do artigo 32.º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, vide CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado, AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 121; e GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1327 e ss.

[207] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência lícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. Revista do Ministério Público, 145, Janeiro-Março, p. 208.

[208] Sobre o Projecto Fenix, que será abordado no item 2.4, adiante, vide BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16. Trimestral (Out.-Dez. 2013). pp. 53-95.

[209] Acerca dessa específica legislação, vide SIMÕES, Euclides Dâmaso. A Proposta de Lei Sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um Passo no Caminho Certo). *Revista do CEJ*, 2.º semestre de 2010, n.º 14. Lisboa: Almedina, 2011, pp. 183 e ss.; e RODRIGUES, Helio Rigor. Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como atua. *Revista do CEJ*, Lisboa, a. 2013, n.º 1, pp. 63-87. Em suma, pela legislação portuguesa, o Gabinete de Recuperação de Ativos é atrelado à Polícia Judiciária e possui atribuição de investigação financeira ou patrimonial, por determinação do Ministério Público, nas hipóteses de instrumentos, bens ou produtos (com valores somados superiores a 1.000 unidades de conta) vinculados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a três anos. Já o Gabinete de Administração de Bens, sediado no Instituto de Gestão Financeira e de Infraestrutura da Justiça, presta-se exatamente à administração e à futura destinação dos instrumentos, bens ou produtos apreendidos e eventualmente perdidos em favor do Estado.

apreensão e destinação de bens de origem criminosa, mesmo que por presunção) e pelo debruçar mais aprofundado da doutrina sobre o tema. Não por coincidência, a recuperação de ativos, seara em que a perda alargada é notável protagonista, foi guindada ao patamar de prioridade de política criminal pela Lei n.º 72/2015, de 20 de junho, em seu artigo 12.º, e, mais atualmente, pela sucedânea Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto – atinente à política criminal portuguesa para o biênio 2017-2019 –, em seu artigo 16.º, n.º 1[210].

A súmula disso tudo é que, mesmo sob olhares com alguma desconfiança pelo remoto ou pelo novo, agora em processo de dissipação, o confisco – em suas variações como ferramenta de recuperação de ativos[211] – está reintegrado aos ordenamentos legais (e não só ao direito penal) por todo lado.

Daí por que é pertinente, a seguir, ainda que sucintamente, o trato dos instrumentos clássicos e inovadores de confisco, mormente tendo como parâmetros os direitos português e brasileiro[212], já com o bosquejo de suas possíveis naturezas jurídicas.

2.2 Instrumentos clássicos de confisco atualmente vigentes em Portugal e no Brasil, e suas possíveis naturezas jurídicas

2.2.1 Instrumentos clássicos de confisco do Código Penal português: as alterações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

[210] Tratando do tema de a recuperação de ativos ter se tornado ferramenta a serviço da política criminal dos Estados europeus, vide CAEIRO, Pedro. O confisco numa perspetiva de política criminal Europeia. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 21.

[211] Raul Brito Coelho, tendo por foco os rotulados objetivos ou finalidades da recuperação de ativos (demonstrar que "o crime não compensa"; evitar o reinvestimento das vantagens para a prática de novos crimes; e evitar ainda os riscos inerentes de uma concorrência desleal), faz distinção para concluir que a perda dos instrumentos e dos produtos do crime (instrumentos clássicos de confisco) insere-se naquela seara "apenas a título meramente acessório e não principal"; cf. COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 29. Pensa-se que a distinção é mais de índole retórica (até porque, mesmo com a ressalva, mantém aqueles instrumentos clássicos de confisco dentro do conceito de recuperação de ativos), pois não raro a perda de instrumentos ou do produto da infração penal contribui para a quebra ou o enfraquecimento da estrutura de uma organização criminosa, resultado em tudo convergente com os citados objetivos ou finalidades da recuperação de ativos. Noutro argumento, percebe-se, no recente fenômeno de Portugal, que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, ao transpor a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 (adiante estudada), que impõe aos Estados a meta de recuperação de ativos, trouxe mudanças – também – às ferramentas clássicas da perda dos instrumentos e dos produtos do crime, com o inequívoco sentido de que estas fazem parte daquela meta. De sorte que, neste trabalho, todas as modalidades de confisco clássico – na atualidade – são consideradas integrantes do ambiente da recuperação de ativos – que, igualmente, deve-se lembrar, não se esgota apenas no palco do direito penal.

[212] Seria desmedida, neste trabalho, a busca de uma abrangência global dos instrumentos clássicos e inovadores de confisco.

Após[213] as alterações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs ao ordenamento português a 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"[214], o Código Penal português passou a contemplar a perda dos instrumentos do fato ilícito típico no artigo 109.º, n.º 1[215]; a perda de produtos, vantagens e recompensas no artigo 110.º, n.ºs 1, alíneas "a" e "b", e 2[216]; e a perda de instrumentos, produtos e vantagens pertencentes a terceiros no artigo 111.º, n.º 2[217]. Também com as modificações inseridas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, o artigo 112.º do Código Penal português agora trata do "pagamento diferido ou a prestação e atenuação", além de ter sido criado o artigo 112.º-A, referente ao "pagamento de valor declarado perdido a favor do Estado".

A Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a despeito de não ter transposto literalmente a Diretiva 2014/42/UE, trouxe sensíveis avanços à política criminal de recuperação de ativos, e não apenas ao Código Penal português. Conforme o artigo 1.º da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que trata de seu objeto, a transposição da Diretiva 2014/42/UE redundou também em alterações na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)[218], na Lei n.º 34/2009, de 14 de julho (estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial) e na Lei n.º 45/2011, de 24 de junho (cria o Gabinete de Recuperação de Ativos),

---

[213] Para estudo sobre a codificação dos instrumentos clássicos de confisco em Portugal antes da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, vide SÁ, Domingos Silva Carvalho de. Objectos: Perdimento e Confisco. *Maia Jurídica:* Revista de Direito, a. III, n.º 2, Jul.-Dez. 2005, pp. 27-50.

[214] Que merecerá análise detida no capítulo 3 deste trabalho.

[215] "1 - São declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos de facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática".

[216] "1 - São declarados perdidos a favor do Estado: a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e b) As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem. 2 - O disposto na alínea b) do número anterior abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem".

[217] "2 - Ainda que os instrumentos, produtos ou vantagens pertençam a terceiro, é decretada a perda quando: a) O seu titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios; b) Os instrumentos, produtos ou vantagens forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência; ou c) Os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida".

[218] As modificações ocasionadas na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, merecerão estudo à parte neste trabalho, no Capítulo 5.

bem assim no Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de fevereiro (remodela o sistema de registo da propriedade automóvel), no Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho (Código do Registo Predial), no Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro (Código do Registo Comercial), no Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), no Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro (Lei Geral Tributária, aprovada em anexo) e no Decreto-Lei n.º 164/2012, de 31 de julho (Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça); e, ainda, no Código de Processo Penal português.

A vastidão dos diplomas legais atingidos soma-se ao conteúdo – não raro denso e profundo – das alterações, sobressaindo verdadeira guinada no ordenamento em prol do congelamento e da perda dos instrumentos e produtos do crime, metas explicitadas pela Diretiva 2014/42/UE.

Somente para ilustrar uma dessas importantes alterações, sempre na linha de fomento à recuperação de ativos daquela Diretiva, o novo artigo 127.º do Código Penal português, em seu n.º 3, agora reza que "a extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado". Explicitada, pois, a política criminal do *follow the money*, elevada ao nível de prioridade em Portugal desde o ano de 2015[219]. Outrossim, o hoje vigente artigo 128.º, n.º 2, permite que os instrumentos, produtos ou vantagens (e não só os objetos, como na redação anterior) declarados perdidos a favor do Estado ao abrigo dos artigos 109.º a 111.º (isto é, incluindo os efeitos estendidos sobre terceiros), ou o valor correspondente, ou ainda a receita pela venda, sejam atribuídos ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado. Essas e tantas outras mudanças (como as a seguir estudadas) sinalizam, concretamente, para que os atores do "direito vivo" na seara do processo penal debrucem-se com atenção à meta de que o crime não compense.

As inovações gestadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em Portugal, adicionaram-se à cominação de tradicionais e gerais dispositivos de perda de bens do Código Penal. Mas não só, pois, à semelhança do que se difundiu em ordenamentos legais por todo lado, o legislador já havia positivado ferramentas clássicas em pontuais leis esparsas[220].

---

[219] Pela Lei n.º 72/2015, de 20 de junho, em seu artigo 12.º, tendo sequência na atual Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto (política criminal portuguesa para o biênio 2017-2019), conforme seu artigo 16.º, n.º 1.

[220] Para figurar, tome-se o exemplo da Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (legislação de combate ao tráfico ilícito de estupefacientes), que reza sobre a perda tanto de instrumentos e produtos do crime (artigo 35.º, n.º 1: "são

Mesmo com as significativas modificações provenientes da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, pensa-se ainda é possível identificar a todas as figuras dos artigos 109.º a 111.º o rótulo de instrumentos clássicos de confisco[221], embora, nalgumas, com o viés mais musculado preconizado pela Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014.

2.2.2 Perda dos instrumentos e produtos do ilícito típico do Código Penal português após a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

Inobstante as novas conformações legais, a perda dos instrumentos[222] e dos produtos[223] do crime, cuja "fonte da disposição é o §74.º (*Voraussetzungen der Einziehung*) do StGB alemão, que se baseia no §113.º do *Regierungsentwurf* (projeto governamental) de 1962"[224], prossegue visando aos objetos que serviram ou seriam destinados a servir para a prática do ilícito típico, ou que foram por ele produzidos, tendo natureza eminentemente preventiva[225]. Daí que os instrumentos deverão ser perdidos quando "puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos"; e, os produtos, por serem os objetos que tiverem sido produzidos pela prática do ilícito típico.

Essa finalidade, de predominância preventiva, entoa característica diferente das modalidades de confisco existentes nos primórdios do direito (aplicados como pena), pois a perda dos instrumentos e dos produtos, mesmo antes do advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, prescindia da responsabilização criminal, da apuração da autoria do ilícito típico ou, mesmo, do início da ação penal, e podia atingir terceiros (com ressalva à boa-fé),

---

declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de uma infracção prevista no presente diploma ou que por esta tiverem sido produzidos"), como de recompensas e vantagens ou direitos adquiridos com a prática do crime (artigo 36.º, n.ºs 1 e 2), ainda que transformados, convertidos ou misturados com outros bens (artigo 37.º, n.ºs 1 e 2).

[221] Como visto adrede.

[222] A "perda de instrumentos" passou a ser prevista com exclusividade no atual artigo 109.º do Código Penal português.

[223] A "perda dos produtos" agora está inserida – juntamente com a "perda de vantagens e recompensas" - no vigente artigo 110.º do Código Penal português.

[224] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 452, anotação 1.

[225] Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 617-629.

conforme os outrora vigentes artigos 109.º, n.º 2,[226], e 110.º, n.º 2, ambos do Código Penal português[227].

Com as transformações geradas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, reforçou-se e expandiu-se a possibilidade da declaração de perda dos instrumentos[228], isto é, "ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto" (vinha até aqui a redação anterior), e "incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz"[229], hipóteses igualmente aplicáveis aos produtos, vantagens e recompensas decorrentes do ilícito típico, segundo o novel artigo 110.º, n.º 5, do Código Penal português[230].

Restringindo-se tão somente à perda dos instrumentos e dos produtos do ilícito típico, com as peculiaridades acima assinaladas, e tendo por base o que se investiga neste trabalho, pode-se – ainda – concordar com a natureza jurídica de "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"[231], uma vez que não é uma pena acessória (não tem conexão com a culpa do agente), nem um efeito da pena ou da condenação[232] (sequer depende da condenação), ou uma medida de segurança (não se fundamenta na perigosidade do agente)[233].

Sobra, portanto, sua definição como "providência sancionatória[234] de natureza análoga à da medida de segurança", indicada por Figueiredo Dias e acolhida pela

---

[226] Também com previsão similar no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, artigo 35.º, n.º 3.

[227] Por tais características, afastada a caracterização como pena ou seu efeito, a perda de bens teria natureza meramente civil, cf. RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, pp. 191-192.

[228] Vale ressaltar que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, com o aditamento do artigo 12.º-B, criou – também – a modalidade específica de perda dos instrumentos das infrações penais previstas no catálogo do artigo 1.º, ambos os dispositivos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com diminuto ou até inexistente enfoque como medida de segurança. Essa figura especial de perda dos instrumentos será estudada no capítulo 6 deste trabalho.

[229] Artigo 109.º, n.º 2, do Código Penal português.

[230] "5 - O disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz".

[231] É o entendimento de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 628; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 452, anotação 2; CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 78; e GARCIA, M. Miguez; CASTELA RIO, J. M. *Código Penal Anotad*o. Parte geral e especial, com notas e comentários. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 441, anotação 1ª ao artigo 109.º.

[232] Destoando, uma vez mais, das primeiras modalidades de confisco, que eram consideradas como pena ou acessório desta.

[233] ALBUQUERQUE, op. cit., p. 452, anotação 2.

[234] Grifando-se que adjetivo "sancionatório", no conceito, assume seu significado vinculado ao "direito punitivo ou penal", conforme o dicionário Infopédia (disponível em http://www.infopedia.pt), ou "que implica sanção", segundo o dicionário Priberam (disponível em http://www.priberam.pt). A explicitação é necessária pela coexistência do significado "capaz de sancionar, com poder para validar ou aprovar uma lei;

jurisprudência portuguesa[235] antes do advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Em última análise, a perda dos instrumentos e dos produtos do ilícito típico baseia-se na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes (perigo este originado dos próprios objetos, com aferição tendo em conta as circunstâncias do caso[236] e o princípio da proporcionalidade[237]), mas sem descartar, de todo, uma "pitada" sancionatória – sem que isso implique, entrementes, uma solução híbrida entre a pena e a medida de segurança[238].

Pondera-se que as inovações brotadas da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, à perda dos instrumentos e dos produtos do ilícito típico, não são suficientes para abalar a natureza jurídica a ela identificada por Figueiredo Dias[239].

O legislador português, ao transpor, no ponto, a Diretiva 2014/42/UE, criou a brecha da substituição da perda dos instrumentos[240] ou dos produtos (e também das vantagens)[241], quando inviável a apreensão/apropriação em espécie, pela imposição – a qualquer tempo – do pagamento ao Estado do respectivo valor, salvo a limitação inserida – também como novidade – no artigo 112.º. Ou seja, não sendo possível a perda do bem/objeto que concretiza o instrumento, o produto ou a vantagem, a pessoa que em algum momento após a apuração do ilícito típico teve sua posse, detenção ou propriedade, pode

---

que se admite como aceitável, que está de acordo com" (cf. Dicio, Dicionário Online de Português, disponível em http://www.dicio.com.br), divorciado do contexto daquela definição.

[235] Nesse compasso, vide acórdão do STJ, de 15 de fevereiro de 2006, processo 4306/05; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de fevereiro de 2011, in CJ, XXXVI, 1, 155; e acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de fevereiro de 2014, in CJ, XXXIX, 1, 146.

[236] "A perigosidade deve ser aferida, não apenas em função da 'natureza' do objeto, mas das 'circunstâncias do caso', pelo que os especiais conhecimentos do agente para utilização do objeto devem ser ponderados para este efeito" (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 455, anotação 12).

[237] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 628-629.

[238] Segundo Figueiredo Dias, solução, esta, do artigo 75.º do Código Penal de 1886, depois afastada pelo legislador (DIAS, op. cit., p. 615).

[239] Raul Brito Coelho discorda de Figueiredo Dias e concebe a "perda dos produtos como uma providência sancionatória *in rem.* Providência sancionatória por ser exigível a prática de um facto ilícito típico e *in rem* porque dirigida ao objeto"; cf. COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 97.

[240] "Artigo 109.º, n.º 3 - Se os instrumentos referidos no n.º 1 não puderem ser apropriados em espécie, a perda pode ser substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites previstos no artigo 112.º-A".

[241] "Artigo 110.º, n.º 4 - Se os produtos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites previstos no artigo 112.º-A". Outrossim, mais uma vez abrangendo "produtos" e "vantagens", e no inegável afã incisivo da Diretiva 2014/42/EU, o legislador, no artigo 110.º, n.º 3, estendeu a declaração da perda aos objetos eventualmente transformados ou reinvestidos, ao depois, bem assim aos ganhos daí gerados. Literalmente: "Artigo 110.º, n.º 3 - A perda dos produtos e das vantagens referidos nos números anteriores tem lugar ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado".

ser obrigada a pagar ao Estado o respectivo valor. E, frise-se, independentemente de tal pessoa ter sido condenada criminalmente pela prática da infração penal vincada à perda ou qualquer outra.

Com esse recorte, não parece de todo correto atribuir aos dispositivos do artigo 109.º, n.º 3, e artigo 110.º, n.º 4, do Código Penal português viés meramente preventivo, como uma providência – ou uma medida – de natureza análoga à da medida de segurança. Há um teor sancionatório, pois fosse apenas uma prevenção, não haveria por que cotejar um pagamento substitutivo ao Estado[242].

Não bastasse, o aludido artigo 112.º, n.ºs 1 e 2[243] (com *nomen juris* "pagamento diferido ou a prestações e atenuação"), do Código Penal português, mais um alterado pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, foi concebido como um limitador ao *quantum* desse pagamento substitutivo ao Estado. No artigo 112.º, n.º 1, ao reportar-se aos n.º 3 e 4 do artigo 47.º, o legislador inseriu a permissão do pagamento da multa no prazo de até um ano, ou em prestações (não podendo a última ir além de dois anos passados do trânsito em julgado da condenação), quando a situação econômica e financeira do condenado assim justificar, e tudo passível de alteração, mantidos aqueles prazos, desde que presentes motivos supervenientes.

Pertinente pontuar que a remissão feita pelo artigo 112.º, n.º 1, pode ensejar alguma controvérsia pela menção explícita, no dispositivo do n.º 3 do artigo 47.º, das expressões "situação econômica e financeira do condenado" e (o pagamento em prestações) em até "dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da condenação". Com outras palavras, pode daí surtir a ideia de que o pagamento de uma soma pecuniária e/ou sua procrastinação ou parcelamento em até dois anos somente teriam lugar quando condenado criminalmente o agente envolvido com o instrumento, produto, vantagem ou recompensa da infração penal – excepcionando, portanto, a regra de que a perda desses objetos/bens prescinde da condenação.

---

[242] Raul Brito Coelho identifica espécie de brete ao procurar definir a natureza jurídica dessas modalidades *sui generis* de perda: "podemos conceber aquele n.º 3 como uma providência sancionatória, mas não de natureza análoga a uma medida de segurança por falta do elemento perigosidade do objeto (e que no caso não existe). Mas como providência sancionatória que é, e para a qual a culpa não releva como demonstrado, ficamos na incerteza sobre qual a finalidade político-criminal válida que se possa extrair desta disposição"; cf. COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, pp. 90-91.

[243] "1 - Quando a aplicação do disposto nos artigos 109.º, 110.º ou 111.º vier a traduzir-se, em concreto, no pagamento de uma soma pecuniária, é correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo 47.º. 2 - Se, atenta a situação socioeconómica da pessoa em causa, a aplicação do n.º 3 do artigo 109.º, do n.º 4 do artigo 110.º ou do n.º 3 do artigo anterior se mostrar injusta ou demasiado severa, pode o tribunal atenuar equitativamente o valor referido naqueles preceitos.

Pensa-se que não foi essa a intenção do legislador, e sim meramente permitir que a situação econômica e financeira de quem resulta judicialmente declarado ligado a algum instrumento, produto, vantagem ou recompensa de ilícito típico, mesmo que disso não resulte condenação criminal, possa ser cotejada nas hipóteses em que a perda fática der lugar ao pagamento do valor correspondente – assim como o pagamento em prestações parceladas. O legislador, enfim, parece apenas ter se aproveitado do n.º 3 do artigo 47.º nos trechos alusivos à cogitação da situação econômica do agente e da possibilidade de flexibilização do pagamento, quando a perda de bens, por que faticamente impossível, transformar-se em obrigação de adimplir valor.

Conquanto, a despeito do entendimento que ora se advoga, é forçoso reconhecer que a remissão ao n.º 3 do artigo 47.º do Código Penal português, artigo este que dispõe sobre a pena de multa, pelo artigo 112.º, n.º 1, abre fenda não só à controvérsia assinalada, mas, na mesma medida, a que se recorte da ferramenta de perda de bens – ou, ao menos, das situações de "conversão" em obrigação de pagamento – marcante caráter sancionatório, quiçá mesmo próximo da pena de multa.

Em compasso similar, o artigo 112.º, n.º 2[244], do Código Penal português enfatiza nuance sancionatória à obrigação de pagamento substitutiva da perda de bens, incutindo a essa figura, explicitamente, a cogitação da proporcionalidade entre "a situação socioeconómica da pessoa em causa" e o valor atribuído ao bem/objeto que deveria ser fisicamente apreendido e é declarado perdido.

Opina-se merecedora de crítica a construção legal que permite, em última análise, o abrandamento da consequência imposta a quem, de alguma forma, teve esclarecida vinculação com instrumento, produto, vantagem ou recompensa de ilícito típico, na hipótese de inviabilidade de perda fática do bem/objeto. Aludido instrumento clássico de confisco, já visto, tem caráter eminentemente preventivo (embora não só[245]), justificando a perda do objeto/bem que potencialmente presta-se ao cometimento de novo ilícito típico ou decorreu daquele elucidado. Não possível a perda do bem/objeto, resta como adequada a imposição àquele que o possuiu/deteve do pagamento do valor correspondente, sem mais nem menos.

---

[244] "2 - Se, atenta a situação socioeconómica da pessoa em causa, a aplicação do n.º 3 do artigo 109.º, do n.º 4 do artigo 110.º ou do n.º 3 do artigo anterior se mostrar injusta ou demasiado severa, pode o tribunal atenuar equitativamente o valor referido naqueles preceitos".

[245] No ponto, discorda-se – em parte – de Paulo Pinto de Albuquerque, ao afirmar que "a perda de objetos é exclusivamente determinada por necessidade de prevenção" (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 452, anotação 2).

A excepcional normativa de atenuação do artigo 112.º, n.º 2, do Código Penal português, nalguma medida, relativiza o caráter preventivo da perda de instrumento, produto, vantagem ou recompensa de ilícito típico, ao possibilitar que o agente não sofra a consequência em valor literalmente correlato. E, por que não sinalar, acaba propiciando o estabelecimento de tratamento desigual entre o agente que sofre a consequência direta da perda do bem (para o qual desimporta a situação socioeconômica) e aquele que, pela inviabilidade da apreensão fática, culmina obrigado ao pagamento do valor correspondente.

Obtempera-se que, num e noutro caso, deveria sobrelevar a finalidade preventiva da perda de bens, mais o componente de restabelecer ao agente o *status* econômico anterior ao ilícito típico; e isso, sem dúvida, necessariamente passa pela perda fática do que é instrumento, produto, vantagem ou recompensa, ou, na impossibilidade, na cominação ao pagamento do exato e correspondente valor. O artigo 112.º, n.º 2, do Código Penal português, enfim, pode permitir algum lucro ao agente pela posse/propriedade do bem/objeto que deveria ser perdido, algo que vai de encontro ao aforisma "o crime não compensa".

Crítica à parte, é indiscutível que os dispositivos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 112.º somam-se àqueles dos artigo 109.º, n.º 3, e 110.º, n.º 4, todos do Código Penal português, para enfatizar à atual conformação da perda dos instrumentos e produto (e, também, da vantagem e recompensa) de ilícito típico nítido componente sacionatório, ao lado da prevenção – traço, este, que é preponderante, mas não exclusivo.

Moldura que, aquém de contestar, tende a reforçar o acerto da natureza jurídica atribuída a essa modalidade de instrumento clássico de confisco por Figueiredo Dias, Paulo Pinto de Albuquerque e Conde Correia (dentre outros), a saber, uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança" – mesmo sendo a definição pretérita às significativas alterações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

2.2.3 Perda das vantagens e das recompensas do ilícito típico do Código Penal português após a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

A "perda das vantagens do ilícito típico"[246], com o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, passou a integrar o mesmo dispositivo que cuida da "perda dos produtos"[247], e

[246]"Artigo 110.º. Perda de produtos e vantagens. 1 - São declarados perdidos a favor do Estado: (...) b) As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que

que teve o acréscimo da "perda das recompensas"[248], restando tudo aglutinado no artigo 110.º do Código Penal português[249].

Verifica-se agiu com acerto o legislador ao dar o mesmo tratamento a "todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem" (vantagens), e à "recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem", pois, ao cabo, são meramente variações do que podem constituir "vantagens do ilícito típico".

Já pela nova asserção do n.º 3 do artigo 110.º do Código Penal português, eventual transformação ou reinvestimento (e os ganhos daí quantificáveis) dos produtos e das vantagens (e das recompensas) do ilícito típico não afetam a declaração de perda, ao passo que o adrede mencionado n.º 4 do mesmo artigo passou a permitir sua substituição (quando inviável a apropriação), a todo o tempo, pelo pagamento ao Estado do valor correspondente, com a limitação inserida no artigo 112.º-A, tudo independentemente de condenação criminal de pessoa determinada, "incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz" (n.º 5 do artigo 110.º), e sem prejuízo aos direitos do ofendido (n.º 6 do artigo 110.º).

Os dispositivos dos n.ºs 3 e 5 do artigo 110.º do Código Penal português inequivocamente refletem o teor mais agressivo no que toca à recuperação de ativos, delineado pela Diretiva 2014/42/UE, com especial destaque à possibilidade de substituição por pagamento ao Estado (n.º 4) e ao alcance mais largo em relação a terceiros[250], em superação à regra tradicional anterior, no sentido de que "a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada"[251].

Mesmo com as importantes modificações tendo por fonte a Diretiva 2014/42/UE, espelhada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em essência a perda das vantagens e das

---

constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem".

[247] "1 - São declarados perdidos a favor do Estado: a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática".

[248] "2 - O disposto na alínea b) do número anterior abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem".

[249] Antes da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, segundo o então vigente artigo 111.º do Código Penal, eram vantagens a recompensa dada ou prometida aos agentes de um fato ilícito típico (n.º 1) e as coisas, direitos ou vantagens adquiridas por intermédio deste, ressalvados os direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé (n.º 2), mesmo no caso de obtenção via transação ou troca (n.º 3).

[250] Tópico a seguir estudado.

[251] Redação do artigo 110.º, n.º 1, do Código Penal português, até a vigência da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

recompensas prossegue assemelhada às primeiras figuras históricas de confisco, porquanto, como regra, retira do agente os benefícios conseguidos com o ilícito típico. Porém, mesmo antes da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, essa ligação estreita e absolutamente direta entre a vantagem e a infração penal já havia sido relativizada pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, com a expressão "tiverem sido diretamente ou indiretamente obtidos", em substituição à redação anterior, que só contemplava a "obtenção direta" de coisas, direitos ou vantagens adquiridas por intermédio do crime[252].

A perda das vantagens e das recompensas, positivada no Código Penal português com a conformação anterior ainda àquela dada pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, assumia natureza eminentemente preventiva[253] – e, não por coincidência, não dependia (e segue não dependendo) de condenação, exigindo apenas a apuração do ilícito típico em uma ação penal.

E, nem mesmo naquela conformação pretérita, sua natureza jurídica escapava da controvérsia, sendo definida por Figueiredo Dias, em identidade com a "perda dos instrumentos", como "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"[254] – admitindo-se a geração de riqueza ilícita (a vantagem ou a recompensa do ilícito típico) como perigosidade de cunho abstrato.

Se, naquela altura, havia espaço ao debate, com o vigor da Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, e, notadamente, da recente Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, seu horizonte se expandiu. O alargamento do alcance da perda das vantagens e das recompensas vigente hoje no Código Penal português, com o potencial atingimento do que indiretamente decorreu do ilícito típico, a possibilidade de substituição por pagamento de valor ao Estado[255] e os efeitos sobre terceiros são nuances que temperam ainda mais qualquer

[252] Com efeito, com o advento da Lei n.º 32/2010, juros, lucros e outros benefícios oriundos dessas vantagens restaram ao alcance do instrumento. Nesse sentido, CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 82.

[253] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 632.

[254] DIAS, op. cit., p. 634. Em idêntica linha, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 460, anotação 2. Já em sentido diverso, há quem repute a ferramenta como pena acessória, dependente da sanção principal (cf. CUNHA, João Manoel Damião da. *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II, 1999, p. 7), ou "mais próxima das penas do que das medidas de segurança" – cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 307.

[255] Positivada desde a redação do n.º 4 do artigo 111.º (que versava sobre a perda de vantagens), trazida com a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro: "Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos

discussão que pretenda convergir à natureza jurídica desse instrumento clássico de confisco. Aliás, a metamorfose gerada pela Diretiva 2014/42/UE, replicada na Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em especial na perda de vantagens do ilícito típico, pode mesmo aproximar a complexidade do debate acerca de sua natureza jurídica com o que ocorre em relação a modernos instrumentos de recuperação de ativos – como a perda alargada.

Todavia, antes de tentar definir como atualmente é possível recortar a natureza jurídica da perda de vantagens e recompensas do artigo 110.º, n.º 1, alínea "b", e n.º 2, do Código Penal português, em especial se surge algo diverso do adrede esboçado[256], pertinente considerar o derradeiro ponto de alargamento, consubstanciado na perda de bens de terceiros.

2.2.4 Perda de bens de terceiros – alterada no Código Penal português pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a ferramenta legal da perda de bens de terceiros[257], então com a redação dada pelo Decreto- Lei n.º 48/95, de 15 de março, merecia a modesta previsão do artigo 110.º, n.º 2, do Código Penal português, permitindo a perda de objetos quando seus titulares (terceiros) "tiverem concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiverem retirado vantagens; ou ainda quando os objectos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo os adquirentes a sua proveniência"[258]. Ainda, o n.º 2 do anterior artigo 111.º, modificado pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, assegurava o direito do terceiro de boa-fé, obstando a perda de vantagens adquiridas "através do facto ilícito típico".

---

números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor".

[256] Item 2.2.2, parte final.

[257] Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, "a fonte da disposição é o §74.ºa (*Erweiterte Voraussetzungen der Einziehung*) do StGB alemão, que se baseia no §114.º do *Regierungsentwurf* (projeto governamental) de 1962", tendo por natureza "uma garantia do direito de propriedade de terceiros, não se encontrando tutelados direitos reais de gozo ou de garantia"; o autor faz a ressalva de que "só o direito de propriedade do proprietário de boa-fé merece proteção" (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 457-458, anotações 1, 2 e 4).

[258] O na época n.º 3 do artigo 110.º trazia o resguardo do direito do terceiro de boa-fé proprietário de inscrições, representações ou registros lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual, impedindo o decreto de perda nessas hipóteses.

A partir da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio[259], a "perda de instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro" foi agrupada no novo artigo 111.º do Código Penal português, reiterando-se, no n.º 1, grosso modo, a regra geral tradicional outrora prevista no artigo 110.º, n.º 1[260], na trilha de impedir a decretação do confisco "se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada". Mas isso "sem prejuízo do disposto nos números seguintes", nos quais o legislador transpôs o viés "musculoso" da política criminal de recuperação de ativos, objeto da Diretiva 2014/42/UE.

Com efeito, nas alíneas "a" e "b" do n.º 2 do artigo 111.º foram aparentemente reiteradas as situações permissivas da perda de bens de terceiros outrora estampadas no artigo 110.º, n.º 2.

Contudo, a alínea "a" agora preconiza a perda quando o (terceiro) "titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios", com a inserção da expressão "benefícios", um tanto mais ampla e genérica do que as "vantagens", que davam fecho à primeira parte do artigo 110.º, n.º 2, revogado.

Já na nova alínea "b" do n.º 2 do artigo 111.º as mudanças foram mais significativas em relação à antiga segunda parte do artigo 110.º, n.º 2: nesta, a perda era autorizada "quando os objectos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto", enquanto naquela o legislador ampliou o alcance aos "instrumentos, produtos ou vantagens" que forem, por qualquer título, adquiridos após o fato. Outrossim, se, antes, exigia-se que o titular conhecesse a proveniência (ilícita) do objeto, atualmente a perda é possível caso demonstrado que o terceiro conhecia ou deveria conhecer a origem espúria dos "instrumentos, produtos ou vantagens". Ou seja, além da expansão semântica acerca do que pode ser alvo da perda de bens em poder de terceiro, a menção a bastar este ter o conhecimento presumível (e não mais apenas uma ciência efetiva) da proveniência ilícita inegavelmente abrem o leque das possibilidades de aplicação da dita ferramenta clássica de confisco.

---

[259] O regime geral de bens de terceiro, após as modificações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, é detalhado por MARIANO, João Cura. A Perda de Bens de Terceiro Relacionados com o Crime. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 148-155.

[260] Literalmente, assim normatizada: "Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada".

A sequente hipótese tendo por mira bens de terceiros foi inserta pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, na alínea "c" do artigo 111.º, também claramente inspirada na política criminal mais agressiva de recuperação de ativos. Pela norma vigente, é viável o decreto da perda dos "instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente" se "tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida". Em súmula, permite-se agora a perda de bens que tenham sido instrumentos, produtos ou vantagens de ilícito típico, ou do valor que a eles corresponda, se o terceiro titular recebeu-os nas hipóteses em que poderiam ser alcançados pelo confisco dos artigos 109.º e 110.º, sendo potencialmente sabedor da finalidade – subjacente à transferência – de obstar o efeito de uma destas normas.

Não é errôneo apontar que as novas alíneas "b" e "c" do n.º 2 do artigo 111.º do Código Penal português incorporaram, nalguma medida, figuras de presunções, até há pouco apenas admitidas na legislação penal portuguesa na ferramenta moderna e agressiva de confisco prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Seguindo na trilha indicada pela transposta Diretiva 2014/42/UE, os terceiros, pelo transformado artigo 111.º do Código Penal português, em seu n.º 3, ainda estão sujeitos ao pagamento ao Estado do valor correspondente de produtos ou vantagens do ilícito típico que não puderem ser apropriados em espécie, processo de substituição que pode ocorrer "a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites previstos no artigo 112.º-A[261]". A inovação estende em muito as consequências do confisco ao terceiro, que, embora "poupado" pelo legislador de indenizar o instrumento[262] do ilícito típico do qual titular e – por algum motivo – inviável de apropriação, pode ver-se compelido a pagar ao Estado o valor de produtos ou vantagens nessa situação.

Atinente a terceiros, por fim, o n.º 4 do artigo 111.º do Código Penal português veio positivado pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, em similar à anterior asserção do n.º 3 do artigo 110.º[263], preservando-se o direito do terceiro de boa-fé. Mais precisamente, houve a substituição de "objectos" por "instrumentos, produtos ou vantagens" que "consistirem em

[261] O já mencionado artigo 112.º-A, aditado pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, regulamenta os prazos de prescrição quando determinada a substituição da perda em espécie pelo pagamento ao Estado do correspondente valor, nos casos do n.º 3 do artigo 109.º, do n.º 4 do artigo 110.º ou do n.º 3 do artigo 111.º, ou ainda de legislação especial, a saber, ou os previstos para a pena ou para a medida de segurança concretamente aplicada (n.º 1), ou, se não aplicada uma ou outra, os previstos para o procedimento criminal (n.º 2).

[262] Não se pode conceber que a omissão aos "instrumentos" tenha decorrido de esquecimento ou equívoco, sendo, pois, proposital o tratamento diferenciado, no ponto, dado ao "terceiro", em relação ao agente diretamente vinculado ao instrumento do ilícito típico.

[263] Com a redação dada pelo Decreto- Lei n.º 48/95, de 15 de março.

inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual, pertencentes a terceiro de boa-fé"; afora essa modificação/ampliação, restou mantida a vedação ao decreto de perda, "procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrarem o facto ilícito típico. Não sendo isso possível, o tribunal ordena a destruição, havendo lugar à indemnização nos termos da lei civil".

No ponto, aliás, aguça-se a expectativa sobre como se posicionará a jurisprudência portuguesa frente ao novo regramento, e, mais, se seguirá exigindo a demonstração da perigosidade do bem de propriedade de terceiro a que se pretende a perda pela força do artigo 111.º do Código Penal português, ou, em contraponto, se a considerará prescindível[264].

Pelo exposto, facilmente se depreende que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, foi especialmente incisiva ao transpor – consolidando o atual artigo 111.º do Código Penal português – o viés da Diretiva 2014/42/EU no que toca aos terceiros envolvidos – por conhecimento real ou presumido – com instrumentos, produtos ou vantagens do ilícito típico.

2.2.5 Instrumentos clássicos de confisco das vantagens e das recompensas do Código Penal português: tentativa de definição da natureza jurídica

Feito o apanhado acima, é possível reavivar a tentativa de conformação da natureza jurídica das ferramentas clássicas de confisco das vantagens e das recompensas do Código Penal português, após as modificações geradas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE.

Em se reiterando o raciocínio exposto no item 2.2.2, até é possível estender a definição dada por Figueiredo Dias à perda dos instrumentos e produtos também ao confisco clássico das vantagens e recompensas. Isto é, todos como "providência

[264] As posições antagônicas são extraídas do entendimento comum de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 458, anotação 5; e CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 73, nota 121, ambos advogando a imprescindibilidade da perigosidade do bem, *versus* o teor do Acórdão do STJ, de 25 de junho de 2008, na linha de que a perda de objetos ou produtos do crime, quando propriedade de terceiros, "constitui uma excepção ao princípio de que a perda do objecto está intimamente ligada à perigosidade deste" (Acórdão de 25 de junho de 2008, in CJASTJ, II, 2008, p. 264). Posicionando-se, parece assistir razão à primeira corrente, porquanto desarrazoado abstrair do bem – alvo de perda – a verificação do ordinário componente da perigosidade (ao menos motivada, em tese, diante do caso concreto) pelo simples fato de pertencer a terceiro.

sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"[265], aglutinando componentes de prevenção (por isso a natureza análoga à da medida de segurança) e de sanção não penal (consubstanciada, última análise, na perda em si ou na obrigação de pagar ao Estado o valor correspondente).

Nesse molde, o espectro de medida de segurança (viés de prevenção) tem por escopo impedir que instrumentos e produto sejam utilizados no cometimento de outros ilícitos típicos, alargando esse efeito às vantagens e às recompensas (para obstar quer sirvam de lastro econômico a novas infrações penais, quer à inserção no mercado lícito – nalguns casos, em potenciais situações típicas de branqueamento de capitais). E a face sancionatória presta-se também, por excelência, à prevenção geral e especial, na linha do aforisma de que "o crime não compensa"[266]. Embora a conotação remeta à "sanção", não se depreende da perda dos instrumentos, produtos, vantagens e recompensas dos artigos 109.º e 110.º do Código Penal português, fator repressivo-penal[267], pois não acarreta punição alguma ao agente não acobertado pela boa fé, que apenas sofre os efeitos do confisco – ou do pagamento do valor correspondente[268] – sobre bem que não possui fonte lícita conhecida e, por conseguinte, ao qual não se pode invocar legítimo direito de propriedade.

A despeito de controvertido, sinala-se viável conceber à perda das vantagens de ilícito típico conformação jurídica equivalente às ferramentas que têm por alvo os

---

[265] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 638.

[266] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 632-634.

[267] Logo, a perda dos instrumentos, produtos, vantagens e recompensas dos vigentes artigos 109.º e 110.º do Código Penal português não pode ser considerada "pena acessória" (como advoga CUNHA, João Manoel Damião da. *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II, 1999, p. 7), tampouco algo mais próximo "das penas do que das medidas de segurança" (entendimento de CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 307, e nem efeito da pena ou da condenação, ou uma medida de segurança: "a melhor solução para o problema de sua natureza jurídica parece ser considerá-la uma 'providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança' (CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 77-78).

[268] Modalidade que, quando vincada aos instrumentos ou produto da infração penal, é forçoso concordar com Raul Brito Coelho: não há uma providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança (por falta do elemento perigosidade do objeto inexistente), e nem uma culpa a justificar qualquer componente de sanção. Também, não é um procedimento *in rem* (como reputa a perda dos instrumentos no âmbito do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro), pois não recai sobre "instrumentos que tenham um caráter significativo ou preponderante para o cometimento do facto ilícito típico"; cf. COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, pp. 90-91.

instrumenta ou *producta sceleris*. No caso, o perfil de medida de segurança segue colado à prevenção, tendente a barrar o uso das vantagens noutros ilícitos típicos ou, mesmo, no fortalecimento de uma organização criminosa. A perigosidade, aqui e acolá, pode ser tida como abstrata, latente ou mediata. E o aspecto sancionatório pode ser destacado desde a meta de recolocação do agente na condição econômica anterior ao ilícito típico até à efetivação do *crime doesn't pay.*

Conde Correia, contudo, tendo por foco ainda o período anterior à transposição da Diretiva 2014/42/UE pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, hesita em atribuir a natureza jurídica engendrada por Figueiredo Dias, especificamente, à perda das vantagens de ilícito típico, porquanto aquela natureza jurídica "parece esbarrar no facto de ele não estar dependente da perigosidade (ainda que abstrata, latente ou mediata) das vantagens do crime. Uma providência sancionatória aplicada sem perigosidade dificilmente poderá ser análoga a uma medida de segurança"[269].

Já Pedro Caeiro tenta distanciar-se da visão de Figueiredo Dias partindo para a construção de um conceito limítrofe entre a medida de segurança e a pena, não obstante "mais próxima das penas do que das medidas de segurança"[270].

Noutro rumo, Hélio Rodrigues enxerga na responsabilidade civil o fundamento teleológico da definição dogmática da natureza do instituto da perda das vantagens: "se um comportamento ilícito (na perspectiva penal e civil) causa prejuízos a terceiros, e concomitantemente acarreta benefícios económicos para o agente, o Estado tem obrigação de conceder mecanismos para assegurar a anulação destes efeitos, sem que o desenho ontológico e dogmático (...) deixe de assumir uma natureza puramente cível, ainda que o facto deva igualmente ser penalmente sancionado", estando em causa "uma medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita, ou, por outras palavras, de uma medida tendente a impedir um lucro ilícito"[271], uma mera restituição sem caráter sancionatório.

---

[269] CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 96-97.

[270] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 307. Figuração similar, como espécie de terceira via (*third track*), mas tendo por foco ferramentas de confisco que não dependem de uma condenação penal, é abordada por VOGEL, Joachim. The Legal Construction that Property Can Do Harm: Reflections on the Rationality and Legitimacy of Civil Forfeiture. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (org.). *Non conviction based confiscation in Europe*. Freiburg, 2016, p. 232.

[271] RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, pp. 202-204; RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os

E, em mais uma variante, Raul Brito Coelho, numa aparente posição híbrida formada por fragmentos de todas acima mas não equiparada textualmente a nenhuma, remete à perda das vantagens o conceito de "providência sancionatória de natureza análoga ao pedido de indemnização civil"[272]

O panorama mostra-se ainda mais complexo concernente à perda de vantagens (e de instrumentos e produto, como adrede visto) pertencentes a terceiro, do novo artigo 111.º do Código Penal português, cujos efeitos ecoam para além do agente diretamente envolvido com o ilícito típico ou sua consequência, embora sendo prescindível a condenação criminal.

Notadamente nas figuras do artigo 111.º, alíneas "a" e "b", do Código Penal, é difícil o enquadramento na definição de Figueiredo Dias, já que a "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança" exige, ao lado do componente preventivo, outro sancionatório. À prevenção (e daí a natureza análoga à da medida de segurança) pode valer o argumento de que a retirada de instrumentos, produtos ou vantagens do ilícito típico então na posse/titularidade de terceiro cuja boa-fé não restou clarificada tem o condão de obstaculizar a reutilização (por si ou pelo agente ligado ao ilícito) na prática de infrações penais; mas o caráter sancionatório (sem qualquer matiz repressivo-penal) poderia no máximo vincar-se a algo próximo da prevenção geral, na ideia de não permitir que nem mesmo estranho ao ilícito típico resulte com vantagem ou benefício por seu cometimento. E o maior problema (que também atinge o conceito de "providência sancionatória de natureza análoga ao pedido de indemnização civil") está em admitir sancionar ou condenar à indenização civil o terceiro sem que se apure responsabilidade sua qualquer.

De modo que a opção mais palatável – mas não imune a críticas – soa a de Hélio Rodrigues, tratando a perda das vantagens como "uma medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita", naquilo que classifica como "uma quarta via ou quarto degrau nas reações que o Estado pode assumir contra os crimes, a par das penas,

---

deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 47-53.

[272] COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 104.

das medidas de segurança e da reparação da vítima"[273], mesmo com alguma ressalva sobre ter ou não natureza civil. O tema, entrementes, será retomado quando da definição da natureza jurídica da perda alargada.

Tecidas as considerações acerca das atuais ferramentas clássicas de confisco do Código Penal português, em especial após os reflexos gerados pela transposição da Diretiva 2014/42/UE, atravessa-se o Oceano Atlântico para que se tenha breve ótica dos similares instrumentos vigentes no país descoberto no ano de 1500.

2.2.6 Perda dos instrumentos e produtos do crime no Código Penal brasileiro

O Brasil não está submetido à transposição, em seu ordenamento legal, de ferramenta legal agressiva de recuperação de ativos, na esteira do que preconiza, por exemplo, a Diretiva 2014/42/UE aos Estados integrantes da União Europeia. Ao lado disso, atravessa momento histórico jamais visto no tocante ao esclarecimento do envolvimento de agentes públicos dos mais altos escalões dos Poderes Executivo e Legislativo com a prática de crimes variados contra a administração pública (corrupção), de lavagem de dinheiro e/ou de participação em organizações criminosas. A clarificação da denominada corrupção endêmica ou sistêmica, que tem afetado diretamente todos os níveis dos Poderes de Estado (até há pouco, inclusive a Presidência da República e o Congresso Nacional), por certo tem sua parcela de contribuição no – quiçá proposital – atraso brasileiro na seara da recuperação de ativos, notadamente naquilo que envolve o enfrentamento da criminalidade organizada e econômico-financeira.

Com esse porta-retrato, o Brasil conta com as tradicionais ferramentas clássicas de perda de bens no artigo 91, inciso II, letras "a" ("dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito") e "b" ("do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso"), do Código Penal[274], com algumas semelhanças em relação àquelas previstas no pergaminho penal português.

Ainda no campo das ferramentas clássicas, a Lei n.º 12.694/2012, num tímido impulso, inseriu no parágrafo primeiro do mesmo artigo 91 a possibilidade da perda de

[273] RODRIGUES, Hélio Rigor. Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 430-431.
[274] Com redação dada pela Lei n.º 7.209/84, que reformou a Parte Geral do Código Penal de 1940.

bens ou valores por equivalência[275] ao produto ou proveito do crime, quando estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior[276]. E, seguindo a tendência das legislações que comumente inspiram o ordenamento penal brasileiro, também há previsões de perdas clássicas em leis penais extravagantes[277].

No que se atém à natureza jurídica, a primeira fonte conceitual é o próprio Código Penal, ao explicitar o mecanismo de perda de bens do artigo 91 como "efeito da condenação", dentro do Capítulo VI do Título V. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 contempla a perda de bens como pena (artigo 5º, inciso XLVI, letra b[278]) e também como efeito da condenação, inclusive permitindo a extensão de sua consequência aos familiares do condenado criminalmente (artigo 5º, inciso XLV[279]).

A inteligência da conjugação entre os dispositivos do Código Penal e da Constituição Federal permite, de pronto, asseverar que a perda dos instrumentos, produtos e proveito do crime não é uma pena. Então, seja por exclusão singela, seja pela sinalização inequívoca do Código Penal, resulta o que está grafado nos enunciados logo abaixo do Capítulo VI do Título V: o artigo 91 versa sobre "efeitos genéricos da condenação"[280].

Mas a específica natureza jurídica desse "efeito da condenação" ainda rende controvérsia. Do rápido bosquejo de como se posiciona a doutrina a respeito, pode-se

---

[275] A introdução do "confisco por equivalência ou subsidiário" decorreu da influência de tratados internacionais incorporados pelo Brasil, como a "Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas" (Viena, 1988 - que merecerá exame detalhado neste trabalho, à frente), cf. ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

[276] A Lei n.º 12.694/2012 também passou a positivar a viabilidade da determinação judicial de medidas assecuratórias sobre bens ou valores equivalentes para futura decretação de perda (artigo 91, parágrafo segundo, do Código Penal).

[277] Por exemplo, no artigo 7.º, inciso I, da Lei n.º 9.613/98 (dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores) e no artigo 63 da Lei n.º 11.343/2006 (que, dentre outras providências, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas).

[278] Inciso XLVI – "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) b) perda de bens". No Código Penal, a sanção criminal de perda de bens insere-se na espécie "penas restritivas de direito" (artigo 32, inciso II), sendo explicitada no artigo 43, inciso II ("perda de bens e valores"). As penas restritivas de direito são autônomas e substitutivas das sanções privativas de liberdade nas hipóteses do artigo 44, incisos I a III.

[279] Inciso XLV – "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". Também no sentido de tratar a perda de bens como efeito da pena/condenação criminal, a Constituição Federal trouxe dispositivos específicos, prevendo a expropriação das "propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (...) sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" (artigo 243, caput), bem assim o 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" (artigo 243, parágrafo único).

[280] No ponto, não pende qualquer dúvida, até pela ordem do enunciado e pelos próprios teores dos dispositivos, de que o artigo 91 prevê os efeitos genéricos da condenação, e, o artigo 92, os efeitos específicos.

recortar uma variedade de definições, nunca como pena[281], porém sempre como "efeito" (da condenação): "de natureza penal"[282], "extrapenal genérico da condenação"[283], "extrapenal da condenação de natureza civil"[284] ou "de natureza reparatória ou preventiva"[285].

Conjectura-se, em todos esses conceitos há fenda a uma impropriedade, fomentada, é bem verdade, pela literalidade do que enuncia o Código Penal: está no trato, indistintamente, de todas as modalidades de perda (dos instrumentos, dos produtos e do proveito do crime), como efeito de uma necessária condenação criminal. Ocorre que os instrumentos do crime podem ser confiscados independentemente de uma condenação criminal, ou, mesmo, da instauração da ação penal. Tome-se o exemplo de uma investigação policial em que é apreendida uma arma de fogo com numeração suprimida: mesmo que, ao fim, não se identifique o autor da infração penal de transportar arma de fogo com numeração suprimida ou raspada[286], o artefato, considerado instrumento de crime por seu simples transporte constituir fato ilícito (na redação do artigo 91, inciso II, letra "a", do Código Penal), será declarado perdido em favor da União.

No mesmo norte, veja-se que na legislação processual penal brasileira há ressalva similar àquelas dos artigos 109.º, n.º 2, e 110.º, n.º 5, do Código Penal português, contida no artigo 779 do Código de Processo Penal, ao aduzir que "o confisco dos instrumentos e produtos do crime, no caso previsto no artigo 100 do Código Penal, será decretado no despacho de arquivamento do inquérito, na sentença de impronúncia ou na sentença

---

[281] E nem como espécie de variação ou classe distinta de pena. A doutrina brasileira, no ponto, não repercutiu o que já apontado, por exemplo, na Espanha, onde consequências acessórias da condenação, na trilha do direito penal alemão, foram largamente consideradas uma terceira classe de sanções penais, ao lado da pena e da medida de segurança. Ana Isabel Cerezo Domingues aborda o tema em Espanha, embora não compactuando daquela definição reputada majoritária, ao aludir que a perda de bens tem natureza civil ou administrativa (CEREZO DOMINGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 29 e 33). Necessário frisar, como será à frente abordado neste trabalho, que os instrumentos clássicos e alargados de confisco em Espanha sofreram significativas mudanças, recentemente, mais se distanciando de uma definição como terceira classe de sanção penal.

[282] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 774-775.

[283] CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, p. 39. Com o mesmo entendimento, BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral, V. 1. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 693-695.

[284] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal:* Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP, Volume I. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 331-332. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* Parte Geral. Vol. I. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 679.

[285] BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 282. Na mesma linha, MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

[286] Artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003.

absolutória". Não se ignora a defasagem do dispositivo, remissivo ao artigo 100 do Código Penal antes da reforma que teve em sua Parte Geral pelo advento da Lei n.º 7.209/84[287], nem o antagonismo com a interpretação literal do enunciado do artigo 91 do Código Penal vigente, ensejando entendimento de que estaria revogado[288]; todavia, ao menos, presta-se como reforço à aceitação da perda de instrumentos sem uma condenação criminal (ou, mesmo, a elucidação da autoria da infração penal), como no exemplo retratado.

Aliás, há uma razão quase lógica nisso: os instrumentos do crime no Brasil, em essência, assemelham-se aos instrumentos do fato ilícito típico de Portugal, justificando-se, em relação a ambos, o confisco, porquanto – uma arma de fogo com numeração suprimida, documentos falsos, máquinas de fabrico de dinheiro – podem por "em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática"[289].

Essa constatação de proximidade autoriza o cotejo de que ambas as ferramentas clássicas de confisco têm natureza jurídica similar: o artigo 91, inciso II, letra "a", do Código Penal brasileiro, tem por base a "contrariedade ao ordenamento"[290] dos instrumentos do crime, no que não destoa o fim do congênere artigo 109.º, n.º 1, do Código Penal português, podendo-se retirar de ambos o escopo eminentemente preventivo. De frisar, o artigo 91, inciso II, letra "a", do Código Penal brasileiro enfatiza ainda mais o viés preventivo de novas infrações penais, ao consignar que os instrumentos, para que possam ser atingidos pelo confisco, devem ter nos simples atos de fabrico, alienação, uso, porte ou detenção configurações de fato ilícito. De modo que não seria desarrazoado extrair da ferramenta legal brasileira a natureza jurídica de "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança", na já vista acepção de Figueiredo Dias, pois – também

[287] O anterior artigo 100 do Código Penal permitia o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistissem em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituísse fato ilícito, embora não apurada a autoria. Com o advento da Lei n.º 7.209/84, a perda dos instrumentos e produtos do crime passou a ser prevista no artigo 91, inciso II, do Código Penal.

[288] Nesse sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36. Entretanto, em Acórdão de 15 de dezembro de 2009 do Superior Tribunal de Justiça (isto é, mais de 15 anos depois da reforma da Parte Geral do Código Penal trazida pela Lei n.º 7.209/84), o artigo 779 do Código de Processo Penal foi invocado como um dos balizadores de decreto de perda de máquinas eletrônicas denominadas caça-níqueis, cuja utilização é classificada como contravenção-penal de "jogos de azar", sem uma condenação criminal (Recurso Especial nº 769.049 – RS - 2005/0122170-8, disponível em stj.jusbrasil.com.br).

[289] Trecho do dispositivo do artigo 109.º, n.º 1, do Código Penal português.

[290] VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de Direito Comparado do Confisco Alargado*: aportes da Perda Alargada para o Brasil. 2017. 135p. Dissertação (Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017, p. 77.

– se calca na prevenção do perigo da prática de crimes, com um agregado pequeno fator sancionatório.

Já no enfoque do artigo 91, inciso II, letra "b", do Código Penal brasileiro, a perda dos produtos e do proveito do crime[291] também permite o questionamento quanto a ser, exclusivamente, "efeito da condenação", caso se adote a corrente da vigência do artigo 779 do Código de Processo Penal[292]. Afora o fato de fazer menção exclusiva ao "agente" (autor da infração penal) como beneficiário dos produtos ou do proveito, o dispositivo do artigo 91, inciso II, letra "b", do Código Penal brasileiro guarda alguma semelhança, em essência, com o que apregoa o artigo 110.º, n. 1, alíneas "a" e "b", do Código Penal português. Outrossim, é plausível depreender parecença entre a regra do parágrafo primeiro do artigo 91 do Código Penal brasileiro (perda de bens ou valores por equivalência ao produto ou proveito do crime) e aquelas contidas no artigo 110.º, n.s 3 e 4, do Código Penal português.

Disso resulta, tal qual adrede apontado no tocante à perda dos instrumentos nos pergaminhos repressivos do Brasil e de Portugal, viabilidade de se conceber similar natureza jurídica.

E não se trata de especulação: a perda dos produtos e do proveito (ou das vantagens) do crime e do ilícito típico, no Brasil e em Portugal, visa precipuamente a que "o crime não compense"[293], e, portanto, com até mais razão do que a "perda dos instrumentos", pode ser delimitada como "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança" (mais uma vez, admitindo-se a geração de riqueza ilícita como perigosidade de cunho abstrato), ou, quiçá, como "uma medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita", na acepção de Hélio Rodrigues[294].

Numa variante, caso se tenha por imprescindível a condenação[295], colocar-se-á alguma névoa sobre aquele possível conceito, deslocando-o para algo de fato mais próximo de um típico efeito da condenação. De sorte que, tendo-se por insuperável aquela

---

[291] "Quanto ao produto do crime, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tais como o dinheiro subtraído do banco ou a coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delinquente converta em outros bens ou valores o que auferiu por conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2019, p. 430).

[292] Insiste-se, todavia, não existe disposição no Código Penal que excepcione a hipótese de condenação – situação presente no Código Penal português.

[293] "Na realidade, o produto do crime deverá ser restituído ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, somente se realizando o confisco pela União se permanecer ignorada a identidade do dono ou não for reclamado o bem ou o valor" (BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 767).

[294] RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, p. 204.

[295] Aderindo-se ao entendimento de que o artigo 779 do Código de Processo Penal está revogado.

contingência, então sobrará como natureza jurídica uma mescla dos conceitos acima reverberados, a saber, um efeito "extrapenal genérico da condenação, de natureza civil e preventiva". Com essa opção, numa súmula, a perda dos produtos e do proveito do artigo 91, inciso II, letra "b", do Código Penal brasileiro não tem natureza materialmente penal, pois não se amolda à hipótese de pena restritiva de direito do artigo 43, inciso II, e nem repercute na esfera penal; sendo extrapenal, assume reflexo civil, já que implica no confisco de bens; é "genérica", como o próprio enunciado do dispositivo refere, por se aplicar a todos os casos, inclusive prescindindo de fundamentação[296], diferentemente dos efeitos específicos do artigo 92 do Código Penal brasileiro; e tem finalidade eminentemente preventiva[297].

2.2.7 Resumo das diferenças entre os instrumentos clássicos de confisco previstos nos Códigos Penais de Portugal e do Brasil

Mesmo um soslaio é suficiente para que sejam escancaradas as diferenças entre os instrumentos clássicos de confisco previstos nos Códigos Penais de Portugal e do Brasil. E disso resulta unívoca conclusão: o evidente atraso da legislação brasileira.

Se antes das alterações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE, o ordenamento português já estava melhor aparelhado do que o brasileiro na seara da perda dos instrumentos, produtos e vantagens do ilícito típico, o advento daquela legislação, espelho da política transnacional de recuperação de ativos, tornou abismal a diferença.

Para ilustrar, primeiramente, o Código Penal português não classifica seus instrumentos clássicos de confisco como efeitos da condenação (o que ocorre no Brasil), deles afastando, com clareza, a natureza jurídica de pena acessória, e prevenindo a exigibilidade da aplicação condicionada a uma condenação criminal.

Mais: a perda dos instrumentos do ilícito típico do artigo 109.º, n.º 1, do Código Penal português não tem lugar apenas quando atos de fabrico, alienação, uso, porte ou detenção do bem sejam, por si, fato ilícito, ampliando o leque das possibilidades em

[296] Pois "decorrem de qualquer condenação criminal e não precisam ser expressamente declarados na sentença. São, portanto, efeitos automáticos de toda e qualquer condenação" (BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 765).

[297] Tiago Cintra Essado atribui ao perdimento de bens finalidade reparatória, em equivalência ao instituto da reparação do dano, mas este voltado ao âmbito individual e, aquele, ao coletivo (ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 14).

relação à ferramenta tupiniquim[298]; ainda, por menção explícita, pode ser aplicada sem que qualquer pessoa reste punida, e é viável a substituição por pagamento caso os instrumentos não possam ser apropriados em espécie. Isto é, em qualidade e quantidade de alternativas, a perda dos instrumentos está mais evoluída no Código Penal português.

No comparativo entre a perda dos produtos e das vantagens (ou do proveito) do ilícito típico nos estatutos dos dois países, as distinções são ainda mais acentuadas.

Preconiza o artigo 110.º do Código Penal português, nas disposições de seus números e alíneas, o perdimento, como vantagens do ilícito típico, de tudo o que possa constituir benefício econômico, direta ou indiretamente resultante do fato, para o agente ou para outrem; no congênere brasileiro, segundo a redação do artigo 91, inciso II, letra "b", do Código Penal, a perda do proveito enseja vinculação direta com o fato, e somente para o agente. No direito português, os produtos e as vantagens podem ser alcançados mesmo em havendo transformação ou reinvestimento posterior; e, à semelhança do que previsto aos instrumentos, na impossibilidade de apropriação em espécie, são substituídos por pagamento ao Estado, sendo prescindível a condenação de qualquer pessoa.

Para além do exposto, o Código Penal português também prevê as situações de perda das recompensas e de instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiros, o que sequer é cogitado no estatuto penal brasileiro.

Enfim, mesmo que a legislação brasileira, em diplomas extravagantes, conte com instrumentos de confisco clássicos um tanto mais musculosos[299] do que os dispositivos do artigo 91, inciso II, do Código Penal, indubitavelmente situa-se muitos passos atrás do que o Código Penal português entabula na mesma seara.

Feito o breve comparativo, percebe-se – dos exemplos das codificações penais brasileira e portuguesa – que as modalidades de confisco adjetivadas clássicas ou tradicionais mantêm traços de identidade com os instrumentos que estiveram vigentes nos períodos de vedação constitucional ao confisco geral ou à pena de confisco. Em adição, as ferramentas legais de perda dos instrumentos e dos produtos gradativamente têm recebido incrementos no potencial de alcance, sendo comuns, hoje, alvos como o proveito ou a

[298] O visível marco de distinção entre a perda dos instrumentos em Portugal e no Brasil reside no fato de que "em Portugal mostra-se necessário demonstrar algum nível de periculosidade dos instrumentos, e não sua ilicitude", cf. VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de Direito Comparado do Confisco Alargado*: aportes da Perda Alargada para o Brasil. 2017. 135p. Dissertação (Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017, p. 77.

[299] Por exemplo, a Lei n.º 11.343/2006, pela combinação de seus artigos 62 e 63, permite a perda de veículos, embarcações, aeronaves e outros meios de transporte, além de maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza usados para o cometimento de infrações penais ligadas ao tráfico de drogas. Ou seja, excepciona o regramento condicionante à perda dos instrumentos do crime do Código Penal - de que o fabrico, a alienação, o uso, o porte ou a detenção do bem constituam fato ilícito.

vantagem da infração penal (presentes no Brasil e em Portugal), as recompensas e a esfera patrimonial de terceiros (o que se vê em Portugal e em vários outros Estados da União Europeia). Mesmo figuras do passado remoto, como a pena de confisco, constitucionalmente vedada por longos períodos, atualmente não mais é novidade e pouco enfrenta questionamento de ordem constitucional – ao revés disso, no Brasil, a pena de perda de bens possui previsão constitucional.

Mas, sem menosprezar o fortalecimento que se tem destinado aos instrumentos clássicos[300], pode-se afirmar que o grande salto em termos de evolução no campo da recuperação de ativos da criminalidade organizada situa-se no *locus* das modernas e musculadas ferramentas legais de confisco, concebidas recentemente – pode-se dizer, numa pós-fase da "regeneração do confisco" – e que hoje integram ordenamentos legais de Estados de Direito como Portugal, Espanha, Itália, França, Reino Unido, Holanda e Estados Unidos da América.

E a proliferação dos mecanismos de confisco com natureza diversificada e ampliada parece ser um caminho irreversível, como se verá a seguir.

2.3 Diversificação e ampliação dos procedimentos de confisco

A necessidade de tentar enfrentar com mais efetividade a criminalidade organizada com fim de lucro fez amadurecer, por todo lado, ideias do fortalecimento de ferramentas legais em prol da meta de que o *crime doesn't pay*.

A concretização dessa tendência, intensificada desde as últimas duas décadas do século passado, mais do que qualquer antipatia ao confisco por seu percurso histórico, já dito, tem dado margem à crítica de que os Estados, desorganizados em relação à criminalidade organizada, escolhem enfrentá-la com o uso de mecanismos violadores de direitos fundamentais[301]. Daí que, amiúde, na busca de uma linha média entre "agir com força demais" ou "não agir", a conjugação das expressões "remédios fortes para patologias graves"[302] e "remédios fortes devem ser administrados com cuidado"[303] tem servido como

[300] E um belo exemplo disso está nas alteraçõres produzidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, aos artigos 109.º a 112.º do Código Penal português.

[301] Vide CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 276.

[302] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 2.

parâmetro aos Estados de Direito na ampliação dos meios legais de confisco. Até porque, disso não se escapa, não há a opção da leniência com a criminalidade organizada com fim de lucro (e suas atividades empresariais e transfronteiriças), em virtude dos danos que causa às sociedades, aos próprios Estados e às relações internacionais.

Tentando acatar aludido parâmetro, legisladores[304] têm engenhado formas diversas – e mais agressivas – de confisco. Contexto que, em tese, só é possível porque, ao menos aos olhos dos legisladores, os meios de confisco e os sistemas de aplicação de seus instrumentos gozam de confiabilidade – sobremodo no sentido de que não resultarão máculas aos direitos fundamentais.

Mas essa tese não é absoluta. Persistem controvérsias sobre até que ponto os novos e incisivos mecanismos de recuperação de ativos de fato respeitam os direitos fundamentais. Daí não escapa a ferramenta trazida pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em seu artigo 7.º, n.º 1, nem outros modernos instrumentos legais de recuperação de ativos surgidos a partir da tipificação penal do branqueamento de capitais, como, por exemplo, a criminalização do enriquecimento ilícito ou a ação *in rem*.

Pelas peculiaridades e convergência com o que se estuda neste trabalho, tais instrumentos legais merecem rápido apreço.

2.4 Modernos instrumentos legais de recuperação de ativos: do branqueamento de capitais à criminalização do enriquecimento ilícito, ação *in rem* e outras formas de confisco ampliado

2.4.1 Branqueamento de capitais

O avançar do percurso cronológico do confisco, mais a difundida linha de política criminal que visa à busca dos ativos da criminalidade organizada, ensejaram o marco paradigmático da criminalização do branqueamento de capitais, em que se age "contra os

---

Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[303] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 320.

[304] Nos Estados da União Europeia, impulsionados e até condicionados pela política criminal transnacional de recuperação de ativos, que integra, dentre outros diplomas, a Diretiva 2014/42/UE.

intermediários das operações de reciclagem dos proventos ilícitos como meio de atingir os negócios e os autores do crime organizado"[305].

Embora se trate de ilícito típico[306], não é desconectado de uma ferramenta legal de confisco – porquanto "o bem jurídico protegido pela incriminação é a realização da justiça, na sua particular vertente da perseguição e do confisco pelos tribunais dos proventos da atividade criminosa"[307] –, só que baseado na ilicitude material (diferentemente, por exemplo, da perda alargada, vincada à consequência jurídica, mesmo que suposta, da infração penal).

O arquétipo que moldou a figuração comum das infrações penais de branqueamento de capitais[308] é conhecido e, ousa-se afirmar, irretocável. Numa síntese, as atividades da criminalidade organizada e econômico-financeira são planejadas e executadas com a meta de lucro. A diferença pode residir na utilização ou no destino desse lucro, mas ele é fim onipresente. O agente que se vale da lavagem de dinheiro passa a usufruir do produto de uma pluralidade de atividades ilegais (comumente não adstritas a um Estado ou território, e dentre as quais o tráfico de drogas, de seres humanos e de armas ilegais, a corrupção e toda a série de crimes patrimoniais e de contrafação), ocultando sua origem e transformando-o em bens com parecença de fonte lícita, então inseridos na ordem econômica legal[309].

---

[305] MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata, Lisboa, ano 68, nº II/III (Set./Dez. 2008), p. 795.

[306] Em Portugal, o crime de branqueamento de capitais está previsto no artigo 368.º- A do Código Penal. O ordenamento português contempla, inclusive, a figura criminosa do autobranqueamento no artigo 368.º-A, n.º 2, do Código Penal. No Brasil, chamado de crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (popularmente conhecido como "lavagem de dinheiro"), consta no artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

[307] Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p 1152. Num sentido mais amplo, de que o branqueamento de capitais não visa à proteção sempre de um mesmo bem jurídico, mas sim de uma multiplicidade de bens, já que é ilícito típico pluriofensivo, vide DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. *Branqueamento de Capitais:* O Regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2002, pp. 89-98.

[308] Por exemplo, o ilícito típico português tem como tipo objetivo "converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal" (artigo 368.º- A, n.º 1, do Código Penal); já no Brasil, o artigo 1º, caput, da Lei nº 9.613/98 tem por tipo objetivo "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal". Outrossim, os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 1º trazem subtipos penais de lavagem de dinheiro, como a conversão de bens, direitos ou valores, provenientes de infração penal, em ativos lícitos (artigo 1º, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/98).

[309] Numa síntese conceitual remota porém ainda adequada, o branqueamento de capitais é uma "operação através da qual o dinheiro, de origem sempre ilícita (procedente de ilícitos que revestem especial gravidade), é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se em qualquer tipo de negócio como se tivesse sido obtido de forma lícita" (INIESTA, Diego J. Gómez. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, p. 21).

Ou seja, é pelo branqueamento de capitais que a criminalidade organizada não apenas enriquece seus integrantes, mas, sobremodo, mantém e amplia sua estrutura e funcionamento, inclusive ao nível das organizações terroristas. Quase natural, por conseguinte, que a lavagem de dinheiro mereça espaço destacado de enfrentamento no âmbito do direito penal[310], notadamente pelas suas peculiaridades "musculosas" de ser um crime de perigo abstrato e relativizar a necessidade da punição do *predicate offence*[311]. Peculiaridades que, por outro lado, engrossam o coro crítico direcionado ao branqueamento de capitais, como "mais um exemplo da expansão do chamado direito penal do risco, caracterizado pela criação de crimes de perigo abstrato e pela proteção de bens jurídicos vagos e indiferenciados"[312].

2.4.1.1 O avanço histórico do branqueamento de capitais como infração penal na legislação e em diplomas de *soft law* e *hard law*

Deixando ao largo as ferramentas clássicas de perda dos instrumentos, dos produtos e vantagens das infrações penais, pode-se reputar à criminalização do branqueamento de capitais, cronologicamente, o primeiro lugar no ranking da moderna estratégia de política criminal para que "o crime não compense".

Num rápido olhar histórico[313], vê-se que o branqueamento de capitais teve nascedouro na década de 70 do século passado, pela legislação norte-americana denominada *Bank Secrecy Act* (BSA) de 1970, que se debruçava na prevenção, mediante a obrigação de deveres de comunicação e informação a entidades bancárias e financeiras. Mais de uma década depois, já como instrumento de enfrentamento ao tráfico de drogas, também nos Estados Unidos da América, adveio o *Money Laundering Control Act* (1986). É bem verdade que a Recomendação do Conselho da Europa, de 27 de Junho de 1980, já

[310] Sobre a legitimação da incriminação do branqueamento de capitais, vide MENDES, Paulo de Sousa. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review* - Direito Penal, Lisboa, v. I, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 134-135.

[311] Em Portugal, mesmo antes da Lei n.º 11/2004, de 27 de março, que gerou a primeira versão do artigo 368.º-A do Código Penal, já se tinha a visão de que prescindível a punição do crime antecedente. Nesse sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. Branqueamento de capitais: reação criminal. In: AA. VV., *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p 344; GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de Branqueamento de Capitais:* Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 168.

[312] MENDES, Paulo de Sousa. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. Conferência realizada em 5 de agosto de 2016, no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira. Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil, de 3 a 6 de agosto de 2016, lâmina 24.

[313] Para análise aprofundada, vide GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de Branqueamento de Capitais:* Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 49 e ss.

previa disposições contra a transferência e dissimulação de fundos de origem ilícita: mas, sem dúvida, a expansão da política criminal antilavagem de dinheiro teve como mola propulsora o enfrentamento do tráfico de drogas, sendo relativamente recente a ampliação de sua alçada a outros crimes – em especial, aos atrelados à criminalidade organizada e ao terrorismo[314].

Nessa linha, veja-se que, no fim da década da 1980, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988) enfatizou, em seu preâmbulo, ser essencial a privação – dos agentes do tráfico – do produto do comércio de drogas ilícitas, e incumbiu às partes contraentes a inserção, em seus ordenamentos, de infrações penais com a tipificação de condutas – dolosas – de aquisição, uso, detenção e transferência de bens provenientes do tráfico ilícito de estupefacientes. Essa Convenção, assinada em 20 de dezembro de 1988, foi a primeira de dimensão internacional a abordar o branqueamento de capitais, obrigando a criminalização nas hipóteses de tráfico de drogas e incentivando os Estados ao incremento da cooperação internacional em matéria penal, e ao cotejo de meios mais agressivos de recuperação de ativos[315], com a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto à origem lícita de bens presumíveis como produto da traficância[316]. Ou seja, já preconizava a moldura de instrumentos legais mais musculados na busca dos ativos do crime – como a perda alargada, que se assenta em presunção e na inversão do ônus da prova.

Em seguida, o Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais (GAFI[317]), criado no ano de 1989, pelo denominado "Grupo dos Sete" (ou "G7", formado

---

[314] Peter Alldridge bem resume esse avanço, pontuando que, no idioma original, *"in consequence of the 'war on drugs', some dealers became rich and were able either to engage in conspicuous consumption or to invest money. In those days, dealing in money which was the proceeds of drugs dealing was regarded largely as a form of complicity in the drugs offence. Before there had been time properly to evaluate attempts to implement the 'follow the money' nostrum so far as concerns drugs, the ideia took root that if it was good to criminalise the laundering of money obtained by drug dealing, it was probably also good to act in the same way in respect of money obtained by any others crime"* (ALLDRIDGE, Peter, *What Went Wrong With Money Laudering Law?* Londres: Palgrave Macmillan, 2016, p. 34).

[315] Por exemplo, as ferramentas de confisco de valor (*value confiscation*), cf. STESSENS, Guy. *Money laundering:* A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2002, p. 38.

[316] "É necessário reforçar e intensificar os meios jurídicos eficazes de cooperação internacional em matéria penal para eliminar as atividades criminosas internacionais", suscitando-se aos Estados contraentes a "considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros permitam" (artigo 5.º, n.º 7).

[317] O GAFI é considerado o organismo normalizador internacional mais importante no âmbito do enfrentamento do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. É formado pela Comissão Europeia e quinze Estados-Membros da União Europeia. Os demais treze Estados-Membros compõem o *Moneyval*, organismo regional, similar ao GAFI, que tem a função de autoavaliação e avaliação mútua das medidas contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, vigentes nos Estados-Membros do Conselho da Europa.

pelos sete países mais industrializados e desenvolvidos economicamente do mundo), teve a meta de divulgar o enfrentamento do tema em escala mundial[318]. A Recomendação 3 do GAFI instou os Estados à criminalização do branqueamento de capitais (tendo por base a Convenção de Viena de 1988 e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional – Convenção de Palermo de 2001) referente a infrações graves como o terrorismo e seu financiamento, o tráfico de seres humanos e a introdução clandestina de migrantes, o tráfico de armas ilícitas, os crimes ambientais, as fraudes, a corrupção e os crimes fiscais, com a aplicação de sanções – penais e administrativas – a pessoas físicas e coletivas. Também, houve provocação à criminalização de atividades acessórias como a participação, a associação ou a conspiração à prática de crimes, tentativa, auxílio e cumplicidade, facilitação e aconselhamento. Porém, a Recomendação 3 admitiu que os Estados deixassem de criminalizar como branqueamento de capitais a ação do autor da infração principal.

No ano sequente à primeira carta do GAFI, a Convenção n.º 141 do Conselho da Europa, "relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime", firmada em Estrasburgo, em 8 de novembro de 1990, estendeu a imposição da Convenção de Viena de 1988, para o fim de abranger outros crimes.

No mesmo rumo adveio a Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991 (Primeira Diretiva do Branqueamento de Capitais), atinente à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Essa Diretiva exigia que os Estados-Membros proibissem o branqueamento de capitais e obrigassem o setor financeiro, incluindo as instituições de crédito e um vasto leque de outras instituições financeiras, a identificar os seus clientes, a manter registros adequados, a instituir procedimentos internos de formação do pessoal e de prevenção do branqueamento de capitais, e a comunicar eventuais indícios de branqueamento de capitais às autoridades competentes[319].

---

[318] Dele surgindo as 40 Recomendações de 1990, revistas e aumentadas em 1996, 2003 e 2012, aceitas como princípios unânimes de combate do branqueamento de capitais – vide, para aprofundamento, a publicação realizada pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) do Ministério da Fazenda do Brasil, com o título "As recomendações do GAFI. Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação", traduzido do documento em inglês *International Standarts on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, disponível em http://www.coaf.fazenda.gov.br. Ainda sobre o tema, MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata, Lisboa, ano 68, nº II/III (Set./Dez. 2008), p. 796, nota 2. Algumas das Recomendações do GAFI, atinentes aos instrumentos de recuperação de ativos, serão retomadas neste trabalho.

[319] Vide http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0308&from=PT.

Também podem ser citadas a Ação Comum 98/699/JAI, de 3 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime; a Convenção das Nações Unidas de 15 de novembro de 2000, em Palermo; a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001[320] (Segunda Diretiva do Branqueamento de Capitais); e a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, "relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime". Essa Decisão-Quadro[321], igualmente na linha de ampliação dos instrumentos de recuperação de ativos, exigiu que os Estados Membros possibilitassem a perda de instrumentos e de produtos do crime na sequência de uma condenação definitiva, bem como a perda de bens cujo valor correspondesse ao dos instrumentos e produtos.

Desse contexto surgiu a Convenção do Conselho da Europa "relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo" (Varsóvia, 2005). A Convenção de Varsóvia, bastante abrangente, trouxe disposições acerca da criminalização do branqueamento de capitais e quanto ao congelamento e a perda de ativos[322], e à cooperação internacional. Avançou relativamente à Recomendação n.º 3 do GAFI ao aduzir irrelevante a infração principal estar ou não sujeita à jurisdição penal do país onde o branqueamento de capitais ocorreu, afastando, como requisito à condenação pelo branqueamento, a existência de decisão penal condenatória anterior ou simultânea pela infração principal, ou tampouco sua determinação exata.

Igualmente, fomentou a pulverização da infração penal em tela a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005 (Terceira Diretiva do Branqueamento de Capitais), relativa à prevenção da utilização do sistema

---

[320] Em Portugal, a transposição da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2001/97/CE deu-se pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março, criando a primeira versão do artigo 368.º-A do Código Penal e revogando o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, e o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro. Paulo Pinto de Albuquerque faz a detalhada cronologia que antecedeu a positivação do artigo 368.º-A do Código Penal, tendo por fonte a Convenção de Viena de 1988, a Convenção de Estrasburgo de 1990 (depois substituída pela "Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo" - Varsóvia, 16 de maio de 2005), a Diretiva do Conselho 91/308/CEE e a aludida Diretiva 2001/97/CEE (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p 1152).

[321] Disponível no site http://eur-lex.europa.eu.

[322] "Cada uma das partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição de seu direito interno, que o autor declare a origem de seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno" (artigo 3.º, n.º 4).

financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo – e que foi introjetada no ordenamento português por intermédio da Lei nº 25/2008, de 25 de junho[323].

Já mais proximamente, a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, "sobre a criminalidade organizada na União Europeia", reforçou que "o branqueamento de capitais é um dos canais mais insidiosos de contaminação entre o que é lícito e ilícito, um passo essencial, sem o qual o poder de compra obtido com o crime permaneceria apenas potencial, utilizável no interior do circuito ilegal, mas incapaz de se traduzir num poder económico real"[324]. Por conta disso, a mesma Resolução grifou solicitação às instituições europeias para que delas partissem mensagem inequívoca com o fim de obstar todas as formas de branqueamento de capitais por intermédio dos mercados financeiros, principalmente com possíveis medidas de controle dos capitais[325].

Aliás, como sedimentado na altura da Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, o branqueamento de capitais, analisado isoladamente, já atua como um agente parasitário nas estruturas econômicas dos Estados, resultando prejuízos financeiros e mazelas sociais; mas sua presença constante nas atividades da criminalidade organizada catapulta ainda mais os efeitos perniciosos. Pode-se afirmar, numa relação simplificada, que, ordinariamente, é pelo branqueamento de capitais que as organizações criminosas logram dar parecença de legalidade às vantagens das atividades criminosas. Para piorar esse contexto, como assentado na Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013, "sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver", o branqueamento de capitais, que segue em processo de diversificação e sofisticação, ao lado da vinculação com as atividades típicas da criminalidade organizada, há muito tem se agregado à corrupção, à fraude fiscal e à evasão fiscal, contribuindo a que os Estados suportem perdas anuais de um bilhão de euros como potenciais receitas fiscais (ou algo em torno de 2.000 euros para cada cidadão europeu)[326].

---

[323] "Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.os 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, procede à segunda alteração à Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, e revoga a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março".
[324] Considerando J.
[325] Introdução n.º 41.
[326] Considerandos AQ e AR da Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013, disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013IP0444.

Faz menos tempo, a Diretiva UE 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa, como refere seu artigo 1.º, n.º 1, "à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo" (Quarta Diretiva do Branqueamento de Capitais), como a própria intitulação revela, direcionou forças de *compliance* à prevenção, a despeito de não se ter furtado de definir, uma vez mais, os comportamentos caracterizadores de branqueamento de capitais[327]. Exemplificando, a Diretiva UE 2015/849 trouxe ou atualizou conceitos como "beneficiário efetivo" (artigo 3.º, item 6), "pessoas politicamente expostas" (artigo 3.º, item 9) e "relação de negócio" (artigo 3.º, item 13), intensificou as exigências rigorosas de conhecimento dos clientes pelas instituições e intermediários financeiros, relacionando-as com critérios de riscos pela definição de tipologias, e reforçou obrigações como o monitoramento de todos os setores regulados e de comunicação de operações suspeitas. A Quarta Diretiva do Branqueamento de Capitais igualmente fomentou a cooperação em níveis nacional e comunitário, e estipulou aos Estados Membros a adoção de suas disposições nos ordenamentos nacionais até 26 de junho de 2017 (artigo 67.º).

Em Portugal, a transposição – parcial – da Diretiva UE 2015/849 deu-se com o advento da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, estabelecendo, dentre outras, "medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo" (artigo 1.º, n. 1), e definindo uma série de conceitos com enfoque predominantemente preventivo (artigo 2.º). De fato, o pêndulo da novel legislação inclina-se nitidamente a ações e providências de viés preventivo ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, resguardando disposições de regime sancionatório apenas no Capítulo XII, a partir do artigo 157.º e até o artigo 185.º, além de, no artigo 186.º, alterar o artigo 386.º-A do Código Penal, em seus n.ºs 1, 4 e 5[328].

Retornando ao ambiente comunitário, já se esboça nova proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre regras reforçadas da União Europeia de prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, tendo por objetivos principais "prevenir a utilização do sistema financeiro para financiar atividades criminosas" e "reforçar as regras de transparência para evitar a ocultação de fundos em

[327] Artigo 1.º, n.º 3, alíneas a) a d).

[328] Basicamente, no n.º 1 foi inserido o ilícito típico do artigo 324.º do Código de Propriedade Industrial como infração penal antecedente ao branqueamento de capitais; no n.º 4 acrescentou-se a ressalva de não aplicação da punição pelos crimes dos n.ºs 2 e 3 "se se tratar de factos ilícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º", e no n.º 5 houve a inversão da regra anterior, passando a ser punível o facto "ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada".

grande escala". Pelo divulgado, a proposta tenderá a alterar a Diretiva UE 2015/849 nos seguintes aspectos: a) melhorias do acesso e das informações dos registros de beneficiários efetivos; b) fazer frente aos riscos ligados aos cartões pré-pagos e às moedas virtuais; c) aumentar a cooperação entre as unidades de informação financeira (UIF) dos Estados Membros; e d) reforçar o controle a países terceiros de risco[329].

Bem se vê que, com o passar do tempo, as providências em níveis de *hard law* e *soft law* com enfoque no direito penal não obstaram, em paralelo, o incremento de medidas de prevenção do branqueamento de capitais[330], mormente (como realçado na Diretiva UE 2015/849 e na noticiada proposta recente de sua alteração) pela sequência dos deveres de informação e comunicação por instituições financeiras, de crédito e outras, inclusive no que toca à vigilância das operações de movimentação bancária de determinados clientes (*customer due diligence*) e com terceiros.

Porém, da leitura e do contexto dos instrumentos de *hard law* e *soft law*, é plausível recortar, ao menos até há pouco, uma priorização da repressão penal, tendo por foco a infração de branqueamento de capitais (e, ultimamente, também os crimes ligados ao terrorismo e ao seu financiamento), deixando a prevenção num degrau abaixo. Dessa moldura são exceções a Quarta Diretiva do Branqueamento de Capitais (e a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que a transpôs em Portugal) e sua proposta de alteração atualmente em curso.

Assim, a questão que surge é identificar – ou não – possível mudança de rumo quanto ao branqueamento de capitais: está em processo o deslocamento do foco da repressão para a prevenção? E, para temperar o tema, deve ele ser vincado a uma outra indagação.

2.4.1.2 A positivação do branqueamento de capitais como infração penal resultou efetividade no combate à criminalidade organizada?

[329] Comunicado de imprensa sob o título "Branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo: Conselho e Parlamento chegam a acordo", publicado em 20 de dezembro de 2017 no site do Conselho Europeu – Conselho da União Europeia, disponível em http://www.consilium.europa.eu, acessado em 24 de março de 2018.

[330] O que é a essência da aludida Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, de Portugal. Embora tenha trazido mecanismos de repressão ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo, é inegável o viés preventivo da Lei n.º 25/2008, sobremodo por intermédio dos deveres das entidades sujeitas (listados no artigo 6.º, alíneas "a" a "l" e especificados no Capítulo II), dos atos de supervisão e fiscalização (Capítulo III), e das informações e estatísticas (Capítulo IV).

Todo aquele aporte de diplomas fomentou a difusão e a intensificação da infração penal de branqueamento de capitais nas legislações, primeiramente afeita às ações de política criminal antitráfico, e, com o passar do tempo, tendo seu leque ampliado no que toca aos crimes antecedentes[331], notadamente atrelados à criminalidade organizada.

Ocorre que a sedimentação dessa modalidade de ilícito típico, que sem dúvida é umbilicalmente ligada à meta de recuperação dos ativos – e, por conseguinte, ao aforisma "o crime não compensa" –, parece não ter trazido os efeitos esperados[332]. Tampouco a ampliação dos catálogos de crimes (como em Portugal), sua supressão (como no Brasil) e a criação de interpretação que não exige a prova judicial cabal de aspectos fundamentais do *predicate offence* (sendo até suficiente a suspeita da origem criminosa das "vantagens"[333]), estratégias inegavelmente tendentes ao alargamento do alcance da caracterização e da responsabilização pelo crime de branqueamento de capitais, têm evidenciado suficiência na concretização daquela meta. E nem mesmo a própria política estatal-pública (como um todo) antilavagem de dinheiro, propalada por todo lado, tem surtido resultados positivos em termos de prevenção[334].

---

[331] Hoje o Código Penal Português, em seu artigo 368.º-A, traz como infrações penais antecedentes: "lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e no artigo 324.º do Código de Propriedade Industrial e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham". O legislador brasileiro foi além, pois, com a redação dada pela Lei nº 12.683/2012, o art. 1º da Lei nº 9.613/1998 teve suprimido o catálogo de crimes. Atualmente, no Brasil, "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal" (leia-se de qualquer infração penal, conforme a descrição do aludido tipo penal) é suficiente para a configuração do crime de lavagem, com pena de reclusão de três a dez anos e multa.

[332] Naquilo que Sousa Mendes denomina "o fracasso da repressão do branqueamento de capitais para efeitos de confisco das vantagens do crime", o que o faz sentenciar que "o moderno instituto jurídico da perda alargada é sumamente mais eficaz como método de recuperação de ativos do que a repressão do branqueamento de capitais" (MENDES, Paulo de Sousa. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review* - Direito Penal, Lisboa, v. I, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 137 e 152). Na mesma linha, ALLDRIDGE, Peter. Tax, Money Laudering and Offshore: The HSBC Suisse Affair. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 165-166.

[333] Nesse sentido, CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento:* regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004, p. 163. Em oposição, GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Para uma reforma do tipo de crime de "branqueamento" de capitais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; et al. (Org.). *Direito Penal:* Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1004; e GARCIA, M. Miguez; CASTELA RIO, J. M. *Código Penal Anotado*. Parte geral e especial, com notas e comentários. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 1218, anotação 15ª, ambos refutando o cabimento do dolo eventual quanto ao conhecimento, pelo agente, de que a vantagem proveio de crime precente. Há consenso, no entanto, ser prescindível que o agente saiba do ilícito típico concreto, ou a identifidade do autor ou onde foi cometido.

[334] Peter Alldridge faz exaustiva abordagem sobre como o incremento da criminalização do branqueamento de capitais nas legislações (ocasionando um crescente número de condenações), mesmo que acompanhado da

A pouca efetividade do crime de branqueamento de capitais como instrumento quer de oposição ou de enfraquecimento da criminalidade organizada, quer de recuperação de ativos por ela gerada, ao lado do prosseguimento de questionamentos doutrinários acerca da constitucionalidade de tornar aludida infração penal cada vez mais larga (como no caso do Brasil, em que abolido o catálogo de crimes antecedentes), têm despertado vozes fortes com a ponderação sobre a diminuição de sua aplicação ou, mesmo, sua substituição por outras ferramentas potencialmente mais efetivas[335] e, quiçá, menos polêmicas.

Sousa Mendes adere a essa linha, enfatizando que "mais importante e eficaz é o controlo dos riscos de lavagem de dinheiro nos circuitos económicos e financeiros legais (sistema global de prevenção administrativa da lavagem de dinheiro)"[336]. Com outras palavras, o branqueamento de capitais poderia ser melhor enfrentado com estratégias de prevenção[337], notadamente nos sítios de atuação das entidades financeiras (instituições bancárias e de crédito; bolsas de valores, *off-shores*) e não financeiras (entidades de apostas ou leilões, clubes de futebol, comércios de obras de arte e pedras preciosas), já que a repressão penal, para além de desencadeada quando do fato já existente, tem gerado tímidos resultados para fins seja de responsabilização penal, seja de recuperação de ativos.

Outro tom de debate constante reside na indisfarçada tendência de ampliação do leque das infrações penais precedentes ao branqueamento de capitais[338], culminando, como no ordenamento penal brasileiro, na abolição do catálogo de crimes. A trilha de uma

---

denominada *Anti-Money Laundering industry*, nas últimas décadas, não produziu resultados satisfatórios, notadamente ao nível da prevenção geral. Entretanto, *"at a time of declining crimes rates, the one crime whose continued increase is guaranteed is money laudering"* (ALLDRIDGE, Peter, *What Went Wrong With Money Laudering Law?* Londres: Palgrave Macmillan, 2016, p. 1).

[335] Assunto em que imerge VARELA, Lorena. La irrazonable expansión del blanqueo de capitales o ¿una expansión mal entendida? In: GARCIA, Francisco Jiménez (Dir.); CARRASCO, Julia Ropero (Dir.); PALOMAR, Antonio Pastor (Coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción:* interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Madri: Thomson Reuters Arandazi, 2017, pp. 121-149.

[336] MENDES, Paulo de Sousa. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016. O mesmo rumo da prioridade à prevenção administrativa do branqueamento de capitais é retomado pelo autor em MENDES, Paulo de Sousa. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review* - Direito Penal, Lisboa, v. I, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 138-143.

[337] Não apenas pelo monitoramento de operações e clientes, e sequente obrigação de comunicação/informação às autoridades, mas até mesmo por ações de congelamento de ativos (*asset freezing*). Para exemplificar, essas e outras providências preventivas são detalhadas no documento denominado *"Guidelines. Soud management of risks related to Money laundering and financing og terrorism",* produzido em junho de 2017 pelo *Basel Committee on Banking Supervision*, disponível em http://www.bis.org.

[338] Hipótese recentemente verificada em Portugal, com o advento da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que acrescentou o artigo 324.º do Código de Propriedade Industrial como *predicate offence* ao artigo 368.º-A, n.º 1, do Código Penal.

aparente banalização do branqueamento de capitais, com seu distanciamento do foco de enfrentamento da criminalidade organizada e econômico-financeira, não tem sido vista com bons olhos por parcela significativa da doutrina, com o argumento, em resumo, de que "a sucessiva ampliação dos ilícitos antecedentes ou mesmo a eliminação do catálogo é uma perversão das legítimas finalidades de política criminal que presidiram à criminalização da lavagem de dinheiro[339].

Ou seja, há o apelo de parte da doutrina no sentido de que o branqueamento tenha como estratégia primordial de *front* a prevenção, na linha de controle, fiscalização e imposição de deveres, consubstanciada, por exemplo, na Diretiva UE 2015/849 (e na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que a transpôs em Portugal) e na anunciada proposta de sua alteração – que promete ações de otimização ao nível antecedente à prática da lavagem de dinheiro.

Não obstante as correntes críticas, é fácil perceber a insistência não apenas na manutenção, mas na ampliação, pelos Estados, das modalidades de infração penal de branqueamento de capitais. Com tal escopo, o Parlamento Europeu, pela referida Resolução de 23 de outubro de 2013, incitou a Comissão Europeia à apresentação de "proposta de harmonização do direito penal em matéria de branqueamento de capitais e a fornecer uma definição comum do crime de autobranqueamento com base nas melhores práticas dos Estados-Membros"[340]. Outrossim, em tópico intitulado "para que o crime não compense", na mesma Resolução, o Parlamento Europeu, invocando ao mesmo tempo atitudes de *compliance* e *law enforcement*, exortou a "todos os intervenientes, públicos e privados, a travarem uma luta determinada contra o branqueamento de capitais"[341].

Enfim, mesmo com a parecença de que a repressão penal não tem gerado os frutos pensados, mormente em termos de efetividade (representada por uma conjecturada prevenção geral em face do aumento do número de condenações), pode-se antever que seguirá como pretensa linha de ataque à lavagem de dinheiro.

---

[339] MENDES, Paulo de Sousa. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016. Na opinião do autor, "é um erro esquecer que a incriminação da lavagem de dinheiro foi concebida para melhorar os resultados da repressão penal contra certas formas de criminalidade organizada".

[340] Item 12 da Resolução do Parlamento Europeu de 23 de outubro de 2013 sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013IP0444).

[341] Item 101.

2.4.1.3 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de dezembro de 2016, "relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal"

A despeito do surgimento de novas ferramentas legais de enfrentamento da criminalidade organizada e de recuperação de seus ativos, a luta contra o branqueamento de capitais pelo viés repressivo segue fortemente prestigiada em solo comunitário europeu. Tanto que, mesmo diante da recente Diretiva UE 2015/849, com energia predominantemente preventiva (mas que alude, genericamente, ao dever de os Estados-Membros assegurarem a proibição do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo – artigo 1.º, n.º 2), adveio, em 21 de dezembro de 2016, nova proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, "relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal"[342].

A novel investida do Parlamento Europeu e do Conselho, brotada no caminho aberto pela Agenda Europeia para a Segurança, de 28 de abril de 2015[343], não inova na justificativa. Em suma, devido ao recrudescimento dos atentados terroristas na União Europeia e no mundo, repete-se a máxima – quiçá incontestável – de que a prevenção e o enfrentamento das organizações terroristas e da criminalidade organizada passam pelo estancamento de suas fontes de financiamento, onde se encaixa a persecução penal ao branqueamento de capitais. Aliás, esse viés é espelhado no plano de ação da Comissão Europeia, apresentado em 2 de fevereiro de 2016, para "intensificar a luta contra o financiamento do terrorismo"[344], listando, como uma das principais medidas, a ponderação de uma proposta de Diretiva que introduzisse normas mínimas à definição do crime de branqueamento de capitais; também, na Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de

[342] Segundo consta na justificativa, a proposta de Diretiva foi anunciada no Plano de Ação da Comissão para reforçar a luta contra o financiamento do terrorismo, de 2 de fevereiro de 2016, com a pretensão de atingimento de seu objetivo (enfrentar o branqueamento de capitais através do direito penal) mediante o cumprimento das obrigações internacionais decorrentes da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de 2005 ("Convenção de Varsóvia") e das recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI). Foi entabulada com a percepção da limitação de instrumentos vigentes ao nível da União Europeia, como a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, que, ademais, não geraram uma criminalização abrangente e uniforme dos crimes de branqueamento de capitais. O texto da proposta de Diretiva pode ser acessado em http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-826-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF.

[343] No que concerne ao branqueamento, aludida Agenda apelou à adoção de "medidas adicionais no domínio do financiamento do terrorismo e do branqueamento de capitais", tendo em vista que «as redes criminosas internacionais utilizam estruturas comerciais legais para dissimular a origem dos seus lucros, sendo necessário lutar contra a infiltração da economia legal pela criminalidade organizada". Essa Agenda Europeia para a Segurança está disponível em https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_en.pdf.

[344] Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-202_pt.htm.

outubro de 2016, "relativa à luta contra a corrupção"[345], em que reiterado o reforço da legislação da União Europeia contra a criminalidade organizada e o branqueamento de capitais, tudo para o fim de tornar mais eficaz o embate antiterrorismo e anticorrupção.

Interessante que, na nova proposta, reconhece-se o paradoxo há pouco tratado, no sentido de que os Estados integrantes da União Europeia já contam com meios legais e políticos (constantemente reforçados pelo Parlamento Europeu) para fazer frente ao branqueamento de capitais; entrementes, o fenômeno, que impulsiona o financiamento do terrorismo e das plurais organizações criminosas, segue em evolução[346]. Daí, ao sentir do Parlamento Europeu e do Conselho, a premência da modernização da legislação e do agravamento das sanções, com sequente aplicação por todos os Estados-Membros, na busca do objetivo combater o branqueamento de capitais através do direito penal.

Com efeito, a proposta de Diretiva, inserida como medida recente de resposta ao branqueamento, prevista na Quarta Diretiva contra o Branqueamento de Capitais[347] (4DCBC), tem por cerne o cumprimento e até a superação dos requisitos internacionais estabelecidos, como nos tópicos da estipulação de um nível mínimo de sanções máximas, da criminalização do autobranqueamento e da inclusão da cibercriminalidade e da apropriação abusiva como infrações principais. Segundo o Parlamento Europeu, com tais contornos, a proposta complementa a Diretiva 2014/42/UE[348], reforçando a luta contra a criminalidade organizada.

A Proposta, como era de se esperar, adentra o ambiente em que depositadas as mais fortes críticas ao branqueamento de capitais, ao mencionar, explicitamente, a necessidade de que os Estados transponham "as disposições da Convenção de Varsóvia, atenuando os requisitos relativos à prova da infração principal subjacente à infração de branqueamento de capitais[349]", criminalizem o autobranqueamento[350] e ampliem as possíveis ações de

---

[345] Disponível em http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//PT

[346] Segundo consignado no tópico 2 da proposta (Base Jurídica, Subsidiariedade e Proporcionalidade), "a Eurojust registou 724 casos de branqueamento de capitais entre 2012 e julho de 2015, tendo o aumento sido de 193 casos em 2013 para 286 casos de branqueamento de capitais em 2015. Entre 1 de janeiro e 30 de setembro de 2016, a Eurojust registou 212 casos. Das 160 reuniões de coordenação organizadas pela Eurojust entre janeiro e abril de 2015, 1/8 (12,5 %) relacionaram-se com branqueamento de capitais, o dobro da percentagem de 2014. O branqueamento de capitais representa um domínio em constante crescimento nos casos analisados pela Eurojust".

[347] Diretiva 2015/849/UE, "relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo".

[348] Que, em suma, visa ao estabelecimento de um conjunto comum de normas mínimas sobre deteção, rastreio e perda dos produtos do crime na União Europeia. Por sua relevância no campo da recuperação de ativos, essa Diretiva será estudada de modo detalhado neste trabalho, mais à frente.

[349] Item 3.1 da Proposta de Diretiva, inserido no tópico 3 - Resultados Das Avaliações *Ex Post*, Da Consulta Das Partes Interessadas E Das Avaliações De Impacto.

incidência do tipo penal, "incluindo definições de conversão/transferência de bens, dissimulação, aquisição, posse e utilização dos produtos do crime"[351].

O móvel da nova Proposta revela a meta não apenas do estabelecimendo de "normas mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio do branqueamento de capitais" (artigo 1.º, n.º 1), mas, ainda, de dar maior "agressividade" ao ilícito típico, a despeito da manutenção de ressalvas aos Estados no que se refere a algumas tradições jurídicas nacionais. Num primeiro plano, essa agressividade surge da ampliação de seu raio de incidência, seja com a catalogação extensa das infrações principais subjacentes[352], seja, em especial, pela definição destas como "atividade criminosa". Assim, a proposta permite que os Estados-Membros conservem as abordagens próprias e distintas quanto às infrações principais antecedentes ao branqueamento de capitais (p. ex., prevendo todos os crimes, um catálogo específico ou infrações com uma sanção mínima), porém, mormente para fins de persecução penal via cooperação transnacional, considera toda e qualquer infração precedente como "atividade criminosa". O trato genérico do *predicate offence*[353], ao sentir do Parlamento, tangenciará o problema gerado pelas diferenças nacionais atinentes às várias infrações principais subjacentes (os Estados-Membros não mais terão de superar a condição de que a infração antecedente seja também uma infração penal na sua própria jurisdição) e possibilitará reprimir e prevenir transações financeiras relacionadas com o branqueamento de capitais ao nível transnacional.

É desse contexto que o esboçado artigo 2.º, n.º 1, da proposta, define como atividade criminosa – apta a ser considerada antecedente ao branqueamento de capitais nos

---

[350] Item 3.2 da Proposta de Diretiva. Em tom crítico, Sousa Mendes vincula a punição do autobranqueamento como parte do fenômeno da "fuga para a frente", em que "a incriminação do branqueamento de capitais é usada na prática para agravar a responsabilidade criminal dos agentes do crime principal" (MENDES, Paulo de Sousa. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review* - Direito Penal, Lisboa, v. I, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 148-149).

[351] Item 4 da Proposta de Diretiva.

[352] Em consonância com a Recomendação 3 do GAFI e com o artigo 9.º, n.º 4, da Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, à deteção, à apreensão e à perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo de 2005. A ampliação do catálogo para crimes menos graves e estranhos à criminalidade organizada desde há muito é criticada por Oliveira Ascensão, para quem essa praxe "é confundir tudo, admitir reações desproporcionadas e pôr em causa os resultados que se pretendiam exigir", cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Branqueamento de capitais. Reação criminal, in AA.VV., Estudos de Direito Bancário, Coimbra. Coimbra Editora, 1999, p. 343.

[353] Conforme consta no tópico "Explicação pormenorizada das disposições específicas da proposta", "quando exista legislação no acervo da UE que defina qualquer uma das infrações principais, será incluída uma remissão para o correspondente ato legislativo, para assegurar que todas as infrações nele definidas sejam consideradas branqueamento de capitais. Esta prática contribuirá para reduzir as discrepâncias e promover uma visão comum mais alargada".

Estados-Membros – qualquer tipo de envolvimento na prática dos crimes do extenso catálogo das subsequentes alíneas "a" a "v"[354].

Num segundo momento, no rascunhado artigo 3.º, a proposta de Diretiva descreve as ações intencionais que os Estados Membros devem obrigatoriamente passar a positivar como branqueamento de capitais. O dispositivo, nas alíneas do n.º 1, cuida de replicar o artigo 9.º, n.º 1, da Convenção de Varsóvia de 2005, bem assim os ditames da Quarta Diretiva do Branqueamento de Capitais[355], no afã de exigir dos Estados a transposição dos elementos materiais típicos do branqueamento, isto é, a conversão ou transferência de bens provenientes da atividade criminosa com o intuito de encobrir ou dissimular a sua origem ilícita (alínea a); e o encobrimento ou dissimulação da sua verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimento, direitos conexos ou propriedade dos bens (alínea b). Outrossim, enfatizando o viés de tornar mais musculosa a infração penal, em superação à recomendação do GAFI e à Convenção de Varsóvia, são aditadas as ações de aquisição, posse ou utilização de bens provenientes da atividade criminosa (alínea c); contudo, como essas condutas, em grande parte dos Estados-Membros, não são consideradas branqueamento de capitais, no n.º 3 do mesmo artigo 3.º é inserida, *a contrario sensu*, regra permitindo a exclusão do denominado autobranqueamento às hipóteses da alínea c)[356]. Em suma, a obrigação de criminalizar o autobranqueamento está limitada à conversão ou transferência, e ao encobrimento ou dissimulação, não sendo aplicável à mera aquisição, posse ou utilização[357]. Além desse ponto, em que se depreende alguma cautela do Parlamento em respeitar as tradições jurídicas dos Estados[358], vê-se que não há a

[354] Os crimes listados são os seguintes: participação em organização criminosa e em negócios ilícitos; terrorismo; tráfico de seres humanos e introdução clandestina de migrantes; exploração sexual; tráfico ilícito de droga e substâncias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas; tráfico ilícito de mercadorias roubadas e outras mercadorias; corrupção; fraude; contrafação de moeda; contrafação e piragem de produtos; criminalidade ambiental; homicídio voluntário, ofensas corporais graves; rapto, sequestro e tomada de reféns; roubo ou furto; contrabando; extorsão; falsificação; pirataria; abuso de informação privilegiada e manipulação de mercado; cibercriminalidade; e todas as infrações, incluindo crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos, na acepção do direito nacional de cada Estado-Membro, que sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou, nos Estados-Membros cuja ordem jurídica preveja um limiar mínimo para as infrações, todas as infrações puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração mínima superior a seis meses.

[355] Artigo 1.º, n.º 3, alíneas "a" a "c".

[356] Textualmente, o aludido n.º 3 menciona que "as infrações referidas no n.º 1, alíneas a) e b), também se aplicam a pessoas que cometam ou participem na atividade criminosa da qual provêm os bens".

[357] A própria proposta, em sua justificativa, ilustra que em alguns Estados-Membros a ação penal contra uma pessoa por mero "gozo pessoal" do produto do próprio crime pelo qual já foi julgada é considerada uma violação do princípio *ne bis in idem.*

[358] Diz-se "alguma cautela" porque, a despeito daquela ressalva, parece estar sendo solapada a tradição jurídica de alguns Estados (vide, por exemplo, o §261 do Strafgesetzbuch alemão) de excluir os autores do crime precedente da concomitante imputação pelo branqueamento de capitais. Em Portugal, a despeito da existência de doutrina no sentido da impossibilidade da imputação do branqueamento ao autor do crime precedente (dentre outros, ASCENSÃO, José de Oliveira. Branqueamento de capitais: reação criminal. In

exigência de transposição de figura de branqueamento de capitais mediante negligência, como, p. ex., os previstos no artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Varsóvia de 2005[359].

Numa terceira etapa – sempre a descortinar o viés de fortalecer a aplicação da infração penal –, a proposta de Diretiva, no n.º 2 do artigo 3.º, ressuscitando o artigo 9.º, n.os 5 e 6, da Convenção de Varsóvia, faz constar a irrelevância da existência ou não de uma condenação anterior ou simultânea em relação à atividade criminosa subjacente (alínea a), ou mesmo da identidade do autor da atividade criminosa geradora dos bens ou de suas circunstâncias (alínea b), para que o branqueamento de capitais – nos moldes das alíneas do n.º 1 do mesmo artigo da Diretiva proposta – seja punível. Também, pela alínea c), é irrelevante à punição do branqueamento se a atividade criminosa prévia ocorreu no território de outro Estado Membro ou de um país terceiro[360], sendo facultada aos Estados Membros a aplicação do critério de dupla criminalidade – que a atividade criminosa seja infração penal no país em que foi praticada e também no Estado Membro da persecução penal contra o branqueamento de capitais, caso a infração penal tenha sido aí perpetrada.

Num quarto momento, a proposta de Diretiva, no artigo 4.º, suscita aos Estados-Membros a criminalização da cumplicidade, da instigação e da tentativa da infração de branqueamento de capitais[361].

E, numa quinta etapa, a Diretiva esboçada cuida de reiterar a necessária rigidez das sanções aplicáveis às pessoas singulares (que, conforme o artigo 5.º, têm de ser eficazes, proporcionadas e dissuasoras), bem assim a responsabilidade das pessoas coletivas envolvidas em ações de lavagem de dinheiro (artigos 7.º e 8.º).

Todos esses traços, conformadores do núcleo duro da Diretiva proposta, evidenciam a tentativa de flexibilização das tradições jurídicas respeitantes à – polêmica

---

AA.VV., *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 347-348; GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de "branqueamento" de capitais.* Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 238-240; MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata, Lisboa, ano 68, nº II/III (Set./Dez. 2008), pp. 795-810; DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não auto-incriminação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009), a jurisprudência, já há bom tempo, tem se inclinado em admitir tal hipótese, em concurso de crimes (p. ex. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de março de 2007, disponível em www.dgsi.pt).

[359] Que conferia aos Estados Membros a discricionariedade da criminalização como branqueamento nos casos em que o agente "a) suspeitasse de que os bens eram produtos de crime" e "b) devesse ter presumido que os bens eram produtos de crime".

[360] Em consonância com o artigo 1.º, n.º 4, da Quarta Diretiva do Branqueamento de Capitais.

[361] Em similar à previsão do artigo 1.º, n.º 3, alínea "d", da Quarta Diretiva do Branqueamento de Capitais, que alude às condutas de participação, associação, tentativa, cumplicidade, facilitação e aconselhamento ao branqueamento de capitais.

por si – infração penal de branqueamento de capitais. Em vez de uma infração penal determinada, o crime antecedente passa a ser tratado como "atividade criminosa"; autobranqueamento, como regra, deve ser punido (facultativo nas condutas de aquisição, posse ou utilização de bens); desimporta se a "atividade criminosa" prévia resultou condenação, suas circunstâncias, a identidade de seu autor ou onde foi cometida; a cumplicidade, a instigação e a tentativa do branqueamento merecem ensejar persecução penal; e as penas e as consequências cominadas pelos Estados ao branqueamento precisam ser duras.

Medidas rígidas, justificadas para o fim da superação de obstáculos na luta transnacional contra o branqueamento de capitais e a criminalidade organizada como um todo, mas que, nalgumas idiossincrasias, aproximam a infração penal de ferramentas legais outras como a criminalização do enriquecimento ilícito (ambas como um crime derivado, tendo por pressuposto a realização de um ilícito típico antecedente, mesmo que não elucidado) e até o confisco ampliado (todos, afinal, ligam-se a um ilícito ou infração penal antecedente, real ou suposto, do qual resultante uma vantagem).

Enfim, como tem se repetido noutros domínios cuja pauta é o enfrentamento da criminalidade organizada por intermédio da recuperação de ativos, a Proposta de Diretiva prossegue com o vetor de tratar o branqueamento de capitais como um "remédio forte"[362] – porém, ao menos em tese, sem descurar da não violação aos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade[363], e com a ressalva (também em tese) da restrita "posologia às patologias graves".

A insistência do Parlamento Europeu na infração penal do branqueamento de capitais como ferramenta anticriminalidade organizada, a despeito de por vezes criticada, não pode ser considerada irrazoável. Não se ignora que a persecução penal dessa modalidade de infração penal vai à zona limítrofe do respeito de garantias processuais penais como a presunção da inocência e o ônus da prova exclusivo à acusação; porém, juntamente com outros instrumentos de recuperação de ativos, o branqueamento de capitais tem seu valor para descapitalizar as organizações criminosas[364] e punir os beneficiários

[362] Inclusive ao nível da produção da prova, constando no artigo 10.º a obrigação de o Estado-Membro "garantir que as pessoas, as unidades ou os serviços responsáveis pela investigação ou pela instauração de ações penais relativas às infrações referidas nos artigos 3.º e 4.º disponham de instrumentos de investigação eficazes, como os utilizados para combater a criminalidade organizada ou outros crimes graves".

[363] Textualmente anotado na Proposta: "Os direitos fundamentais em geral e o princípio da proporcionalidade são respeitados, na medida em que o âmbito das infrações é limitado ao estritamente necessário para permitir a repressão eficaz dos atos que constituem uma ameaça concreta para a segurança interna da UE".

[364] Esse viés, aliás, é reforçado na Diretiva proposta pela larga definição de bens: "quaisquer ativos, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e documentos ou instrumentos

diretos dos produtos das atividades ilícitas. Nessa senda, sem dúvida que a harmonização das infrações de branqueamento de capitais e das sanções aplicáveis, almejadas pela Proposta de Diretiva[365], são medidas catalisadoras de uma eficaz cooperação transnacional e, portanto, profícuas à finalidade entabulada pelo Parlamento Europeu e pelos Estados-Membros. E tudo, obviamente, sem prejuízo do concomitante investimento na ampliação do leque das providências preventivas ao branqueamento.

De qualquer sorte, se a comentada pouca efetividade do crime de branqueamento de capitais quanto ao seu fim precípuo ainda é fonte de ideias refletidas na doutrina, em fóruns e em diplomas nacionais e internacionais, tendentes à sua esperada eficiência, isso se soma à indiscutível política criminal comunitária e mundial que tem por alvo a recuperação de ativos.

E, no ponto, as energias não se esgotam na infração penal de lavagem de dinheiro. O escopo de tornar mais agressivos os instrumentos de recuperação de ativos tem engendrado ferramentas legais variadas, como a criminalização do enriquecimento ilícito, as ações *in rem* e a perda alargada.

2.4.2 Criminalização do enriquecimento ilícito

2.4.2.1 O enriquecimento ilícito positivado como infração penal

A criminalização do enriquecimento ilícito é explicitada como sugestão de positivação aos Estados em diplomas internacionais, comunitários e regionais em nível de *soft law*. Para exemplificar, em âmbito internacional, a configuração do enriquecimento ilícito como infração penal está prevista no artigo 20[366] da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de Outubro de 2003; no ambiente comunitário europeu, na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008[367]; e, em abrangência regional americana, na

jurídicos sob qualquer forma, incluindo a eletrónica ou digital, que comprovem o direito de propriedade ou outros direitos sobre esses bens" (artigo 2.º, n.º 2).

[365] Que suscita prazo para transposição de até 24 meses, segundo o artigo 12.º, n.º 1.

[366] Artigo 20: "Enriquecimento ilícito. Com sujeição a sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele".

[367] Intitulada "Produto da criminalidade organizada: Garantir que o crime não compensa". No item 3.3.2, menciona a introdução – nos ordenamentos legais – de infração penal pela detenção injustificada de bens

Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, em seu artigo IX[368]. Importante não ignorar que, para além de os três serem instrumentos de hierarquia *soft law*, tanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção como a Convenção Interamericana contra a Corrupção consignaram ressalvas literais da consonância de eventual positivação penal do enriquecimento ilícito com as regras constitucionais e os princípios fundamentais de cada Estado Parte.

Tal qual o branqueamento de capitais, a criminalização do enriquecimento ilícito atém-se ao campo da ilicitude material; outrossim, pode-se dizer que tem algo de similar com o bem jurídico tutelado pelo branqueamento de capitais, consubstanciado na evitação do risco de que os autores da ação geradora do enriquecimento (o *predicate offence* no branqueamento; um fato incerto na infração penal em si de enriquecimento ilícito), ou terceiros, possam dispor das vantagens angariadas, corrompendo fundamentos da sociedade e/ou as instituições democráticas dos Estados[369]. No entanto, já frisado, enquanto na lavagem de dinheiro há uma infração penal precedente (usualmente vinculada à criminalidade organizada, embora isso não mais seja uma tendência, como há pouco comentado), no crime de enriquecimento ilícito não há sequer um evento ilícito presumido, constituindo, o enriquecimento somente, o núcleo da ilicitude material.

Em linhas gerais, trata-se de infração penal cujo tipo objetivo engloba a aquisição, posse, propriedade ou disposição de patrimônio ou bens em desproporção – significante[370] – aos rendimentos lícitos do agente (normalmente, um funcionário público[371]), durante o exercício da função e, usualmente, por um período posterior. Vê-se, no ponto, que o crime

---

quando desproporcionais aos rendimentos declarados do proprietário – e que tenha contato habitual com criminosos.

[368] Artigo IX: "Enriquecimento ilícito. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente. Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção. O Estado Parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis".

[369] A linha guarda parecença com o que Paulo Pinto de Albuquerque aponta como bem jurídico do branqueamento (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1152).

[370] A Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 2003, em seu artigo 20.º, suscitou a criminalização do enriquecimento ilícito quando do "aumento significativo do patrimônio de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo". Sobre a forma como alguns Estados têm delimitado o que é "significante", vide MUZILA, Lindy; et al. *On the Take:* Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption. Washington: The World Bank, 2012, pp. 18-21.

[371] "O enriquecimento ilícito tem por alvo específico o servidor ou oficial público", cf. MUZILA; MORALES; MATHIAS; BERGER, op. cit., p. 13.

de enriquecimento ilícito assemelha-se até mesmo à perda alargada no que toca à finalidade (alcance de patrimônio ou bens presumivelmente de origem criminosa) e à tipologia (o agente ter bens, patrimônio ou padrão de vida desproporcionais ou não condizentes aos seus rendimentos lícitos).

Mas as semelhanças param por aí, já que a meta "o crime não compensa" decorre da responsabilização penal do agente (como regra, funcionário público) por ter bens ou patrimônio supostamente de origem ilícita, e não como consequência da condenação por determinada infração penal, ou tendo ela como requisito para uma sanção não penal ou uma medida alargada de confisco.

Na Europa, espécie de delito de enriquecimento ilícito está previsto na França, onde o artigo 321-6 ("não justificação de rendimentos")[372] do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 2006-64, de 23 de Janeiro de 2006, prevê pena de três anos de prisão e multa de 75.000 euros para quem não possua recursos lícitos que justifiquem seu modo de vida e, em concomitância, mantenha relações habituais com pessoas que praticam crimes com pena não inferior a cinco anos e que trazem benefícios diretos ou indiretos, ou com vítimas desses crimes. Pertinente notar que, diferentemente do que se verifica noutros ordenamentos que contemplam a infração penal de enriquecimento ilícito, o *article 321-6 du Code pénal* não se insere nos crimes "contra a Administração Pública", nem como modalidade de corrupção, mas sim na seção dos crimes "assimilados ou conexos à ocultação"[373], de modo que o agente não precisa ser, necessariamente, um funcionário público. Noutro ponto de divergência, o tipo penal francês exige a clarificação do relacionamento entre o agente e outras pessoas condenadas por crimes graves, mais a prova de um benefício direto ou indireto para o agente[374]. Ou seja, pode-se recortar do *article 321-6 du Code pénal* uma infração penal *sui generis* de enriquecimento ilícito[375], mormente em comparação com a figura almejada pelo artigo 20 da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 31 de Outubro de 2003.

---

[372] Na tradução literal do Article 321-6: "O fato de não poder justificar os recursos que correspondam ao seu nível de vida ou não poder justificar a origem de um bem que tem a detenção, enquanto há uma relação habitual com uma ou mais pessoas ou que se dediquem à comissão crimes ou delitos puníveis com pena de prisão de pelo menos cinco anos e de proporcionar-lhes um benefício direto ou indireto, ou que sejam as vítimas destes crimes, é punível com três anos de prisão e 75000 euros".

[373] *Section 2: Des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci.*

[374] Carga probatória da acusação, o que afasta, ao menos em tese, da infração penal francesa, a conjectura de inverter o ônus da prova em processo penal – o que aconteceria se cumprisse ao agente arguido, para evitar a condenação, o ônus de justificar que seu "modo de vida" provém de recusos lícitos (ou que não provém de recusos ilícitos).

[375] Com flagrante semelhança ao dispositivo que, posteriormente à Lei n.º 2006-64, de 23 de Janeiro de 2006, da França, foi conjecturado na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008.

Fora do solo europeu, podem ser coletados ilícitos típicos de natureza similar na China[376] e nas Regiões Administrativas Especiais de Macau[377] e de Hong Kong[378], na Argentina[379], no Chile[380], na Colômbia[381], em El Salvador[382], no Equador[383], na Costa Rica[384], em Serra Leoa[385] e na Guiana[386], dentre outros[387].

---

[376] O art. 395 do Código Penal da China, integrante do capítulo sobre os crimes de corrupção, prevê: "Qualquer funcionário do Estado cujos bens ou despesas manifestamente excedam os seus proventos legítimos, se tal diferença for muito grande, pode ser notificado para explicar a proveniência dos bens. Se não conseguir explicar a proveniência legítima, a parte que exceda os seus legítimos proventos será considerada como ganho ilegal, será condenado em pena de prisão não superior a cinco anos ou em detenção criminal e recuperada a parte que exceda os legítimos rendimentos". Percebe-se que a incidência do tipo penal condiciona-se ao subjetivismo de serem os bens ou despesas "manifestamente" excedentes aos proventos legítimos do funcionário, e, também, de que aludido excesso (ou a diferença) seja "muito grande". Noutro tanto, uma vez que, comprovados os bens ou despesas excessivos, o funcionário público é notificado a explicar a proveniência, pena de configuração do crime, sobra difícil escapar da conclusão de que há inversão do ônus da prova em um processo penal.

[377] Onde o artigo 28 da Lei 11/2003, de 28.07.2003, prevê o crime de "riqueza injustificada", descrito no n. 1: "Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de patrimônio ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias". Além das penas de prisão e multa, prevê o n. 2 do mesmo artigo: "O patrimônio ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau". Vê-se que, à semelhança do dispositivo da China, o tipo objetivo traz o elemento normativo "posse de patrimônio ou rendimentos anormalmente superiores", de aspecto subjetivo; e, ainda, atribui ao investigado/demandado a prova da justificação do patrimônio ou rendimentos anormalmente superiores, mais uma vez em inversão do ônus da prova num processo penal.

[378] A *Prevention of Bribery Ordinance*, de 1971, dispõe, na section 10(1): "Qualquer pessoa que, sendo ou tendo sido nomeado funcionário: (a) mantém um nível de vida superior ao que é compatível com a sua remuneração funcional, presente ou passada; ou (b) está no controle de recursos pecuniários ou bens desproporcionais a sua remuneração funcional, presente ou passada, poderá, a menos que dê uma explicação satisfatória para o tribunal da forma como ele foi capaz de manter um padrão de vida ou como tais recursos pecuniários ou bens caíram sob seu controle, ser considerado culpado de um crime". Inserido na legislação de combate à corrupção, o tipo penal de Hong Kong, sem destoar dos congêneres da China e de Macau, estabelece ao menos uma situação subjetiva de caracterização do ilícito típico: o estilo de vida (*standard of living*), ao lado da posse de patrimônio desproporcional aos rendimentos do funcionário. E estipula o ônus da prova da justificação (*satisfactory explanation*), perante um tribunal, ao funcionário arguido, em evidente inversão num processo penal.

[379] A Lei nº 25.188, de 26 de outubro de 1999, acrescentou ao Código Penal o Capítulo IX bis (*"Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"*) ao Título XI, que versa sobre *"Delitos contra la Administracion Publica"*, inserindo a infração penal de enriquecimento ilícito no artigo 268, n. 2: "Será punido com prisão de dois a seis anos, multa de duas a cinco vezes o valor do enriquecimento, e inabilitação absoluta perpétua, aquele que, ao ser devidamente requerido, não justifique a procedência de um enriquecimento patrimonial apreciável seu ou de interposta pessoa para dissimulá-lo, ocorrido posteriormente à assunção de um cargo ou emprego público e até dois anos depois de ter cessado seu desempenho. Entender-se-á que houve enriquecimento não só quando o patrimônio tiver sido incrementado com dinheiro, coisa ou bens, mas também quando tiverem sido canceladas dívidas ou extintas obrigações que o afetavam. A pessoa interposta para dissimular o enriquecimento será punida com a mesma pena que o autor do fato". Como nos ilícitos típicos da China e suas Regiões Administrativas, a configuração do crime exige a elucidação de um "apreciável" aumento patrimonial, e ocorre se o funcionário público requerido não justifica seu enriquecimento (ou de interposta pessoa), ensejando, pois, o cotejo da inversão do ônus da prova em processo penal.

[380] Com o advento da Lei nº 20.088, de 05 de janeiro de 2006, o crime de enriquecimento ilícito de funcionários públicos foi tipificado no artigo 241-bis do Código Penal: "O empregado público que durante o exercício de seu cargo obtenha um incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado com multa equivalente ao montante do incremento patrimonial indevido e com a pena de inabilitação absoluta

No Brasil tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 236, de 2012, denominado Projeto do Novo Código Penal[388], que prevê a infração penal em comento no Título X (Crimes contra a Administração Pública). Conforme o artigo 277 do Projeto do Novo

temporal para o exercício de cargos e ofícios públicos em seus graus mínimos e máximos". Embora o tipo objetivo contenha a expressão "relevante" (de matiz subjetiva) como delimitadora do incremento patrimonial (que também deve ser "injustificado"), o crime de enriquecimento ilícito chileno tem significativo marco distintivo dos similares existentes na China e na Argentina: no segundo parágrafo do dispositivo, há menção expressa de que "a prova do enriquecimento injustificado a que se refere este artigo será sempre a cargo do Ministério Público". Isto é, aparentemente, o artigo 241-bis do Código Penal não gera carga probatória ao arguido, distanciando-se da mácula de inverter o ônus da prova em processo penal.

[381] Cujo crime de enriquecimento ilícito está positivado no art. 412 do Código Penal: "O servidor público que durante sua vinculação com a administração, ou quem tenha desempenhado funções públicas e, nos dois anos seguintes a sua desvinculação, obtenha, para si ou para outrem, incremento patrimonial injustificado, sempre que a conduta não constitua outro delito, incorrerá em prisão de seis (6) a dez (10) anos, multa equivalente ao dobro do valor do enriquecimento, sem que supere o equivalente a cinquenta mil salários mínimos legais mensais vigentes, e inabilitação para o exercício de direitos e funções públicas de seis (6) a dez (10) anos". A infração penal colombiana, como se percebe, tem redação mais objetiva, tendo por alvo o incremento patrimonial meramente injustificado do servidor público. Por outro lado, se literalmente cogitada, pode gerar situações de rigidez desproporcional (como a condenação do agente que teve ínfimo incremento patrimonial injustificado) ou, mesmo, de injustiça (a condenação de quem teve incremento patrimonial injustificado, mas está há quase dois anos desligado do serviço público). Em outro enfoque, não se depreende do tipo objetivo mister probatório do agente tendente a evitar sua condenação.

[382] Artigo 333 do Código Penal: "O funcionário, autoridade pública ou empregado público, que durante o cargo ou suas funções obtiver incremento patrimonial não justificado será sancionado com prisão de três a dez anos. Na mesma pena de prisão incorrerá a pessoa interposta que simular o incremento patrimonial não justificado". Não se recorta do dispositivo ônus da prova ao arguido.

[383] Artigo 296.1 do Código Penal: "Constitui enriquecimento ilícito o incremento injustificado do patrimônio de uma pessoa, produzido por ocasião ou como consequência do desempenho de um cargo ou função pública, gerado por atos não permitidos por lei, e que, em consequência, não seja resultado de ingressos legalmente percebidos". O Artigo 296.2 comina pena de um a cinco anos de prisão e a restituição do dobro do montante do enriquecimento ilícito, sempre que não constitua outro delito. Também desse tipo não se extrai a imposição de carga probatória ao réu.

[384] O artigo 45 da Lei contra a Corrupção e o Enriquecimento Ilícito na Função Pública (Lei n.º 8.422, de 06 de outubro de 2004) prevê: "Será sancionado com prisão de três a seis anos quem, aproveitando ilicitamente o exercício da função pública ou a custódia, a exploração, o uso ou a administração de fundos, serviços ou bens públicos, sob qualquer título ou modalidade de gestão, por si ou por interposta pessoa, física ou jurídica, aumente seu patrimônio, adquira bens, goze de direitos, cancele dívidas ou extinga obrigações que afetem seu patrimônio ou o de pessoas jurídicas, em cujo capital social tenha participação, seja diretamente ou por intermédio de outras pessoas jurídicas". O diferencial desse ilícito típico é não preconizar o aumento patrimonial "injustificado" no tipo objetivo, embora vincule tal aumento ao aproveitamento ilícito do exercício da função pública pelo agente.

[385] Infração penal inserida pelo *Anti-Corruption Act 2008, Part IV*, incidente nas hipóteses em que uma pessoa que exerça ou tenha exercido ofício público apresente riqueza inexplicável, seja por manter padrão de vida acima do consonante com seus redimentos lícitos presentes ou passados, seja por possuir recursos ou patrimônio desproporcionais a esses redimentos (presentes ou passados), salvo se o arguido demonstrar ao tribunal explicação satisfatória àquelas situações econômicas suspeitas. Parece evidente que no tipo penal de Serra Leoa impõe-se ao réu a prova da explicação da origem do patrimônio atípico, risco de ser condenado criminalmente por enriquecimento ilícito.

[386] Criado pelo *Integrity Commission Act 1998*, que, sem destoar da essência da infração penal em estudo, criminaliza a conduta do agente que, sendo ou tendo sido servidor público, ou com ele relacionado, possui patrimônio ou recursos econômicos desproporcionais aos seus redimentos legais conhecidos (ou do servidor público com que relacionado, no caso do colateral), e desde que o arguido falhe em produzir provas satisfatórias de que o patrimônio ou os recursos econômicos provêm de fonte lícita. Ou seja, outro modelo em que há flagrante infligência de carga probatória ao arguido para evitar a condenação.

[387] Como Paraguai, Paquistão, Índia, Egito, Butão e Brunei, todos mencionados por MUZILA, Lindy; et al. *On the Take:* Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption. Washington: The World Bank, 2012, pp. 14-15.

[388] Disponível em www.conjur.com.br-anteprojeto-codigo-penal.pdf.

Código Penal, o crime de enriquecimento ilícito deverá ter o seguinte tipo objetivo: "Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito". O ilícito típico esboçado será apenado com "prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave". Ainda, contará com um parágrafo único, trazendo causa de aumento de pena: "As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas".

Em paralelo, tramita[389] na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 4.850/2016, de 29 de março, consubstanciando as denominadas "10 Medidas Contra a Corrupção", isto é, uma compilação de medidas (de naturezas penal e processual penal) elaboradas pelo Ministério Público Federal com a pretensão de otimização do enfrentamento da corrupção e da criminalidade organizada no Brasil. O Projeto de Lei n.º 4.850/2016[390], em seu artigo 2.º, prevê a positivação do crime de enriquecimento ilícito no artigo 312-A, do Código Penal, com o seguinte tipo objetivo: "Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito". A infração penal esboçada comina "pena de prisão, de três a oito anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave"[391].

Mediante análise *ictu oculi* dos tipos objetivos rascunhados nos dois Projetos de Lei brasileiros[392], não se infere a inversão do ônus da prova verificada noutros ilícitos típicos

[389] O verbo conjugado no pretérito justifica-se porque o Projeto de Lei n.º 4.850/2016, de 29 de março, foi modificado radicalmente e arquivado no Congresso Nacional, fato que será abordado neste trabalho, mais a frente.

[390] Disponível em http://www.dezmedidas.mpf.mp.br.

[391] O artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 prevê ao artigo 312-A, do Código Penal, ainda, dois parágrafos: "§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa"; e "§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas".

[392] Na mesma toada, "a ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) brasileira propôs ao Congresso Nacional, em 2015, na denominada "Carta de Teresina", a aprovação célere 'dos projectos de lei de extinção de domínio e de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos'"; cf. SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A "actio in rem" na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016, p. 6. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.

congêneres[393], já que, em tese, cumprirá ao Ministério Público fazer a prova da prática, pelo funcionário público, de algum dos verbos nucleares do tipo, bem assim de que os bens ou valores envolvidos sejam incompatíveis com os rendimentos ou fontes lícitas de renda do agente[394].

Não obstante as variantes nas tipologias e as peculiaridades de cada legislação estadual, inegavelmente, a infração penal de enriquecimento ilícito ataca a notória dificuldade da produção de prova que vincule diretamente o produto ou a vantagem a uma infração penal atrelada à corrupção ou atividade de organização criminosa[395], além de ostentar gravoso duplo efeito à criminalidade organizada: uma responsabilização criminal autônoma mais a perda das vantagens da atividade criminosa – no caso, mediante a simples aplicação de instrumento clássico de confisco, como a perda do produto ou das vantagens do crime. Ou seja, ao menos em tese, o ilícito típico (notadamente, no arquétipo do artigo 20 da Convenção contra a Corrupção da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 2003) figura como interessante ferramenta a que "o crime não compense", encontrando defensores na doutrina[396].

---

[393] Aliás, antevendo argumento nesse sentido, a Comissão de Reforma do Código Penal, na tentativa de prevenir futura arguição de inconstitucionalidade por suposta violação da presunção de inocência (em virtude da inversão do ônus da prova), discorreu como segue: "Não cabe ignorar que o amealhamento de patrimônio incompatível com as rendas lícitas obtidas por servidor público, é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostram-se caminhos prováveis para este enriquecimento sem causa. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação, destinados à verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. Não há inversão do ônus da prova, incumbindo à acusação a demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público. Não se pode olvidar que o servidor público transita num ambiente no qual a transparência deve reinar, distinto do que ocorre no mundo dos privados, que não percebem recursos da sociedade. Daí obrigações como a entrega da declaração de bens a exame pelo controle interno institucional e pelo Tribunal de Contas. O crime de enriquecimento ilícito, especificamente diante da corrupção administrativa, na qual corruptor e corrupto guardam interesse recíproco no sigilo dos fatos, sinaliza política criminal hábil, buscando consequências e não primórdios (a exemplo da receptação e da lavagem de dinheiro). É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito". Disponível em www25.senado.leg.br

[394] Em tom crítico quanto à forma como previsto o tipo penal objetivo do crime de enriquecimento ilícito rascunhado nas "10 Medidas Contra a Corrupção", e até colocando em xeque a existência de um bem jurídico penalmente tutelado, GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim*: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, a. 23, nº 277, 2015, pp. 7-8. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito. Acesso em 25 de outubro de 2017.

[395] "Frequentemente, a única prova tangível de que um crime foi cometido é o dinheiro que troca de mãos entre o servidor público corrupto e seu parceiro no crime, portanto o enriquecimento do servidor público torna-se a mais visível manifestação da corrupção", cf. MUZILA, Lindy; et al. *On the Take:* Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption. Washington: The World Bank, 2012, p. 5.

[396] Em defesa da vigência do crime de enriquecimento ilícito, SIMÕES, Euclides Dâmaso. Contra a corrupção: As Leis de 2010. In: CARMO, Rui do; LEITÃO, Helena. *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 59.

Porém, em contraponto, o crime de enriquecimento ilícito tem sofrido pesadas críticas, mormente no que toca à sua (não)conformação constitucional em Estados Democráticos de Direito, violando – ao menos em tese – garantias pétreas insculpidas em diplomas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos[397] e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como o *nemo tenetur se detegere* e o princípio da presunção de inocência[398].

2.4.2.2 A infração penal de enriquecimento ilícito e sua (não) conformação com garantias penais

Depreende-se da coletânea – acima feita – de infrações penais de enriquecimento ilícito uma tipologia relativamente comum que, para o fim de gerar incidência em casos concretos, demanda atuação do Estado (por seus órgãos de investigação e acusação) como segue: após investigação (que pode ser criminal, cível ou administrativa), a acusação demonstra que determinado indivíduo é ou foi funcionário público e que seus bens, patrimônio ou padrão de vida tiveram acréscimo desproporcional ou incompatível com seus rendimentos declarados, num determinado período; desse contexto, surge a presunção de que o aumento patrimonial decorreu de fonte ilícita; se o arguido apresentar ao juiz uma explicação razoável para o acréscimo, restará absolvido; se permanecer omisso ou trouxer explicação não razoável (da fonte lícita do ganho), sobrará condenado. Daí ter surgido a problemática de o crime de enriquecimento ilícito potencialmente macular garantias processuais penais como a presunção de inocência[399] e o *nemo tenetur se ipsum accusare*. Problemática que foi enfrentada com profundidade na Itália e em Portugal.

---

[397] O princípio da presunção de inocência consta no artigo 11 (1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "toda pessoa acusada pela prática de um crime tem o direito de ser presumida inocente até provada sua culpa de acordo com a lei num tribunal público em que asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Versão em inglês disponível em http://www.un.org.

[398] Com posição radicalmente contrária à positivação da infração penal de enriquecimento ilícito, vide CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 297-306; e DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, pp. 32-36.

[399] No ponto, vale o alerta de Germano Marques da Silva: "Verifica-se, por vezes, uma certa tendência, face ao preocupante aumento da criminalidade, sobretudo da criminalidade organizada, para considerar exagerada a importância do princípio da presunção de inocência, chegando-se a preconizar ónus de prova da inocência"; cf., SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português.* Noções e Princípios Gerais. Sujeitos Processuais. Responsabilidade Civil conexa com a Criminal. Objeto do Processo. 2.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 54.

Na Itália, a discussão sobre o tema tomou impulso com o advento do Decreto-Lei n.º 356/92, que, no *secondo comma* do artigo 12-*quinquies*, na disciplina da "Transferência fraudulenta e posse injustificada de valores", positivou espécie de infração penal de enriquecimento ilícito, com pena cominada de dois a cinco anos de prisão, além do confisco dos bens do acusado. O ilícito típico não tinha como alvo exclusivo o funcionário público, mas ainda assim era "crime próprio" quanto ao agente, porquanto apenas poderia ser cometido por "aquele que estava sendo investigado" por infrações penais descritas no próprio tipo ou "estava submetido à aplicação de medida de prevenção pessoal". Esses exclusivos agentes, então, diretamente ou "ainda que por interposta pessoa física ou jurídica", incidiriam no tipo objetivo caso resultassem titulares ou tivessem a disponibilidade, a qualquer título, de dinheiro, bens ou outra utilidade de valor desproporcional ao próprio rendimento declarado para fins de imposto de renda, ou à própria atividade econômica, e em relação aos quais não pudessem justificar a legítima proveniência.

Ocorre que, passado pouco tempo da vigência do artigo 12-*quinquies* do Decreto-Lei n.º 356/92, o Tribunal Constitucional italiano, em Acórdão de 17 de Fevereiro de 2004[400], declarou inconstitucional aquela modalidade de tipo penal de enriquecimento ilícito, sob o fundamento principal da violação da garantia constitucional da presunção de inocência, insculpida no artigo 27, n.º 2, da Constituição italiana. Da análise do referido Acórdão, observa-se que, embora o ilícito típico contasse com aparente inversão do ônus da prova (o tipo objetivo estaria perfectibilizado caso o agente não lograsse justificar a procedência do dinheiro ou dos bens desproporcionais aos seus rendimentos declarados ao imposto de renda), o Tribunal Constitucional não se deteve, primordialmente, em tal aspecto, recortando a afronta à presunção de inocência por não admitir que, pela simples condição de uma pessoa estar sendo submetida a procedimento ou processo penal, extraísse-se uma "suspeita" ou "presunção" apta a caracterizar uma infração penal autônoma. Ou seja, antes mesmo de chegar ao exame da suposta inversão do ônus da prova, o Tribunal Constitucional já havia depreendido inconstitucionalidade, adstrita ao núcleo duro do tipo objetivo. De modo que, é possível cogitar, não houvesse a inconstitucionalidade vincada à essência do tipo penal, quiçá o crime de enriquecimento ilícito italiano restasse fulminado também por contrariedade à Constituição, mas no espectro de inverter o ônus da prova no processo penal.

[400] Acórdão disponível em http://www.cortecostituzionale.it.

Seriado similar aconteceu em Portugal[401]. Num primeiro momento, três ilícitos típicos de enriquecimento ilícito foram criados pelo Decreto 37/XII[402], ao acrescentar ao Código Penal português o artigo 335.º-A[403] (enriquecimento ilícito) e o artigo 386.º[404] (enriquecimento ilícito por funcionário público), e ao inserir o artigo 27.º-A[405] à Lei n.º 34/87, de 16 de julho (enriquecimento ilícito referente a titular de cargo político ou alto cargo público).

Basicamente, os três ilícitos típicos tinham em comum a criminalização da conduta do agente que, por si ou interposta pessoa, adquirisse, possuísse ou detivesse patrimônio, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos. Ainda, contavam com subtipos que definiam o que caracterizava patrimônio (n.º 2[406]) e rendimentos e bens legítimos (n.º 3[407]), bem assim causas limitadora de punibilidade (n.º 4[408]) e de aumento de pena (n.º 5[409]). Como diferenciais, além da graduação das penas cominadas, o artigo 335.º-A do Código Penal português era crime impróprio quanto ao agente, ao passo que as infrações penais do artigo 386.º e do artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, somente poderiam ser cometidos, respectivamente, por funcionário público e titular de cargo político ou alto cargo público.

---

[401] Para uma síntese do histórico das tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito em Portugal, vide SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 47-63.

[402] Disponível em www.app.parlamento.pt

[403] "Artigo 335.º-A, n.º 1: Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal".

[404] "Artigo 386.º, n.º 1: O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal".

[405] "Artigo 27.º-A, n.º 1: O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal".

[406] Literalmente, "todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro".

[407] Ou seja, "todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos".

[408] "Se o valor da incompatibilidade referida no n. 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível".

[409] "Se o valor da incompatibilidade referida no n. 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos".

A despeito de nenhuma dessas infrações penais explicitar inversão do ônus da prova nos tipos objetivos, todas elas foram declaradas inconstitucionais, já na fase de inserção no sistema penal, pelo Tribunal Constitucional português. A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento não haver um bem jurídico claramente definido, a indeterminação do tipo proposto (notadamente no elemento "sem origem lícita determinada") e a violação do princípio da inocência (por implicar inversão do ônus da prova)[410]. Ou seja, mesmo que nenhuma das infrações penais atribuísse – literalmente – ao arguido carga probatória para ilidir a configuração do tipo objetivo, e todas elas estipulasssem critério econômico mínimo razoável, balizador da incompatibilidade entre patrimônio e rendimentos lícitos (evitando-se, assim, a banalização de considerar qualquer pequena incongruência como enriquecimento ilícito), o Tribunal Constitucional português fulminou a vigência dos ilícitos típicos, inclusive pelo reconhecimento da inversão do ônus da prova em processo penal – e, por conseguinte, da afronta ao princípio da presunção de inocência[411].

Interessante é que o legislador português voltou à investida, por intermédio do Decreto n.º 369/XII, de 29 de maio de 2015, da Assembleia da República, mas desta feita para o fim de instituir a criminalização do "enriquecimento injustificado", a ser positivado no Código Penal português (criando-se o artigo 335.º-A) e na Lei n.º 34/87, de 16 de julho (em que inserido o artigo 27.º-A)[412]. Afora as variantes da condição do sujeito ativo e das penas cominadas, e à semelhança do que observado em relação às infrações penais oriundas do aludido Decreto 37/XII, os novos artigo 335.º-A do Código Penal e artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, continham a seguinte redação no tipo objetivo: "adquirir, possuir ou deter património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados"[413]. De lembrar que os tipos penais de

[410] Acórdão nº 179/2012, de 4 de Abril, processo n.º 182/2012 (Relator José da Cunha Barbosa), disponível em http://www.dgsi.pt.

[411] No mesmo sentido da ocorrência – também – da violação do princípio da presunção de inocência, COSTA, José de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plädoyer por um Direito Penal não iliberal e ético-socialmente fundado. In: TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alaor (Orgs.). *Crime e Política:* corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 317-345.

[412] Em tom crítico diante da insistência do legislador português de tentar criminalizar o enriquecimento ilícito ou injustifivado, vide DIAS, Maria do Carmo Silva. Enriquecimento ilícito/injustificado. *Revista Julgar*. Coimbra, n.º 28, Jan.-Abr. 2016, pp. 281-313.

[413] O artigo 1.º do Decreto n.º 369/XII, da Assembléia da República, previa a inserção do artigo 335.º-A do Código Penal português, tipificando a infração penal de enriquecimento injustificado impróprio quanto ao sujeito ativo, com pena de prisão de até três anos (artigo 335.º-A, n.º 1), e ressalva de não punibilidade se a incompatibilidade patrimonial não excedesse 350 salários mínimos (artigo 335.º-A, n.º 5); ainda, pelo artigo 2.º, aditava à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, criminalizando o enriquecimento injustificado de titular de cargo político ou de alto cargo público, com pena de prisão até cinco anos (artigo 27.º-A, n.º 1), excepcionando a

enriquecimento ilícito do Decreto 37/XII, declarados inconstitucionais em 2012, tinham como elementares comuns "adquirir, possuir ou deter património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos". Isto é, ao que parece (grosso modo), na pretensa intenção de "driblar" as causas de inconstitucionalidade outrora reconhecidas pela Corte Constitucional, o legislador substituiu o adjetivo "ilícito" por "injustificado", retirando, pois, a subjacente ilicitude (um ilícito típico não elucidado e presumido pela detecção do patrimônio sem origem lícita determinada) como causa do aumento patrimonial do agente[414].

Pois, mais uma vez, o Presidente da República solicitou a fiscalização preventiva de sua constitucionalidade. Como resultado, sem surpreender, as novas infrações penais de enriquecimento injustificado não escaparam do mesmo destino estipulado pelo Tribunal Constitucional aos tipos penais de enriquecimento ilícito do Decreto 37/XII: no acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, o Tribunal Constitucional julgou que a criminalização do enriquecimento injustificado, pretendida pela Assembleia da República na trilha do Decreto n.º 369/XII, violava os artigos 18.º, n.º 2.º[415], 29.º, n.º 1 (princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), e 32.º, 2.º (princípio da presunção de inocência), da Constituição da República[416].

Diz-se que no acórdão n.º 377/2015 o Tribunal Constitucional julgou sem surpreender porque permaneceu, nos novos tipos penais de enriquecimento (agora "injustificado"), a não identificação da ação ou omissão que é proibida, contrariando o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição; ainda, não houve bem jurídico identificado a ser tutelado pela norma penal, por inexistir dever de não adquirir – ou desfrutar de – bens incompatíveis com rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados; por fim, de todo questionável, como política criminal, sustentar-se o ilícito material na desproporção entre o que se tem ou desfruta com os rendimentos e bens declarados ou que

---

punibilidade no caso de incompatibilidade de até 100 salários mínimos (artigo 27.º-A, n.º 5); e o artigo 6.º introjetava o enriquecimento injustificado na alínea "p" do catálogo de infrações penais previsto na Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro ("estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira"). O Decreto n.º 369/XII está disponível em www.app.parlamento.pt.

[414] No que soou algo próximo a uma manobra para o fim de alterar o sentido jurídico do novo tipo incriminador, sendo certo que o sentido jurídico do texto legal não se basta com sua dimensão puramente textual, cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal:* Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 4.ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 49.

[415]"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"

[416] Processo n.º 658/2015 (Relatora Maria Lúcia Amaral). Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt

devam ser declarados. Nenhuma surpresa, enfim, que todos esses tópicos tenham sido considerados pelo Tribunal Constitucional[417].

Entrementes, chama a atenção que a supressão – nos ilícitos típicos de enriquecimento injustificado – do trecho "sem origem lícita determinada" (atinente ao patrimônio incompatível) não impediu o Tribunal Constitucional de seguir apontando ferimento ao artigo 32.º, 2.º da Constituição da República, seja pela presunção da prática de crime (subjacente), seja pela inversão do ônus da prova[418]. Tópico quiçá merecedor de algum questionamento, porque em nenhuma das figuras de enriquecimento ilícito ou injustificado onerava-se o arguido com a missão de provar a fonte lícita ou declarada do patrimônio incompatível, para o fim de evitar a perfectibilização dos fatos constitutivos dos tipos penais; e também porque não parece proceder a anotação do Tribunal Constitucional, feita ainda no acórdão n.º 179/2012, de que "a não demonstração da licitude do tipo dá origem ao seu preenchimento"[419]: em verdade, pela estrutura daquele tipo objetivo, e com força nos princípios da acusação e do *nemo tenetur se ipsum accusare*, cumpriria ao Ministério Público a demonstração da não licitude do fato subjacente ao patrimônio incompatível. E, pensa-se, valeria o mesmo concernente ao tipo objetivo do enriquecimento injustificado, incumbindo à acusação elucidar a incompatibilidade do patrimônio com os rendimentos e bens declarados ou que devessem ser declarados pelo arguido. Num ou noutro caso, não se desincumbindo o Ministério Público de seu mister probatório (sem entrar no mérito de tal mister possivelmente importar numa *diabolica probatio*), seria aplicável o princípio *in dubio pro reo*, a despeito da inércia total do arguido[420].

Ponto de discórdia à parte, caso fosse possível estabelecer hipotética comparação entre os fundamentos compilados pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos n.ºs 179/2012 e 377/2015 não apenas em relação aos tipos incriminadores de enriquecimento ilícito e

---

[417] Endossando os fundamentos invocados pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 179/2012 e 377/2015, em contudente exame crítico da criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, vide CAEIRO, Pedro. *Quem cabritos vende e cabras não tem...* Série Escritos Breves. Instituto Iuridico. Projecto desafios sociais, incerteza e direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/escritosbreves/escritos_breves_n1.pdf> Acesso em: 12 nov. 2012.

[418] Conforme ponto 28 do acórdão n.º 377/2015.

[419] Fundamentação constante do ponto 38 do acórdão n.º 179/2012.

[420] A infração penal de enriquecimento ilícito prevista na Argentina, acima citada, embora com tipificação que potencializa a conclusão de que impõe a inversão do ônus da prova no processo penal, tem sido chancelada pelos tribunais daquele país, com o fundamento de que a acusação leva toda a carga probatória, isto é, a apresentação de provas que demonstrem que as fontes legítimas de rendimentos do arguido não podem dar conta da desproporção da riqueza. A explicação razoável deve ser trazida apenas uma vez que o enriquecimento significativo e injustificado tenha sido demonstrado. Assim, o crime se comprova com anterioridade e independência da obrigação legal de justificação (MUZILA, Lindy; et al. *On the Take:* Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption. Washington: The World Bank, 2012, p. 23 e p. 30).

enriquecimento injustificado de Portugal, mas sim atinente aos congêneres acima listados, pondera-se dificilmente se escaparia da constatação de que essa modalidade de infração penal fere garantias e princípios penais-constitucionais.

Frise-se, sem tomar posição definitiva em defesa ou refuto da criminalização do enriquecimento ilícito, percebe-se que, em linhas gerais, os fatos constitutivos ensejam à acusação a singela prova de que o agente avolumou patrimônio ou detenção ou fruição de bens durante determinado período – e, nalguns casos, como na França, que manteve relações com pessoas envolvidas em práticas criminosas – sem uma fonte lícita demonstrada. Além disso, como visto, há Estados com positivação penal de enriquecimento ilícito em que, feita a prova do acréscimo patrimonial desproporcional aos rendimentos e sem uma explicação, decorrerá a responsabilização penal, salvo se o acusado/arguido demonstrar a fonte lícita do(s) bem(ns) ou do porquê da desproporcionalidade com suas rendas lícitas[421].

Com outras palavras, está-se diante de infração penal de mera suspeita, mediante incriminação indireta (o aumento do patrimônio seria a ilicitude material) e sem um bem jurídico perfeitamente identificado. No ponto, vale o alerta de Figueiredo Dias, no rumo de que "não devem constituir crimes, nem caber no objecto do direito penal, todas as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis – e por mais pecaminosas, anti-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem"[422].

Então, com tais características, a infração penal de enriquecimento ilícito padece de graves defeitos[423], na linha discorrida por duas vezes pelo Tribunal Constitucional português: desde uma possível inversão do ônus da prova em processo penal (nas hipóteses em que o arguido terá parte da carga probatória[424] para evitar a conformação do tipo

[421] Insistindo-se que há variantes quanto a essa "distribuição do ônus da prova", muito em conta da pluralidade de ordenamentos em que tipificadas infrações penais de enriquecimento ilícito, e da natureza da carga probatória atribuída ao acusado, que pode ser de produzir provas que coloquem em dúvida a veracidade dos fatos afirmados pela acusação (obtendo a absolvição pelo *in dubio pro reo*), ou, legalmente além, de demonstrar sua defesa *on balance of probabilities*, pena de restar condenado (MUZILA; MORALES; MATHIAS; BERGER, op. cit, pp. 24-25).

[422] DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 23.

[423] No ponto, concorda-se com Germano Marques da Silva, no sentido tanto da desnecessidade quanto da inconveniência da incriminação autônoma do enriquecimento ilícito; cf. SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 47-63.

[424] Em afronta ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, cf. SILVA, Sandra Oliveira e. O *arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 500.

objetivo e, mesmo, a sua responsabilização penal[425]), passando pela dúvida acerca do bem jurídico tutelado (pune-se por um ilícito típico anterior, não desvendado e que foi suposta causa do enriquecimento), e culminando na criminalização de ações ou omissões comumente toleradas ou ao menos não proibidas – como o aumento patrimonial e a fruição dos bens que o compõem.

Nessa moldura, o enriquecimento ilícito (ou injustificado) aparenta ser, de fato, infração penal de mera suspeita e sem ilicitude material comprovada, mais se prestando como um simulacro de branqueamento de capitais, musculado e simplificado, no qual o incremento de patrimônio sem justificativa, por si só, dá lastro à condenação, mediante a presunção de que houve um ilícito típico (não se sabe qual, de que modo e nem quando) que gerou lucro ao agente[426].

Assim, numa avaliação mais razoável de índole criminológica e de política criminal, aduz-se preferível – à criminalização do enriquecimento ilícito – investir, por exemplo, num sistema legal que contemple a prevenção e a criminalização do branqueamento de capitais, e alguma modalidade eficaz de perda alargada e/ou de ação *in rem*.

Na arquitetura exemplificada, conjectura-se plenamente viável chegar-se ao mesmo resultado almejado pela criminalização do enriquecimento ilícito, mas quiçá sem nenhum atalho que coloque em xeque garantia do réu ou princípio constitucional: num processo penal com carga probatória exclusiva da acusação, o Ministério Público produz a prova e obtém a responsabilização penal do agente, *v. g.*, por branqueamento de capitais, daí gerando a perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime (instrumentos clássicos de confisco). E, definida a condenação criminal, aplica-se a perda alargada (como a prevista em Portugal na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), ainda assegurando ao agora condenado a possibilidade de elisão dos efeitos em seu patrimônio – o que longe está de se

[425] Com a ressalva de que, mesmo nessas hipóteses, não se pode asseverar, peremptoriamente, que se opera uma verdadeira inversão do ônus da prova em processo penal. No Reino Unido, por exemplo, notadamente na seara penal de enfrentamento da criminalidade organizada, tem sido aceita não uma inversão do ônus da prova, e sim espécie de mitigação da carga probatória entre acusação e defesa. Nesses casos, ao nível de *evidential burden* (como naquilo que integra os fatos constitutivos do tipo penal e interfere diretamente no juízo da culpa), o ônus da prova permanece integral à acusação e reclama demonstração *beyond reasonable doubt*; porém, em situações de *persuasive burden* (onde se permite enquadrar, *e. g.*, o mister de elucidar a origem de bens, valores ou patrimônio), o ônus pode recair ao arguido, mas com espectro de exigência *on a balance of probabilities*. Nesse sentido, KEANE, Adrian; McKEOWN, Paul. *The Modern Law of Evidence*. 11.ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 88.

[426] De sorte que assiste razão a Conde Correia ao questionar "não se compreende a fixação nacional na criação de um crime de enriquecimento ilícito ou injustificado" (CORREIA, João Conde. O confisco e a «fixação» do enriquecimento ilícito. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 273).

confundir com a inversão probatória em processo penal[427]. Ao fim de tudo, o Estado atingirá a mesma meta de que "o crime não compense" buscada pela criminalização do enriquecimento ilícito. É certo que por uma via mais longa, mas que, indubitavelmente, respeita com maior clareza as garantias processuais penais de quilate constitucional.

Aliás, tendo por base o sistema legal português, pode-se agregar a cogitação de que a – obstada – inserção no ordenamento de infrações penais de enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado poderia tornar inócua – ao menos em parte – a aplicação da perda alargada prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. É que, se fosse concebido o ilícito material pela incongruência entre o patrimônio que se tem ou desfruta com os rendimentos e bens lícitos ou declarados ou que devam ser declarados, da condenação correlata sobraria, em princípio, a perda do produto e/ou das vantagens do crime (abrangendo o montante da incongruência). Com efeito, as perdas "clássicas" do produto e das vantagens resultantes da condenação pelo crime de enriquecimento ilícito/injustificado atingiriam a *ratio* da perda alargada do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Pelo raciocínio, Portugal, que há muito possui positivado o ilícito típico de branqueamento de capitais, tende a ilustrar o exemplo de que é recomendável aos Estados – que já possuem ferramentas de recuperação de ativos – que optem pela exploração das virtudes daquilo que é previsto na legislação, e não pela via da "fúria legiferante", mais fácil e simples, mas normalmente menos eficiente, ou pela radicalização dos instrumentos de recuperação de ativos, quiçá à custa de garantias constitucionais.

Um tanto diverso do que se vê na infração penal de enriquecimento ilícito (ou injustificado), mormente no que se atém à preservação dos princípios constitucionais e das garantias penais, é o que permeia as modalidades de procedimentos não penais, direcionadas diretamente a bens de origem suspeita, e não propriamente aos seus proprietários ou possuidores.

2.4.3 Procedimento ou ação *in rem*

Procedimentos ou ações *in rem*, também conhecidos como procedimentos de confisco *in rem*, previstos em diplomas internacionais como a Convenção das Nações

[427] Aspecto a ser aprofundado neste trabalho, mais à frente.

Unidas contra a Corrupção de 2003[428], de natureza extrapenal, hoje estão sedimentados em sistemas legais como o norte-americano (o *civil forfeiture*[429]), o britânico (a *civil recovery*[430]), o suíço[431] e em diversos outros[432], além de cogitados, como no Brasil (a ação de extinção de domínio).

Trata-se de *non conviction based asset forfeiture*[433], cuja diferença substancial para os instrumentos de confisco preconizados em leis penais (como a perda alargada) reside exatamente na ausência do requisito da condenação criminal. Contudo, há outras distinções significativas: o procedimento *non conviction based* é objeto de uma demanda, judicial ou administrativa, contra um bem, patrimônio ou valor, normalmente decidido pelo balanço das probabilidades (*by preponderance of the evidence*), independente de um processo penal ou juízo da culpa, e cujo resultado pode atingir pessoas sequer investigadas por atividades criminosas; já o confisco penal (como a perda alargada) enseja uma ação contra a pessoa, sendo parte ou derivação do processo penal e com a exigência peremptória da condenação

[428] Firmada em Mérida, México. Em seu artigo 53, alínea "a", estipula que cada Estado Parte, em consonância com sua legislação interna, deverá adotar medidas que possibilitem uma "ação civil 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" (disponível em www.unodc.org).

[429] Modificado pelo *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA), de 25 de abril de 2000. O *civil forfeiture* será estudado adiante neste trabalho. De qualquer sorte, para resumo conceitual das espécies de *civil forfeiture* (e de *administrative forfeiture*) nos Estados Unidos da América, vide DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015, pp. 5-12. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.

[430] Prevista desde o *Proceeds of Crime Act* de 2002. Nas palavras de Daniel Squires, "talvez o mais significante e inovador, mas também controvertido, aspecto do *Proceeds of Crime Act* de 2002" (SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, p. 235). Sobre a ferramenta legal britânica, que também merecerá destaque neste trabalho, vide ALLDRIDGE, Peter. *Money Laudering Law:* Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 223 e ss.

[431] Nos artigos 384 a 386 do Código de Processo Penal suíço está regrado o processo de confisco independente do processo penal (em língua original, *Procédure de confiscation indépendante d'une procédure pénale*). Esse processo especial, equivalente a uma *actio in rem*, é aplicável quando se verifica que o confisco de bens de uma determinada pessoa deve ser decidido independentemente do processo penal. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 106, nota 52.

[432] Instrumentos legais *non conviction based asset forfeiture* também podem ser encontrados em Anguilla, Antigua e Barbuda, Austrália, Canadá (em algumas províncias), Colômbia, Costa Rica, Fiji, Guernsey, Honduras, Irlanda, Ilha de Man, Israel, Jersey, Liechtenstein, Nova Zelândia, Filipinas, Eslovênia, África do Sul, Tailânda e Zâmbia, cf. BRUN, Jean-Pierre. et al. *Asset Recovery Handbook:* A guide for Practitioners. Washington: The World Bank, 2011, p. 11, nota 20. Abordando a expansão dos procedimentos *in rem* tipificados como *civil recovery*, vide GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Civil confiscation of proceeds of crime: a view from Macau. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, p. 322.

[433] Para uma análise ampla sobre os instrumentos *non-conviction-based confiscation* positivados na União Europeia, vide RUI, Jon Petter; e SIEBER, Ulrich. Non-conviction-based confiscation in Europe. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (Org.). *Non-conviction-based confiscation in Europe:* possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

criminal, decidida além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt)*, tendo por base um objeto ou valor[434].

Assim, a *actio in rem*, como a denominação revela, é primordialmente direcionada aos bens com alguma suspeita de origem ilícita (mesmo que não criminosa), e não às pessoas que os possuem/detêm. Ou seja, não tem por escopo atribuir responsabilidade (criminal, civil ou administrativa) a alguém, mas apenas "fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida"[435]. O Estado retoma bens ilicitamente adquiridos (supostamente) sem precisar, necessariamente, responsabilizar penalmente seu detentor, de modo que o aforismo "o crime não compensa" está presente apenas por via reflexa, pois não se exerce o *jus puniendi*.

Com tal conformação, uma virtude da ferramenta é poder alcançar o patrimônio ilícito seja qual for o resultado de eventual ação penal correlata ou da investigação precedente – sendo que uma ou outra necessariamente deverá preexistir ao procedimento *in rem*.

A opção do legislador de alguns Estados em positivar o procedimento *in rem* não é imune a críticas – embora, sem dúvida, não tão contundentes como as endereçadas à criminalização do enriquecimento ilícito. Pedro Caeiro sintetiza-as como: 1) o risco de "devassas gerais sobre a proveniência dos bens detidos pelos cidadãos"; 2) a dificuldade de "limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida" (mormente sendo alvo uma coisa) sem fazer referência a uma pessoa; 3) a atuação híbrida do Estado (ora como titular do *jus puniendi*, ora como mero autor na ação *in rem*), potencialmente violadora de garantias penais; e 4) a criação de conflitos entre os interesses na recuperação de ativos e na administração da justiça penal (com o risco de preferir-se atacar o lucro do que o crime)[436].

Mediante análise perfunctória, é plausível afirmar a pertinência dos alertas; todavia, soam mais adequados a eventuais distorções na utilização prática do procedimento *in rem* do que propriamente à sua essência.

O "risco de devassas gerais", de fato, pode materializar-se no cotejo de um procedimento *in rem* como aquele existente nos Estados Unidos antes do *Civil Asset*

---

[434] Sobre as diferenças entre as modalidades de confisco, vide GREENBERG, Theodore S.; et al. *Stolen Asset Recovery:* A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture. Washington: The World Bank, 2009, p. 14.

[435] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 293.

[436] CAEIRO, op. cit., pp. 293-295.

Forfeiture Reform Act (de 2000), no qual incumbia ao Estado (na verdade, ao Governo) meramente endereçar a *probable cause* (isto é, indícios de procedência ilícita) a determinado bem, daí surgindo ao proprietário ou possuidor o ônus da prova da origem lícita. Inequivocamente, a *actio in rem* não pode ter lastro no alvedrio, seja de determinado Governo, seja do Estado, para o fim de, aleatoriamente, ser apontada contra quaisquer bens, inclusive sobre os quais não paira sequer indício de fonte ilícita. Por isso mesmo é que tem ocorrido o gradativo abandono daquela via de ação *in rem*, com a substituição por procedimentos (como o *civil forfeiture* e a *civil recovery*) cuja origem remete à prévia obtenção de indícios verdadeiramente razoáveis da fonte ilícita ou criminosa, e, após, a um rito procedimental com amplitude de meios de prova, de natureza civilística. Abstraído aquele tipo de procedimento contra a coisa, de contornos abusivos ou, no mínimo, de prevalecimento do Estado sobre o cidadão, pensa-se nada impede que este mesmo Estado, em similar a como restritamente atua com os outros procedimentos expropriatórios de natureza civil, fiscal ou administrativa, exerça a regulação da licitude patrimonial dos cidadãos, notadamente (e com atuação mais enérgica) quando houver suspeita – lastreada em algum tipo de investigação antecedente – da proveniência ilícita. Com esse recorte, estar-se-á minimizado, ao menos em tese, o medo das "devassas gerais" sobre os bens privados.

Outrossim, com a exigência de o Estado-acusação (notadamente, por órgãos como o Ministério Público) trazer elementos, já ao início, dos indícios da origem não lícita, e, depois, com a segurança da produção da prova, atenua-se o risco de decisões expropriatórias injustas – por excelência, de alcance de bens de origem lícita, mas sobre o qual o proprietário apenas não logrou demonstrá-la.

Noutro tanto, às conformações modernas de ação *in rem* desserve a crítica de não "limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida". Referida crítica busca eco na aparente violação do princípio da proporcionalidade (normalmente, de quilate constitucional), vincada também no risco das devassas gerais, que ressuscitariam a índole do confisco das suas fases históricas mais perversas. Numa síntese, teme-se que a utilização desenfreada e sem critério da ação *in rem* possa não apenas atingir a qualquer possuidor/detentor, mas, ainda, de modo desproporcional, tendo por base a suposta ilicitude que subjaz à origem do bem.

O primeiro contraponto viável é de que, a vingar tal receio, estarão fadados ao sepultamento todos os mecanismos de recuperação de ativos, afora os "clássicos", que visam aos produtos e vantagens diretamente obtidos com o crime. Já se avançou à frente

desta etapa, tendo espaço a presunção – no momento final – da procedência ilícita quando, diante dos indícios produzidos pelo Estado ao início, e do resultado probatório de natureza civil, não restar clarificada a fonte lícita – ou, noutros termos, restar a fonte ilícita como a mais provável das alternativas (*by preponderance of the evidence*[437]). Noutro aspecto, exigir a limitação matemática entre o confisco almejado com a *actio in rem* e a vantagem obtida com o presumível nascedouro ilícito do bem implica ignorar sua natureza civil ou administrativa – isto é, não penal. Emoldurada assim, não vigem à ação *in rem* as garantias penais constitucionais como o *ne bis in idem*, *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *in dubio pro reo*. E, não sendo pena ou efeito de pena (ou decorrência, de qualquer natureza, de uma condenação criminal), abre-se espaço para a relativização do princípio da proporcionalidade[438] – relativização que não se deve confundir com abstração, pois as figuras mais conhecidas de *actio in rem* (a *civil recovery* e o *civil forfeiture*) possuem claras limitações legais.

Já o ponto de questionamento das modalidades de procedimentos *in rem* que alude ao problema da atuação híbrida do Estado não parece ter rumo distinto dos acima enfrentados. A crítica de parte da doutrina, sintetizada por Pedro Caeiro, remete à ilação de que, agindo o Estado num momento como detentor do direito de punir, noutro como autor de uma ação civilística em que se busca a perda/expropriação de determinada coisa – ou de coisas que compõem parte ou todo um patrimônio –, poderia ocasionar a violação de garantias penais e, também, a suposta criação de conflitos entre os interesses na recuperação de ativos e na administração da justiça penal (o risco de mais atacar o lucro do que o crime)[439].

Os aspectos suscitados, mais uma vez, preponderantemente se atêm ao manejo – equivocado – do procedimento *in rem*, e não à sua natureza. A atuação dúplice do Estado (como autor, ao mesmo tempo, das pretensões de persecução penal e de recuperação de coisas de origem potencialmente criminosa) não é nenhuma novidade no direito, e isso por todo lado. Aliás, bem diverso disso, a ação do Estado em várias frentes, como na busca da

[437] Como ocorre atualmente, por exemplo, nos Estados Unidos, segundo o *US Code*, Título 18, Capítulo 46, § 983 (c), (1), cf. EDGEWORTH, Dee. R., *Asset Forfeiture:* Practice and Procedure in State and Federal Courts. 3. ed. Chicago, Washington: American Bar Association, 2014, pp. 127 e ss.

[438] Fenômeno que, parece, também ocorre com os instrumentos legais de confisco ampliado, como o previsto em Portugal.

[439] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 293-294.

responsabilização criminal do autor da infração penal[440] e na regulação da propriedade lícita, é praxe corriqueira, mormente nas modernas democracias de direito. Não há razão para, *a priori*, supor a distorção de uma ou outra atuação pela concentração da competência de ambas ao mesmo ente, mesmo quando pretensões distintas tenham pontos comuns – por exemplo, quando o resultado de uma investigação criminal traz, para além de outras consequências, indicativos de que determinados bens são de fonte ilícita. Os cidadãos de Estados Democráticos de Direito como o Reino Unido ou os Estados Unidos da América, no processo penal e na ação civilística *in rem*, têm, respeitadas as peculiaridades de cada natureza e rito, suas garantias de defesa, já que isso não é uma faculdade, mas sim um dever de *status* constitucional, pena, inclusive, de ter frustradas suas pretensões. Então, a crítica, no ponto, perde força.

A rota não muda na conjectura da geração de conflitos entre os interesses na recuperação de ativos e na administração da justiça penal[441]. Há espaço para ambas as investidas estatais, sem prejuízo de que, primordialmente, o foco esteja na responsabilização penal (e, por via reflexa, recuperem-se os produtos e vantagens diretos dos crimes), mas se amplie o leque, como outra via a que "o crime não compense", valendo-se de instrumentos modernos de recuperação de ativos como a *actio in rem*. Não fosse o bastante, outro contraponto, já comentado, afigura-se sensato: a vingar radicalmente a crítica, dever-se-ia abandonar a recuperação de ativos que não a atrelada à perda clássica dos produtos ou vantagens do crime. O que, *data venia*, além de algo faticamente incogitável no presente momento[442], seria um estrondoso retrocesso, tendo como maiores beneficiários os agentes da criminalidade organizada com fim de lucro.

Enfim, as críticas, apesar de merecedoras de respeito e naturalmente fomentadoras de reflexões, não são suficientes como mácula aos procedimentos *in rem*. Como nos exemplos das figuras positivadas no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, havendo indícios (cuja produção dependerá da obediência estrita de regras legais razoáveis) à propositura do procedimento, incumbe ao Estado demonstrar, *by preponderance of the evidence*, a origem não lícita da coisa ou, ao menos, a inexistência de

[440] No ambiente processual penal o Estado é acusador e julgador, e, ao mesmo tempo, age de modo peremptoriamente fracionado, já que "a trave mestra da estrutura acusatória é a separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga, o que garante a imparcialidade do julgador", cf. MENDES, Paulo de Sousa. A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. In: GUEDES, Armando Marques; et al (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.* Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1363.

[441] Ponderação também feita por SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, p. 236.

[442] Já que, adrede visto, a política criminal transnacional de recuperação de ativos vai exatamente em caminho oposto.

pretensão válida, para o fim de tomá-la para si, em regulação da propriedade. E, pelo outro lado, não se tem como usualmente difícil, ao eventualmente identificado proprietário ou detentor, esclarecer a licitude de uma coisa num procedimento extrapenal, também *by preponderance of the evidence*. Não é por acaso, enfim, que a *actio in rem* tem sido respaldada não apenas na sua conformação constitucional, mas, também, com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Para exemplificar, no acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) *Gogitidze and others versus Georgia*, de 12 de maio de 2015, foi decidido que o controle do uso da propriedade pelo Estado, acarretando a perda de propriedade indevidamente adquirida por funcionário público (no caso, acusado criminalmente na seara processual penal), por intermédio de procedimento administrativo *in rem* com viés anticorrupção, não gera nenhuma violação à CEDH. Conforme excerto, "os direitos referidos anteriormente (do gozo pacífico de bens em geral – artigo 1.º do Protocolo n.º 1) não poderão, contudo, de qualquer modo, impedir o direito do Estado de aplicar tais leis na medida em que seja necessário para controlo do uso dos bens segundo o interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou penalidades"[443]. No mesmo acórdão, o TEDH enfatiza a natureza jurídica daquela *actio in rem* (do Estado da Georgia) como uma forma de controle do uso da propriedade pelo Estado (não assumindo caráter sancionatório), com esteio no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, decidida com base na preponderância das possibilidades (e não para além da dúvida razoável) e condicionada à existência de previsão legal e à legitimação pelo interesse público[444].

Superadas as críticas, pondera-se que os procedimentos *in rem* têm especial serventia para o alcance de bens e patrimônio de origem provavelmente ilícita em hipóteses variadas, p. ex., quando o investigado ou arguido está foragido, morre antes de ser condenado, tem algum tipo de imunidade legal ou prerrogativa de foro, ou é desconhecido[445]. Igualmente, podem ser especialmente profícuos à recuperação de bens detidos por terceiros[446], não raro ligados a ou utilizados por autores de ilícitos típicos de

[443] O acórdão do TEDH *Gogitidze and others versus Georgia*, de 12 de maio de 2015, n.º 36862/05, está disponível em https://www.echr.coe.int. Anotação ao aludido acórdão foi feita por SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A actio in rem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.
[444] SIMÕES; TRINDADE, op.cit., pp.3-4.
[445] GREENBERG, Theodore S.; et al. *Stolen Asset Recovery:* A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture. Washington: The World Bank, 2009, p. 11.
[446] SIMÕES; TRINDADE; op. cit., p. 3.

criminalidade organizada, mas que – também não raro – escapam à responsabilização criminal por vicissitudes do processo penal[447].

Aliás, situação tendo por alvo terceiro veio expressamente contemplada pela Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, ao aludir, como exemplo, a hipótese em que os bens provenientes do crime "são direta ou indiretamente adquiridos por um terceiro ao suspeito ou arguido, nomeadamente através de um intermediário, inclusive quando a infração tenha sido cometida em seu nome ou em seu benefício e quando o arguido não possuir bens suscetíveis de perda"[448], estipulando, a esses casos, a possibilidade de decisão de perda de bens. Ou seja, como o branqueamento de capitais, o tipo penal de enriquecimento ilícito, a perda alargada e outras ferramentas legais de recuperação de ativos condicionadas à existência de uma condenação criminal trazem complicações ao alcance de bens detidos por terceiros alheios ao agente condenado, a *actio in rem* surge como factível, ao menos como endereça a Diretiva 2014/42/UE, ao terceiro (pessoa singular ou coletiva) que sabe ou deve saber que a transferência/aquisição teve por finalidade evitar o confisco, ciência esta depreendida de circunstâncias ou fatos concretos, tais como, por exemplo, a transferência gratuita ou por valor ínfimo.

Nessa esteira, em fôlego ao debate da pertinência da criação de algum procedimento *in rem* em Portugal, Paulo de Sousa Mendes, ao criticar a insistência na ampliação das hipóteses configuradoras da infração penal de branqueamento de capitais (notadamente, a possibilidade de dupla responsabilização do condenado pelo crime principal), infere que "seria preferível uma investigação financeira ou patrimonial separada do processo penal, para efeitos de uma *actio in rem*"[449]. Conde Correia apresenta-se como entusiasta da *actio in rem* em solo lusitano, reportando que "também o TEDH preconiza a utilização de mecanismos em *rem* como forma eficaz de lutar contra o flagelo do enriquecimento ilícito. Assim saiba aproveitar o legislador a oportunidade – construindo um sistema eficaz mas justo – e a jurisprudência consiga, depois, concretizá-lo"[450].

---

[447] Alguns estudos estimam tanto a importância da positivação de um mecanismo *non-conviction based asset forfeiture* que reputam sua ausência como uma barreira à concretização da política criminal transnacional de recuperação de ativos. Nesse sentido, STEPHENSON, Kevin M.; et al. *Barriers to Asset Recovery*: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action. Washington: The World Bank, 2011, pp. 66-69.

[448] A Diretiva 2014/42/UE será minuciosamente estudada no capítulo seguinte deste trabalho.

[449] *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016.

[450] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 219. Em similar, com ênfase à utilização da *actio in rem* no que toca aos terceiros, notadamente os envolvidos com o condenado e demandado à pretensão de perda alargada),

Quiçá seja mesmo o momento oportuno para intensificar a discussão da extensão da *actio in rem* para fora dos domínios de Estados de *common law*, incorporando-a nos ordenamentos de Portugal e do Brasil[451].

2.4.4 Ação de extinção de domínio

Em muito similar aos procedimentos *in rem*, alguns Estados inseriram – ou cogitam inserir – em seus ordenamentos a denominada ação de extinção de domínio, igualmente de natureza não penal. Diz-se muito similar porque a ação de extinção de domínio, também típico *non conviction based asset forfeiture*, parte da mesma premissa dos procedimentos *in rem*, ou seja, a demanda é contra o bem, podendo atingir pessoa física ou jurídica apenas por sua condição de potencialmente afetada com a perda do domínio. Outrossim, tem natureza civilística, inclusive quanto aos meios de prova, cujo ônus pode ser repartido entre o Estado e o eventual interessado em opor-se à pretensão expropriatória. Por fim, tem por pano de fundo uma presunção – ou uma suspeita – de que o bem está vincado a alguma atividade ilícita[452].

2.4.4.1 Ação de extinção de domínio positivada: o exemplo da Colômbia

Como exemplo de Estado que já conta com a ferramenta, cita-se a Colômbia, que, desde o advento da *Ley* n.º 793 de 2002, de 27 de dezembro[453], prevê em sua legislação a ação de extinção de domínio. Na conformação colombiana, a extinção de domínio tem

---

BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16. Trimestral (Out.-Dez. 2013), p. 90**.**

[451] "Uma solução com tal recorte não será, por certo, mais excêntrica para o nosso paladar jurídico do que a tipificação do crime de enriquecimento ilícito. E sem a carga estigmatizante, sublinha-se, do processo e da sanção penais" (SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A actio in rem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016, p. 8. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.).

[452] Gilmar Giovanny Santander Abril, ao diferenciar o confisco penal da extinção de domínio, aponta que esta se relaciona com dois aspectos em particular: "a verificação da validez do ato jurídico pelo qual se adquire o domínio, e o exercício do direito com observância plena das obrigações que emanam do cumprimento da função social que é inerente ao direito de propriedade privada"; cf. ABRIL, Gilmar Giovanny Santander. *La emancipación del comiso del proceso penal*: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado. Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT), Secretaría de Seguridad Multidimensional (SMS), Organización de los Estados Americanos (OEA), 2017, p 35. Disponível em: <https://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/COMISO%20&%20EXTINCION%20DE%20DOMINIO_GGSA_FINAL.pdf>. Acesso em: 30 Mar. 2019.

[453] Disponível em https://www.alcadiabogota.gov.co.

espaço quando ajuizada por *fiscal* do Ministério Público, em favor do Estado, com alvo em bens: a) de origem inexplicável e que impliquem incremento patrimonial injustificado; b) que provenham direta ou indiretamente de atividade ilícita; c) que tenham sido usados como meio ou instrumento para a prática de atividades ilícitas; d) que tenham sido substituídos ou permutados por bens de origem ilícita; e) afetados dentro de um processo penal e com pendência de definição; e f) na forma de direitos sobre bens de origem lícita, mas usados para ocultar ou serem misturados com coisas de proveniência ilícita[454]. A ação dirige-se contra o bem ou a coisa, e não em relação ao investigado ou mesmo ao condenado pela prática de determinada infração penal; cumpre à pessoa afetada (se existente) provar, pelos meios idôneos, os fundamentos de sua oposição; e, caso o juiz ou tribunal convença-se da presumida origem criminosa, há declaração de perda da propriedade em favor do Estado, sem direito a nenhuma contraprestação ou indenização ao titular do domínio[455].

Com tais traços, a ação de extinção de domínio da *Ley* n.º 793 de 2002, de 27 de dezembro, "tem caráter real e de conteúdo patrimonial", "distinta e independente de qualquer outra de natureza penal que se tenha iniciado simultaneamente, ou de que tenha decorrido ou se originado, sem prejuízo dos terceiros de boa fé"[456]; isto é, com indiscutível semelhança aos procedimentos *in rem*[457].

2.4.4.2 Ação de extinção de domínio cogitada: a realidade brasileira

Num passo atrás, ao nível dos Estados em que se coteja inserir na legislação a extinção de domínio, aponta-se que no Brasil, após constar no rol das ações do ano de 2011

---

[454] Correspondentes às hipóteses permissivas de extinção de domínio listadas no *artículo* 2.º, n.ºs 1 a 6, da *Ley* n.º 793 de 2002. Interessante pontuar que o n.º 7 do mesmo artigo trazia a disposição genérica "quando, em qualquer circunstância, não se justifique a origem lícita do bem perseguido no processo", autorizadora da extinção de domínio, tendo sido declarada inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana na Sentencia C-740 de 2003 (disponível em https://www.alcadiabogota.gov.co).

[455] *Artículos* 1.º, caput e parágrafo 1.º, 9.º e 9.ºA, da *Ley* n.º 793 de 2002.

[456] *Artículo* 4.º da *Ley* n.º 793 de 2002.

[457] Enfatizando o caráter *sui generis*, Gilmar Giovanny Santander Abril, em logo estudo, ao tentar definir a natureza jurídica da extinção de domínio, afirma que ela, "como instituto de direito substancial, tem as bases suficientes para deixar de ser vista como uma simples ação ou um procedimento especial, e, pelo contrário, ser reconhecida como uma nova juridicidade de direito substancial que por sua especialidade merece o reconhecimeto de sua própria jurisdição, para promover assim seu estudo"; cf. ABRIL, Gilmar Giovanny Santander. *Naturaleza Jurídica de la extinción de dominio*: fundamentos de las causales extintivas. 2018. 494p. Tese para obter o título de "Magíster en Derecho Penal", Universidade Santo Tomás em convênio com a Universidade de Salamanca, Bogotá, 2018, p. 478.

da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA[458]), houve o Projeto de Lei nº 5.681/2013, apresentado à Câmara dos Deputados em 29 de maio de 2013[459], e que resultou arquivado em 31 de janeiro de 2015, devido ao fim da legislatura[460]. Aludido Projeto de Lei contemplava texto legislativo visivelmente inspirado na *Ley* n.º 793 de 2002, de 27 de dezembro, da Colômbia, disciplinando a declaração da perda da propriedade ou posse de bens de qualquer natureza – e de todos os demais direitos reais ou pessoais – adquiridos por atividade ilícita, mediante ação civil pública de extinção de domínio[461].

Pelo esboçado no Projeto de Lei nº 5.681/2013, a declaração da perda teria lugar não só quando os bens procedessem, direta ou indiretamente, de atividade ilícita, mas, ainda, quando não tivessem comprovação de origem lícita[462]. A apuração da origem ilícita (mesmo que por presunção) poderia ser feita pela polícia, Ministério Público ou por outro órgão público, no exercício de suas atribuições, e incumbiria ao Ministério Público, em regra, a instauração de procedimento preparatório para o ajuizamento de ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse, intitulada ação civil pública de extinção de domínio[463]. Essa ação, de natureza civil, independeria do resultado de processo penal, sendo cabível mesmo com a punibilidade extinta de eventual autor de infração penal[464]. E, conforme regra expressa, havendo fundadas razões para supor a origem ilícita de bens, tocaria ao proprietário ou possuidor o ônus da prova da licitude[465].

---

[458] "Ação 16/2011: Elaborar Anteprojeto de Lei de Extinção de Domínio". A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro é uma rede de articulação criada em 2003, aglutinando órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para discussão e aprovação de políticas públicas de enfrentamento das atividades criminosas ligadas à corrupção e à lavagem de dinheiro. As ações da ENCCLA estão disponíveis em www.enccla.camara.leg.br, além de serem reportadas por SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2, Mai.-Ago. 2017, pp. 511-518.

[459] O texto integral do Projeto de Lei nº 5.681/2013 pode ser acessado no link http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4A03A4BBECE89630E5DFAC1463E0E042.proposicoesWeb2?codteor=1094262&filename=PL+5681/2013.

[460] Com base no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Vereadores, que impõe o arquivamento como regra geral aos Projetos de Lei não aprovados até o fim de cada legislatura. Vide http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18847/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=11

[461] Artigo 1.º da lei esboçada.

[462] As hipóteses estavam arroladas nos incisos do artigo 2.º, com o potencial alcance de bens, direitos, valores, patrimônios e incrementos que: "I – procedam, direta ou indiretamente, de atividade ilícita; II – sejam utilizados como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita; III – estejam relacionados ou destinados à prática de atividade ilícita; IV – sejam utilizados para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita; V – provenham de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por qualquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores; VI – não tenham comprovação de origem lícita".

[463] Artigo 4.º.

[464] Artigo 6.º.

[465] Artigo 7.º.

Fulminada a tramitação do Projeto de Lei nº 5.681/2013, persistiu a tentativa de inserção na legislação brasileira da ação de extinção de domínio por intermédio da campanha do Ministério Público Federal intitulada "10 Medidas Contra a Corrupção", a qual, em seu item 10, com o título "Recuperação do lucro derivado do crime", preconiza a criação da aludida ferramenta, ao lado do confisco alargado[466]. Referida campanha redundou no Projeto de Lei n.º 4.850/2016, de iniciativa popular, que, em seus artigos 21 a 39, positivava as regras da ação de extinção de domínio[467], mais uma vez à semelhança das disposições da *Ley* n.º 793 de 2002, de 27 de dezembro, da Colômbia, e, por conseguinte, do Projeto de Lei nº 5.681/2013. Porém, em 30 de novembro de 2016, o plenário da Câmara dos Deputados, em sessão deliberativa extraordinária, excluiu a ação de extinção de domínio do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 – que, desde 5 de dezembro de 2017, aguarda pronunciamento do Senado Federal na qualidade de Casa revisora[468].

Por fim, em paralelo àquelas tentativas de positivação, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público do Brasil (CONAMP) também realizou estudo, compilando sugestões de Procuradores da República e Promotores de Justiça de todo o país, intitulado "Propostas Anticorrupção – CONAMP". No trabalho, o item 2.3, produzido pelo autor desta tese, alude à "criação do mecanismo ação/procedimento *in rem* (de extinção de posse ou domínio) de titularidade do Ministério Público", com traços similares à *civil recovery* britânica e ao *civil forfeiture* norte-americano, mas sem se distanciar dos instrumentos constantes dos Projetos de Lei n.ºs 5.681/2013 e 4.850/2016[469]. O estudo não

---

[466] Vide http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf.

[467] Numa síntese, o artigo 22 prevê as hipóteses de perda civil em que o bem, direito, valor, patrimônio ou seu incremento: "I – proceda, direta ou indiretamente, de atividade ilícita; II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita; III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita; IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita; V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por qualquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores". O parágrafo 1.º do mesmo artigo traz catálogo das infrações penais que, relacionadas com bens, direitos ou valores, configuram a ilicitude da atividade apta a ocasionar desrespeito à função social da propriedade. Pelo artigo 24, incumbe ao Ministério Público e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público legitimada a instauração de procedimento preparatório para o ajuizamento de ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse, que independe de responsabilidade civil ou criminal (artigo 26), figurando no polo passivo o eventual titular ou possuidor dos bens, direitos ou valores (artigos 28 e 29). O Projeto de Lei n.º 4.850/2016 está disponível em https://www.camara.gov.br.

[468] Informações disponíveis em https://www.camara.gov.br.

[469] Pelo estudo, a ação *in rem* brasileira teria procedimento exemplificado como segue: "após investigação criminal da polícia ou do Ministério Público, elucida-se a existência de patrimônio de vulto, sem fonte lícita detectada, em nome de determinada pessoa, sem, contudo, vinculá-la com a prática de algum crime. Com efeito, finalizado o procedimento investigatório, diante dos indícios razoáveis da fonte ilícita ou criminosa da coisa ou patrimônio, atribui-se ao Ministério Público a função de instaurar procedimento *in rem*, perante juízo cível e mediante rito com amplitude de meios de prova, visando à perda, em favor do Estado, pela extinção de domínio ou da posse". Na sugestão, foi cotejada a utilização de presunção legal: "pensa-se plausível, inclusive, ter espaço a presunção – no momento final – da procedência ilícita quando, diante dos

foi submetido à admissibilidade como Projeto de Lei para evitar a duplicidade de iniciativas com escopo convergente, dada à existência simultânea da campanha "10 Medidas Contra a Corrupção", de autoria do Ministério Público Federal, que resultou o Projeto de Lei n.º 4.850/2016.

O recente histórico ilustra que, embora a ação de extinção de domínio possa ter fundamento constitucional no art. 5º, incisos XXII (que assegura o direito de propriedade), XXIII (que prescreve que a propriedade deverá atender à sua função social) e LIV (que garante que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), da Constituição Federal de 1988, o Brasil, mesmo sendo firmatário das Convenções Internacionais de Palermo contra o Crime Organizado (2000) e de Mérida contra a Corrupção (2003), e possuindo um ambiente especializado e qualificado como a ENCCLA, permanece carente tanto do instrumento em foco como de qualquer modalidade inovadora de procedimento direcionado ao confisco de bens de origem ilícita (mesmo que por suposição).

2.4.4.3 Possível definição da natureza jurídica da ação de extinção de domínio

Pelas conformações que tem recebido ou sido cogitada nos ordenamentos legais, pode-se emprestar à ação de extinção de domínio a natureza jurídica de uma medida tanto compensatória como preventiva ou de segurança[470]. Ao resultar a transferência ao Estado da propriedade ou posse de bens presumivelmente conectados a fatos ilícitos ou infrações penais (revelando, por exemplo, pela Constituição Federal do Brasil, o não atendimento da função social da propriedade), a ação de extinção de domínio agrega natureza compensatória, atenuando os danos sociais gerados pelo ilícito presumivelmente subjacente. Ao lado disso, atinge a natureza de medida preventiva ou de segurança, no

---

indícios produzidos pela investigação prévia, e do resultado probatório de natureza civil, não restar clarificada a fonte lícita – ou, noutros termos, restar a fonte ilícita como a mais provável das alternativas (*by preponderance of the evidence*, como no sistema norte-americano)". O teor integral do trabalho está disponível em https://www.apmppr.org.br/medidas_anticorrupcao_conamp.pdf.

[470] Para Blanco Cordero, a ação de extinção de domínio (por ele tratada como *decomiso sin condena*) "não é uma sanção penal, sendo uma consequência de natureza distinta, próxima das instituições de caráter civil (...) não tem os mesmos fins que a pena criminal, sendo que persegue remediar um estado patrimonial ilícito surgido como consequência da comissão de um delito. O fim do confisco é corrigir a perturbação do ordenamento jurídico em consequência da situação patrimonial ilícita gerada pela comissão de delitos"; cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; ALONSO, Miguel Ontiveros; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (Dir.). *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción.* Del. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012, p. 340.

sentido de obstar a continuidade da atividade ilícita, de modo a garantir uma ordenada e pacífica convivência social[471].

Com efeito, a decisão de extinção de domínio (com a transferência da propriedade ao Estado) é de natureza declaratória, reconhecendo a existência de conexão entre o bem, direito ou valor, e a atividade ilícita presumivelmente praticada. Nesse caso, a sentença declaratória tem o valor de preceito, afirmando a existência de uma situação jurídica (vinculação de bens à atividade ilícita) que legitima, com amparo na hipótese material prevista na lei, a perda do domínio.

Talvez aqui resida o ponto de maior divergência entre a ação de extinção de domínio e a *actio in rem* (nos modelos inglês e norte-americano[472], p. ex.): naquela, a sentença declara a ligação do bem com atividade ilícita, ao passo que nesta a demanda judicial é diretamente contra o bem, tocando ao eventual sedizente proprietário/possuidor legítimo a prova dessa condição – isto é, em havendo a procedência da ação, o bem será perdido ao Estado sem que isso implique declaração de algum vínculo com ilícito ou infração penal.

2.4.5 Outros modernos instrumentos de recuperação de ativos

A difusão em diversos ordenamentos legais e o contínuo interesse da doutrina podem fazer supor que o branqueamento de capitais, o ilícito típico de enriquecimento ilícito, os procedimentos *in rem*, a ação de extinção de domínio e a perda alargada exaurem o que existe, modernamente, no palco da recuperação de ativos.

Isso não é verdade. Embora menos "famosos" dos que os congêneres citados, há, por todo lado, variedades de ferramentas legais que, em avanço à clássica perda dos instrumentos, produtos e vantagens da atividade criminosa (espalhada pelas legislações da maioria dos Estados de Direito), almejam retirar o lucro da criminalidade organizada.

Nessa lista estão as medidas fiscais de tributação do patrimônio ilícito, com natureza de pena, utilizada nos Estados Unidos por intermédio da *Income Tax Act*, de 1916, e, ainda hoje, na Itália[473].

---

[471] MAUGERI, Anna Maria. La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell´Economia*. Milão, a. IX, nº 3, Jul.-Set. 1996, p. 890.

[472] Ambos serão analisados detalhadamente, inclusive no que toca às suas naturezas jurídicas, no Capítulo 5 deste trabalho.

[473] Sobre essa ferramenta legal, vide NUNZIATA, Massimo. *La Confisca nel Códice Penale Italiano:* Un'analisi critica per la riforma. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 112.

Também, há modalidades de confisco alargado como a pena de *confiscation* do artigo 131-21 do Código Penal francês, que pode autorizar o confisco geral de bens[474], e o *criminal forfeiture* tipificado nos Estados Unidos da América[475].

A *Vermögenstrafe* do §43ª do Código Penal alemão, espécie de multa proporcional, foi declarada inconstitucional por decisão do Tribunal Constitucional, de 20 de Março de 2002[476].

Igualmente nessa linha de ampliação do confisco, a Espanha contempla, para alguns ilícitos típicos (como o tráfico de estupefacientes – artigo 377.º do Código Penal), uma multa proporcional, vinculada ao valor do lucro ilícito ou a um múltiplo desse valor, e aplicada pelo tribunal sem necessária consonância com o crime objeto da condenação. Por ser típica pena, é questionável se a multa proporcional espanhola coaduna-se com os princípios da culpa, da determinação e da proporcionalidade das penas, já que fixada a partir de operação aritmética, sem que se possa, *a priori*, estabelecer seus limites mínimo e máximo[477].

Outra espécie é o confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos, plasmado nos Códigos Penais austríaco (§20B) e suíço (§72.º), e na seção 13 do *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act*, de 1989, da Inglaterra.

Ainda nesse campo, merecem lembrança a *confiscation* do *Drug Trafficking Act*, da Inglaterra, que dispõe sobre a ilicitude de uma parte limitada no tempo, e o confisco de bens suspeitos de origem ilícita do §73d do Código Penal alemão, que prevê a origem ilícita de toda a vantagem, e pode ser tido como o modelo que inspirou o legislador português quando da criação do instrumento legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

Por fim, podem ser citadas até mesmo as ferramentas legais de colaboração premiada, positivadas em diversas legislações, porquanto, em alguns casos, implicam ao investigado (ou ao réu ou, mesmo, ao condenado) obrigação de devolução do produto e das vantagens da infração penal assumida, como condicionante de benefícios como o perdão judicial ou a atenuação da pena privativa de liberdade[478].

---

[474] Ferramenta que será examinada no item 5.2 desta tese.
[475] Modelo de confisco que merecerá análise no tópico 5.5 deste trabalho.
[476] Vide https://www.bundesverfassungsgericht.de.
[477] Com esses argumentos, Marques assevera que a multa proporcional espanhola não teria guarida na legislação portuguesa, por sua afronta àqueles princípios e à Constituição da República Portuguesa. Vide MARQUES, Paulo Silva. Confisco ampliado no Direito Penal português. p. 296.
[478] É a hipótese de uma das modalidades de colaboração premiada previstas no Brasil, na Lei n.º 12.850/2013 (que, dentre outras providências, "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção de prova"). Segundo o artigo 4.º, inciso IV, da Lei n.º 12.850/2013, uma das formas de o colaborador fazer jus ao perdão judicial, à redução da pena privativa de liberdade ou à sua substituição por

Entrementes, o aprofundamento do estudo de cada um desses instrumentos legais de recuperação de ativos ensejaria o distanciamento do objeto precípuo deste trabalho. Pertinente, pois, doravante, a imersão nas modalidades de confisco ampliado ou perda alargada, começando pela observação de suas fontes, notadamente de âmbito internacional, transnacional e comunitário.

---

restritiva de direitos, consiste no fornecimento de meios para "a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa".

3 O CONFISCO AMPLIADO À LUZ DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS COM FOCO NO ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Na esteira da sedimentação de que é pelo poder econômico-financeiro que a criminalidade organizada logra perpetuar-se e concretizar seus nefastos efeitos, o combate ao lucro ilícito das organizações criminosas, via detecção, congelamento, apreensão e perda passou a nortear uma política criminal comunitária e internacional a respeito. Essa mesma política criminal transnacional, em concomitância, inequivocamente se assenta na constatação de que as ferramentas clássicas de perda (dos instrumentos, produtos e vantagens do crime) não são suficientes à meta de recuperar os ativos angariados pela criminalidade organizada.

Outro dado, hoje longe de controvérsia, alude à mobilidade além de qualquer fronteira (não raro, em nível internacional) das organizações criminosas, característica em essência aproveitada para a ocultação, a dispersão e o branqueamento do produto e das vantagens das atividades ilícitas. Logo, "uma das principais preocupações na luta contra a delinquência transfronteiriça é que os bens derivados da comissão de um fato delitivo possam ser trasladados a outros países com o objetivo de ser branqueados, recorrendo-se a todo tipo de mecanismos, como pode ser a utilização de paraísos fiscais"[479].

Nesse panorama, nada surpreende que em diversos diplomas internacionais, como tratados e convenções de *status hard law*, e recomendações de organizações internacionais e comunitárias em grau de *soft law*, que versam, de alguma forma, sobre o enfrentamento da criminalidade organizada, o alvo do alcance de seus lucros ilegais esteja vincado à criação de medidas mais agressivas, notadamente pela relativização dos meios de prova da demonstração do que é produtos ou vantagem da atividade criminosa.

A recorrência do viés de foco na recuperação de ativos da criminalidade organizada é de tal forma que, comumente, resulta verdadeira imposição aos Estados (membros ou partes) para a implementação de instrumentos legais com tal finalidade, numa hierarquia com força de *hard law*. Obviamente, essa meta não deve implicar a que os Estados flexibilizem garantias penais dos acusados ou deixem de aplicar princípios consagrados em

[479] No idioma original, "*una de las principales preocupaciones en la lucha contra la delincuencia transfronteriza es que los bienes derivados da la comisión de un hecho delictivo suelen ser trasladados a otros países con el objetivo de ser blanqueados, recurriéndose a todo tipo de mecanismos, como puede ser la utilización de paraísos fiscales*" (JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Recuperación de Activos Frente a La Corrupción:* La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Madri: Dykinson, S. L., 2016, p. 143).

matéria processual penal, como o *in dubio pro reo*, o da presunção da inocência e o da culpa. Os alertas e apelos para que distorções ou máculas não ocorram nesse terreno não vêm de hoje[480].

A dimensão transnacional da política criminal de combate à criminalidade organizada com fim de lucro pode ser mensurada por sua constância como pauta nos mais diversos palcos de instâncias e organizações mundiais, já há algumas décadas.

É importante, pois, retomar criticamente os instrumentos normativos internacionais e comunitários mais significativos no terreno da recuperação de ativos, especialmente com ênfase nas modalidades de confisco ampliado. Tais diplomas, em degraus ora de *soft law*, ora de *hard law*, para além de diretamente serem fundamento ao *status* hoje alcançado à política criminal de recuperação de ativos, trouxeram ao longo do tempo pistas preciosas a que se busque uma adequada definição da natureza jurídica das ferramentas de confisco ampliado – como a prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em Portugal, e a que se espera venha a ser positivada no Brasil.

3.1 Convenções das Nações Unidas[481]

3.1.1 Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (1988)

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas[482], assinada em Viena, em 20 de dezembro de 1988, foi a primeira de dimensão internacional a abordar o branqueamento de capitais, obrigando à criminalização nas hipóteses de tráfico de drogas e incentivando os Estados ao incremento da cooperação internacional em matéria penal, e ao cotejo de meios mais agressivos de

[480] Por exemplo, Cunha Rodrigues, advertindo, já em 1999, que *"no âmbito dos instrumentos legislativos, parece-me dever resistir-se à tentação de fuga para a frente, que acaba por comprimir direitos ou criar institutos espúrios, como são designadamente as presunções de culpa ou a inversão do ónus da prova"* (RODRIGUES, José da Cunha. "Os Senhores do Crime". *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, a. 9, fasc. 1º, 1999, p. 7).

[481] Recordando que, no período pós-Segunda Guerra Mundial, "a criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais", e a partir do qual "a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional", cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 18.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 133 e p. 138.

[482] Versão em português disponível em http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/13/resoluar29.asp#ptg.

recuperação de ativos, com a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto à origem lícita de bens presumíveis como produto da traficância.

Embora precipuamente voltada ao enfrentamento do tráfico ilícito de estupefacientes e de outras atividades criminosas organizadas com ele conexas, aquela Convenção, ainda na década de 80 do século passado, anteviu o desenvolvimento acelerado e a expansão extraterritorial da criminalidade organizada com algum fim de lucro. Não por coincidência, relevou que aquelas conexões entre o tráfico de drogas e as atividades criminosas organizadas "minan as bases de uma economia legítima e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados"[483].

Com essa premissa, reconhecendo não apenas que o tráfico de drogas é atividade criminosa internacional, mas, ainda, fonte de rendimentos e fortunas consideráveis, que se prestam para que "as organizações criminosas transnacionais invadam, contaminem e corrompam as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis"[484], a Convenção, em paralelo a uma série de medidas específicas de prevenção e repressão penal contra o tráfico de drogas, entabulou diretrizes no viés da recuperação de ativos.

Com esse escopo, formularam-se metas (um tanto teóricas e obviamente incipientes) tendentes a privar as pessoas que exploram o tráfico ilícito dos rendimentos das atividades criminosas, retirando o incentivo para o ingresso e/ou a permanência em ações delituosas ligadas à narcotraficância.

Assim, objetivamente, no artigo 5.º da Convenção, sob o título "Perda", no n.º 1, letra "a", estabeleceu-se aos Estados participantes a adoção de medidas necessárias para permitir a perda "de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos". Na mesma toada, no n.º 2 do mesmo artigo 5.º, infligiu-se a tomada de medidas "para permitir às suas autoridades competentes identificar, detectar, congelar ou apreender produtos, bens, instrumentos ou quaisquer outras coisas a que se refere o n.º 1 deste artigo, para efeitos de eventual perda".

Nos dois tópicos, nenhuma inovação, porquanto reflexos de ferramentas legais de confisco clássico (direto ou por substituição), umbilicalmente ligado à condenação pelo tráfico de drogas (ou crime a ele conexo) e restrito ao que efetivamente demonstrado como vantagem, instrumento ou produto auferido pelo condenado.

---

[483] Trecho da introdução.
[484] Trecho da introdução.

Entrementes, no artigo 5.º, n.º 7, da Convenção, foi inserto breve esboço do que hoje está difundido por todo lado no que toca à ferramenta legal de recuperação de ativos usualmente denominada perda alargada ou confisco ampliado.

Textualmente, aludido n.º 7 autorizou a que os Estados participantes pudessem "considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam"[485]. Ou seja, inequivocamente, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, num tempo em que sequer se debatia mecanismo legal como a perda alargada, plantou a semente da cogitação da presunção legal da origem ilícita dos produtos ou bens titulados ou na posse de pessoas condenadas por determinados crimes (naquela altura, tráfico de drogas e atividades criminosas a ele ligadas), suscitando a inversão do ônus da prova relativa a essa procedência.

A despeito de discreta, à época, a contribuição dada pela Convenção de Viena de 1988 serviu como embrião, trazendo à pauta a ideia de impor ao condenado por tráfico de drogas (e outros delitos conectados) carga probatória acerca de bens de sua propriedade ou à sua disposição, dando azo, assim, à criação de presunção legal.

Mesmo tangenciando pontos essenciais como a natureza jurídica das possíveis ferramentas idealizadas, a Convenção de Viena não descurou de atentar para a necessidade do respeito aos princípios de cada direito interno, tentando prevenir discussões de âmbito constitucional – que, hoje visto, são inevitáveis.

Enfim, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas foi deveras importante, ao menos no campo das intenções, à ideação que, com o tempo, culminou com a conformação ordinária dos modernos instrumentos de confisco ampliado, espalhados em diversos ordenamentos.

3.1.2 Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo, 2000)

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, aprovada em 15 de novembro de

[485] Com a ressalva de que tais disposições não pudessem ser interpretadas em prejuízo dos terceiros de boa fé - artigo 5.º, n. 8, da Convenção.

2000, em vigor na ordem jurídica internacional desde 29 de Setembro de 2003, e da qual Portugal faz parte desde 2004, para além da imposição aos Estados da criminalização do branqueamento de bens resultantes de infrações penais conceituadas como graves, da definição de medidas de controle aos bancos e outras entidades, e da criação de instrumentos de cooperação nacional e internacional, trouxe disposições expressas acerca da ampliação das regras de recuperação de ativos[486].

Essa Convenção teve significativa importância ao criar pauta de enfrentamento das atividades da criminalidade organizada, sobremodo por reconhecer e identificar uma de suas características modernas mais perniciosas aos Estados: a superação da atuação adstrita a um local, região ou Estado, avançando à transnacionalidade.

Com o escopo de definir minimamente o que constitui essa modalidade delituosa, a Convenção, em seu artigo 2.º, letra "a", conceituou o que é um "grupo criminoso organizado", composto e estruturado por três ou mais pessoas, durante período de tempo, e com atuação concertada na finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na própria Convenção, com o intento da obtenção, direta ou indiretamente, de benefício econômico ou material. A definição adotada merece elogio, uma vez que aglutinou, sinteticamente, os elementos ordinariamente conformadores dos grupos que se ocupam da criminalidade organizada, enfatizando, inclusive, a meta do lucro (benefício econômico ou material), precípua ou não (nos casos em que a vantagem econômica serve de meio a outros objetivos, notadamente para a manutenção ou ampliação das atividades criminosas). Talvez tenha faltado, na conceituação, o caráter territorial ilimitado; porém, não soa equivocada sua omissão, até porque, em paralelo aos modernos grupos criminosos organizados transnacionais, permanecem atuando outros tantos em locais, regiões ou Estados concentrados, de modo que aquela conceituação acabou por abarcar uma generalidade, tornando-a mais completa.

Mais do que trazer um conceito, a Convenção provocou os Estados participantes à criminalização das ações de participação num grupo criminoso organizado (artigo 5º) e de branqueamento do produto do crime (branqueamento de capitais ou lavagem de dinheiro – artigo 6º), além da adoção medidas para combater esta nova infração penal (artigo 7º), dando corpo a estratégias repressivas anticriminalidade organizada.

Outrossim, a Convenção fez prever metas para operacionalizar ações contra os grupos criminosos transnacionais, focando na pesquisa interna e na cooperação entre os

[486] Versão em português disponível em http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf.

Estados para recolha, intercâmbio e análise de informações sobre a natureza da criminalidade organizada.

Nessa linha, no artigo 28º, suscitou aos Estados participantes a análise, científica e universitária, das "tendências da criminalidade organizada no seu território, as circunstâncias em que opera e os grupos profissionais e tecnologias que envolve" (n.º 1), numa espécie de mapeamento local das atividades das organizações criminosas. Ainda, sugeriu o desenvolvimento das capacidades dessas análises e seu partilhamento com outros Estados por intermédio de organizações internacionais e regionais (n.º 2). Diligências de suma importância, inclusive quanto à apuração e à divulgação de dados sobre como as organizações criminosas, em cada um dos Estados, alcançam o lucro e ocultam as vantagens das atividades ilícitas, pontos essenciais na área de recuperação de ativos.

Explicitamente nessa área, a Convenção de Palermo, após definir os conceitos de "bens"[487], "produto do crime"[488], "congelamento ou apreensão"[489] e "perda de bens"[490], tratou, no artigo 12º, especificamente da perda e apreensão, impondo aos Estados a efetivação de medidas (obviamente, respeitantes do ordenamento jurídico interno) que possibilitem o confisco do produto das infrações penais antes citadas ou de bens no valor desse produto (n.º 1, letra a), ou, mesmo, bens adquiridos legalmente, nas hipóteses de conversão ou "mistura" com aludido produto (n.ºs 3 e 4).

Naquilo que centra o presente trabalho, o diploma de Palermo, em similar ao que verificado na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, franqueou aos Estados passarem a exigir que o apontado autor de uma infração tenha o encargo de demonstrar a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens passíveis de perda, sempre em conformidade com os princípios de cada direito interno e com a natureza do processo correlato (artigo 12º, n.º 7), e com respeito aos direitos de terceiros de boa-fé (n.º 8).

Bem se vê que, pouco tempo depois da Convenção de 1988, as Nações Unidas, visivelmente ampliando a margem de abrangência das resoluções extraídas em

[487] "Artigo 2.º, d): os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos".
[488] "Artigo 2.º, e): os bens de qualquer tipo, resultantes ou obtidos, direta ou indiretamente, da prática de uma infração".
[489] "Artigo 2.º, f): a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a assunção do controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente".
[490] "Artigo 2.º, g): a perda definitiva de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente".

Viena[491], voltaram à carga no campo da recuperação de ativos, e mais uma vez respaldaram a fonte do que futuramente viria a servir como soalho da perda alargada.

Não se ignora que, no tema em si, o diploma cercou-se de toda a cautela, deixando de adotar o comando mandamental de vários outros artigos[492] para inserir um quase mero pedido de reflexão: "os Estados Partes poderão considerar a possibilidade (...)". Pensa-se compreensível a posição (radicalmente mais cuidadosa do que, mais de duas décadas depois, restou positivada na Diretiva nº 2014/42/UE[493]), pelo momento em que somente se especulava uma viabilidade da criação de presunção de efeito tão dramático no campo da perda de bens, em que os princípios e regras não escapavam do direito penal e do direito processual penal.

Cuidado à parte, à semelhança da congênere relativa ao tráfico ilícito de estupefacientes, a Convenção de Palermo ousou entabular a ideia de que uma presunção passasse a chancelar a assertiva legal suficiente de que determinados bens ou produtos têm origem na atividade criminosa, caso o detentor da titularidade ou do poder de disposição desses bens ou produtos venha a ser condenado por crime comumente gerador de lucro – e, no mais das vezes, ligado a ações de uma organização criminosa.

Quiçá também por cautela, ou, mesmo, pela tendência internacional daquela altura, mais focada no combate ao tráfico de drogas (e chancelando, por conseguinte, uma maior agressividade às ferramentas legais antitráfico), a Convenção de Palermo não repetiu a de Viena na parte em que esta explicitou a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto à origem dos presumíveis produtos ou bens passíveis de perda. No entanto, subentendeu o mesmo caminho, ao cogitar que o autor de infração tenha a exigência de demonstrar a "proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto perda".

Com efeito, pode-se afirmar que a Convenção de Palermo somou-se à Convenção de Viena, reforçando o nascedouro da presunção legal que, em Portugal, desde 2002, está prevista no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Outrossim, na mesma senda, impulsionou o permissivo da inversão da carga probatória adstrita à origem lícita dos bens pretendidos perdidos pelo Estado.

---

[491] Já que o tráfico de drogas é apenas uma de tantas outras atividades ilícitas de que se ocupam as organizações criminosas, e possivelmente das mais fortes e lucrativas no âmbito transnacional, gerando prejuízos em cifras assustadoras à economia mundial, como visto no capítulo 1.

[492] Como exemplos, vide artigos 5.º, n.º 1; 6.º, n.º 1; 8.º, n.º 1; e 10.º, n.º 1, todos iniciando com o comando "cada Estado Parte adotará (...)", de conotação peremptória inequívoca. No próprio artigo 12.º, que cuida da perda e apreensão, os n.ºs 1 e 2 também começam com cogentes "Os Estados Partes adotarão (...)".

[493] Adiante dissecada.

Ainda em similar à Convenção anterior, os debates em Palermo não atingiram, pelo que consta, patamar ao nível da natureza jurídica daquilo que superficialmente era esboçado. Mas lá, igualmente, não foi olvidada a necessidade de acato e conformidade ao direito interno (artigo 12.º, n.º 9).

Merece apontamento, por fim, que a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, em vanguarda, ainda traçou metas atinentes à "cooperação internacional para efeitos de perda" (artigo 13º[494]) e à "disposição do produto do crime ou dos bens declarados perdidos" (artigo 14º[495]), pontos igualmente essenciais à recuperação de ativos.

Para ilustrar a importância desses temas, exemplifica-se que a cooperação internacional foi um dos principais tópicos explorados pelo Projecto Fênix[496], exatamente pela imprescindibilidade de sua execução ao alcance de alguma efetividade contra as organizações criminosas de atuação internacional ou transnacional. Já a preocupação frente à disposição dos bens perdidos, para mencionar, é o que redundou na criação, em Portugal, de Gabinetes de Recuperação de Ativos e de Administração de Bens, pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, tendo por meta assegurar um proveito útil e um efetivo benefício econômico ao Estado com o desfecho positivo de um procedimento de confisco – como a perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

São, enfim, mais dois enfoques que clarificam o quão preciosas foram as disposições da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional do ano 2000 à conformação atual das ferramentas de perda alargada.

3.1.3 Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (2003)

A Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 2003[497], foi engendrada com a inquestionável percepção das ligações existentes entre os mais variados atos de

[494] Em linhas gerais, o artigo 13.º, n.º 1, na letra a), preconiza que, ao receber de um Estado Parte pedido de perda do produto do crime (bens, equipamentos ou instrumentos), o Estado Parte destinatário, caso seu direito interno permita, deverá transmitir o pedido às suas autoridades competentes, a fim de obter uma declaração de perda e proceder à sua execução. Outrossim, pela letra b), o Estado Parte destinatário deverá transmitir às suas autoridades competentes a decisão de perda proferida por tribunal do Estado Parte postulante, para execução conforme solicitado. Há ainda outras hipóteses ao nível da cooperação internacional, conforme n.ºs 2 a 9 do aludido artigo 13.º

[495] Em síntese, estipula, no seu n.º 1.º, que o Estado Parte que declare a perda do produto de crime ou de bens, disporá deles em conformidade com seu direito interno e seus procedimentos administrativos.

[496] Que será analisado adiante, ainda neste Capítulo.

[497] Aberta para assinaturas entre 9 e 11 de dezembro de 2003, em Mérida, México. Ratificada em Portugal pelo Decreto do Presidente da República nº 97/2007, de 21 de setembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2245&tabela=leis&nversao.

corrupção e atividades de criminalidade organizada[498], resultantes no desvio de montantes consideráveis de ativos que deveriam ser aproveitados e utilizados pelos Estados, a ponto de ameaçarem suas estabilidades políticas e um desenvolvimento sustentável. Ainda, os representantes dos países partes sedimentaram o convencimento de que, em similar à criminalidade organizada, a corrupção tornou-se um fenômeno transnacional, e não mais local, afetando todas as sociedades e economias, ensejando a cooperação internacional, na tentativa de estancar a aquisição ilícita de riqueza pessoal – ação prejudicial para as instituições democráticas, as economias nacionais e os Estados de Direito.

Com essas premissas sintetizadas, formatou-se a Convenção, a qual, naquilo que se apega à recuperação de ativos, instituiu como um de seus objetos "promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica em matéria de prevenção e de luta contra a corrupção, incluindo a recuperação de ativos" (artigo 1.º, letra b).

Nesse campo, após definir as terminologias de "bens"[499], "produto do crime"[500], "congelamento ou apreensão"[501] e "perda de bens"[502], chegou a suscitar o cotejo, pelos Estados Partes, da criminalização do enriquecimento ilícito, mediante a tipificação como infração penal do "aumento significativo do patrimônio de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo" (artigo 20.º). Interessante que, no mesmo artigo, fez-se ressalva expressa da necessidade de aludida criminalização manter consonância com a Constituição e os princípios fundamentais do sistema jurídico do Estado Parte, o que, já visto, é um tanto problemático, pela complexa adequação de um ilícito típico desse molde com os princípios da culpa e da presunção de inocência[503].

Noutro tanto, mas igualmente na seara da recuperação de ativos via ilicitude material, repetiu a Convenção de Palermo, impondo a criminalização do branqueamento de capitais (artigo 23.º).

---

[498] David Chaikin e J. C. Sharman, no capítulo intitulado *The Corruption-Money Laundering Nexus*, abordam essa relação estreita entre corrupção e lavagem de dinheiro, infração penal usualmente colada às atividades da criminalidade organizada como um todo (CHAIKIN, David; SHARMAN, J. C. *Corruption and Money Laundering:* A Symbiotic Relationship. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2009, pp. 7-30).

[499] Artigo 2.º, letra d: "ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos".

[500] Artigo 2.º, letra e: "os bens de qualquer tipo, resultantes ou obtidos, direta ou indiretamente, da prática de uma infração".

[501] Artigo 2.º, letra f: a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a assunção do controlo temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente.

[502] Artigo 2.º, letra g: "a perda definitiva de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente".

[503] Conforme abordado no item 2.4.2.2 deste trabalho.

Já no artigo 31.º, a Convenção contra a Corrupção estipulou regras sobre "congelamento apreensão e perda", tratando de instrumentos clássicos de confisco (n.º 1, letras "a" e "b"), da gestão dos bens alcançados (n.º 3) e da viabilidade da perda dos bens lícitos misturados com o produto do crime, até o valor deste (n.º 5).

E, à semelhança dos dispositivos insertos nas duas Convenções antes estudadas, novamente foi considerada 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 perda, na medida em que este requisito seja compatível com os princípios do seu direito interno e com a natureza do procedimento judicial ou outros" (n.º 8), sempre com respeito aos direitos de terceiros de boa fé (n.º 9) e ao direito interno de cada Estado Parte (n.º 10).

A menção, pela terceira vez, da ponderação pelos legisladores dos Estados Partes acerca da criação de ferramenta legal lastreada em presunção quanto à origem ilícita de determinados produtos ou bens, deixa claro que a Organização das Nações Unidas pretendia dar corpo a uma tendência. Não obstante, uma vez mais, a norma tenha vindo anotada em tom de cautela ("os Estados Partes poderão considerar a possibilidade"), lá estava, numa terceira oportunidade, inserta em diploma convencionado por aquela organização. A interpretação razoável é de que não poderia, pois, permanecer no campo da cogitação, e sim restar concretizada pelos Estados Partes, obviamente mediante a obediência às correlatas conformações constitucionais e legais.

Talvez essas ações de reiterada insistência tenham colaborado, em contraponto, à resistência quanto à assimilação de uma ferramenta legal agressiva e, àquela altura[504], até mesmo inusitada, porquanto invocava uma suposta inversão do ônus da prova em processo penal, conduzindo necessariamente a um desfalque de bens ou patrimônio sem uma prova direta de que se tratava de "produto ou vantagem do crime". Digressão à parte, a verdade é que, pela terceira vez, havia a indicação aos Estados Partes da inclusão em seus ordenamentos de esboço de perda alargada.

A Convenção contra a Corrupção, seguindo à risca às congêneres de Viena e Palermo, nada inferiu sobre eventual natureza jurídica da novidade lançada para cogitação dos Estados Partes, colocando-a, apenas, na sequência (o que pode indicar o mesmo patamar axiológico) da previsão dos instrumentos clássicos de confisco. Por outro lado,

[504] Embora, naquela época, já recém positivado em ordenamentos de alguns Estados (como em Portugal, pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), o confisco ampliado fez surgir objeções de várias matizes (tópico a ser estudado no Capítulo 5), o que contribuiu significativamente às ressalvas de sua aplicação no "direito vivo".

trouxe significativo incremento à seara da recuperação de ativos, destinando todo o capítulo V a essa temática, reputada como princípio fundamental da Convenção, com a concitação a que os Estados Partes exercessem "a mais ampla cooperação e assistência neste domínio" (artigo 51.º).

Nesse viso à recuperação de ativos via cooperação[505], foi inserido no artigo 53.º ("medidas para a recuperação direta de bens"), letra "a", interessante dever aos Estados, no sentido de que passassem a permitir a um outro Estado Parte a instauração, nos seus tribunais, de "ação civil para o reconhecimento da titularidade ou do direito de propriedade sobre bens adquiridos através da prática de uma infração estabelecida em conformidade com a presente Convenção". Inobstante, aparentemente, mais adstrito ao ramo da cooperação internacional, o dispositivo esboçou simulacro de *actio in rem*, meio pelo qual outros Estados possam reivindicar titularidade de bem ligado ao cometimento de ilícito típico. Como não foi detalhada a forma da perda precedente de tais bens, é possível subentender a viabilidade de ocorrência na linha do artigo 31.º, n.º 8, da Convenção, acima comentado. Com outras palavras, numa hipótese, a perda de bens aconteceria pela ferramenta contendo presunção legal e inversão do ônus da prova, e, posteriormente, outro Estado demandaria civilmente no afã de reconhecimento da titularidade do mesmo bem. Uma possivelmente impensada, na época da Convenção, aplicação combinada entre uma prévia perda alargada e uma sequente e transnacional ação cível com ares de *actio in rem*.

Elucubração ao largo, o artigo 53.º, letra "c", da Convenção também se revelou bastante ousado à época. Versou, em complementação à letra "a", grosso modo, ao dever de os Estados Partes adotarem medidas para permitir aos seus tribunais ou autoridades, quando da decisão sobre a perda, o reconhecimento do direito de propriedade legítimo reivindicado sobre os bens em causa por outro Estado, adquiridos pelo cometimento de infração prevista na Convenção. Ou seja, pelo disposto, plausível a normatização de que, em concomitância à decisão de perda de bens, os tribunais ou as autoridades competentes possam, de pronto, reconhecer a propriedade de outro Estado dela vindicante.

A Convenção contra a Corrupção, ainda, permeou regras sobre mecanismos de recuperação de bens por intermédio da cooperação internacional para efeitos de perda (artigo 54.º). Nesse quadrante, para além de determinar a adoção de medidas permissivas da execução de decisão de perda emitida por tribunal de outro Estado Parte (n. 1, letra "a")

[505] As dificuldades enfrentadas pelos Estados no âmbito da recuperação de ativos envolvendo jurisdições estrangeiras foram ilustradas no estudo da *Stolen Asset Recovery Iniciative* intitulado *Tracking Anti-Corruption and Asset Recovery Commitments: A Progress Report and Recommendations for Action*. Stolen Asset Recovery Iniciative: The World Bank, 2011, pp. 23-24, disponível em http://www.star.worldbank.org.

e da declaração de perda desses bens de origem estrangeira, via julgamento de branqueamento de capitais ou outra infração, ou, também, por outros procedimentos autorizados (n. 1, letra "b"), a Convenção suscitou o implemento de medidas "necessárias para permitir a declaração de perda desses bens na ausência de sentença criminal quando contra o autor da infração não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados" (n. 1, letra "c"). Isto é, mais um prenúncio de inovadora ferramenta de recuperação de ativos[506]. Embora em ambiente residual de cooperação internacional e em situações taxativas, a Convenção, inequivocamente, lançou reflexão a que os Estados Partes conjecturassem a positivação de instrumento *non-conviction based asset recovery*.

E mais: ao arrolar, ao fim das causas taxativas (falecimento, fuga ou ausência do arguido), a alternativa genérica "noutros casos apropriados", a Convenção forneceu brecha à expansão das declarações de perda de bens "adquiridos através da prática de uma infração"[507] sem uma sentença condenatória. Assim, permite-se concluir que mais uma vez, mas de modo distinto ao acima analisado, a Convenção remeteu à ponderação pelos Estados Parte da inserção normativa de ação de natureza não penal, possivelmente cível, até mesmo uma *actio* ou *procedimento in rem.*

Seguindo no âmbito da cooperação internacional, a Convenção abarcou regras condizentes à apreensão, ao congelamento e à conservação de bens passíveis de perda (artigo 54.º, n.º 2, letras "a" a "c"), bem assim à operacionalização dos procedimentos com tal propósito, almejando concretização (na medida da conformidade com as normas de direito interno – artigo 55.º), e quanto à restituição (ou disposição, se for o caso) do objeto da perda, tendo em conta os direitos de terceiros de boa fé (artigo 57.º[508]).

Potencialmente, tanto como as Convenções de Viena e de Palermo, e sobremodo pela cogitação de ferramentas inovadoras e "musculosas" na seara da recuperação de ativos, a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção merece posição de destaque.

---

[506] Sobre o ponto, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; ALONSO, Miguel Ontiveros; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (Dir.). *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción.* Del. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012, pp. 342-343.

[507] A remissão deve ser feita à norma do n.º 1 do artigo 54.º, que literalmente assim dispõe.

[508] Tal artigo, para Maria Rocha Machado, é dos mais significantes, ao sugerir a restituição integral dos ativos desviados ao Estado prejudicado pelo crime. MACHADO, Maria Rocha. *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos:* Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 102.

Porém, em nenhum desses diplomas normativos veio à tona discussão ou apontamento sobre a natureza jurídica das novidades conjecturadas em termos de recuperação de ativos da criminalidade organizada.

Grifadas as normativas mais importantes constantes de Convenções da Organização das Nações Unidas acerca das ferramentas de confisco ampliado (dentre outras do campo da recuperação de ativos), avança-se à seara operacional – e não menos relevante – do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo.

3.2 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI)

Outro ambiente de debate e incentivo à adoção de mecanismos como a perda alargada pode ser encontrado nas Recomendações do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI)[509], entidade intergovernamental criada em 1989 pelos ministros das jurisdições membros. As quarenta Recomendações GAFI foram criadas em 1990, primeiramente voltadas ao uso indevido dos sistemas financeiros pela lavagem de dinheiro do tráfico de drogas; em 1996, foram revisadas, com novas tendências e técnicas antilavagem de dinheiro e ampliação para além da derivação do tráfico de drogas. Em outubro de 2001, houve nova expansão, alcançando o financiamento de atos e organizações terroristas, com nova revisão em 2003. Na sequência, vieram novas revisões e atualizações, contando inclusive com a cooperação de instituições como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização das Nações Unidas. As Recomendações acabaram acatadas por mais de cento e oitenta países, sendo reconhecidas como o padrão internacional antilavagem de dinheiro[510] e de combate ao financiamento do terrorismo.

Com essa moldura e significativa adesão pelos quatro cantos do mundo, o GAFI busca "definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro

[509] As "Recomendações do Gafi", na versão em português, constam no sítio http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.

[510] São aceitas como princípios unânimes de combate do branqueamento de capitais, cf. MENDES, Paulo de Sousa; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata, Lisboa, ano 68, nº II/III (Set./Dez. 2008), p. 796, nota 2.

internacional relacionadas a esses crimes"[511]. Conforme acima insinuado, as Recomendações derivadas dos fóruns do GAFI estabelecem medidas que os países integrantes devem adotar, como um padrão internacional (mas adequado às contingências de cada ordenamento interno), contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa. E, com tal espectro, não poderia faltar o trato do campo da recuperação de ativos – aí incluindo, mesmo que superficialmente, a perda alargada.

Com efeito, ao lado de sugerir aos países a criminalização ampla da lavagem de dinheiro[512], na linha das Convenções de Viena e de Palermo, foi explicitada a adoção de medidas de confisco. Aliás, o GAFI não descurou nem mesmo da definição do que consiste confisco, intitulado como "a privação permanente de fundos ou outros ativos por ordem de uma autoridade competente ou tribunal", obtida "por meio de processo administrativo ou judicial que transfere a propriedade de fundos específicos ou outros ativos para o Estado", normalmente ligado a "uma condenação criminal ou decisão judicial por meio do qual se determina que o bem confiscado ou perdido seja derivado de uma violação da lei, ou tenha seu uso pretendido para tal fim"[513]. Da definição brotam aspectos interessantes, de onde podem ser recortadas tendências modernas de confisco em ambiente precipuamente criminal, como as menções alternativas a um "processo administrativo ou judicial", e a ligação (normalmente) a "uma condenação criminal ou decisão judicial". Na trilha, foi enfatizado aos países o acato de medidas, inclusive ao nível legislativo, com poder de apreensão e confisco, com o resguardo dos direitos de terceiros de boa-fé, de bens objeto de crimes de lavagem de dinheiro; de produtos ou instrumentos usados ou com a intenção de uso nesses crimes e em seus antecedentes; de bens produtos ou usados para o financiamento do terrorismo, de atos ou de organizações terroristas; ou de bens de valor equivalente aos acima referidos.

Mais que mencionadas ferramentas de confisco (no plano da ilicitude material ou como instrumentos clássicos) e outras de índole operacional[514], o GAFI adicionou a sugestão de medidas de confisco daqueles produtos ou instrumentos sem a necessidade de

---

[511] Introdução, p. 05.
[512] Abarcando todos os crimes graves, para incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes (letra B, "lavagem de dinheiro e confisco", n.º 3, "crime de lavagem de dinheiro", p. 13).
[513] Glossário geral, p. 184.
[514] Como (a) identificar, rastrear e avaliar bens que sejam sujeitos a confisco; (b) adotar medidas cautelares, tais como bloqueio e apreensão, para prevenir quaisquer negociações, transferência ou alienação de tais bens; (c) tomar medidas para prevenir ou eliminar ações que prejudiquem a capacidade do país de bloquear e apreender ou recuperar bens que estejam sujeitos ao confisco; e (d) adotar medidas investigativas apropriadas (letra B, "lavagem de dinheiro e confisco", n.º 4, "confisco e medidas cautelares", p. 13).

uma condenação criminal prévia, e, também, mediante a exigência de que os condenados demonstrem a origem lícita dos bens passíveis de confisco – sempre com o respeito aos princípios da legislação interna de cada país[515]. Ou seja, o GAFI claramente indicou aos países que medidas de confisco *non-conviction based forfeiture*[516] e de perda alargada são importantes ferramentas contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, atividades de que se ocupam comumente as organizações criminosas. Tanto são importantes que, no campo de assistência jurídica mútua (cooperação internacional[517]), foi sugerido que os países desenvolvam a autoridade para responder com celeridade aos pedidos de outros países de apreensão ou confisco, este inclusive quando decorrente de procedimentos sem condenação criminal prévia[518] – e, subtende-se, de perda alargada –, desde que em consonância com o direito local[519]. Também não foi ignorada a destinação dos bens ou produtos confiscados, mesmo em ambiente de cooperação[520]. Enfim, dos estudos realizados na seara do confisco, o GAFI entabulou as Recomendações de n.º 4 ("confisco e medidas cautelares", outrora com o n.º 3) e n.º 38 ("assistência jurídica mútua: congelamento e confisco").

A despeito da relevância dessas recomendações, partindo de organização que agrega e influencia quase duas centenas de Estados, percebe-se que, tal qual ocorrido nas Convenções da ONU, antes examinadas, não houve um debruçar acerca das naturezas jurídicas das ferramentas de confisco suscitadas.

---

[515] Letra B, "lavagem de dinheiro e confisco", n.º 4, "confisco e medidas cautelares", p. 14.

[516] Pela definição do GAFI, "confisco sem condenação criminal prévia significa o confisco por meio de procedimentos judiciais relacionados a crime para o qual não seja exigida uma condenação criminal" (glossário geral, p. 184).

[517] Recente estudo sobre o específico tema da cooperação judiciária internacional na seara da recuperação de ativos consta em SIMÕES, Rita. A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 369-408.

[518] Textualmente, "os países não precisam ter a autoridade para agir com base em todos os pedidos do tipo, mas deveriam ter a capacidade de fazê-lo, pelo menos nos casos em que o autor do crime não estiver disponível por motivo de morte, fuga, ausência, ou em que seja desconhecido" (nota interpretativa da recomendação 38, "ajuda legal mútua: bloqueio e confisco", fl. 164).

[519] Letra G, "cooperação internacional", n.º 38, "assistência jurídica mútua: congelamento e confisco", pp. 43-44.

[520] Os países deveriam considerar um fundo de confisco para depósito da totalidade ou parte dos bens confiscados e posterior aplicação em saúde, educação ou outros fins apropriados; outrossim, deveriam permitir o compartilhamento de bens confiscados, especialmente quando o confisco for resultado de ações coordenadas (nota interpretativa da Recomendação 38, "ajuda legal mútua: bloqueio e confisco", fl. 164).

3.3 *The Stolen Asset Recovery Iniciative*

The Stolen Asset Recovery (StAR) Iniciative é um plano criado pelo Banco Mundial, no ano de 2007, em associação com o Gabinete das Nações Unidas sobre Drogas e Crime[521], tendo por meta incentivar ao esforço internacional para assegurar que os ativos angariados pela corrupção e atividades da criminalidade organizada retornem a seus legítimos proprietários, suscitando, para isso, que os países ratifiquem e apliquem a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 2003, notadamente nos aspectos da adoção de instrumentos de recuperação de ativos musculosos[522] e do incremento da cooperação internacional[523].

O trabalho desenvolvido pela iniciativa evidenciou como a agenda de recuperação de ativos situa-se na interseção de outras três, imprescindíveis à comunidade internacional na seara de enfrentamento da criminalidade organizada: anticorrupção (*anti-corruption*), antilavagem de dinheiro (*anti-money laundering issues*) e de aplicação das leis sobre a matéria (*law enforcement*)[524]. Ao longo dos anos, os estudos no âmbito da *StAR* têm resultado em obras que são verdadeiros "guias de boas práticas", ora compilando ferramentas para utilização pelos governos, legisladores, investigadores e agentes do Ministério Público, mormente para que os Estados implementem ou tornem mais agressivos instrumentos de confisco[525], inclusive nas modalidades que não exigem condenação criminal como requisito (*non conviction based asset forfeiture*), ora mediante a

---

[521] *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC).

[522] Para uma visão geral sobre o quadro legal de instrumentos de recuperação de ativos nos Países Membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, vide a tabela 5.1, intitulada *Asset Recovery Legal Framework in OECD Member Countries*, cf. GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; PRANVERA, Recica-Kirkbride; MIILS, Linnea. *Few and Far:The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington: The World Bank, 2014, pp. 38-39.

[523] "A iniciativa StAR contribuirá para: generalizar e difundir conhecimento sobre recuperação de ativos e advogar pela execução de medidas que reduzem as barreiras para a recuperação; apoiar os esforços nacionais para formar capacidade institucional na recuperação de ativos, como sistemas efetivos de confisco ou capacidades de responder e apresentar solicitações internacionais de assistência judicial mútua; monitorar os fundos recuperados quando os solicitem as autoridades nacionais", cf. GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery: A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. Washington: The World Bank, 2009, p. 11.

[524] Interseção ilustrada no "Box 5: Intersecting Agendas", constante em *Stolen Asset Recovery: towards a global architecture for asset recovery*. Washington: The World Bank, 2010, p. 9, disponível em https://www.star.worldbank.org.

[525] "Estados que estabeleceram políticas de recuperação de ativos e um quadro legal e institucional sólido continuam alcançando sucesso no retorno dos produtos da corrupção", cf. GRAY; HANSEN; PRANVERA; MIILS, op. cit., p. 2.

análise e a consignação de recomendações para a superação das barreiras ao avanço da política criminal transnacional de recuperação de ativos[526].

Numa das obras produzidas, que recebeu o título *Stolen Asset Recovery: towards a global architecture for asset recovery*, além de clarificadas as etapas comuns a todos os processos de *asset recovery* (identificação; investigação, rastreamento e congelamento; confisco ou perda; retorno)[527], foram sintetizadas, em quadro comparativo, as diferenças entre quatro espécies de instrumentos de recuperação de ativos previstos pela Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 2003: confisco criminal, confisco sem condenação (*non conviction based asset forfeiture*), confisco no processo civil e confisco civil como parte do processo penal.

O apanhado, com bastante precisão, consignou, em linhas gerais, que: a) o confisco criminal é determinado numa ação contra a pessoa, sendo parte de sentença condenatória criminal proferida num processo penal, com *standard* de prova para além da dúvida razoável (ou por íntima convicção), de iniciativa de promotores públicos, almejando a perda do direito do réu sobre a propriedade, com cooperação internacional balizada por assistência legal mútua; b) o *non conviction based asset forfeiture* é resultado de uma ação contra uma coisa, independente de processo penal (embora ele seja desejável) ou sentença condenatória criminal, em que o confisco é o objeto da decisão, com sistema de prova pelo balanço das probabilidades (ou por íntima convicção), de iniciativa de promotores públicos, intentando a perda do bem em si, atingindo direito subjetivo de pessoas inocentes, com cooperação internacional através de assistência legal mútua; c) o confisco no procedimento civil decorre de ação contra a pessoa, com viés de recuperação de danos, não dependente de processo penal ou sentença condenatória criminal, sendo objeto do julgamento ou de liquidação, com *standard* probatório *on balance of probabilities* (ou por íntima convicção), de iniciativa privada, em que reivindicado, pelo demandante, ativo de propriedade alheia, com cooperação internacional via execução de ordens de tribunais estrangeiros; e d) o confisco civil como parte do processo penal também advém de uma ação contra a pessoa, normalmente decidido como parte de sentença condenatória criminal

[526] Vide item "*Principal Recommendations*", agregando oito recomendações sintetizadas à superação de barreiras gerais e legais, cf. STEPHENSON, Kevin M.; et al. *Barriers to Asset Recovery*: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action. Washington: The World Bank, 2011, pp. 5-10.

[527] Com pequenas variações na delimitação de cada um das etapas, que também podem ser resumidas como segue: ação de inteligência, recolha de provas e rastreamento de ativos; imobilização ou congelamento dos ativos; processo judicial para obtenção de condenação (se possível) e/ou aplicação de confisco, multa, reparação de danos e/ou compensações; execução das ordens (de confisco) nos âmbitos doméstico ou estrangeiro; devolução dos ativos. Em ilustração na língua original, vide "*Figure 1.1 Process for Recovery of Stolen Assets*", cf. BRUN, Jean-Pierre. et al. *Asset Recovery Handbook:* A guide for Practitioners. Washington: The World Bank, 2011, p. 6.

(que nem sempre é peremptória) ou na sua sequência, num processo penal, com *standard* de prova por íntima convicção, de iniciativa privada (ao lado de promotores públicos), objetivando a restituição de danos, com cooperação internacional por assistência legal mútua[528].

Noutro momento da *StAR Iniciative*, rememorou-se que, ao lado daquelas ferramentas legais, ainda existem ordenamentos[529] que contemplam instrumentos administrativos de confisco, os quais, a despeito de terem por alvo bens utilizados ou vinculados a alguma infração penal, prescindem de um processo judicial, sendo usualmente aplicados por agências do Estado em casos onde não há contestação quanto à propriedade, ou alcançando bens determinados ou de valores não expressivos[530].

A listagem das características das ferramentas de recuperação de ativos presta-se não apenas à visualização dos pontos comuns e das distinções, mas, em muito, para que sejam analisadas suas respectivas naturezas jurídicas.

Outra preciosa colaboração nesse sentido que se pode inferir dos estudos desenvolvidos na *StAR Iniciative* remete à variação dos *standards* de prova dos instrumentos de confisco, tendo por base os tipos de ordenamentos legais em que positivados. Pelo apontado, embora seja possível depreender um senso comum de que "quanto mais invasiva for a técnica de investigação ou da medida (de recuperação de ativos), maior será o nível de prova requerido", há sensíveis dissonâncias entre as jurisdições de *civil law* e *common law*: nestas, prevalece a exigência de prova "para além da dúvida razoável" (*beyond a reasonable doubt*) à condenação criminal, e de "dúvida razoável" (*balance of probabilities*) ou de "evidência clara" (*preponderance of evidence*), tendo por parâmetro a probabilidade quantificável, em percentagem ou probabilidade, para a aplicação de medidas de confisco penal ou *non conviction based asset forfeiture*; nas jurisdições *civil law*, como regra, o grau de prova exigido é o mesmo para uma condenação

---

[528] *Stolen Asset Recovery: towards a global architecture for asset recovery*. Washington: The World Bank, 2010, pp. 14-18, disponível em https://www.star.worldbank.org. Breve desenvolvimento explicativo sobre cada uma dessas figuras de recuperação de ativos consta também em BRUN; GRAY; SCOTT; STEPHENSON, op. cit., pp. 9-13. A controvérsia que perpassa pelas figuras de confisco sem condenação na União Europeia é debatida por PANZAVOLTA, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation without a Conviction? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 44-50.

[529] Como no Reino Unido, sistema que será estudado adiante, no item 4.4 desta tese.

[530] Sobre algumas modernas modalidades administrativas de confisco, vide BRUN, Jean-Pierre. et al. *Asset Recovery Handbook:* A guide for Practitioners. Washington: The World Bank, 2011, pp. 9-14; e GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; PRANVERA, Recica-Kirkbride; MIILS, Linnea. *Few and Far:The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington: The World Bank, 2014, pp. 41-43.

criminal, um confisco penal ou um confisco sem condenação, ou seja, uma íntima convicção na verdade da prova, com fulcro mais na impressão subjetiva do juiz[531].

Entrementes, nos estudos desenvolvidos no âmbito da *StAR Iniciative*, em similar ao visto nos diplomas normativos adrede tratados, as naturezas jurídicas das ferramentas de confisco suscitadas não tiveram o merecido "olhar com lupa". De qualquer sorte, os contributos da *StAR Iniciative* para que se alcancem conclusões acerca desse tema têm sido inestimáveis. Por conta disso, serão retomados no Capítulo 6 deste trabalho, em que a definição da natureza jurídica da perda alargada será o foco específico.

Em prosseguimento, é preciso verificar como o ambiente Comunitário Europeu tem abordado, especialmente, o confisco ampliado, e se, de alguma forma, surgem indicadores sobre sua natureza jurídica.

3.4 Âmbito Comunitário Europeu

3.4.1 Convenções do Conselho da Europa

3.4.1.1 Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Estrasburgo, 1990)

Na competência do Conselho da Europa[532], a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime[533], de Estrasburgo, no longínquo 8 de novembro de 1990[534], apresentou aspectos importantes condizentes à recuperação de ativos, mormente tendo em vista que elaborada há quase três décadas. A Convenção teve por escopo a luta contra a criminalidade grave, reconhecida como um problema internacional, e que por isso reclama "o emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional", dentre os quais a privação "do delinquente dos produtos do crime", meta que exige a cooperação internacional. Procurou, assim, estender a imposição da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), para o fim de abranger outras infrações penais – lembrando que essa Convenção de Viena sinalizou as vantagens de os Estados adotarem

[531] Vide BRUN; GRAY; SCOTT; STEPHENSON, op. cit., pp. 32-33, com destaque à figura ilustrativa dos *standards* de prova na p. 33.
[532] Sobre o rol e as competências das instituições europeias, o sítio da web da Assembleia da República de Portugal traz síntese didática. Vide https://www.parlamento.pt/europa/Paginas/InstituicoesEuropeias.aspx.
[533] Disponível na versão em português em http://www.gddc.pt/siii/docs/rar70-1997.pdf.
[534] Assinada por Portugal.

medidas legislativas acerca da inversão do ônus da prova relativamente à origem ilícita de determinados bens.

Ponto que sobreleva o enfoque da Convenção de Estrasburgo ao presente trabalho reside na terminologia adotada para algumas expressões. No artigo 1.º, para além das definições de "produto" [535], "bem"[536] e "instrumentos"[537], houve a designação de "perda" como uma "pena ou uma medida decretada por um tribunal em consequência de um processo relativo a uma ou várias infrações penais, pena ou medida que conduzam à privação permanente do bem"[538].

A despeito de essa Convenção nada ter discorrido acerca de algum esboço de ferramenta legal de perda com o uso de presunção, sem a necessidade de uma condenação criminal ou diretamente contra o bem, chama a atenção a alusão à perda como "uma pena" ou "uma medida". Muito provavelmente por fruto do aleatório, os debates de Estrasburgo que levaram à conformação daquela Convenção revelaram-se visionários ao colocarem lado a lado essas definições, hoje pontos extremos na procura da clarificação da natureza jurídica de um dos modernos instrumentos legais de recuperação de ativos – a perda alargada.

Antevisão aleatória ou não, a verdade é que a anotação alternativa, "pena ou medida", por certo se prestou ao menos à reflexão quanto à superação da configuração remota do confisco, por séculos visto e aplicado unicamente como uma sanção penal. Sendo plausível a cogitação da perda como uma medida, inegavelmente abriram-se portas às ponderações de avanço a novas conformações, distanciadas ou até mesmo desconectadas da matéria eminentemente de direito penal.

Não se ignora que a Convenção de Estrasburgo não foi além do sintético apontamento alternativo do que pode constituir a perda, omitindo qualquer ingerência em seu núcleo duro, e, já dito, tampouco referindo viabilidades da ferramenta em tom mais "musculado". Mas, só por aquele aspecto, lançado no ano de 1990, de inequívoco impulso reflexivo e que hoje permeia efervescente debate, pode-se reputar preciosa a colaboração trazida ao palco da recuperação de ativos.

---

[535] Alínea a) "qualquer vantagem econômica resultante de infrações penais. Essa vantagem pode consistir em qualquer bem, tal como definido na alínea b) do presente artigo".
[536] Alínea b) "compreende um bem de qualquer natureza, quer seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, bem como atos jurídicos ou documentos certificando um título ou um direito sobre o bem".
[537] Alínea c) "designa qualquer objeto empregue ou destinado a ser empregue, qualquer que seja o modo, no todo ou em parte, para cometer uma ou várias infrações penais".
[538] Alínea d).

Não se resumiu a isso a Convenção. Como providências a serem tomadas em nível nacional, foram endereçadas aos Estados Partes obrigações da implementação de medidas legislativas e outras permissivas do decreto da perda de instrumentos e produtos, ou de bens no correlato valor, quando da ocorrência de determinadas infrações (artigo 2º, n.ºs 1 e 2). Outrossim, foram enunciados princípios gerais e medidas de cooperação internacional, impondo-se aos Estados amplo auxílio mútuo para as finalidades de investigação e de perda dos instrumentos e dos produtos das infrações (artigos 7.º, 13.º e 14.º). Então, notadamente pela época em que criada e por suscitar mote de debate de máxima pertinência nos dias atuais, em que a definição da natureza jurídica da perda (alargada) é determinante para sua conformação constitucional e com a CEDH, e para uma série de desdobramentos, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, de Estrasburgo, é digna de nota.

Não fosse o bastante, serviu de base à congênere, com foco ampliado, que surgiu em 2005, em Varsóvia, a seguir recortada naquilo que atinge à natureza jurídica da perda alargada.

3.4.1.2 Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Varsóvia, 2005)

Também do Conselho da Europa brotou um dos diplomas normativos mais marcantes no que toca às novas ferramentas de recuperação de ativos. A Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo[539], assinada em 16 de maio de 2005, em Varsóvia, sem exagero, pode ser reconhecida como paradigmática na seara da recuperação de ativos, tendo sido um dos catalisadores da pulverização de ferramentas legais como a perda alargada – que, àquela altura, em Portugal, já estava positivada no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Como a própria denominação revela, essa Convenção expandiu o leque de abrangência daquela oriunda de Estrasburgo, agregando a meta de enfrentamento do financiamento do terrorismo. Tanto que, já no artigo 2.º, n.º 2, o financiamento do terrorismo foi objeto no aspecto da perda de bens, ensejando aos Estados que garantam condições para "detectar, localizar, identificar, congelar, apreender e decretar a perda de bens, de proveniência lícita ou ilícita, utilizados ou destinados a ser utilizados por qualquer

[539] Disponível em https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/08/16600/0564705674.pdf.

forma, no todo ou em parte, para o financiamento do terrorismo, ou os produtos dessa infração, e para prestar a maior cooperação possível com essa finalidade". Adicionando esse dispositivo ao que consta no preâmbulo da Convenção, depreende-se que o financiamento do terrorismo foi inserido na luta contra a criminalidade grave, problema internacional que exige métodos modernos e eficazes, dentre os quais a privação do delinquente dos produtos e dos instrumentos do crime.

Em repetição à Convenção de Estrasburgo de 1990, "perda" foi designada como "uma pena ou uma medida decretada por um tribunal no âmbito de um processo relativo a uma ou várias infracções penais, que conduza à privação permanente do bem"[540], dando margem ao aprofundamento do debate sobre a natureza jurídica não apenas dos instrumentos clássicos de confisco, mas, sobretudo, dos inovadores, como a perda alargada.

Quanto a inovações, aliás, a Convenção, para além de medidas clássicas de confisco a serem tomadas em nível nacional, com variantes em relação às infrações penais a serem abrangidas (artigo 3.º, n.ºs 1 a 3), demandou aos Estados Partes a adoção das "medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno" (artigo 3.º, n.º4). Essa norma, indubitavelmente, foi endereçada aos Estados para que criem ferramentas legais em que a pessoa arguida ou condenada por determinadas infrações passe a ter o ônus de demonstrar a origem – subentende-se, lícita – de bens de sua propriedade ou titulação.

Inequivocamente, insere-se nessa moldura de ferramenta legal a perda alargada, em que o arguido tem o ônus da prova quanto aos "bens suspeitos de constituírem produtos" de infrações penais graves; não se desincumbindo desse mister, o confisco, por força de presunção da origem criminosa, alcança os "bens suspeitos", os quais, v. g., na conformação legislativa lusitana, são representados pelo patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado.

Porém, não é somente a perda alargada que pode ser inferida da redação do artigo 3.º, n.º4, da Convenção de Varsóvia: ao mencionar, ao lado dos "bens suspeitos de constituírem produtos", os "outros bens passíveis de perda", a Convenção abriu brecha à consideração de outros instrumentos de recuperação de ativos. Por exemplo, plausível, de

[540] Artigo 1.º, alínea "d".

lá, o cotejo de uma *actio in rem*, em similar à *civil recovery* inglesa ou ao *civil forfeiture* norte-americano, em que, após investigação de âmbito penal ou não, elucida-se a existência de bem com proprietário e/ou origem incertos, daí surgindo a ação (não penal) tendente à demonstração da existência do domínio e se proveio de origem lícita. Na hipótese, desde que em conformidade com o direito interno, cumpre ao sedizente proprietário provar essa condição, assim como a fonte lícita do bem.

Então, pelos amplos consectários possíveis da previsão do artigo 3.º, n.º4, já se pode dimensionar a importância da Convenção de Varsóvia à moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos.

No campo operacional, a Convenção determinou aos Estados Partes o incremento legislativo de medidas de investigação e provisórias, tendentes à identificação, localização e apreensão dos bens passíveis de perda (artigo 4.º), aí incluindo aquilo em que tenham sido transformados ou convertidos, bens legitimamente adquiridos (em caso de mistura com os produtos da infração) e rendimentos ou vantagens destes decorrentes (artigo 5.º), para a garantia da gestão dos bens congelados ou apreendidos (artigo 6.º) e com a finalidade de avanço nos poderes e técnicas de investigação (artigo 7.º). Foi fomentada, como em outras tantas congêneres, a positivação penal de atividades de transferência ou conversão de possíveis produtos, com dissimulação ou ocultação da origem ilícita, como branqueamento de capitais (e até com independência da condenação pela infração penal antecedente), e de ações de aquisição, posse ou utilização de produtos, mesmo que apenas com suspeita, real ou presumida, da fonte criminosa, como ilícitos típicos[541] (artigo 9.º), sempre em consonância com o direito interno. Outrossim, a prevenção ao branqueamento de capitais[542] teve trato minucioso, notadamente pela almejada cooperação entre as unidades de informação financeira, inclusive em âmbito internacional e para o efeito de adiamento de transações suspeitas (artigos 46.º e 47.º). E foi concebido catálogo de infrações criminais[543] potencialmente "subjacentes"[544] ao branqueamento de capitais.

---

[541] Figuras típicas que, por exemplo, no Brasil, são denominadas de receptação, previstas, em similar ao que sugeriu a Convenção de Varsóvia, nas modalidades de dolo direto (em que o agente sabe da procedência criminosa) e indireto (em que o agente, por circunstâncias descritas, deveria saber dessa procedência) – vide artigo 180, caput e parágrafos, do Código Penal brasileiro.

[542] Tópico objeto de outros diplomas comunitários, como a Recomendação do Conselho da Europa, de 27 de junho de 1980, que previa disposições contra a transferência e dissimulação de fundos de origem ilícita.

[543] O catálogo consta em anexo à Convenção, listando as seguintes infrações penais: a) participação numa organização criminosa; b) terrorismo, incluindo o financiamento do terrorismo; c) tráfico de seres humanos e tráfico ilícito de migrantes; d) exploração sexual, incluindo a exploração sexual de crianças; e) tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; f) tráfico de armas; g) tráfico ilícito de bens furtados e outros bens; h) corrupção; i) fraude e burla; j) contrafação de moeda; k) contrafação e falsificação de produtos; l) crimes contra o ambiente; m) homicídio voluntário e ofensas corporais graves; n) rapto,

A cooperação internacional também foi suscitada "na mais ampla medida possível, para fins de investigação e de procedimento com vista à perda dos instrumentos e dos produtos" (artigo 15.º), impondo-se a obrigação da execução de decreto de perda diante de pedido de outro Estado Parte (artigos 23.º e 24.º), salvo motivos de recusa (artigo 28.º).

Nesse nicho, embora sejam muitos os motivos plausíveis de recusa ao atendimento de pedido de perda feito por outro Estado Parte, percebe-se que a Convenção foi insistente em pender a balança em prol do acato pelo Estado requerido. O n.º 5 do artigo 23.º foi exemplo disso, ensejando a cooperação, se possível pelo direito interno, nas solicitações "de execução de medidas equivalentes à perda e que conduzam à privação da propriedade, mas que não constituam sanções penais, desde que tais medidas tenham sido ordenadas por uma autoridade judicial da Parte requerente, com referência a uma infração penal e na medida em que se constate que os bens constituem produtos ou bens referidos no artigo 5.º da presente Convenção". Aludido dispositivo referiu a possibilidade da execução da perda, noutro Estado, mesmo que despida da natureza jurídica de pena e não decorrente diretamente (como um instrumento clássico de confisco) de uma infração penal. Caminhos abertos, pois, a execução de decretos de perda resultantes de modernas ferramentas de recuperação de ativos, como a perda alargada.

Não se ignora que o artigo 28.º da Convenção trouxe uma série de motivos de recusa, começando pela óbvia "contrariedade aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico da Parte requerida" (n.º 1, alínea "a"), passando por argumentos da atipia penal da infração que deu margem à perda no Estado requerente (alíneas "d"[545], "e"[546] e "g"[547]), e culminando na inexistência da previsão de perda à infração correspondente positivada no Estado demandado (n.º 4, alínea "a"); no desrespeito aos princípios do direito interno deste pela alegada relação entre a infração e uma vantagem econômica que possa ser qualificada como seu produto, ou de bens como seus instrumentos (n.º 4, alínea "b"); no advento da prescrição da decisão de perda (n.º 4, alínea "c"); na falta de referência a uma condenação anterior, a uma decisão de natureza judicial, ou a uma declaração dessa decisão (de que

---

sequestro e tomada de reféns; o) roubo e furto; p) contrabando; q) extorsão; r) falsificação; s) pirataria; t) abuso de informação privilegiada e manipulação de mercados bolsistas.

[544] Pela tipologia do artigo 1º, alínea "e", é "qualquer infração penal em consequência da qual são gerados produtos susceptíveis de se tornarem objeto de uma infração nos termos do artigo 9.º da presente Convenção".

[545] "A infração a que respeita o pedido seja uma infração fiscal, salvo se se tratar de financiamento do terrorismo".

[546] "A infração a que respeita o pedido seja uma infração política, salvo se se tratar de financiamento do terrorismo".

[547] "À infração a que respeita o pedido não correspondesse uma infração face ao direito interno da Parte requerida, se fosse cometida em território sob a sua jurisdição".

foram cometidas uma ou várias infrações penais, declaração presente na origem da decisão ou do pedido de perda –n.º 4, alínea "d"); na pendência de recurso ordinário (n.º 4, alínea "e"); e na verificação de que a decisão de perda foi proferida na ausência da pessoa visada, ou se o procedimento que levou a tal decisão não tiver respeitado os direitos mínimos de defesa a alguém acusado de infração penal (n.º 4, alínea "f"). Pois, mesmo com tantas ressalvas à efetiva cooperação internacional, não se pode desmerecer o empenho introjetado na Convenção no sentido de difundir e amplificar efeitos de perda de bens como estratégia de enfrentamento das organizações criminosas – abrangendo os grupos terroristas. Como mais um exemplo claro desse viés, os artigos 33.º a 43.º cuidaram do detalhamento e da otimização operacional no campo da cooperação internacional quanto aos pedidos de identificação, localização, apreensão e perda de bens.

Enfim, reputa-se à Convenção de Varsóvia o adjetivo de paradigmática porque espelhou fielmente a política criminal de alargamento da recuperação de ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira. E, a despeito de a Convenção ter se mostrado tímida quanto às modernas ferramentas dessa linhagem, ainda (mais) se apegando à definição tradicional de vantagem ou produto como o ganho resultante diretamente de uma infração penal, inegavelmente trouxe à tona outro enfoque para além daquele da busca da responsabilização criminal do agente imerso numa organização criminosa.

A Convenção, com outras palavras, sedimentou que, diante da criminalidade organizada e dos grupos terroristas, a ambição repressiva dos Estados apenas na prisão de alguns integrantes das organizações é insuficiente. Daí porque a previsão de toda uma série de obrigações aos Estados para inserirem em suas legislações instrumentos que possibilitem não só a retirada dos lucros, mas, também, a descapitalização dessas organizações, e, ainda, para que avancem na cooperação mútua nessa área.

Não bastasse, em adendo à pretensão de fortalecimento dos mecanismos de identificação, localização, apreensão e perda de bens que sejam produtos de infrações penais, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de 2005, abriu brecha à conformação legal de ferramentas legais modernas como a *actio in rem* e a perda alargada, e, quanto a esta, pode-se dizer, contribuiu (por via indireta) à reflexão sobre sua natureza jurídica, já que a perda de bens (*lato sensu*) pode decorrer tanto de uma "pena" quanto de uma "medida".

3.4.2 Decisões-Quadro da União Europeia

Assim como em vários outros temas em matéria penal e processual penal, a recuperação de ativos da criminalidade organizada foi objeto de auxílio judiciário recíproco regulado por Decisões-Quadro da União Europeia, baseadas no princípio do reconhecimento mútuo, criado pelo Conselho Europeu de Tampere. Em síntese, a União Europeia passou a intervir em matéria de confisco por duas ordens de razões: "a circulação de pessoas e bens e a diversidade de soluções jurídicas para o confisco"; e "a intervenção da UE, nesta parte, não colide com a essencialidade de cada ordenamento jurídico"[548]. É cediço, as Decisões-Quadro não são autoaplicáveis, necessitando a intervenção dos Estados ao nível de suas legislações internas, para o fim do cumprimento ou execução do teor daquelas ferramentas normativas comunitárias[549].

A seguir serão abordadas as Decisões-Quadro – relativamente recentes – mais significativas no campo da recuperação de ativos[550], mormente no que toca aos instrumentos de confisco ampliado e de eventuais considerações acerca de sua natureza jurídica.

3.4.2.1 Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho da União Europeia, de 26 de junho de 2001

A Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho da União Europeia, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime, teve como inspiração a Ação Comum 98/699/JAI, de 3 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, de tema em quase tudo idêntico ("branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime"[551]) e com foco precípuo na cooperação entre os Estados Membros.

---

[548] Trecho do trabalho Colóquio Recuperação de Ativos, Diretiva 2014/42/EU, Conclusões, 8 de novembro de 2017, p. 3, realizado pela Procuradoria-Geral Distrital de Porto, disponível em www.trg.pt.

[549] Sobre as Decisões-Quadro, vide o "Guia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal", disponível em http://guiaajm.gddc.pt/ue.html

[550] Para um exame rápido dos conteúdos das Decisões-Quadro que se ocupam dos temas afeitos à recuperação de ativos, vide BORGERS, Matthias. Confiscation of the Proceeds of Crime: The European Union Framework. In KING, Colin; WALKER, Clive. *Dirty Assets Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*. Surrey: Ashgate, 2014, pp. 27-45.

[551] Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-500-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.500._JAI_Branqueamento_de_capitais.pdf?nocache=1199976380.33

Acertadamente, sem dúvida, aquela Ação Comum reputava que o desmantelamento das atividades do crime organizado enseja a cooperação eficaz entre os Estados Membros no campo da identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos bens resultantes dessas atividades. E, para o alcance dessa meta, ao lado da adoção de artigos trazidos pela Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, firmada em Estrasburgo, em 1990, e da implementação pelos Estados Partes de ferramentas legais permissivas da perda dos produtos do crime (ou de bens no valor correspondente), tanto por procedimentos internos quanto por instaurados a pedido de outro Estado (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2), a Ação Comum 98/699/JAI entabulou que devem ser previstos, nas legislações internas e na prática processual, meios para "a identificação e a detecção dos presumidos produtos do crime a pedido de outro Estado-membro, quando houver motivos plausíveis para suspeitar que foi cometida uma infração penal" (artigo 1.º, n.º 3). Ou seja, mais um diploma em que debatida e aceita a utilização de presunção para o fim de vincular determinados bens a atividades da criminalidade organizada.

Outrossim, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI considerou a Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milênio, aprovada pelo Conselho em março de 2000, e que, dentre outros dispositivos, sugeriu aos Estados o cotejo de instrumento legal que mitigue, em sede de direito penal, civil ou fiscal, o ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada, sempre com a observância dos princípios jurídicos fundamentais[552].

Impulsionada por essas pautas em âmbito comunitário[553], a Decisão-Quadro 2001/500/JAI[554], no que mais se atém ao presente estudo, referendou as recomendações do Conselho Europeu na linha de que o branqueamento de capitais é o núcleo da criminalidade organizada, de modo que seu enfrentamento eficaz demanda a tomada de medidas concretas para detectar, congelar, apreender e perder os produtos do crime, nomeadamente com a aproximação do direito penal e processual penal. Infere-se da

[552] Vide Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C. 124, 43.º ano, de 3 de maio de 2000, p. 1, disponível em http://www.eur-lex.europa.eu

[553] Sobre o tema, BLANCO CORDERO, Isidoro. Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea em materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimento ilícito. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Madri: Lex Nova, 2010, pp. 349 e ss.; MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. El decomiso: regulación em la Unión Europea y estado de su aplicación en España. In: FANEGO, Coral Arangüena (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Madri: Lex Nova, 2010, pp. 379-410.

[554] Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L. 182, 44.º ano, de 5 de julho de 2001, p. 1, disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-500-jai-decisao/.

sugestão dessa aproximação o pensamento tendente a ampliar as ferramentas de perda de bens, superando a mera insistência apenas na responsabilização criminal dos agentes e na aplicação dos instrumentos clássicos de perda (dos instrumentos, produtos e vantagens diretas do crime), típicas do direito penal, para a real cogitação de medidas mais agressivas no quadrante da recuperação de ativos (medidas, estas, afeitas ao processo penal, ou, mesmo, somente nele enxertadas, mas com natureza distinta[555]).

A Decisão-Quadro 2001/500/JAI, para o incremento da perda de bens, reiterou a necessidade da incidência da Convenção de Estrasburgo de 1990 na legislação dos Estados Membros, sem ou com reservas mínimas (artigo 1.º), bem assim da consolidação de instrumentos de apreensão e perda de bens condizentes ao valor do produto do crime, quando impossível o alcance deste, ao nível interno e em cooperação com outro Estados (artigo 3.º), mais uma vez no enfoque de que "o crime não compense" – para além da recuperação das vantagens diretas, decorrente, como regra, do confisco clássico.

A despeito de a Decisão-Quadro 2001/500/JAI não ter repetido o teor da Ação Comum 98/699/JAI, no trecho da identificação e detecção dos presumidos produtos do crime (a pedido de outro Estado), não se pode retirar-lhe a importância. Mesmo se limitando a exigir que os Estados Membros possibilitem a perda de instrumentos e de produtos do crime na sequência de uma condenação definitiva (diretamente ou de bens em valor correspondente), ao lançar luz sobre o branqueamento de capitais como crime cerne e a forma alternativa de atacá-lo, prestou-se como mais um marco indicador de que a recuperação de ativos passava a ser um novo caminho anticriminalidade organizada.

3.4.2.2 Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho da União Europeia, de 22 de julho de 2003

A Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas[556], teve por base o resultado da Convenção de Tampere, em 15 e 16 de outubro de 1999, onde o Conselho Europeu subscreveu o princípio do reconhecimento mútuo[557], a ser tornado a

[555] Como, por excelência, é o procedimento da liquidição da perda alargada, previsto no artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.
[556] Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L. 196, 46.º ano, de 2 de agosto de 2003, p. 45. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2003-577-jai-decisao/.
[557] Sobre os conceitos e as diferenças de cooperação interestadual e reconhecimento mútuo, vide SIMÕES, Rita. A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional. In: *Estudos Projeto ETHOS*:

pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia, tanto em matéria civil como penal[558].

O objetivo dessa Decisão-Quadro era o estabelecimento de regras pelas quais um Estado Membro deve reconhecer e executar em seu território decisão de congelamento tomada por autoridade judiciária de outro Estado Membro, no âmbito de um processo penal (artigo 1.º), seja para coleta de provas, seja para perdimento (artigo 3.º, n.º 1, letras "a" e "b"), sem a necessidade de dupla incriminação em caso de infrações penais previstas no catálogo do artigo 3.º, n.º 2, usualmente vincadas a atividades da criminalidade organizada.

A Decisão-Quadro 2003/577/JAI merece destaque por ter listado as regras de um procedimento padrão de execução das decisões de congelamento para geração de efeitos entre autoridades judiciárias de Estados Membros (de emissão e de execução), conforme artigos 4.º a 12.º, bem assim por refletir a importância da execução supraestatal, célere e menos burocratizada das decisões de apreensão e perda de bens no enfrentamento da criminalidade organizada no ambiente comunitário europeu.

É certo que essa Decisão-Quadro não trouxe ao debate questões controversas, como, por exemplo, a menção sobre a viabilidade da execução de uma decisão de perda alargada (proferida no Estado de emissão) por Estado de execução em que não prevista a mesma ferramenta legal. Infere-se, até, pela causa de motivação de recusa (do reconhecimento ou da execução) do artigo 7.º, n.º 1, alínea b[559], que o Estado de execução pode se negar a dar azo à decisão de perda alargada se não a tiver em seu ordenamento interno.

Senão à parte, é inequívoco que a Decisão-Quadro 2003/577/JAI seguiu o esforço de difundir, fortalecer e, como plus, dar efetividade à perda de bens como estratégia contra a criminalidade organizada – embora, em Portugal, à semelhança do que aconteceu com a ferramenta de recuperação de ativos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a Decisão-Quadro

---

corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 375-381.

[558] Quanto ao tema do reconhecimento mútuo, vide PALMA, Maria Fernanda. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 11-22.

[559] "Existir uma imunidade ou privilégio, segundo o direito do Estado de execução, que impossibilite a execução da decisão de congelamento".

2003/577/JAI, transposta pela Lei n.º 25/2009, de 6 de maio[560], ainda esteja pendente de efetiva aplicação no "direito vivo"[561].

3.4.2.3 Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de fevereiro de 2005

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de fevereiro de 2005[562], relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, por sua importância, pode ser rotulada como um "divisor de águas" no terreno da recuperação de ativos, sobretudo quanto à perda alargada[563]. Como será explorado logo adiante, essa Decisão-Quadro trouxe três linhas de atuação aos Estados Membros para o fim de implementarem em seus ordenamentos espécimes de confisco ampliado, com prazo de transposição relativamente exíguo de pouco mais de dois anos[564], contribuindo concretamente para que aludida ferramenta deixe, em muitos casos[565], de meramente constar como uma proposta ou recomendação.

A elaboração dessas três linhas, no entanto, não foi obra do acaso, e sim da construção de soalho robusto, preenchido por argumentos consistentes sobre a relevância de mecanismos de recuperação de ativos mais agressivos anticriminalidade organizada.

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI, naquilo que hoje soa como entendimento consolidado, assentou que o lucro é a principal motivação da criminalidade organizada da modernidade, que, com sua perniciosa atuação transnacional e no modelo de empresa, vai de encontro às disposições do Tratado de Amsterdã, tendentes à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Daí a conclusão de que a prevenção e a repressão

---

[560] Que, por seu sumário, "Estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, em cumprimento da Decisão Quadro nº 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de Julho", e, no seu artigo 3.º, alíneas a) a ii), prevê o catálogo de infrações penais em relação as quais são reconhecidas e executadas as decisões de apreensão proferidas num processo penal, sem controle da dupla incriminação, mas desde que cominem penas privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos.

[561] Sobre o assunto, RAMOS, Vânia Costa. "Freezing order*"* – um nado-morto? Primeira abordagem às decisões de congelamento para apreensão de elementos de prova com base na Decisão-Quadro 2003/577/JAI, e na Lei 25/2009, de 05.06. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 287-342.

[562] Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L. 68, de 15 de março de 2005, p. 49, disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:PT:PDF.

[563] Acerca da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, sobremodo com enfoque nos instrumentos de confisco ampliado, vide BOUCHT, Johan. *The Limits of Asset Confiscation.* On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 33 e ss.

[564] Pelo artigo 6.º, n.º 1, da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, datada de 24 de fevereiro de 2005, os Estados Membros deveriam adotar as medidas para o seu cumprimento até 15 de março de 2007.

[565] Situação em que não se encontrava Portugal, que, na época da Decisão Quadro 2005/212/JAI, contava com a perda alargada positivada há mais de três anos.

dessa moldura de criminalidade tenham centro na detecção, congelamento, apreensão e perda de seus produtos ou vantagens, o que, àquela altura, dentre outros motivos, era dificultado pela pluralidade e dissonância das diversas legislações dos Estados Membros.

Tentando avançar proativamente e alterar o panorama de aparente letargia no campo da recuperação de ativos, foram invocadas conclusões extraídas do Conselho Europeu de Viena, de dezembro de 1998 (para o fortalecimento das ações da União Europeia contra a criminalidade organizada internacional), de que nos cinco anos passados da vigência do Tratado de Amsterdã, deveriam ser melhoradas e aproximadas as legislações dos Estados Membros tendentes à recuperação de ativos. Também, foram recordadas as definições do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, apontando o branqueamento de capitais como o cerne da criminalidade organizada, bem assim que sua erradicação passa por medidas concretas de identificação, apreensão e perda de bens.

Ainda na busca de lastro em diplomas normativos internacionais e comunitários, especificamente nos pontos mais ousados e inovadores, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI retirou do plano "Prevenção e controle da criminalidade organizada: estratégia da União Europeia para o início do novo milênio", aprovado pelo Conselho em 27 de março de 2000, amparo para a consolidação de instrumentos de perda alargada. Mais precisamente, absorveu a "recomendação 19" desse plano, indicativa aos Estados Membros da eventual necessidade de adoção de instrumento legal que possa "mitigar, em sede de direito penal, civil ou fiscal, conforme os casos, o ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada"[566]. Com igual escopo, aludiu à Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, de 12 de dezembro de 2000, que, em seu artigo 12.º, facultou aos Estados "a possibilidade de exigir que um infrator faça prova da origem legítima de alegados produtos do crime ou de outros bens suscetíveis de perda, desde que tal seja consentâneo com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo judicial"[567]. A essas fontes de fundamento, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI adicionou a notória ineficiência das ferramentas vigentes, notadamente ao nível da cooperação internacional, muito pela ausência de ferramentas legais (que não as de confisco clássico) em vários Estados Membros.

[566] Considerando 5 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.
[567] Considerando 6 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

Assim, com tal estofo, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI culminou com a conformação do objetivo não só de que todos os Estados Membros passem a ter regras acerca da perda dos produtos do crime, mas, principalmente, regras (mitigadoras) quanto "ao ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada"[568].

De plano, pode-se sintetizar aí o maior avanço da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, embora, reconheça-se, com a repetição da ressalva de cautela, vista noutras convenções sobre a matéria de recuperação de ativos, consistente no lembrete aos Estados Membros quanto à aplicação de seus princípios fundamentais em resguardo a um processo equitativo, à presunção de inocência e aos direitos de propriedade, dentre outros[569]. No prumo, o artigo 5.º, com a denominação "salvaguardas", salientou que a Decisão-Quadro "não tem por efeito a alteração da obrigação de respeitar os direitos e os princípios fundamentais consagrados no artigo 6.º do Tratado da União Europeia, nomeadamente o da presunção de inocência". Inexoravelmente, não merece crítica reputado lembrete, pois seria indefensável cogitar estratégia advinda de qualquer Decisão-Quadro que ensejasse aos Estados Membros abdicassem de seus princípios fundamentais ou da presunção de inocência ou da proteção ao direito de propriedade. A ressalva, na sequência do objetivo de alargamento das ferramentas de confisco, quiçá pode ter gerado a parecença de amarra ou alguma contenção à concretização imediata, pelos Estados Membros, daquele objetivo. Mas isso decorreria de uma interpretação equivocada, porquanto imprescindível que a inserção nos ordenamentos internos de ferramentas de perda alargada guarde inteira obediência aos princípios fundamentais que, dentre outras garantias, asseguram a presunção de inocência e o direito de propriedade. A interpretação correta remete, noutro tanto, ao cuidado que os Estados Membros devem ter na adoção de ferramentas agressivas que se valem de presunções, sem que isso viole princípios e direitos. E vinca, outrossim, à complexidade – debatida ainda mais de dez anos depois da Decisão-Quadro 2005/212/JAI – da definição da natureza jurídica desses instrumentos.

Digressão à parte, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, em similar à conceituação plasmada noutros fóruns e convenções comunitárias e internacionais, discorreu que "perda" é "uma sanção ou medida, decretada por um tribunal em consequência de um processo relativo a uma ou várias infrações penais, que conduza à privação definitiva de

[568] Considerando 10 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.
[569] Considerando 11 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

um bem"[570]. Por conseguinte, o elogio feito alhures vale à Decisão-Quadro 2005/212/JAI: se, por um lado, o conceito é lacunoso (o que é uma medida?) e extremo (vai desde uma sanção, criminal ou não, até algo incerto – "uma medida"), por outro, despe a perda da exclusiva conotação de pena ou efeito de pena; presta-se a não ressuscitar objeções ao confisco com base na sua configuração remota; e convida ao debate sobre a natureza jurídica das modernas ferramentas que visam tal desiderato, como a perda alargada.

Definidos no artigo 1.º, além de perda, produto, bens, instrumentos e pessoa coletiva, e concitados os Estados Membros à adoção de medidas de confisco clássico sobre instrumentos e produtos (ou bens de valor equivalente) de ilícitos típicos que cominem pena privativa da liberdade superior a um ano (artigo 2.º. n.º 1), a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, em seu artigo 3.º, passou à regulação das inovadoras modalidades de perda alargada.

Sob o título "poderes alargados de declaração de perda", no comentado artigo 3.º foi inserida a obrigação a que os Estados Membros positivem, no mínimo, medidas aptas à declaração de perda de bens (total ou parcialmente) de pessoas condenadas por ilícitos típicos praticados no âmbito de uma organização criminosa e versados em Decisões-Quadro listadas[571]; além disso, tais ilícitos típicos, não sendo branqueamento de capitais, devem ter pena máxima não inferior a 5 a 10 anos de prisão, ou, sendo, sanção máxima não inferior a 4 anos de prisão; por fim, esses ilícitos típicos devem gerar proventos financeiros.

Bem se vê que, conforme observado noutros diplomas anteriores à Decisão-Quadro 2005/212/JAI (e mesmo nela, antes, quando da alusão ao respeito aos princípios fundamentais), reiterou-se a cautela no percurso que almeja a transposição de figura de perda alargada aos ordenamentos internos, explicitando taxativamente os poucos ilícitos típicos e suas circunstâncias como condicionantes de sua positivação e aplicação no direito vivo.

---

[570] Artigo 1.º

[571] Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da proteção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro; Decisão-Quadro 2000/500/JAI do Conselho, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime; Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; Decisão-Quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adota regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga; e Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao combate ao terrorismo (artigo 3.º, n.º 1, alíneas "a e "b").

Pois, nos rígidos casos ilustrados, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI propiciou, no artigo 3.º, n.º 2, três opções aos Estados Membros para concretizarem a incidência da perda alargada.

Na primeira delas, o confisco ampliado tem espaço "quando um tribunal nacional, com base em fatos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º1 que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie"[572]. Isto é, a presunção, na espécie, recai sobre atividades criminosas passadas (alcançando período retroativo razoável) do condenado, que seriam a fonte de bens de sua propriedade ou posse sem uma origem justificada. De relevar que não se esboça uma presunção pura e simples, mas calcada em fatos específicos, aptos à persuasão plena do tribunal nacional. Outrossim, são as circunstâncias do caso em espécie que conduzem o tribunal a considerar o que é razoável para fins da verificação retroativa – o período anterior – das atividades criminosas pretéritas do condenado.

Não há qualquer menção acerca de que tipo de procedimento prestar-se-á à tramitação do pedido de declaração dessa perda alargada (mormente, se penal ou não), nem ao tempo máximo razoável de retroação da atividade criminosa pretérita, tampouco da natureza jurídica dessa ferramenta legal suscetível de transposição. Mas essa configuração de perda alargada, por seus condicionantes, indubitavelmente não pode ter natureza jurídica de pena ou efeito de pena, já que explicitamente desvincula o confisco do crime afeito à organização criminosa pelo qual o agente é condenado, vincando-se a uma atividade criminosa passada. Também por conta dessa peculiaridade, não pode ostentar natureza jurídica nem mesmo de sanção (não penal, cível ou administrativa), tampouco de medida de segurança.

Numa súmula, a opção da alínea "a" do n.º 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI aproximou-se das configurações de confisco ampliado existentes no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, que merecerão destacado exame no capítulo seguinte deste trabalho.

Com aspecto semelhante, a perda alargada entabulada pela alínea "b" do nº 2 do mesmo artigo 3.º perfectibiliza-se "quando um tribunal nacional, com base em fatos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período

[572] Artigo 3.º, n.º 2, letra "a".

anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º1 do presente artigo que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie". A bem da verdade, o ponto divergente reside nas atividades criminosas que, por presunção, foram cometidas e deram origem aos bens injustificados possuídos ou titulados pelo condenado por crime previsto nas referidas Decisões-Quadro, com feição de criminalidade organizada e resultante de lucro. Aqui, as atividades criminosas passadas devem guardar semelhança com o ilícito típico pelo qual o agente detentor de bens foi processado e condenado; lá (na alínea "a" do nº 2 do artigo 3.º), não há a menção dessa parecença, subentendendo-se a possibilidade de atividades criminosas diversas daqueles ilícitos típicos objeto das Decisões-Quadro listadas no n.º 1 do mesmo artigo. Em tudo o mais, não há maior consequência distintiva, servindo a essa modalidade de perda alargada as considerações feitas à da alínea "a" do nº 2 do artigo 3.º, inclusive no que tange às especulações de sua natureza jurídica. Porém, não se há como negar que essa figuração de confisco ampliado tem hipóteses mais restritas, diante da exigência de que a atividade criminosa em que depositada a presunção e de que gerados os bens inexplicáveis guarde vinculação com as infrações penais insertas naquelas Decisões-Quadro.

Por fim, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI trouxe desenho de perda alargada bastante similar àquela que já estava positivada em Portugal, na altura. Textualmente, cogitou plausível o confisco ampliado "quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em fatos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada"[573]. Diz-se similar à perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, porque de mesma conformação, em linhas gerais[574]. Pelo sistema de Portugal, a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele congruente com os seus rendimentos lícitos é presumida como vantagem da atividade criminosa; já pelo delineado nesse trecho da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, a presunção reside no mesmo espectro (os bens de valor desproporcional em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada são obtidos a partir de sua atividade criminosa).

[573] Artigo 3.º, n.º 2, alínea "c".

[574] Com o que discorda Conde Correia, para o qual a ferramenta da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não se coaduna com as previstas na Decisão-Quadro 2005/212/JAI, sobretudo pelo aspecto da condenação ao pagamento do valor do patrimônio incongruente, não sendo, pois, uma verdadeira perda alargada; cf. CORREIA, João Conde. O confisco e a «fixação» do enriquecimento ilícito. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 260-263.

Contudo, entre os dois desenhos há distinção substancial, dando ares de maior agressividade à perda alargada lusitana. É que, pelo disposto nos artigos 7.º a 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a declaração de perda alargada exige que a acusação demonstre que o arguido possui patrimônio ou bens e que estes sejam incongruentes com suas fontes lícitas de rendimento[575]; não há, explicitamente, a incumbência do mister acusatório de evidenciar o envolvimento do arguido com outras atividades criminosas, semelhantes ou não com o ilícito típico a ele imputado[576]. Com efeito, adicionadas as provas da existência de um patrimônio pelo condenado com a incongruência total ou parcial com seus rendimentos lícitos, o resultado dessa equação será suficiente à declaração da perda alargada, sendo dispensável que o tribunal reste "plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada". Obviamente que, conforme reza o artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o arguido tem ao seu dispor ampla possibilidade de produzir prova da procedência dos bens pretendidos em liquidação (artigo 8.º da mesma lei), bem assim a consideração pelo tribunal de toda a prova produzida no processo penal (artigo 9.º, n.º 1). Todavia, essas circunstâncias não afastam a premissa, decorrente da exegese literal dos dispositivos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de que a simples demonstração da existência de um patrimônio incongruente do condenado por crime do catálogo da mesma lei, mais a omissão ou o insucesso do arguido em ilidir a presunção, são suficientes para a declaração da perda alargada. Com outras palavras, ao menos em tese, não se exige fundamento outro para o fim de tornar o tribunal nacional plenamente persuadido da origem dos bens na atividade criminosa – e até existe o entendimento de que, preenchidos os requisitos do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e tendo o arguido produzido prova frágil tendente à elisão da presunção, a dúvida deve ser resolvida em prol da perda alargada[577].

Já na perda alargada suscitada pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI em seu artigo 3.º, n.º 2, alínea "c", para além de requisitos em tudo similares aos constantes no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (existência de patrimônio de pessoa condenada por crime de catálogo e incongruência entre o valor desse patrimônio e os rendimentos

[575] E ainda pode ser encontrado na doutrina de Portugal o entendimento de que à acusação é viável pretender simplesmente liquidar todo o patrimônio do arguido, incumbindo a ele fazer prova da licitude do todo ou de parte (ou de que adquirido há mais de cinco anos de sua constituição como arguido), sob pena da perda daquilo de fonte não esclarecida. Esse e os demais entendimentos serão abordados no Capítulo 5 deste trabalho.

[576] Embora se reconheça que parte da doutrina portuguesa aluda a essa prova como requisito imprescindível à declaração da perda alargada, o que será estudado no Capítulo 5 deste trabalho.

[577] Corrente também a ser enfrentada no Capítulo 5 deste trabalho.

lícitos do condenado), bem como da prerrogativa de o tribunal tudo considerar em matéria de prova (tal qual a norma do artigo 9.º, n.º 1) ao caso sub judice (ou aos fatos específicos), veio acrescida a condição de que o tribunal resulte "plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada".

Parece certo que, com esse *plus* em termos de requisito, a transposição por um Estado Membro da opção de ferramenta de recuperação de ativos discorrida no artigo 3.º, n.º 2, alínea "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, necessariamente enseja a formatação de uma perda alargada que, para ser declarada, demanda à acusação prova de que o arguido, mais do que o ilícito típico pelo qual processado, esteve envolvido com outra(s) atividade(s) criminosa(s) pretérita(s). O que, sem dúvida, sobreleva em muito a carga probatória do Ministério Público e dificulta a incidência efetiva da perda alargada – de moldura, assim, bem menos "musculosa".

Pela ótica da natureza jurídica, o incremento de mais aludido requisito pouco se presta para facilitar uma conclusão, mantendo-se, à perda alargada do artigo 3.º, n.º 2, alínea "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, igual dificuldade à vista da congênere do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal. Quiçá a peremptória prova do envolvimento do condenado com atividade criminosa passada acabe distanciando ainda mais essa perda alargada da natureza jurídica de pena ou seu efeito, de qualquer espécie, uma vez que busca parcial lastro em ação pretérita do condenado, estranha ao ilícito típico pelo qual processado, o que materializa empecilho à cogitação de reação penal ou, mesmo, sanção diversa.

A Decisão-Quadro 2005/212/JAI não se limitou ao esboço dessas três modalidades de perda alargada. No n.º 3 do artigo 3.º foi sugerida (sem o caráter coercitivo de uma necessária transposição) aos Estados Membros a adoção de ferramentas aptas ao confisco ampliado de bens em nome ou posse de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas; e, no n.º 4, que para tal meta os Estados Membros podem se aparelhar, inclusive, de procedimentos não penais.

Esse ponto chancela ainda mais o teor paradigmático da Decisão-Quadro. A abertura de leque sintetizada pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º evidencia que, ao abordar os "poderes alargados de declaração de perda", a Decisão-Quadro 2005/212/JAI não pretendia tão somente versar acerca de instrumentos de perda alargada, como o título poderia fazer crer, e sim estender a cogitação de ferramentas de recuperação de ativos *non-convicted based forfeiture*, como, por exemplo, um procedimento *in rem*.

O n.º 3 do artigo 3.º da Decisão-Quadro em pauta possibilitou ao Estado Membro a implementação de medidas que autorizem, "nos termos dos n.ºs 1 e 2, a declarar perdidos, no todo ou em parte, bens adquiridos pelos próximos da pessoa em questão e bens cuja propriedade tenha sido transferida para uma pessoa coletiva em relação à qual a pessoa em questão agindo individualmente ou conjuntamente com os seus próximos disponha de uma influência de controlo. O mesmo se aplica se a pessoa em causa receber uma parte significativa do rendimento da pessoa coletiva". Detidamente analisada, inferem-se dessa redação no mínimo dois procedimentos passíveis de recuperação de ativos de perfil agressivo – ou de poderes alargados, usando-se a expressão adotada pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

No trecho atinente à perda de bens "cuja propriedade tenha sido transferida para uma pessoa coletiva em relação à qual a pessoa em questão agindo individualmente ou conjuntamente com os seus próximos disponha de uma influência de controlo", percebe-se a viabilidade tanto de uma *actio in rem* (direcionada em relação à coisa transferida pelo condenado à pessoa coletiva) como de um confisco ampliado com efeito sobre terceiro – à semelhança, por exemplo, da figura do artigo 7.º, n.º 2, alínea "b, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que considera patrimônio do arguido "o conjunto de bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido". Diz-se "à semelhança" e não "à identidade" pelas distinções plausíveis de detecção, como a irrisoriedade ou gratuidade da transferência (prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e ausente na Decisão-Quadro 2005/212/JAI), e a menção ao terceiro "pessoa coletiva" (explicitada na Decisão-Quadro 2005/212/JAI e subentendida na lei portuguesa). Diferenças que, entretanto, não afetam a conclusão de que o recorte desse trecho do n.º 3 do artigo 3.º da Decisão-Quadro permite a conjectura de instrumentos tanto de perda alargada, calcada numa condenação penal, quanto outro, *non-convicted based forfeiture*, como uma *actio in rem*.

A despeito de aparentemente singelo, esse pedaço de redação trouxe, em verdade, significativa complexidade, seja pela válvula de possibilidades que abarcou em termos de criação de instrumentos de recuperação de ativos, seja porque improvável depreender dessas possibilidades uma natureza jurídica uníssona. Com outras palavras, improvável contemplar de mesma natureza jurídica duas ferramentas – no mínimo – com requisitos tão distintos: uma, fundada em decisão penal condenatória; outra, prescindindo dessa decisão. Até porque, em definitivo: se quanto à perda alargada de bens transferidos (por valor irrisório/gratuito ou não) a terceiros (pessoas físicas ou coletivas), mormente com a

conjugação de que o terceiro trata-se de pessoa coletiva em relação à qual o condenado tenha controle ou influência, por si ou pessoa dele próxima, ou da pessoa coletiva receba o maior provento, é ponderável, ao menos em tese, atribuir-lhe natureza jurídica de pena ou efeito de pena (enfim, de reação penal), o mesmo não pode ser estendido ao procedimento não penal (*actio in rem*; ação de extinção de domínio) direcionado contra o bem ou o terceiro (a Decisão-Quadro considera apenas a pessoa coletiva) que a recebeu e a detém.

Já a normativa remanescente do n.º 3 do artigo 3.º da Decisão-Quadro, que abrangeu factível a perda, no todo ou em parte, de bens adquiridos pelos próximos do arguido/condenado, sem a especificação de uma transferência (do condenado para pessoa dele próxima), inequivocamente remete a um procedimento não penal, textualmente inserto no sequente n.º 4 do artigo 3.º; em suma, porque inconcebível pensar, isoladamente, um procedimento ou processo penal contra pessoas orbitantes ou das relações próximas de alguém arguido ou mesmo condenado por algum daqueles ilícitos típicos mencionados nas Decisões-Quadro do artigo 3.º, n.º 2, alíneas "a" e "b", com penas específicas e geradores de vantagens financeiras. Aludidas pessoas, alheias a uma imputação por ilícito típico, e sobre as quais não se perquire culpa, necessariamente devem ser demandadas, para a perda de bens, em procedimentos não penais. Ou, alternativamente, os próprios bens por elas titulados ou possuídos, em procedimentos – igualmente não penais – *in rem*.

Nesse quadro, o espectro da natureza jurídica é um tanto menos nebuloso. Embora não seja objeto precípuo deste trabalho conceituar a natureza jurídica de procedimento outro que não a perda alargada (aí incluindo a do artigo 7.º, n.º 1, alínea "b", da Lei n.º 5/2002), pode-se, sem margem para erro, afirmar que os procedimentos esboçados por essa tira do n.º 3 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI não são uma reação penal – pena ou dela efeito –, tampouco uma sanção cível ou administrativa.

Por tudo o que abarcado, numa seara àquela altura ainda tratada quase como um tabu, e a despeito de alguns Estados Membros (como Portugal) já contemplarem, naquele ano de 2005, instrumentos legais para além dos confiscos clássicos, à Decisão-Quadro 2005/212/JAI deve ser rendida merecida homenagem no campo da recuperação de ativos da criminalidade organizada.

3.4.2.4 Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho da União Europeia, de 6 de outubro de 2006, e o Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018

A Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho da União Europeia, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda[578], em suma, aludiu sobre a perda alargada, o reconhecimento e a execução de decisões desse jaez proferidas noutro Estado Membro, e, indiretamente, o ônus da prova quanto à origem dos bens. Embora tenha havido, ao depois, alteração de seu teor pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, de 26 de fevereiro[579], alguns pontos ensejam apreço, pela pertinência à seara da recuperação de ativos, notadamente por determinar aos Estados Membros o reconhecimento mútuo de decisões de perda calcadas em instrumentos com poderes alargados.

A Decisão-Quadro 2006/783/JAI, em seus considerandos, repetiu as bases das congêneres versantes acerca do princípio do reconhecimento mútuo[580] no âmbito da perda de bens, como as Convenções do Conselho da Europa de Tampere (1999) e a relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime (1990), mais as Decisões-Quadro 2001/500/JAI, 2003/577/JAI e 2005/212/JAI, enfatizando o lucro como a principal motivação da criminalidade organizada, cuja prevenção e repressão devem ser centradas na detecção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime, com o reconhecimento mútuo das decisões correlatas. Com esses pilares, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI teceu como objetivo[581] facilitar a cooperação entre Estados Membros no reconhecimento mútuo e na execução imediata de decisões de perda de bens, fazendo com que todos eles passem a ter regras eficazes nessa alçada, "nomeadamente no que se refere ao ônus da prova relativamente à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade

---

[578] Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L. 328, de 24 de novembro de 2006, p. 59, disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:pt:PDF.

[579] A Decisão Quadro 2009/299/JAI, de 26 de fevereiro, "que reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido", trouxe alterações à Decisão-Quadro 2006/783/JAI apenas nesse âmbito, ou seja, quanto ao reconhecimento e à execução de decisões de perda proferidas na ausência do arguido, sem influência relevante às previsões atinentes às ferramentas de recuperação de ativos. A Decisão Quadro 2009/299/JAI está disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32009F0299.

[580] Sobre o tema, PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal* O reconhecimento mútuo de decisões judiciais como princípio jurídico. *Anatomia do Crime* - Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, nº 7 (Jan.-Jun. 2018), pp. 17-18.

[581] Artigo 1.º da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.

organizada"[582]. Ou seja, já em sua introdução, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI deixou claro não se referir somente à cooperação atinente a decisões de confisco clássico proferidas nos Estados Membros, e sim, "notadamente", às condizentes aos "poderes alargados de perda", enaltecendo estes novos mecanismos anticriminalidade organizada – sempre com o alerta de não se olvidar dos direitos fundamentais e das normas constitucionais internas de cada Estado Membro[583].

Com a meta objetivada, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, ratificando diplomas contemporâneos, definiu "decisão de perda" como uma "sanção ou medida, de caráter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma ou várias infrações penais, que conduza à privação definitiva de um bem"[584]. Percebe-se, no ponto, uma vez mais, o acerto de não restringir perda a uma sanção (penal ou não), dando brecha ao escape de sua natureza jurídica como reação penal ou de outra matéria. Porém, ao condicionar aludida decisão "relativamente a uma ou várias infrações penais", a Decisão-Quadro parece ter pecado ao deixar ao largo eventuais decisões sobre instrumentos de confisco desconectados de uma decisão penal condenatória, que, como visto, foram esboçados na Decisão-Quadro 2005/212/JAI, invocada como uma das suas bases. Como contorno, quiçá é plausível interpretar a expressão "relativamente a uma ou várias infrações penais" não como uma condenação-requisito, mas sim ao menos na existência de uma investigação prévia acerca de "uma ou várias infrações penais", da qual extraídos indicativos à instauração de procedimento não penal (cível ou administrativo, isto é, uma *non-convicted based forfeiture*), tendente ao confisco de bens – por exemplo, uma *actio in rem* ou uma ação de extinção de domínio. Soa ter sido de fato uma imprecisão nessa conceituação, porque, na sequência, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI tratou de definir "bens", onde clarificou não aludir apenas aos instrumentos, produtos e vantagens do crime (objetos de confisco clássico), e mencionou textualmente a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, na qual, já estudada, cogitadas figuras de perda alargada e de confisco sem uma condenação criminal.

Assim, ao lado da definição larga de que bens constituem ativos de qualquer espécie que um tribunal tenha decidido com produto ou instrumentos de uma infração penal[585], a Decisão-Quadro 2006/783/JAI listou nessa categoria aquilo que é passível de perda pela "aplicação no Estado de emissão de um dos poderes alargados de declaração de

[582] Considerando 8 da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[583] Considerandos 13 e 14 da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[584] Artigo 2.º, alínea "c", da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[585] Artigo 2.º, alínea "d", itens i e ii, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.

perda especificados nos n.º 1 e 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI"[586], ou "por força de quaisquer outras disposições relacionadas com os poderes alargados de declaração de perda, previstos na legislação do Estado de emissão"[587].

De modo que não houve só a vinculação aos poderes alargados de declaração de perda trazidos para transposição pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI: estenderam-se, como regra geral, os efeitos de decisões de confisco para fins de reconhecimento mútuo e execução imediata inclusive a outros instrumentos mais agressivos de recuperação de ativos porventura insculpidos no ordenamento do Estado de emissão. Ampliação significativa, pois, ao mesmo tempo, ressonou a estratégia moderna anticriminalidade organizada e clarificou a possibilidade de execução imediata de decisões de confisco "musculado", numa acepção aberta, incluindo, por conseguinte, modalidades diversas das condicionadas a uma decisão condenatória.

Noutro aspecto, o fomento à cooperação e ao reconhecimento mútuo de decisões de perda foi de tal forma focado que a Decisão-Quadro 2006/783/JAI parece ter transcendido a linha de enfrentamento à criminalidade organizada, ou ao menos a deixado num segundo plano . Veja-se que a Decisão-Quadro 2006/783/JAI entabulou a não necessidade da dupla criminalização nas hipóteses de decisões de perda vinculadas a dezenas infrações penais (previstas no Estado de emissão e com penas privativas de liberdade não inferiores a três anos), muitas desconectadas de atividades de uma organização criminosa e sequer geradoras de lucro. O rol do artigo 6.º, n.º 1, trouxe infrações para todos os gostos: participação em organização criminosa; terrorismo; tráfico de seres humanos; exploração sexual de crianças e pornografia infantil; tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; tráfico de armas; munições e explosivos; corrupção; fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias na acepção da Convenção de 26 de Julho de 1995, relativa à "Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias"; branqueamento dos produtos do crime; contrafacção de moeda, incluindo do euro; cibercriminalidade; crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico de espécies, animais ameaçados e de espécies e variedades vegetais ameaçadas; facilitação de entrada e residência não autorizadas; homicídio voluntário; ofensas corporais graves; tráfico de órgãos e tecidos humanos; rapto, sequestro e tomada de reféns; racismo e xenofobia; roubo organizado ou à mão armada; tráfico de bens culturais, incluindo antiguidades e obras de arte; burla; extorsão de proteção; contrafação e piratagem de

[586] Artigo 2.º, alínea "d", item iii, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[587] Artigo 2.º, alínea "d", item iv, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.

produtos; falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico; falsificação de meios de pagamento; tráfico de substâncias hormonais e de outros estimuladores de crescimento; tráfico de materiais nucleares e radioativos; tráfico de veículos furtados; violação; fogo posto; crimes abrangidos pelo âmbito de competências do Tribunal Penal Internacional; desvio de avião ou de navio; e sabotagem. Não bastasse, o n.º 2 do mesmo artigo assentou a possibilidade de o Conselho, em situações especificas, aditar outras categorias de infrações a tal lista.

No ponto, pensa-se que a Decisão-Quadro 2006/783/JAI não incorreu no equívoco de banalizar os "remédios fortes", uma vez que as infrações penais arroladas, a despeito de algumas estranhas à criminalidade organizada e econômico-financeira, e/ou sem potencialidade real de resultarem lucro, podem ser consideradas graves. Ademais, já dito, a perda de bens, por sua novel concepção em termos de política criminal, pode se prestar à desestruturação de uma atividade criminosa que não tenha, necessariamente, o lucro como fim. Daí, por certo, a razão de ser inexigível a dupla criminalização. Já para infrações ausentes daquele rol, o Estado de execução pode condicionar o reconhecimento e a execução da decisão de perda[588].

Contudo, como contrapeso ao afã de permitir e difundir a aplicação dos instrumentos musculosos de perda, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI discorreu acerca da viabilidade de os Estados Membros não aceitarem, não reconhecendo e nem executando, decisões de perda com poderes alargados alheias às especificadas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, ou seja, previstas apenas na legislação do Estado de emissão, conforme ponto IV da alínea "d" do artigo 2.º daquela Decisão-Quadro[589]. Mesmo havendo a possibilidade de retirada desse óbice a qualquer momento, não há como despir a ressalva da conotação de freio.

Outrossim, foram inseridos motivos para que um Estado de execução não reconheça ou execute uma decisão de perda do Estado de emissão, destacando-se, no que é pertinente aos poderes ampliados de confisco, a existência de "uma imunidade ou privilégio que impeça a execução de uma decisão de perda interna relativa aos bens em causa"[590]; e a formação de entendimento pela autoridade (a quem cumpre dar tramitação ao procedimento de perda) de que a decisão proferida no Estado de emissão teve por base poderes alargados lá previstos exclusivamente – ou, *a contrario sensu*, não trazidos pelas

[588] Artigo 6.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[589] Artigo 7.º, n.º 5, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[590] Artigo 8.º, n.º 2, alínea "c", da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.

hipóteses dos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI[591]. Frise-se que esta última motivação impeditiva é um reforço à cautela dos Estados Membros quanto à efetivação de decisões de perda com poderes alargados fundadas em instrumentos legais típicos de apenas um ou alguns outros Estados Membros. O que, por um lado, pode desacelerar a pulverização das execuções de decisões de perdas alargadas, mas, por outro, resguarda com maior segurança os princípios fundamentais e as normas constitucionais internas, além de também possibilitar uma tendência de uniformização dessas ferramentas legais musculosas no campo da recuperação de ativos.

Adiante, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI elencou ainda outra motivação impeditiva, quando a autoridade do Estado de execução considerar que a decisão de perda do Estado de emissão teve amparo em hipótese dos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, mas exorbitando o alcance da opção da ferramenta de recuperação de ativos adotada pelo Estado de execução em acato aos mesmos dispositivos. No peculiar caso, em vez de resultar a recusa total da execução da decisão de perda, o Estado de execução deve autorizá-la "pelo menos dentro dos limites previstos na legislação nacional para processos nacionais semelhantes"[592]. Novamente, absorve-se dessa parcial motivação impeditiva um misto de cautela e proteção aos princípios fundamentais e às normas constitucionais internas do Estado de execução, sobretudo daqueles que já tenham adotado alguma das ferramentas agressivas suscitadas à transposição pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI. Mas sem o condão de desvirtuar o objetivo da Decisão-Quadro 2006/783/JAI, o que, aliás, veio reforçado em trecho do sequente n.º 4 do mesmo artigo[593], bem assim pelo artigo 12.º, n.º 3[594].

Em desfecho, não obstante em momento algum a Decisão-Quadro 2006/783/JAI tenha alinhavado posição sobre a natureza jurídica de qualquer ferramenta com poderes alargados de declaração de perda (e nem poderia, até por não aludir diretamente a nenhuma), inseriu, no n.º 4 do artigo 12.º, a vedação a que um Estado de execução possa aplicar medidas alternativas à decisão de perda, "nomeadamente penas privativas de liberdade ou qualquer outra medida que limite a liberdade de uma pessoa, por motivo de

[591] Artigo 8.º, n.º 2, alínea "g", da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[592] Artigo 8.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.
[593] "As autoridades competentes do Estado de execução tomarão em especial consideração a consulta, por todos os meios adequados, das autoridades competentes do Estado de emissão, antes de decidirem não reconhecer e não executar uma decisão de perda, nos termos do n.º 2, ou limitar a sua execução, nos termos do n.º 3".
[594] "Uma decisão de perda proferida contra uma pessoa coletiva será executada mesmo que o Estado de execução não reconheça o princípio da responsabilidade criminal das pessoas coletivas".

uma transmissão efetuada nos termos dos artigos 4.º e 5º, a menos que o Estado de emissão tenha dado o seu consentimento para tal".

Por certo em ambiente inadequado, pois fugidio ao seu objetivo, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI acabou por trazer à baila componente do debate sobre a natureza jurídica de modalidade de perda alargada. É que, para além da anuência do Estado de emissão, a cogitação de medida privativa ou limitadora de liberdade como alternativa à perda de bens necessariamente (pensa-se) passa por considerá-la uma reação penal – por excelência, uma pena. O que, ainda será aprofundado, coloca em xeque a conformidade das ferramentas com poderes alargados de declaração de perda com uma série de princípios e direitos fundamentais previstos nas Constituições e na própria CEDH.

Tangenciando essa discussão na presente altura, importa que a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, que deveria ser cumprida pelos Estados Membros até 24 de novembro de 2008[595], contribuiu de modo precioso à sedimentação da tendência moderna de adoção e aplicação de instrumentos como a perda alargada.

De frisar, como lembra Rita Simões, que em 20 de junho de 2018 foi aprovado, no Conselho da União Europeia, o Projeto de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, "que regulará o reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda, visando garantir a uniformidade na aplicação deste instrumento e evitar problemas colocados pela transposição tardia ou incorreta por parte dos Estados"[596].

Pois aludido projeto deu ensejo ao Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda[597]. Em respeito à análise cronológica das Resoluções, Diretivas e Regulamentos do Parlamento Europeu com a temática do confisco ampliado, o Regulamento UE 2018/1805 merecerá estudo mais adiante, após a abordagem da Diretiva 2014/42/UE.

---

[595] Artigo 22, n.º 1, da Decisão-Quadro 2006/783/JAI.

[596] SIMÕES, Rita. A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 387.

[597] Vide https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1805&from=EN.

3.4.2.5 A Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 20 de novembro de 2008

Retomando a ordem cronológica após a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, a Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias ao Parlamento Europeu e ao Conselho, feita em Bruxelas, em 20 de novembro de 2008, denominada "Produto da criminalidade organizada: garantir que o crime não compensa"[598], pese embora não tenha a natureza de uma Decisão-Quadro, pode ser eleita como um marco às Decisões-Quadro cujos objetos, direta ou indiretamente, refletiram a estratégia de política criminal de ambição de recuperar ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira, notadamente com instrumentos mais robustos como a perda alargada.

A Comissão das Comunidades Europeias, na oportunidade, pouco depois de o Conselho da União Europeia ter aprovado a Decisão-Quadro 2008/841/JAI, relativa à luta contra a criminalidade organizada[599], compilou criticamente as Decisões-Quadro atinentes à recuperação de ativos da criminalidade organizada, numa tentativa de identificação dos problemas que retardavam ou impediam suas aplicações pelos Estados Membros, e, também, com apontamentos de como a União Europeia poderia ser beneficiada com a melhora do quadro jurídico visando à efetividade da meta de recuperação daqueles ativos.

Naquele documento, houve o reconhecimento de que nos Estados Membros da União Europeia existem ou coexistem diferentes processos legais para o confisco do produto de atividades criminosas, bem assim que esses processos legais, desde que eficazes, mais a cooperação internacional, são condições essenciais para por termo às atividades da criminalidade organizada, privando os criminosos de seus lucros, bens e produtos.

Porém, mesmo com o confisco de bens de origem criminosa já normatizado nas legislações nacionais e na própria União Europeia, ainda era pouco desenvolvido e subutilizado. A Comissão aduziu que, até aquela altura, o número global de processos de confisco na União Europeia era reduzido, com montantes recuperados da criminalidade organizada pouco significativos, nomeadamente na comparação com as cifras

[598] Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52008DC0766.

[599] A Decisão-Quadro 2008/841/JAI, datada de 24 de outubro de 2008, e que revogou a Acção Comum 98/733/JAI, trouxe definições de "organização criminosa" e "associação estruturada" (artigo 1.º), e previu a incumbência de os Estados Membros passarem a tipificar infrações penais de participação em organização criminosa (artigo 2.º). Embora não tenha aludido explicitamente sobre ferramenta legal de recuperação de ativos, previu a possibilidade de diminuição ou isenção de pena aos integrantes de organizações criminosas que colaborarem com a Justiça, dentre outras medidas, privando "a organização criminosa de recursos ilícitos ou do produto das suas atividades criminosas" – artigo 4.º, alínea "b", item IV.

movimentadas, em estimativas, pelas organizações criminosas. No ponto, a Comissão das Comunidades Europeias procurou analisar os problemas detectados com a legislação na União Europeia, sobretudo relativos às Decisões-Quadro, na busca de respostas do porquê daquela utilização até então tímida e pouco eficaz dos instrumentos mais fortes de confisco.

Pelo apanhado, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI havia sido a única relativamente bem transposta na maioria dos Estados Membros. A Decisão-Quadro 2003/577/JAI estava com atrasos significativos no âmbito de transposição, pelo déficit de informação sobre a aplicação prática das disposições autorizadoras do congelamento de bens ou da produção de provas localizados num Estado Membro por decisão tomada por autoridade judicial de outro. A Decisão-Quadro 2005/212/JAI, segundo relatório da Comissão de dezembro de 2007, ainda tinha transposição dificultada pela maior parte dos Estados Membros, impedindo a consolidação de ferramentas de confisco mais alargado; além dessa Decisão-Quadro trazer disposições pouco claras, identificou-se que o estabelecimento de critérios alternativos para o alargamento do confisco pode ter restringido o reconhecimento mútuo, pois as autoridades de determinado Estado Membro passaram a somente executar decisões de confisco de outros Estados Membros se por ferramenta coincidente ou com os mesmos fundamentos daquele vigente no Estado de execução. E a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, que invocava o princípio do reconhecimento mútuo das decisões de confisco, estava sendo prejudicada exatamente pelos problemas acima detectados, e, também, por sua aparente vinculação apenas a decisões de confisco no âmbito de processos penais, deixando ao largo decisões de confisco oriundas de processos civis, como os adotados nos países em que vigora o *common law*.

Desse contexto é que a Comissão das Comunidades Europeias concluiu que os textos normativos daquelas Decisões-Quadro só foram transpostos parcialmente, ensejando legislações nacionais desiguais, implicando direta e negativamente no reconhecimento mútuo. Portanto, diante desses problemas, que afetavam o reconhecimento mútuo, sobremodo de decisões de congelamento e de confisco no âmbito de processos civis (e utilização de poderes alargados de tributação), a Comissão, enaltecendo ser desejável uma utilização cada vez maior dos procedimentos de confisco, postulou uma reformulação do quadro legislativo em vigor da União Europeia, com a simplificação e a coerência dos textos existentes.

Para além disso, a Comissão ponderou ao Parlamento Europeu e ao Conselho a criação de regras permissivas do denominado confisco ampliado (ou alargado) e, ainda, do

confisco sem uma condenação, evidenciando a índole de fomento às medidas agressivas, mas desde que sem violar os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e nas Constituições dos Estados Membros.

No recorte de ponderação, o confisco civil (ou fora do âmbito de um processo penal) estaria desconectado de uma condenação penal, não sendo, pois, uma sanção, nos moldes da Recomendação n.º 3 do GAFI. Por exemplo, teria cabimento na hipótese de suspeita de que os bens são o produto de crimes graves, pela desproporção com o rendimento lícito do proprietário e da circunstância de este manter contatos habituais com criminosos conhecidos, incumbindo a um tribunal civil a possibilidade de ordenar o confisco, calcado num cálculo de probabilidades de que tais bens podem ter origem em atividades criminosas. Nessa hipótese, bastante similar à *civil recovery* inglesa, o ônus da prova é invertido, tocando ao proprietário (presumível criminoso) a prova da origem lícita dos ativos. Outra modalidade teria espaço quando o agente suspeito de certos crimes graves tiver morrido, estiver em fuga desde há algum tempo ou não puder, por qualquer outra razão, ser objeto de um processo, à semelhança do que o previsto na Convenção das Nações Unidas contra Corrupção de 2003. E uma terceira espécie de confisco não penal foi pensada, de viés tributário ou administrativo, tendo lugar quando apreendidas somas em dinheiro (superiores a patamares preestabelecidos) pelas autoridades aduaneiras, em violação do regulamento comunitário.

Ademais, ousando na meta de retirada dos ativos como enfrentamento da criminalidade organizada, a Comissão suscitou a tipificação de modelo de infração penal de enriquecimento ilícito ou injustificado, com o ilícito material condizente a ter a posse ou a titulação de bens desproporcionados em relação ao rendimento declarado do possuidor ou proprietário, com o *plus* de esta pessoa ter contatos habituais com criminosos conhecidos. Essa roupagem, como visto, de conformação constitucional (e com a CEDH) duvidosa, difere um tanto das infrações penais de enriquecimento ilícito e de enriquecimento injustificado que foram plasmadas pelo legislador português, ambas resultando com inconstitucionalidade declarada, e mais se aproxima com aquela figura existente no ordenamento francês. De comum entre elas, e, também, com as figuras de confisco civil (semelhante à *actio in rem*) e confisco alargado, é a presença de alguma inversão do ônus da prova, tendo o arguido/proprietário/suposto criminoso alguma ou toda a carga probatória no que tange à origem lícita dos bens pretendidos à perda.

A Comissão entabulou outras medidas potencialmente profícuas à recuperação de ativos, como a garantia do reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco (mesmo se embasadas em procedimentos não aplicados no Estado de execução), o alargamento do âmbito do confisco obrigatório (na sequência da condenação por determinadas infrações penais graves), a obrigação de fornecimento de informações sobre contas bancárias, a criação de gabinetes de recuperação de bens eficazes (com o reforço das investigações financeiras e a análise criminal financeira) e o fomento da cooperação internacional na matéria, para, ao fim, concluir pela sinalização de dez prioridades estratégicas, as quais a União Europeia deve cogitar seguir já que o "confisco e a recuperação do produto do crime visam os recursos dos criminosos e constituem uma parte essencial da estratégia europeia de luta contra a criminalidade financeira"[600].

Essas dez prioridades podem ser aglutinadas e sumariadas como segue: a reformulação do quadro legislativo em vigor na União Europeia, tornando-o mais claro e coerente, bem assim o alargamento dos conceitos jurídicos existentes, a criação de novos e a superação de obstáculos à sua aplicação pelos Estados Membros; a implementação de gabinetes de recuperação de bens eficazes, com intercâmbio de informações e desenvolvimento de programa comunitário de formação comum para investigadores financeiros; a cooperação para a promoção e o reconhecimento mútuo em matéria de confisco; e a elaboração de estatísticas sobre os bens congelados, confiscados e recuperados.

Vê-se que, a despeito de não ser uma típica Decisão-Quadro, essa Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho não apenas identificou os problemas que afligiam as congêneres versantes acerca da transposição de meios mais musculosos e eficazes de recuperação de ativos, mas, sobremodo, listou estratégias para o aperfeiçoamento das ações da União Europeia e dos Estados Membros nesse campo de enfrentamento da criminalidade organizada e econômico-financeira.

Dentre as estratégias sugeridas, daquilo que aqui se investiga, percebe-se nitidamente a elaboração de regras gerais sobre a redução do ônus da prova nos casos de condenação de um indivíduo por crimes graves (mormente os relacionados com a criminalidade organizada) quanto à origem dos bens em sua propriedade ou posse. Num plano ainda mais agressivo, foi postulada ao Parlamento Europeu ação de incentivo à inclusão nos ordenamentos nacionais de instrumentos para reduzir, em matéria de direito penal, civil e fiscal, o ônus da prova atinente à origem dos bens detidos por uma pessoa

[600] Item 7, Conclusão – Dez Prioridades Estratégicas.

suspeita ou acusada de uma infração relacionada com a criminalidade organizada, mesmo que inexistindo uma condenação criminal.

Isto é, inobstante a notória discussão doutrinária sobre o tema, que naquele momento já era bastante frequente, e por vezes com sensível resistência, a relativização do ônus da prova, com o cotejo de presunções legais geradoras de indisfarçada inversão da carga probatória no que toca à demonstração da origem de todo ou parte do patrimônio de alguém suspeito, constituído arguido ou condenado pela prática de ilícito típico afeito à criminalidade organizada, foi classificada pela Comissão como um dos meios principais à efetividade da recuperação de ativos.

Com o cotejo de dispositivos autorizadores aos Estados da apreensão e do confisco de patrimônio ou bens sem uma necessária condenação criminal, o alvo foi a hipótese de transferência ou cessão a terceiros, pessoas físicas ou coletivas. E chegou-se ao ponto do incentivo à criminalização de situações de enriquecimento ilícito e de enriquecimento injustificado.

Aquela Comissão, enfim, na toada vista nas Decisões-Quadro a respeito, e tidas como pouco eficazes até ali, mais uma vez clarificou ao Parlamento Europeu a necessidade da adoção pelos Estados Membros de uma acepção moderna e significativamente mais ampla do conceito do produto do crime, na linha da Convenção das Nações Unidas de Palermo[601] e reconhecida na Decisão-Quadro 2008/841/JAI[602], para além de "lucro" e/ou "vantagem direta do crime", costumeiramente adotados no âmbito dos instrumentos clássicos de confisco. E foi enfatizado que esse conceito deve ser implementado pelos Estados Membros sem demora em seus sistemas legais, possibilitando que qualquer receita direta ou indiretamente relacionada com a prática de crimes ligados às organizações criminosas passe a estar sujeita à apreensão e ao confisco.

Ainda, é possível até mesmo depreender tenha a Comissão entrado sutilmente no campo da natureza jurídica do confisco ampliado, incidente mediante uma condenação criminal, à semelhança da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, àquele tempo já vigente em Portugal. A Comissão parece ter tratado de modo equivalente ferramentas legais como o confisco ampliado e o confisco civil (fora do âmbito de um processo penal e desligado de uma condenação penal), aludindo que ambos constituem forma muito eficaz

[601] Pormenorizada no item 3.1.2.

[602] Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalodade organizada. No artigo 1º, n.º 1, ao definir organização criminosa, indica seu objetivo de obtenção, direta ou indiretamente, de "benefícios financeiros ou outro benefício material", em conotação visivelmente mais larga do que lucro ou vantagem do crime.

de combater a criminalidade organizada, que é exercida essencialmente com fins de lucro; outrossim, que ambas (e as demais modalidades de confisco) impedem que os capitais de origem criminosa possam ser utilizados para financiar outras atividades criminosas, comprometer a confiança nos sistemas financeiros e corromper a sociedade legítima, tendo um efeito dissuasivo com o reforço da noção de que o "crime não compensa", o que pode contribuir para eliminar modelos de conduta negativos das comunidades locais e permitir atingir os líderes de algumas organizações criminosas, que raramente são investigados e processados. Essa base argumentativa delineia que a Comissão quis atribuir às ferramentas musculadas de confisco a natureza jurídica de uma medida de segurança. Não só porque houve explicitação de que o confisco civil, desconectado de uma condenação penal, não é uma sanção, mas, principalmente, pela conotação dada aos instrumentos de confisco, genericamente considerados, como tendentes a estancar o risco da permanência das atividades de uma organização criminosa, risco este representado pela manutenção, por elas, seus "cabeças" ou beneficiários, dos bens ou patrimônio supostamente obtidos com tais atividades.

Então, a Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 2008, contribuiu não apenas como mais um fomento à moderna política criminal de recuperação de ativos, notadamente por identificar os defeitos na transposição das Decisões-Quadro até aquele momento existentes, mas, também, pelas luzes à definição da natureza jurídica das ferramentas legais musculosas de confisco, dentre elas a perda alargada.

3.4.3 Resoluções, Diretivas e Regulamentos do Parlamento Europeu com a temática do confisco ampliado

3.4.3.1 Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, sobre a criminalidade organizada na União Europeia

Essa Resolução[603] teve por base, no que concerne à recuperação de ativos, a constatação pelo Parlamento Europeu de que a criminalidade organizada resulta enorme custo social, pois "viola os direitos humanos e as regras democráticas, desviando e esbanjando recursos (financeiros, humanos, etc.), distorcendo o mercado livre comum, infiltrando empresas e a economia legal, favorecendo a corrupção, poluindo e destruindo o

[603] Disponível em www.europarl.europa.eu

ambiente"[604]. Levou em conta, ainda, as evidências de que a criminalidade organizada, no ambiente da União Europeia, infiltrou-se "no mundo da política, da administração pública e da economia legal"[605]. Também, repercutiu as conclusões sedimentadas em diplomas normativos anteriores, no sentido de que a criminalidade organizada "visa e assenta na realização do lucro", de modo que "qualquer estratégia eficaz de prevenção e combate a este fenômeno deverá centrar-se na identificação, congelamento, apreensão e confisco dos produtos do crime", meta para a qual é "necessária uma legislação que permita, por exemplo, os chamados 'poderes alargados de declaração de perda' de bens e a intervenção sobre o patrimônio registrado em nome de um testa-de-ferro", salientando que a recuperação de ativos dessa natureza cria "fator duplamente construtivo, pelo seu efeito, quer na prevenção da criminalidade organizada, quer na promoção do desenvolvimento econômico e social"[606].

Noutro tanto, a Resolução indicou "o impacto extremamente limitado nos sistemas legislativos dos Estados-Membros da Decisão-Quadro 2008/841/JAI relativa à luta contra a criminalidade organizada"[607], não repercutindo positivamente nem nas legislações, nem na cooperação operacional. Por isso, foi instada a Comissão a apresentar, até o fim do ano de 2013, uma proposta de diretiva mais efetiva no âmbito do enfrentamento da criminalidade organizada, bem como uma proposta-quadro de diretiva relativa aos procedimentos de apreensão e confisco dos produtos do crime, aí incluindo "normas sobre a utilização eficaz de instrumentos como o confisco alargado e o confisco na ausência de condenação", e "normas para tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ônus da prova, após a condenação do infrator por um crime grave (incluindo os relacionados com a criminalidade organizada), relativamente à origem dos bens por ele detidos"[608]. Pela proposta-quadro almejada, a Comissão igualmente deveria incentivar a introdução nos ordenamentos nacionais "de instrumentos que prevejam a possibilidade de, na legislação penal, civil ou fiscal, conforme o caso, tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ônus da prova no que se refere à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa acusada de um crime relacionado com a criminalidade organizada", e de "normas que permitam a apreensão e posterior confisco de bens atribuídos a terceiros". Também, foi mencionada a viabilidade de que passe a configurar infração penal o comportamento do

[604] Considerando B da Resolução.
[605] Considerando C da Resolução.
[606] Considerando D da Resolução.
[607] Item 7 da Introdução da Resolução.
[608] Item 8 da Introdução da Resolução.

testa-de-ferro, assim como de que a Comissão difunda, nas suas propostas legislativas, que "o conceito de produtos do crime estabelecido na Convenção de Palermo das Nações Unidas e incluído na Decisão-Quadro 2008/841/JAI é mais amplo do que o conceito de lucro"[609], com a invocação aos Estados para a adesão desse conceito, permitindo a apreensão e confisco de bens ou patrimônio ligados às ações das organizações criminosas.

A Resolução ainda ressaltou a necessidade tanto da criação de legislação europeia concernente à reafetação dos produtos do crime para fins sociais quanto do incremento da cooperação entre os Estados-Membros no que toca ao reconhecimento e à execução das ordens de apreensão e confisco[610].

Pela súmula do que abarcado, é fácil depreender a importância da Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2011, sobre a criminalidade organizada na União Europeia, ao ambiente em que permeada a política criminal transnacional de recuperação de ativos. A Resolução, mesmo que superficialmente, tocou no núcleo duro da relação entre os efeitos das ações da criminalidade organizada e as formas possíveis de seu enfrentamento, concluindo, uma vez mais, a pertinência da adoção de instrumentos musculados de recuperação de ativos pelos Estados Membros.

A temática, na toada a partir daí, ganhou mais força com a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de Março de 2012, culminando, depois, com a efetiva Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014.

3.4.3.2 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia (de 12 de Março de 2012)

A proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, firmada em 12 de março de 2012[611], trouxe a cogitação de formas de congelamento e confisco de bens de origem criminosa como confisco direto, confisco de valores, confisco alargado, confisco

[609] Item 8 da Introdução da Resolução.
[610] Itens 9 e 10 da Introdução da Resolução.
[611] Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0085.

não baseado numa condenação e confisco de bens de terceiros, reiterando a importância dessas ferramentas no enfrentamento da criminalidade organizada[612].

O diferencial desse diploma normativo esboçado[613] em relação aos congêneres anteriores pode ser resumido na ênfase precípua na adoção de instrumentos mais agressivos de recuperação de ativos, cotejando-se o alargamento das perdas dos produtos e das vantagens da infração penal, a relativização do ônus da prova, a desnecessidade de condenação criminal e o alcance a terceiros. Ademais, a proposta almejou Diretiva que, quando aprovada, iria substituir a Acção Comum 98/699/JAI do Conselho e, em parte, as Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI, visando alterar as disposições da União Europeia em matéria de harmonização.

Na Exposição de Motivos da proposta que veio a consubstanciar a Diretiva 2014/42/EU (a seguir estudada), o mote da facilitação do confisco e da recuperação de ativos da criminalidade organizada foi justificado numa acepção mais ampla. Houve o reconhecimento de que o crime organizado tomou proporção outrora impensada, com grande diversidade de atividades transnacionais não só na atuação, mas na dispersão dos lucros cada vez maiores obtidos (finalidade comum). Tamanha proporção que a meta de que o crime organizado não compense passou a ser atrelada à proteção da economia, do sistema financeiro e da política da União Europeia e dos Estados Membros, já que o dinheiro sujo está intimamente ligado à crise financeira, à desaceleração do crescimento econômico e ao aumento da corrupção; outrossim, os ativos angariados pelas organizações criminosas privam os governos de importantes receitas fiscais, deixando de serem aproveitados em serviços sociais e de assistência.

Esse contexto, como já assinalado noutros diplomas, deve ensejar a que os Estados Membros adotem regimes eficazes para congelar, gerir e confiscar os produtos do crime, o que até então não havia se verificado com plenitude, diante da percepção de que o confisco de bens de origem criminosa seguia pouco desenvolvido e pouco utilizado.

A Comissão apontou o confisco de bens de origem criminosa como instrumento eficaz anticriminalidade organizada, tendo por isso recebido prioridade estratégica ao nível da União Europeia. Por isso, e também para harmonizar regimes (promovendo a confiança mútua e a cooperação transnacional), adveio a proposta, pela Comissão, de Diretiva para o estabelecimento de normas mínimas aos Estados Membros na seara do congelamento e do

[612] Claramente, o foco inicial era o tráfico de estupefacientes, com gradativa extensão às demais formas de criminalidade organizada com fim de lucro.
[613] Com base jurídica no artigo 82.º, n.º 2, e no artigo 83.º, n.º 1, ambos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

confisco de bens de origem criminosa, na linha daquelas modalidades acima aludidas, com relevo no confisco alargado, no confisco sem uma condenação criminal e no confisco de bens de terceiros.

De frisar que, naquela altura, a Comissão havia procedido a estudos de avaliação de impacto de várias opções tendentes à melhora da legislação no âmbito do confisco e bens[614], obtendo dos Estados Membros, como regra, resposta da necessidade da adoção de normas mais rigorosas na matéria. A avaliação de impacto também se debruçou sobre conclusões e recomendações de estudo concluído pela Comissão em 2009[615], que detectou vários óbices à eficácia do confisco nos Estados Membros, principalmente, a existência de tradições jurídicas antagônicas – o que não deveria surpreender, pois improvável divorciar do debate sobre as inovadoras ferramentas de confisco sua conformação constitucional e a violação ou não a garantias processuais penais de defesa. E aludida avaliação ainda analisou relatórios de execução publicados pela Comissão acerca das Decisões-Quadro 2003/577/JAI, 2005/212/JAI e 2006/783/JAI, com a constatação da lentidão dos Estados Membros na transposição de normas atinentes aos modernos instrumentos de recuperação de ativos.

Outro dado que ilustra como essa proposta intentou criar Diretiva "divisora de águas" no campo da recuperação de ativos reside na apontada opção legislativa máxima. Na avaliação de impacto, a Comissão considerou a criação de Diretiva com diferentes graus de intervenção da União Europeia: uma opção não legislativa, uma opção legislativa mínima (em suma, com a correção das insuficiências do quadro jurídico então vigente) e uma opção legislativa máxima[616] (com a ampliação do quadro jurídico da União Europeia). Pois, do cotejo das três vias, a Comissão optou pela última, máxima (para alguns, quiçá radical), com a justificativa de que se prestaria a melhorar a harmonização das regras nacionais de confisco e de execução das decisões, e que redundaria em alterações nas disposições sobre confisco alargado e na introdução de novas figuras de confisco não baseado numa condenação e de confisco de bens de terceiros.

---

[614] Inclusive mediante consulta de profissionais e peritos via contatos nacionais da rede *Camden Asset Recovery Inter-Agency Network* (CARIN), criada em Haia, em 22 e 23 de setembro de 2004, cujos dados de história, estatuto, finalidade, integrantes e funcionamento constam em http://europol.europa.eu.

[615] Aludido estudo teve o título *"Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets"*, ou "Avaliação da eficácia dos Estados Membros na identificação, deteção, congelamento e confisco de bens de origem criminosa", estando disponível, na versão em língua inglesa, em http://ec.europa.eu/home-affairs/policies/crime/crime_confiscation_en.htm.

[616] Dividida em duas: uma incluindo e outra excluindo uma intervenção da União Europeia quanto ao reconhecimento mútuo pelos Estados Membros das decisões de congelamento ou de confisco.

É bem verdade que, a despeito da opção legislativa máxima, não foi abandonada pela Comissão a restrição da aplicação dos "remédios fortes às patologias graves", uma vez explicitada a base jurídica no artigo 83.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e, com efeito, a incidência das ferramentas de confisco almejadas apenas a infrações penais "em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça"[617], sendo listados naquele dispositivo o terrorismo, o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de mulheres e crianças, o tráfico de droga e de armas[618], o branqueamento de capitais, a corrupção, a contrafação de meios de pagamento, a criminalidade informática e a criminalidade organizada. Frise-se que, como uma das infrações penais plausíveis de receber os efeitos da Diretiva proposta era a "criminalidade organizada", haveria naturalmente a expansão desses efeitos a outros crimes, não especificados naquele artigo 83.º, n.º 1. No ponto, a Comissão aludiu a extensão a outras atividades criminosas, quando praticadas com participação em organização criminosa (com respaldo na Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada), e, também, à manutenção em vigor dos artigos 2.º, 4.º e 5.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI[619], alargando o leque de infrações penais plausíveis das formas inovadoras de confisco.

Em mais um aspecto que sintetiza a importância e o viés dessa proposta de Diretiva, a Comissão enfocou a subsidiariedade por ela respeitada, em acato ao artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia[620]. Pelo apanhado, a prevenção e o enfrentamento da criminalidade organizada vão ao encontro do elevado nível de segurança que deve ser proporcionado aos cidadãos da União Europeia[621], e isso enseja a ampliação das ações de confisco de bens de origem criminosa. Como a criminalidade organizada cada vez mais ostenta caráter transnacional, tem-se por justificada a adoção de providências numa base comum, ao nível da União Europeia, para regulamentar o congelamento e o confisco dos bens de origem criminosa. Com termos diversos, contra a criminalidade organizada

[617] As atividades criminosas aludidas pelo artigo 83, n.º 1, do TFUE também são conhecidas como "eurocrimes".
[618] Quanto à infração penal de tráfico ou contrabando de armas, somente se cometida num âmbito de criminalidade organizada.
[619] Em especial o n.º 1 do artigo 2.º, que prevê: "Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias que o habilitem a declarar perdidos, no todo ou em parte, os instrumentos e produtos de infracções penais puníveis com pena privativa da liberdade por período superior a um ano, ou bens de valor equivalente a esses produtos".
[620] Em síntese, reza que a União Europeia só pode agir se os objetivos da ação proposta não puderem ser suficientemente realizados pelos Estados Membros.
[621] Artigo 67.º do TFUE.

transnacional, uma política criminal transnacional – agressiva e musculada – de recuperação de ativos.

Segundo a proposta, e adentrando em temática rica em controvérsia, em todas as molduras cogitadas de confisco não foi olvidado o respeito ao princípio da proporcionalidade e a direitos fundamentais como o direito de propriedade, a presunção de inocência, o direito de defesa, o direito a um julgamento justo, o direito a um processo equitativo e público dentro de um prazo razoável, o direito a um recurso efetivo para um órgão jurisdicional e a ser informado sobre a forma de o exercer, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, o direito à proteção dos dados de caráter pessoal, o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito, assim como os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas.

O princípio da proporcionalidade estaria assegurado no confisco não baseado numa condenação, pois aplicável somente em circunstâncias limitadas, quando o arguido não possa ser demandado judicialmente devido a falecimento, doença ou fuga; o confisco alargado, apenas em hipóteses similares às positivadas na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal: ou seja, se um tribunal concluir, respaldado por dados concretos, que os bens de condenado por determinado crime são muito provavelmente oriundos de outras atividades criminosas; e, o confisco de bens de terceiros, só na situação em que a pessoa adquirente de bens tenha pago valor inferior ao de mercado, impondo-lhe o dever de ter suspeitado da origem criminosa. Dadas essas contingências excepcionais, esses novos quadros de confisco (hoje todos tipificados na Espanha[622], por exemplo), segundo a Comissão, não maculariam o princípio da proporcionalidade. Bem se vê que, para confiar nessa assertiva, é preciso, para além de recortar a raridade de aplicação dos instrumentos (o que soa razoável), distanciar-se da conotação da natureza jurídica de sanção (de qualquer espécie) a cada um deles, sob pena do chamamento do princípio da proporcionalidade na relação entre o ilícito típico atribuído ao arguido e o quantum dos bens pretendidos em confisco. Isso sem contar outros problemas de maior envergadura, como, por exemplo, o fato de um "não condenado" ou um terceiro sofrerem efeitos de uma sanção, sendo daí difícil escapar do malferimento de direitos fundamentais.

As circunstâncias de sempre assegurar a possibilidade de elisão da presunção da origem ilícita de bens, e da vedação do confisco alargado ao suposto produto de atividade criminosa em relação a qual o demandado tenha sido absolvido anteriormente (impedindo o *bis in idem*), mais as garantias específicas e as vias de recursos judiciais (possibilitando

[622] O que terá espaço de estudo no Capítulo seguinte deste trabalho.

nível equivalente de proteção e de respeito dos direitos fundamentais), incluindo o direito de ser informado do andamento do proceso e o direito a um advogado, no entender da Comissão, tornariam a Diretiva proposta consonante com os os direitos fundamentais correlatos, salientando que o TEDH, em casos concretos, anuiu à aplicação de regimes similares de confisco alargado.

Com essas premissas, a Comissão conformou proposta de Diretiva não só para harmonizar o regramento na União Europeia, mas, sobremodo, para tornar mais musculosas as ferramentas de confisco de bens como aparato anticriminalidade organizada, estabelecendo normas mínimas e mantendo eventuais mecanismos legais de alcance mais vastos já previstos nas legislações nacionais.

Especificamente, como a Decisão-Quadro 2005/212/JAI obrigava os Estados Membros à transposição de uma, duas ou das três opções de confisco alargado nela delineadas, ensejando os problemas adrede detectados, a Proposta concebeu uma figura mínima simplificada, em relação aos crimes listados no artigo 83.º, n.º 1, do TFUE, com aplicação quando um tribunal concluir, com fundamentação em dados concretos, que o condenado (por aquelas infrações) possui bens muito mais provavelmente com origem em outras atividades criminosas (tão graves ou semelhantes às quais restou condenado). Ou seja, foi chancelada tipificação em muito assemelhada à perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Além dela, como prenunciado, foram cotejadas molduras de confisco não baseado numa condenação[623] (quando esta for impossível devido ao arguido ter falecido, ter uma doença crônica ou fugido, fatos geradores do risco de impedir o processo criminal num prazo razoável e de prescrição) e de confisco de bens de terceiros (sobre bens transferidos por uma pessoa alvo de uma investigação ou já condenada), tendo lugar somente se provada a aquisição/transferência a título gratuito ou por preço inferior ao valor de mercado, sendo razoável ao terceiro suspeitar da fonte de um crime ou para evitar o confisco.

Essas metas objetivadas[624] fizeram da proposta de Diretiva um marco no processo de incorporação, pela União Europeia, dos novos instrumentos de recuperação de ativos.

---

[623] Modalidade especificamente estudada por BLANCO CORDERO, Isidoro. El decomiso sin condena en la Unión Europea: Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.); CALATAYUD, Manuel Maroto (Coord.). *Crisis financiera y derecho penal económico*. Madri: Edisofer, Buenos Aires: B de F, 2014, pp. 149-210; e que, depois, viria a ser positivada na legislação espanhola, como se verá adiante.

[624] Juntamente com outras, de viés operacional, como a exigência aos Estados Membros que autorizem a investigação financeira ao patrimônio da pessoa condenada e destinatária de confisco alargado, para permitir

Tanto que a proposta serviu de base à efetiva Diretiva que, em 2014, veio como um salto até então não visto no campo da política criminal de recuperação de ativos.

Mas, no entremeio da proposta e da efetiva Diretiva depois resultante, ainda houve outra Resolução do Parlamento Europeu, com foco precípuo na criminalidade organizada, mas que também abordou traços dos instrumentos agressivos de recuperação de ativos como o confisco ampliado.

3.4.3.3 Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de outubro de 2013, sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver

Essa Resolução do Parlamento Europeu[625] caracterizou-se pelo detalhamento e profundidade do trato do tema da criminalidade organizada, vinculando-o aos fenômenos da corrupção e do branqueamento de capitais, numa tentativa de abordagem exauriente de suas faces e dos instrumentos e métodos de enfrentamento, inclusive ao nível preventivo.

Outro ponto de grande importância na Resolução esteve no alerta explícito de que a menor importância (ou, mesmo, a leniência) que alguns Estados Membros dispensam ao fenômeno da criminalidade organizada em solo comunitário contribui nefastamente ao crescimento do problema. De fato, "um dos maiores perigos na luta contra as organizações de cariz mafioso reside numa potencial subavaliação do fenômeno, da sua complexidade, da extraordinária capacidade de organização dos criminosos, da sua capacidade de adaptação a diferentes ambientes geográficos e sociais, renunciando por vezes a um 'controle militar' do território para optar por uma estratégia 'subterrânea', que lhes permite obter lucros gigantescos permanecendo invisíveis"[626]. Também, nessa linha, foi reconhecido que os "esforços a nível europeu para garantir um quadro legislativo e jurídico harmonioso no que respeita à criminalidade organizada, à corrupção e ao branqueamento de capitais" não estavam sendo replicados adequadamente pelos Estados, bem assim que "determinados objetivos da luta contra a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais não podem ser cumpridos pelos Estados-Membros atuando isoladamente"[627].

---

a execução da decisão e evitar a prescrição das ações de confisco, a facilitação da gestão dos bens congelados para futura apreensão, e a obrigação de os Estados Membros prestarem informações.

[625] Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013IP0444.

[626] Considerando AX da Resolução, mencionando confirmação da assertiva pela Europol em 2013.

[627] Considerando AZ da Resolução.

Por conta dessa leitura atenta da realidade, evidenciada pela dicotomia entre a manutenção da progressão geométrica da criminalidade organizada, em contraponto à reação estatal-legal ainda tímida e hesitante, o Parlamento Europeu, almejando claramente a reversão desse quadro, provocou, pela Resolução, tanto a Comissão quanto os Estados Membros: estes, a transporem "atempada e corretamente para os seus respectivos ordenamentos jurídicos todos os instrumentos normativos europeus e internacionais em vigor em matéria de criminalidade organizada, corrupção e branqueamento de capitais"[628]; aquela, a "lançar um plano de ação europeu contra a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais, que inclua medidas legislativas e ações positivas destinadas a combater eficazmente estes fenômenos criminosos"[629].

Como o Parlamento Europeu tentou realizar diagnóstico o mais próximo possível da "doença grave", não surpreende tenha tratado, explicitamente, na Resolução, dos "remédios fortes".

No item 17, ponto em que relevada a necessidade dos instrumentos de reconhecimento mútuo e de uma legislação europeia para a exequibilidade das sentenças penais e de outras medidas judiciais, mencionaram-se as ordens de confisco, no afã de que passem a ser aplicadas mais eficazmente nos Estados Membros distintos daqueles em que foram emitidos. Com o mesmo escopo voltado à recuperação de ativos, o Parlamento instou a Comissão "a apresentar, a título prioritário, uma proposta legislativa concreta para conferir eficácia ao mútuo reconhecimento das ordens de apreensão e confisco, inclusive das emitidas em âmbito civil", e aludiu à questão da melhora da assistência judiciária mútua e do reconhecimento dos meios de prova entre os Estados Membros – trecho do qual se pode depreender o esforço para a superação dos problemas em matéria de prova no que toca às ferramentas mais agressivas de confisco.

No sequente Item 19, o Parlamento Europeu endossou a importância a que os Estados Membros adotem rapidamente – via transposição – a futura Diretiva relativa ao confisco do produto do crime, atribuindo prioridade à configuração de normas para uma harmonização ao nível europeu. No Item 20, tanto os Estados Membros como a Comissão foram concitados à cooperação internacional e a apoiarem o programa europeu de incentivo ao intercâmbio e à difusão de boas práticas quanto à gestão eficaz dos bens confiscados, em similar, por exemplo, ao realizado pelo Projeto Fenix.

[628] Item 3 da Resolução.
[629] Item 2 da Resolução.

Mas foi a partir do item 27, com a intitulação "por termo às atividades da criminalidade organizada através da apreensão dos seus produtos e bens", que a Resolução adentrou no campo da recuperação de ativos pelos meios mais musculosos. No ponto, anotou-se solicitação aos Estados Membros para que, tendo por parâmetro as legislações nacionais mais avançadas, introduzam ferramentas de confisco não baseados numa condenação (*non conviction based confiscation*), como a *actio in rem*, naquelas hipóteses em que as provas disponíveis possibilitem a presunção de "que os bens resultam de atividades criminosas ou são utilizados para a prática de atividades ilícitas". No item sequente (28), o Parlamento suscitou aos Estados a cogitação de instrumentos de confisco preventivo (quiçá à semelhança da figura existente na Itália, hoje regrada pelo Codice Antimafia de 2011[630]), mas com o respeito das garantias constitucionais e dos direitos de propriedade e de defesa, mediante decisão judicial.

E, depois, a Resolução reiterou, no âmbito dos instrumentos de confisco e apreensão de bens, a importância de a Comissão criar proposta legislativa tendente ao reconhecimento mútuo – e à execução rápida – das correlatas ordens judiciais, inclusive referentes às medidas de proteção de bens das autoridades italianas (isto é, numa clara remissão às medidas de prevenção do Decreto Legislativo n.º 159/2011, da Itália) e às medidas de direito civil existentes em diversos países da União Europeia (como a *civil recovery* do Reino Unido). Foi enfatizado aos Estados Membros o desenvolvimento da cooperação administrativa, policial e judiciária para o rastreamento na União Europeia dos bens de origem criminosa, a fim de serem apreendidos e confiscados, destacando-se as atividades dos gabinetes de recuperação de bens[631].

Não foi olvidada a situação dos terceiros, constando, no item 34, a recomendação aos Estados Membros da criação de normas geradoras de responsabilização penal tanto a quem atribui ficticiamente bens ou ativos a terceiros, na tentativa de evitar o confisco, como contra os próprios terceiros que a isso se prestam.

Por fim, ressaltando o aspecto operacional, a Resolução deu ênfase ao papel dos agentes públicos imbuídos do mister anticriminalidade organizada, solicitando aos Estados Membros e à Comissão o reforço da atuação de juízes, procuradores e outros agentes, principalmente com a formação em investigação financeira, a plena utilização de instrumentos financeiros e o aprendizado de línguas estrangeiras, tudo para facilitar a cooperação transnacional e o intercâmbio das melhores práticas. E foi salientado que o

[630] Tópicos que serão examinados no Capítulo seguinte.
[631] Itens 29 a 31.

combate à criminalidade organizada somente terá êxito pela cooperação judiciária e policial entre os Estados Membros, com o lembrete de que já há instrumentos jurídicos à disposição para tal finalidade, de modo que o maior obstáculo, ao sentir do Parlamento, reside na a falta de vontade política dos Estados Membros[632].

Enfim, pela Resolução, a luta contra a criminalidade organizada reclama, dentre outros aspectos, a incidência dos "mecanismos de confisco de ativos de origem criminosa que sejam eficazes e dissuasores"[633]. A ousada meta do Parlamento Europeu espelhada da Resolução, a ser aplicada mediante plano de ação para período ainda em vigência (2014-2019), e que ultima a "erradicação da criminalidade organizada, da corrupção e do branqueamento de capitais", passa, dentre outros fatores igualmente ambiciosos (como abolir o sigilo bancário e eliminar os paraísos fiscais na União Europeia), pelo estabelecimento de uma definição de criminalidade organizada, de corrupção e de branqueamento de capitais (incluindo o autobranqueamento), pela promoção dos instrumentos para a apreensão e o confisco do produto do crime (com a adição dos métodos modernos de confisco, como o de natureza direito civil), e pelo reconhecimento mútuo de todas as medidas judiciais, aí inseridas as ordens de confisco[634].

Por enveredar no que pode ser considerado o núcleo duro da moderna política criminal de recuperação de ativos (no território da União Europeia), não surpreende que a Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de outubro de 2013, sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver, tenha pautado as diretrizes da sequente 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, talvez o diploma normativo mais importante nessa área em solo europeu, ao menos até aqui.

---

[632] Itens 56 e 63.

[633] Ao lado dos "esforços para trazer à justiça aqueles que deliberadamente escapam às buscas policiais (os chamados fugitivos)", e da "impossibilidade de líderes de grupos criminosos na prisão, sem prejuízo dos direitos fundamentais dos detidos, continuarem, apesar de encarcerados, a dirigir a sua organização e a dar ordens aos seus membros" (item 84), tudo inserto em "sistemas de justiça penal eficazes, eficientes, responsáveis e equilibrados, e que sejam, além disso, capazes de garantir os direitos de defesa, de acordo com a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais" (item 82).

[634] Item 131, I, XI e XIII, da Resolução.

3.4.3.4 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

Percorrido, grosso modo, o histórico de diplomas normativos recentes que trataram da recuperação de ativos via remédios fortes de confisco, o culminar deste tópico torna imprescindível, pela atualidade e importância ao tema, a análise da 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[635], que, na linha do acima observado, atende ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (em especial aos artigos 82, nº 2, e 83, nº 1), àquela proposta da Comissão Europeia e a pareceres do Comitê Econômico e Social Europeu e do Comitê das Regiões.

A Diretiva 2014/42/UE[636], na premissa de que a criminalidade internacional organizada (aí incluindo as organizações criminosas do tipo máfia) tem como principal objetivo o lucro, reiterou às autoridades competentes a necessidade da utilização e da ampliação dos meios para detectar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime (artigo 1º, nº 1), com a estipulação de regras comuns mínimas, bem assim o incremento da cooperação internacional[637]. Como justificativa, a Diretiva 2014/42/UE citou que, a despeito da precariedade das estatísticas, não há dúvida de que os montantes recuperados são insuficientes em comparação com a estimativa do que resulta como produto do crime, sobretudo porque os procedimentos de perda, embora previstos nas legislações de grande parte dos Estados Membros, continuam a ser pouco utilizados[638]. As conclusões dos relatórios da Comissão sobre a aplicação das Decisões-Quadro

[635] O exame de cada um dos instrumentos de recuperação de ativos preconizados pela Diretiva 2014/42/UE consta em 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". *Diritto Penale Contemporaneo:* Rivista Trimestrale, Milão, nº 1, 2015, pp. 300-336. Na mesma toada, e tratando a Diretiva 2014/42/UE como "marco jurídico del decomiso y del embargo en la Unión Europea", vide AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea. In: VARGAS, Álvaro; LOZANO, Renato Vargas (Compil.). *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2017, pp. 135-163, retomando o assunto abordado pela mesma autora em AGUADO CORREA, Teresa. La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, 2015, pp. 1-34.

[636] Disponível na versão em português em http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da-diretiva/downloadFile/attachedFile_f0/DIR_2014_42.pdf?nocache=1398788387.36.

[637] O Programa de Estocolmo e as conclusões do Conselho "Justiça e Assuntos Internos" sobre a perda e a recuperação de ativos, de junho de 2010, reforçam a essência da maior eficácia na identificação, perda e reutilização dos bens resultantes das atividades delituosas.

[638] Considerando 4 da Diretiva 2014/42/UE.

2003/577/JAI, 2005/212/JAI e 2006/783/JAI mostraram que tanto os regimes vigentes de perda alargada quanto o aspecto de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda não têm sido eficazes (neste ponto, pelas diferenças entre os direitos dos Estados Membros). Daí a meta de ampliar as disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI[639], não escapando até mesmo o alargamento das infrações penais sujeitas aos procedimentos mais agressivos de recuperação de ativos (artigo 5º, nº 2), sem prejuízo da manutenção do alcance a outras infrações, porventura constante nas leis nacionais.

A Diretiva 2014/42/UE manteve a liberdade de os Estados Membros criarem seus próprios procedimentos de perda, ligados a um processo penal, mas pretendeu tecer parâmetros comuns mínimos. Nessa trilha, suscitou ser premente uma definição atual e de moldura comum quanto ao que é "produto do crime", aí inserindo, por óbvio, o produto direto, e, ainda, os ganhos indiretos[640] (vindos daquilo que é reinvestido ou transformado em outros bens) e o que acaba misturado com bens de fonte legítima (artigo 2º, nº 1), limitado ao valor estimado do produto do crime que entrou na "mistura". Os rendimentos de quaisquer bens nessas condições igualmente devem ser considerados para congelamento e perda, cujo foco pode atingir documentos legais ou atos comprobatórios da propriedade dos ativos ou de direitos relacionados[641].

A Diretiva 2014/42/UE prosseguiu condicionando a perda de ativos à condenação definitiva por infração penal, mas fez expressa menção à possibilidade dos processos à revelia e, excepcionalmente, mesmo na ausência de decisão condenatória com trânsito em julgado, em situações de doença ou de fuga do suspeito ou arguido (artigo 4º, n.ºs 1 e 2). Noutra exceção, a Diretiva cotejou hipótese em que a perda não seja ordenada, quando acarretar "dificuldades indevidas para a pessoa em causa, com base na especificidade do caso"; porém, reforçando seu viés, impôs o "uso muito restrito desta possibilidade", somente quando a pessoa restar colocada "numa situação em que lhe seja muito difícil sobreviver"[642].

---

[639] Considerandos 8 e 9 da Diretiva 2014/42/UE.

[640] Na perspectiva da Diretiva 2014/42/UE, mormente pelo que se infere do artigo 2.º, n.º 1, "produtos" são também as "vantagens" da infração penal, isto é, "qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal", dando azo, inclusive, ao patamar do que se presume vantagem da infração penal. Nessa linha, CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (...) Sobre o Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia No Direito Português Vigente. *Revista do CEJ* (Centro de Estudos Judiciários), II (2.º Semestre de 2014), Lisboa, 2014, p. 90; e RODRIGUES, Helio Rigor. Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como atua. *Revista do CEJ*, Lisboa, a. 2013, n.º 1, p. 66, nota 10.

[641] Considerandos 10 e 11 da Diretiva 2014/42/UE.

[642] Considerando 18 da Diretiva 2014/42/UE.

No que mais importa a este trabalho, a Diretiva 2014/42/UE ressalvou que a conceituação autônoma por ela trazida à perda e ao congelamento (artigo 7º) de bens não deve afetar que os Estados Membros a observem com base naquilo que já possuem positivado, mesmo que como sanção ou outras medidas. Na prática, a Diretiva 2014/42/UE, com suas metas e novas definições, tentou evitar retrocessos nos Estados Membros[643] que, como Portugal, Espanha e Itália, preveem em suas legislações instrumentos de recuperação de ativos, a despeito de sua natureza jurídica ainda pendente de conceituação. Portugal, igualmente, já tem gabinetes de recuperação, administração e venda de bens[644], estruturas para as fases do congelamento, de uso público ou social, e da futura alienação, mencionadas como necessárias pela Diretiva no artigo 10º, nºs 1, 2 e 3 (e no item 10 da fundamentação).

A perda alargada, em si (não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produtos de outros crimes[645]), ganhou destaque especial (artigo 5º, n.º 1), mormente no que toca à harmonização de suas disposições (conceituadas diferentemente em vários direitos nacionais, a partir das possibilidades aventadas na transposição da Decisão-Quadro 2005/212/JAI), com o escopo de uma norma mínima única.

Noutro enfoque, na meta de "alargar a perda alargada", assinalou a Diretiva que deve ela ser factível não apenas quando a infração penal é cometida em ação de "crime organizado ou com o intuito de gerar lucros regulares", a despeito de os Estados poderem usar tais critérios para determinar "se a infração é suscetível de ocasionar benefícios econômicos"[646]: foi chancelada a premissa de que a perda alargada enseja que o tribunal conclua pela derivação dos bens da infração ou do comportamento criminoso, conclusão esta que independe da prova peremptória dessa derivação, podendo estar calcada numa presunção, ponderadas as circunstâncias específicas do caso[647] (artigo 5º, n.º 1[648]).

---

[643] Que seguem livres para "definir a perda de bens de valor equivalente como medida subsidiária ou alternativa à perda direta, consoante adequado nos termos do direito nacional" (considerando 14).

[644] A Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou os Gabinetes de Recuperação de Ativos e de Administração de Bens, tema que será analisado no Capítulo 6.

[645] Considerando 19 da Diretiva 2014/42/UE.

[646] Considerando 20 da Diretiva 2014/42/UE.

[647] "Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades" – considerando 21.

[648] Em tom crítico, Conde Correia observa que Portugal não transpôs o regime de perda alargada concebido pelo artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE, tampouco adotou alguma das modalidades previstas na Decisão-Quadro 2005/212/JAI, notadamente por inserir e manter, na ferramenta da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a condenação ao pagamento do valor do patrimônio incongruente do condenado, não se tratando, em

À semelhança do instrumento positivado em Portugal, foi acenada, como fator à presunção, a desproporção entre os bens da pessoa e seus rendimentos lícitos, bem assim a estipulação de lapso temporal à incidência da perda alargada (item 21 da fundamentação). Outrossim, reforçou-se aos Estados a válvula de uma maior flexibilização "no que toca às suas regras em matéria de elementos probatórios" (item 22) no sítio da recuperação de ativos, mas com a imposição de uso em ao menos algumas das infrações penais definidas na diretiva, sem prejuízo de outras.

A Diretiva 2014/42/UE também não descurou da situação dos "terceiros com conhecimento de causa", que, comumente, recebem dos agentes da criminalidade organizada os ativos das infrações penais (item 24, artigo 6º, nº 1). Apontando que "o quadro jurídico da União em vigor não contém regras vinculativas em matéria de perda de bens transferidos para terceiros", suscitou que as ferramentas legais, subsidiárias ou alternativas à perda direta (item 25) possam alcançá-los, sejam pessoas físicas ou jurídicas (coletivas), mas sempre com o resguardo dos direitos fundamentais (inclusive pela via recursal), da boa-fé e da faculdade de ser ouvido e fazer prova da propriedade debatida, (item 33, artigo 6º, nº 2), isso em relação tanto a terceiros como a qualquer pessoa atingida pelas ferramentas de recuperação de ativos (as "salvaguardas" do artigo 8º). Enfatizou a utilização e a aproximação de práticas de congelamento (artigo 7º), que, diretamente, mais do que assegurar a futura perda ou eventual indenização pelos danos causados, podem evitar o desvio dos bens a terceiros (itens 26 a 29).

Coadunada com as tendências modernas, a Diretiva 2014/42/UE insinuou a autonomização dos procedimentos de perda em relação ao processo penal. Com o argumento de que, frequentemente, suspeitos e arguidos escondem bens no cursivo da ação penal, obstando a recuperação ou perda e possibilitando-lhes o gozo do produto da infração penal após o cumprimento da sanção criminal, a Diretiva 2014/42/UE grifou a necessidade da determinação exata do patrimônio a ser atingido, bem assim a brecha de que o procedimento correlato prossiga "mesmo após a condenação definitiva por uma infração penal" (artigo 9º).

Esse indicador dá margem à ideia de autonomização parcial, limitada à mera sequência do procedimento de perda para além do momento da condenação criminal – sabe-se, hoje, não raro, a perda alargada é decidida no próprio processo penal (como em

---

essência, de um confisco ampliado de bens; cf. CORREIA, João Conde. O confisco e a «fixação» do enriquecimento ilícito. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 260-263.

Portugal) ou em incidente paralelo, julgado em concomitância com o mérito da ação penal. Noutro tanto, o mesmo indicador da Diretiva 2014/42/UE pareceu rechaçar, ao menos por via transversal, o entendimento de que há uma total inversão do ônus da prova em determinados procedimentos de perda alargada, como na prevista em Portugal. Isso porque, ao mencionar a "necessidade da determinação exata do patrimônio cuja perda deva ser decidida" (trecho do considerando n.º 30), a Diretiva 2014/42/UE soou obviar que ao Ministério Público há o ônus de apurar a dimensão do que pretende em decisão de perda alargada, notadamente por meio de investigação financeira idônea.

Com outras palavras, a despeito da margem à presunção (incidente sobre a diferença entre o patrimônio detectado e o que os rendimentos lícitos do arguido poderiam conformar), ela não se opera direta e singelamente da fórmula "todo o patrimônio é proveito do crime, salvo aquilo que o arguido provar fruto de seus rendimentos legais". Da Diretiva 2014/42/UE é possível inferir que a acusação tem o ônus de provar, para fins de liquidação/execução do confisco, a totalidade do patrimônio do arguido, e indicar o que provavelmente provém de ilícito, daí retirando, por subtração aritmética, a pretensão de perda alargada.

A Diretiva 2014/42/UE destinou aos Estados Membros, via análise jurídica ou discussão das vantagens e inconvenientes, a ponderação do uso, legalmente autorizado, de bens declarados perdidos, para fins de interesse público ou social (como a repressão e prevenção da criminalidade[649]). Outrossim, impôs a coleta de dados estatísticos em matéria de congelamento e de perda de bens, para repasse à Comissão (artigo 11 e considerandos 36 e 37), e chancelou o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais, bem assim à interpretação dada à matéria (de recuperação de ativos) pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (considerando 38 e artigo 8º, "salvaguardas"[650]).

A Diretiva 2014/42/UE ainda fez menção à adoção de garantias para assegurar que, regra geral, as decisões de perda sejam fundamentadas, salvo em caso de renúncia a esse

[649] Considerando 35 da Diretiva 2014/42/UE.

[650] Campo em que foram ressaltadas a Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal; e a Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares.

direito, em processos penais simplificados[651]. Pensa-se que, no ponto, houve redundância ou excesso de zelo, pois inviável se considerar uma decisão de perda alargada, advinda de processo penal ou não, em que se prescinda a fundamentação.

Por fim, a Diretiva 2014/42/UE recortou sua justificativa do princípio da subsidiariedade do artigo 5º do Tratado da União Europeia, pelo fato de que seu objetivo – de perda de bens em matéria penal – não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados Membros, mas sim ao nível da União Europeia. E estipulou sua aplicação, pelos Estados Membros, mediante disposições legislativas, regulamentares e administrativas, até 4 de outubro de 2015[652] (artigo 12, n.º 1).

A síntese feita, por si só, traduz a importância da Diretiva 2014/42/UE ao ambiente das modernas ferramentas legais de recuperação de ativos, significando um divisor de águas na política criminal transnacional de busca de retirada do lucro das organizações criminosas. Sua transposição pelos Estados Membros pode ser exemplificada nas alterações operadas no ordenamento jurídico da Espanha, no ano de 2015, com a sensível ampliação do leque dos instrumentos de perda alargada[653], ou na legislação congênere de Portugal, pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio[654].

No entanto, se extremamente profícua no que toca ao incremento dessa moderna política criminal antilucro das atividades criminosas, por outro lado, a Diretiva 2014/42/UE mais trouxe questionamentos do que soluções no que tange ao alcance de uma definição da natureza jurídica dos instrumentos de perda alargada, aí incluindo quiçá a principal figura por ela entabulada, que se assemelha[655] àquela positivada no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

---

[651] Considerando 39 da Diretiva 2014/42/UE.

[652] Com posterior prorrogação para 4 de outubro de 2016, como lembra COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 5.

[653] Como será visto no Capítulo seguinte deste trabalho.

[654] A Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, conforme estudado nos itens 2.2.1 a 2.2.4, trouxe importantes modificações aos instrumentos de confisco clássico previstos no Código Penal português, além de aditar à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, tema que merecerá apreço no Capítulo 5 desta tese. No ponto, embora não se discorde de todo de João Conde Correia, ao afirmar que "as soluções consagradas na nova Diretiva, mesmo as mais polémicas (confisco não baseado numa condenação, nos termos do art.º 4.º, n.º 2), não significam, afinal, grandes alterações à lei Portuguesa vigente, máxime aos Códigos Penal e de Processo Penal" (CORREIA, João Conde. Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (...) Sobre o Congelamento e a Perda dos Instrumentos e Produtos do Crime na União Europeia No Direito Português Vigente. *Revista do CEJ* (Centro de Estudos Judiciários), II (2.º Semestre de 2014), Lisboa, 2014, p. 112), certamente isso não compreende atenuar a importância da Diretiva 2014/42/UE e sua transposição pela via da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, à legislação de Portugal na seara de recuperação de ativos.

[655] Assemelha-se, mas não coincide, o que se infere mediante comparação *ictu oculi*. Como antes citado, essa situação tem sido por vezes interpretada no sentido de que Portugal não transpôs a Diretiva 2014/42/UE no que toca à perda alargada, inclusive com a antevisão das consequências de eventual transposição ao regime

A Diretiva 2014/42/UE, aqui indiretamente se contrapondo aos argumentos doutrinários que colocam em xeque a adequação dos instrumentos de confisco ampliado à CEDH e às Constituições dos Estados, sedimentou sua possibilidade de aplicação quando um tribunal conclua pela ligação entre determinados bens e alguma atividade criminosa com fulcro em presunção. Dentre as "circunstâncias específicas do caso", plausíveis de ensejar aludida presunção, está a desproporção entre os bens da pessoa condenada e seus rendimentos lícitos. Ou seja, algo parecido com o fulcro da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Mas, seja a esta roupagem de perda alargada, seja às demais cotejadas, permaneceu a Diretiva 2014/42/UE distante de adentrar no polêmico âmbito de sua natureza jurídica, embora tenha deixado pistas.

Não há nenhuma dúvida, até porque explicitado no título da Diretiva 2014/42/UE, ela versou sobre perda de instrumentos e produtos do crime, tendo por foco as organizações criminosas. Sendo assim, a primeira interpretação viável é de que trouxe considerações acerca das consequências da prática de infrações penais, suscitando, então, às ferramentas cogitadas, os conceitos de pena, efeito de pena ou medida de segurança. Em trilha similar, ainda no introito das considerações, houve a menção de que a neutralização dos produtos do crime presta-se a "prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada"[656], sendo cediço que a prevenção (por excelência) e a repressão têm sido aceitas por todo lado como finalidades da sanção penal. E se pode recortar similar vetor até mesmo do trecho em que assegurado aos Estados Membros a criação ou a manutenção de procedimentos de perda vincados a um processo penal – embora tal vinculação ou enxerto não signifiquem, peremptoriamente, a assunção de uma perda (clássica ou alargada) como pena, efeito de pena ou medida de segurança.

Entrementes, transcendendo esse molde de natureza jurídica esboçada, ao entabular a ampliação das disposições das Decisões-Quadro 2001/500/JAI e 2005/212/JAI, e passar a considerar como definição de produtos do crime não apenas o ganho/lucro direto, mas

---

da ferramenta legal da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Nessa linha, DIAS, Maria do Carmo Silva. "Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º) e "Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º). In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 98-102 e pp. 113-117; e NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Reflexões acerca da Transposição da Diretiva 2014/42/UE em Matéria de Confisco "Alargado" de Vantagens Provenientes da Prática de Crimes. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 126-134.

[656] Considerando 1 da Diretiva 2014/42/UE.

aqueles bens indiretamente auferidos, aí incluindo os transformados, misturados, convertidos e, no que mais aqui interessa, os presumivelmente obtidos de fonte ilícita, a Diretiva 2014/42/UE inegavelmente deu azo a um distanciamento do trato da perda de bens de uma reação penal. Assim também é o que brota da menção de que o congelamento e a perda previstos na Diretiva 2014/42/UE ostentam conceitos autônomos, os quais, contudo, não deverão impedir os Estados Membros à sua execução por meio dos ordenamentos nacionais que os considerem sanções, ou com outros tipos de medidas.

Há, pois, o claro sinal da plausibilidade de atribuir ao confisco (clássico ou alargado, e quiçá a outras modernas ferramentas legais de recuperação de ativos) a opção da natureza jurídica de "sanção" (se assim conceituadas em determinado direito de Estado Membro) ou dela distinta.

Essa reserva de alternativa é de todo compreensível. A Diretiva 2014/42/UE, ao lado de respaldar a viabilidade de uma decisão de perda mediante uma condenação definitiva (até mesmo à revelia) por uma infração penal, agregou a hipótese sem uma condenação definitiva, havendo doença ou fuga do suspeito ou arguido. Obviamente, nesta conformação, em que inexiste o requisito da condenação definitiva, não se há falar em perda como pena, efeito de pena ou reação penal de qualquer espécie.

Especificamente quanto à perda alargada, aquela aludida alternativa é ainda mais relevante, e não apenas porque desde sempre houve controvérsia acerca de sua natureza jurídica. Já visto, a noção de perda alargada delineada pela Diretiva 2014/42/UE não se ateve somente àquela positivada em Portugal, fazendo remissão aos três conjuntos suscitados pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI, e almejando uma possível harmonização tendente à normatização comum mínima – grosso modo, de que aplicação da perda alargada pode ser plausível quando um tribunal concluir que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso.

Esse desenho sintetizado, na meta de harmonização em normas mínimas, torna mais complexa – para não dizer improvável – a chegada a uma natureza jurídica comum. Tais normas mínimas – para o fim de reconhecer que bens são oriundos de comportamento criminoso não provado – traduzem-se na possibilidade de que os Estados Membros apliquem modalidade de perda alargada quando um tribunal considerar, pelas probabilidades ou por razoável presunção, ser bastante mais provável a origem criminosa dos bens. Veja-se que a circunstância de os bens da pessoa serem incongruentes com seus rendimentos lícitos, mote que embasa a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é apenas uma das possíveis, e não a única. Com outras palavras, a Diretiva

2014/42/UE em momento algum desautorizou os Estados Membros quanto à utilização das demais modelagens de perda alargada contempladas pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI, em seu artigo 3.º, n.º 2.

Daí a complexidade de se tentar uniformizar uma natureza jurídica. Pela Diretiva 2014/42/UE: "quando um tribunal nacional, com base em fatos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º1 que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie"[657]; "quando um tribunal nacional, com base em fatos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º1 do presente artigo que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie"[658]; e "quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em fatos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada"[659], são todas ferramentas de perda alargada viáveis para utilização pelos Estados Membros, porquanto, em essência, vincam-se à pretendida norma harmônica de ser plausível a um tribunal concluir que os bens têm probabilidade de origem em comportamento criminoso – paralelo ao resultante na condenação do agente – em virtude de determinadas circunstâncias (variantes em cada uma das hipóteses).

Aliás, como adrede visto em relação a esses instrumentos do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, ao menos no que tange aos dois primeiros (letras "a" e "b"), é inconcebível a consideração como pena ou efeito de pena. Atinente à figura do artigo 3.º, n.º 2, letra "c", a discussão é a que acompanha o desenrolar deste trabalho.

Por isso a Diretiva 2014/42/UE, na índole de disseminar ferramentas de recuperação de ativos como a perda alargada, e compelir os Estados Membros à sua utilização nos ordenamentos internos e pela via de cooperação[660], limitou-se ao desenho de normas mínimas, sem qualquer pretensão de imiscuir-se numa definição de natureza

[657] Artigo 3.º, n.º 2, letra "a", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.
[658] Artigo 3.º, n.º 2, letra "b", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.
[659] Artigo 3.º, n.º 2, letra "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.
[660] Sobre o tema, vide PALMA, Maria Fernanda. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 11-22.

jurídica[661]. O que em nada macula sua condição de marco paradigmático, lembrando que, para além das normas mínimas e da estipulação de prazo exíguo de transposição, a Diretiva 2014/42/UE assegurou aos Estados Membros a manutenção, nos direitos nacionais, de poderes mais alargados no campo da recuperação de ativos, notadamente no que concerne às regras sobre elementos probatórios (nicho que pode ser considerado o núcleo duro no debate dos instrumentos de perda alargada, pela relativização da prova da origem ilícita ou presumivelmente ilícita de determinados bens de uma pessoa condenada por crime normalmente ligado à criminalidade organizada) e às infrações penais passíveis de aplicação (pelo menos nas infrações penais definidas na Diretiva, não havendo, pois, taxatividade ou restrição). E, também mencionado, avançou na área da perda de bens de terceiros, podendo ser tratada pelos Estados Membros como uma medida subsidiária ou alternativa à perda direta.

Em suma, depreende-se que a Diretiva 2014/42/UE, mesmo tangenciando a discussão sobre a natureza jurídica de qualquer das ferramentas de perda de instrumentos ou produto de certas infrações penais, indicou uma variedade de possibilidades (aí incluindo para as hipóteses de perda alargada), desde a ortodoxa visão como pena ou efeito de pena (reação penal), passando por uma medida de segurança (ou algo equivalente) e culminando até na acepção de uma simples "medida", pendente de adjetivação.

3.4.3.5 O Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018

Adrede mencionado, em 20 de junho de 2018 foi aprovado, no Conselho da União Europeia, o Projeto de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, "que regulará o reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda, visando garantir a uniformidade na aplicação deste instrumento e evitar problemas colocados pela transposição tardia ou incorreta por parte dos Estados"[662]. O projeto resultou no

[661] Conforme o Colóquio Recuperação de Ativos, Diretiva 2014/42/UE, Conclusões, de 8 de novembro de 2017, p. 4, realizado pela Procuradoria-Geral Distrital de Porto (disponível em <http://www.trg.pt> Acesso em: 09 abr. 2018), todas as modalidades de confisco ampliado preconizadas pela Diretiva assumem natureza civil, pois assentadas no princípio do aniquilamento do enriquecimento injustificado. Essa assertiva será discutida quando da análise da natureza jurídica da perda alargada, no Capítulo 6 deste trabalho.

[662] SIMÕES, Rita. A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 387.

Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda[663].

Como anteviu Rita Simões, o Regulamento UE 2018/1805 agora abrange "o reconhecimento mútuo de todos os tipos de ordens de apreensão e de perda cujas regras mínimas comuns são estabelecidas pela Diretiva 2014/42/UE, nomeadamente a perda clássica, a perda alargada, a perda de bens de terceiros e o confisco não baseado numa condenação em caso de fuga ou doença, falecimento, mantendo-se fora do âmbito de aplicação (...) a *actio in rem* de natureza civil"[664].

Considerado por Anna Maugeri como uma pedra angular para a cooperação e a eficiência[665], o Regulamento UE 2018/1805 tende a propiciar um salto de qualidade na União Europeia no campo da recuperação de ativos e trazer avanços de outras matizes: afinal, como verbalizado por Pedro Caeiro, "é já um lugar-comum afirmar-se que o reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal e a harmonização das leis penais são as duas principais traves-mestras do incipiente direito penal europeu"[666].

Outro dado digno de nota, como lembra João Conde Correia, é a utilização pelo legislador europeu, pela primeira vez em matéria de cooperação judiciária penal, de um regulamento, instrumento diretamente aplicável, "criando assim um regime uniforme e válido em todos os Estados-Membros"[667].

Numa rápida súmula, o Regulamento UE 2018/1805 estabelece as regras "segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro no âmbito de

---

[663] Vide https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1805&from=EN.

[664] SIMÕES, Rita. A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 387.

[665] MAUGERI, Anna Maria. Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/2944-maugeri2019a-converted.pdf> Acesso em: 20 Abr. 2019.

[666] CAEIRO, Pedro. O confisco numa perspetiva de política criminal Europeia. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 24. Também afiançando a importância do tema, Maria Fernanda Palma aduz que "o reconhecimento mútuo de decisões judiciais está hoje no cerne do debate sobre se já existe – e em que medida – um Direito Penal Europeu"; cf. PALMA, Maria Fernanda. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 11.

[667] CORREIA, João Conde. Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia? In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 349.

processos em matéria penal" (artigo 1.º, n.º 1), com a ressalva de que "não se aplica a decisões de apreensão e decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa (artigo 1.º, n.º 4).

No artigo 2.º, define o que são "decisão de apreensão" ("emitida ou validada por uma autoridade de emissão para impedir a destruição, transformação, retirada, transferência ou afetação de bens tendo em vista a perda" – n.º 1) e "decisão de perda" ("sanção ou medida de caráter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma infração penal, que conduza à privação definitiva de bens de uma pessoa singular ou coletiva" – n.º 2). No ponto, interessa mencionar que o Regulamento UE 2018/1805 deixa amplo o leque das possibilidades de naturezas jurídicas do instrumento de perda, da mais ("sanção) a menos ("medida") gravosa.

O artigo 2.º, n.º 3, alínea c), enfatizando o impulso à seara da recuperação de ativos, regra que "são passíveis de perda mediante a aplicação no Estado de emissão de um dos poderes de perda previstos na Diretiva 2014/42/UE", ao passo que a sequente alínea d) aduz também serem passíveis de perda "por força de quaisquer outras disposições relacionadas com os poderes de perda, incluindo a perda sem condenação definitiva, previstos na legislação do Estado de emissão relativamente a uma infração penal".

Breve digressão: mediante análise perfunctória, num exercício prospectivo, pondera-se que as alíneas c) e d) do artigo 2.º convergem no sentido da possibilidade de que uma decisão de aplicação da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, reste executada em outro Estado Membro da União Europeia, notadamente pelo que dispõe a alínea d) – já que não há uma identidade absoluta entre o instrumento legal de Portugal e a hipótese de perda alargada desenhada no "Considerando 21" e no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE[668].

Feita a digressão, retoma-se que o artigo 2.º, n.º 9 descreve quem é a "autoridade de execução" das decisões de apreensão ou de perda.

Sempre no viés musculado, o artigo 3.º, n.º 1, estipula como regra que as decisões de congelamento ou as decisões de confisco sejam executadas sem verificação da dupla criminalização, no caso de fatos puníveis no Estado de emissão com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a três anos e que consistam em uma ou mais

[668] Para uma comparação entre as ferramentas de perda alargada, vide DIAS, Maria do Carmo Silva. "Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º) e "Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º). In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 106-113.

infrações penais, positivadas no direito do Estado de emissão, listadas no artigo 3.º, n.º 1, itens 1) a 32).

Na sequência, o Regulamento UE 2018/1805 cuida das decisões de apreensão, como a forma de transmissão pela via de certidão (artigo 4.º), nalguns casos a vários Estados de execução em simultâneo (artigo 5.º, n.º 2), com ênfase na rapidez e prioridade (artigo 7.º, n.º 1, e artigo 9.º, n.º 1), e na confidencialidade (artigo 11.º), admitindo-se a não execução apenas em hipóteses excepcionais (artigo 13.º).

A transmissão das decisões de perda, que se dá via certidão (artigo 17.º, n.º 1), é regulada a partir do artigo 14.º, sendo que a transmissão não limita o direito de o Estado de emissão executar a decisão (artigo 16.º, n.º 1). É dever da autoridade de execução reconhecer a decisão e tomar as medidas necessárias para a sua execução, como se tratasse de uma decisão de perda nacional, exceto diante de um dos motivos de não reconhecimento ou de não execução (artigo 18.º, n.º 1). O Regulamento UE 2018/1805 prevê fungibilidade às decisões de perda: se uma decisão "disser respeito a um bem específico, as autoridades de emissão e as autoridades de execução podem acordar, caso tal esteja previsto na legislação do Estado de emissão, que a perda a executar no Estado de execução pode ser realizada através da perda de um montante em dinheiro correspondente ao valor do bem que seria declarado perdido" (artigo 18.º, n.º 2); e "se a decisão de perda disser respeito a um montante em dinheiro e a autoridade de execução não conseguir obter o pagamento desse montante, essa autoridade executa a decisão de perda, em conformidade com o n.o 1, fazendo-a recair sobre qualquer tipo de bem disponível para esse efeito" (artigo 18.º, n.º 3). Esses dispositivos reforçam a antevisão feita acima, assim como o caminho reverso, de sorte a permitir a execução, em Portugal, de decisões de perda alargada de outros Estados Membros. Apenas motivos excepcionais podem impedir a execução da decisão (artigo 19.º); e é obrigação da autoridade de execução tomar a decisão de reconhecimento e execução da decisão de perda sem demora (artigo 20.º).

Quanto ao procedimento, a execução da decisão de apreensão ou da decisão de perda, bem assim a gestão dos bens apreendidos e declarados perdidos, regem-se pela legislação do Estado de execução (artigo 23.º e artigo 28.º).

O Regulamento UE 2018/1805 substitui as disposições da Decisão-Quadro 2003/577/JAI a partir de 19 de dezembro de 2020 (artigo 39.º), data de sua aplicação (artigo 41.º); até lá, as certidões de apreensão e as certidões de perda transmitidas continuam a reger-se pelas Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI (artigo 40.º).

O sumário dos pontos principais do Regulamento UE 2018/1805 presta-se como clara ilustração de sua potencialidade "paradigmática" ao ambiente da recuperação de ativos na União Europeia[669], podendo-se conjecturar, em médio prazo, a multiplicação exponencial de efeitos práticos de decisões de perda alargada.

Analisados os diplomas normativos internacionais e do território comunitário europeu – em níveis de *hard law* e *soft law* – que podem ser reputados os mais importantes à consolidação e à evolução da moderna política criminal de recuperação de ativos, avança-se, mesmo que brevemente, ao fórum organizado e realizado por agentes públicos com *know how* na matéria, das polícias e dos Ministérios Públicos de três Estados da União Europeia, em que estudada e debatida, com peculiar riqueza, a otimização operacional dos instrumentos gerados por aquela política criminal: o Projecto Fenix.

A opção pelo exame do Projecto Fenix neste trabalho não é fruto do acaso, e sim pela constatação de que nele foram considerados praticamente todos os meandros que afetam aquela política criminal transnacional, desde as dificuldades de implementação pelos Estados Membros, passando pelo cotejo das ferramentas legais suscitadas, e culminando em conclusões sobre formas de superação de obstáculos, otimização de resultados e busca por efetividade.

3.5 O Projecto Fenix

O Projecto Fenix[670], concluído no ano de 2012, debruçou-se sobre o papel da recuperação de ativos da criminalidade organizada na União Europeia, a partir de uma parceria entre a Procuradoria-Geral da República de Portugal, a Polícia Judiciária, a *Fiscalía General del Estado* (da Espanha) e o *Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M.*[671] (da Holanda), inscrita no programa financeiro comunitário "Prevenir e Combater a Criminalidade", criado pela Decisão 2007/125/JAI do Conselho da União

[669] No que João Conde Correia denomina um "cenário legal e institucional animador (CORREIA, João Conde. Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia? In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 356).

[670] Projecto Fenix = Project Fenix: recuperação de activos = assets recovery. Gestor do projecto Carlos Sousa Mendes; coord. Euclides Dâmaso Simões. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2012. O Projecto Fenix também foi intitulado "reforço da recuperação de activos, em particular no quadro do combate à criminalidade grave susceptível de gerar proventos substanciais". Todas as informações do Projecto Fenix reproduzidas neste trabalho (inclusive nos itens abaixo discorridos) estão disponíveis em http://www.fenix.pgr.pt.

[671] Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos (Holanda).

Europeia, de 12 de fevereiro. Teve como inspiração a constatação de que o direito penal, como regra geral, ainda está centrado na sanção a ser aplicada ao condenado, com pouca atenção ao confisco, seja dos instrumentos, seja das vantagens da infração penal, mesmo nas hipóteses de criminalidade com expressão econômica. E objetivou alertar para a necessidade de recuperação das vantagens do crime, fomentar o aumento e o valor econômico das decisões de confisco (mormente com a utilização da perda alargada), e reforçar os meios de cooperação interna e internacional, notadamente na União Europeia.

Como produtos específicos do Projeto, foram desenvolvidos o Manual de Boas Práticas, almejando a fixação de procedimentos para maximizar as metas pretendidas, e os Canais Dedicados de Comunicação, para o fim de prever e/ou melhor integrar órgãos internos e internacionais atuantes no campo da recuperação de ativos.

3.5.1 Dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos

No intuito de dar azo aos aludidos produtos, conceber potenciais soluções e delimitar o Manual de Boas Práticas, os integrantes do Projecto Fenix se preocuparam, primeiro, com as dificuldades. Por intermédio de consultas, coletaram as percepções e as experiências dos mais diversos agentes públicos com atuação em recuperação de ativos, e de como tal campo tem sido tratado no direito comparado, europeu e internacional. A dimensão e a variedade dos obstáculos detectados, àquela altura, espelham como a evolução da ação dos Estados no campo da recuperação de ativos não tem sido uma meta singela.

Abarcando os instrumentos legais tanto de confisco clássico como de perda alargada, verificaram-se dificuldades na fase da investigação, como: a) relutância de bancos e outras instituições financeiras em colaborarem; b) utilização dos regimes *off-shore*, nos quais as informações são ainda mais raras[672]; c) complexidade da identificação

[672] Até se poderia alegar que, em determinados momentos, o Projecto Fenix cogitou "vôos altos demais", como ao sugerir a extinção dos regimes *off-shore* em nível mundial. Entretanto, a pertinência da existência dessas modalidades de negócios voltou ao debate com as notícias, divulgadas mundialmente pela imprensa, reveladoras do esquema denominado "The Panama Papers". Em suma, mediante o vazamento de cerca de onze milhões e quinhentos mil documentos confidenciais, foram detalhadas operações de mais de duzentas e catorze mil empresas *off-shore*, criadas pelo escritório Mossack Fonseca, sediado no Panamá, e que se prestavam à ocultação de negócios nas cifras dos bilhões de euros, favorecendo Chefes de Estados, políticos, empresários e esportistas mundialmente conhecidos (sobre o assunto, vide *The Panama Papers: Exposing the Rogue Offshore Finance Industry*, an *ICIJ Investigation, january* 31, 2017, disponível www.icij.org). Quiçá tal descoberta faça avançar o debate não da erradicação dos off-shores, como suscitado pelo Projecto Fenix, mas ao menos da revisão das regras que permitem sua utilização como instrumento à evasão de dividas e à

do real proprietário dos bens, devido ao uso frequente de "laranjas" ou empresas "de fachada" (por vezes situadas em paraísos fiscais); d) não elucidação da ligação probatória entre bens a serem apreendidos e crimes indiciados, mormente pelo uso de terceiros e/ou dos regimes *off-shore*; e) carência de meios especializados para realizar investigações financeiras nos prazos de duração do inquérito; f) morosidade da cooperação internacional; g) proteção acentuada do segredo profissional; h) dúvidas operacionais e quanto à legalidade das apreensões de bens feitas durante o inquérito, previamente ao ajuizamento do procedimento visando ao confisco; e i) limitações aos poderes de investigação, como no caso do *Ministerio Fiscal* (que depende de decisão do juiz de instrução para buscas, apreensões e confisco) ou da Polícia Judiciária (que não tem acesso direto a informações financeiras), ambos em Espanha.

Da fase da acusação, igualmente, foram inferidas complicações diversificadas, reveladas desde o que toca ao patrimônio (identificação vinculada ao investigado; determinação do que é lícito e do que pode vir a ser declarado perdido ou liquidado; localização dos bens; forma de recolha – apreensão ou arresto), passando pelo investigado (que não tem dever de colaboração ou informação) e chegando aos terceiros (com o esclarecimento de como e quando há ou não boa-fé). Não bastasse, comumente há controvérsias quanto à constitucionalidade dos novos instrumentos de recuperação de ativos (como a perda alargada), num ambiente em que não existe formação qualificada dos atores jurídicos (sobretudo dos magistrados).

O Projecto Fenix não teve panorama muito diverso vindo da fase do julgamento. A começar pela indefinição teórica quanto à natureza jurídica dos instrumentos de perda ou a permanência do trato da recuperação de ativos num segundo plano, avançando à constatação de que as raras decisões de perda, em regra, restringiam-se (quando muito) aos bens constantes da acusação ou da pronúncia, limitando o alcance ao produto ou às vantagens diretas do crime sentenciado – e deixando de fora os bens de ou na posse de terceiros. No entremeio, foram listadas como dificuldades as elevadas exigências probatórias para estabelecer a ligação entre bens e ilícitos típicos, preterindo-se um *standard* civilístico de apreciação da prova – já que, predominantemente, adotam-se as regras e os princípios do direito processual penal. Houve, ainda, a apuração de

---

prática de crimes fiscais e de branqueamento de capitais, notadamente pelas organizações criminosas espalhadas pelo mundo.

contratempos relativos às cooperações interna[673] e internacional[674], à conservação e ao destino dos bens apreendidos[675] e à fase da execução[676].

No que mais interessa a este trabalho, restaram identificadas como dificuldades atinentes à perda alargada: a) a persistência, em alguns Estados, da exigência de demonstração do nexo causal entre a infração penal e os bens apreendidos (passíveis de decisão de perda); b) a pouca utilização de meios de prova indireta ou indiciária; c) a complexidade em elucidar o rendimento ilícito; d) a hesitação acerca da constitucionalidade do instrumento; e) a proteção dos direitos de terceiros de boa-fé; e f) a ausência de um sistema que a admita independentemente de uma condenação.

Mesmo se detendo apenas às complicações vinculadas à perda alargada, observa-se que a tarefa de superá-las não se afigura menos complexa – mormente pretendendo o Projecto Fenix a obtenção de um sistema de recuperação de ativos minimamente padronizado e convergente no maior número possível de Estados da União Europeia.

3.5.2 Objetivo do aumento de volume e valor econômico das decisões de perda mediante a utilização do regime legal da perda alargada

O objetivo do Projecto Fenix não destoou do cerne da política criminal transnacional de recuperação de ativos: inverter a tradicional tendência de os Estados concentrarem a reação – penal – na sanção individual ao condenado, enaltecendo e intensificando a perda de instrumentos, produtos e – principalmente – vantagens da criminalidade organizada com fim de lucro. Assim, não poderia ficar de fora a meta de

[673] Por exemplo, as frequentes invocações de sigilos; a distinta natureza das autoridades envolvidas para identificação, apreensão e guarda dos bens; a excessiva repartição de competências; a morosidade da comunicação; a burocracia e a falta de soluções que atendam ao valor e à utilidade social dos bens apreendidos.

[674] Diferenças entre culturas, ordenamentos jurídicos, sistemas e legislação; morosidade e formalidade dos procedimentos; carência de formação especializada em línguas estrangeiras (e custos de tradução) e de interlocutores especializados; empecilhos aos pedidos de cooperação não baseados em decisões de condenação (*non conviction based confiscation*) nos Estados que não admitem essa solução; diferentes velocidades no que toca ao uso dos novos instrumentos; e pouca formação dos magistrados, com a preferência pela utilização de instrumentos mais antigos.

[675] Englobando deterioração e desvalorização dos bens devido à morosidade; condições deficientes de guarda e armazenamento; custos de guarda e conservação (sem retorno com a venda); pouca eficácia e fracos resultados nas vendas de bens declarados perdidos; diminuta utilização de bens apreendidos antes da decisão judicial final sobre o seu destino; e pouca definição dos regimes legais relativos à conservação e destino dos bens apreendidos.

[676] Em suma, quanto a tornar efetiva a decisão nos sistemas que prevêem a perda em valor (e não de bens) ou que permitem a investigação autônoma após o procedimento penal, sobretudo quando: a) não se tenham adotado meios cautelares ou de garantia; b) o patrimônio que responda pela decisão esteja inacessível porque em poder de terceiro de boa-fé; c) a jurisdição não reconhece a decisão de perda ou não tem condições de cooperação na fase executiva.

aumentar o volume e o valor econômico das decisões de perda, em especial por intermédio do regime legal da perda alargada.

Com esse rumo, foi cogitada a autonomização dos procedimentos de confisco de bens do processo penal, propiciando que a investigação financeira continue após a definição da ação criminal. Tem-se exemplo desse tipo de processo autônomo na Holanda (*asset recovery proceeding*), onde o tribunal avalia o montante angariado pelo arguido em face das suas atividades criminosas e determina um valor a ser pago por ele ao Estado, tudo em procedimento com prazo máximo de dois anos após o fim da ação penal na primeira instância. O procedimento comporta vasto leque de meios de provas como interceptação de comunicações, vigilâncias, inquirições, buscas, recolhas e análises de informação[677].

Também na mesma trilha, o Projecto Fenix cotejou que a perda de bens de origem suspeita possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo civil instaurado independentemente de sentença penal. Essas e outras ideias conformaram recomendações, inclusive específicas para a perda alargada.

3.5.3 Recomendações concernentes à perda alargada

O Projecto Fenix compilou em um manual as boas práticas no que toca à recuperação de ativos, metodicamente separadas em gerais e objetivas, e detalhadas em todas as fases da persecução penal[678]. Para exemplificar, considerou-se boa prática "realizar uma investigação financeira eficaz e atempada", mediante a criação de órgãos ou gabinetes especializados[679].

Como avançar na aplicação da perda alargada foi dos principais alvos do Projecto Fenix, o manual gerado contemplou desde a otimização do aspecto operacional até inovações contundentes de incremento do mecanismo jurídico. Com essas características, podem ser listadas a ampliação do uso de presunções quanto à origem do patrimônio tido por suspeito (item 1.1.5.2); a meta de recolocar o agente do crime na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico (item 1.1.5.3); a já referida autonomização dos procedimentos de confisco do processo penal, com a atribuição da natureza patrimonial

[677] No próximo capítulo, item 4.7, serão estudados os modernos procedimentos de recuperação de ativos vigentes na Holanda.
[678] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C" (Boas Práticas), itens 1 e 2, pp. 9-24 .
[679] O que espelha legislação já concretizada em Portugal, onde foram criados Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens com o advento da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro.

(exclusiva) à perda de bens (item 1.1.5.4); e o aumento da margem de liberdade no cálculo e na estimativa do patrimônio ou do valor a ser perdido (item 1.1.5.5)[680].

A detecção das dificuldades e a elaboração do Manual de Boas Práticas propiciaram ao Projecto Fenix a construção de rol de recomendações aos Estados[681], igualmente abrangendo todas as fases da persecução penal e atendo-se à meta de recuperação de ativos.

Especificamente à perda alargada, foram explicitadas as recomendações de: a) autonomizar o processo de confisco de bens, com regras que possibilitem que a investigação financeira se prolongue após o fim do processo penal ou inicie-se dentro de determinado prazo depois de seu encerramento (item 8); b) adotar legislação que permita que a perda de bens possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal (item 9); c) atribuir natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda de bens a favor do Estado (item 10); d) criar mecanismos que obstem ou desincentivem a utilização de terceiros para ocultar bens provenientes de atividades criminosas, e adotar medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado (item 11); e e) admitir a possibilidade de terceiros (pessoas singulares ou coletivas), em certas condições, serem responsáveis pelo pagamento do valor confiscado ou declarado perdido a favor do Estado (item 16).

Como todas essas boas práticas e recomendações dizem respeito à perda alargada, notadamente com a finalidade de ampliá-la ou robustecê-la, é pertinente o exame detido de cada uma delas – inclusive no que toca à (in)compatibilidade com a legislação portuguesa na matéria de recuperação de ativos da criminalidade organizada.

3.5.4 Boas práticas e recomendações do Projecto Fenix quanto à intensificação da perda alargada (e sua compatibilidade com o sistema legal português)

A perda alargada, embora inserta na legislação portuguesa desde janeiro de 2002, ao menos até as paradigmáticas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional no ano de 2015[682], recebeu com frequência questionamentos de sua adequação aos princípios e

[680] Vide Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C", item 1.1.5 (utilização de presunções), p. 11.
[681] Vide Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), pp. 24-26.
[682] Relativas aos Acórdãos n.ºs 101, 392 e 476/2015, que receberão detida atenção ao fim deste Capítulo.

garantias processuais penais previstos na Constituição da República e na CEDH[683]. A despeito disso, observa-se que o legislador português parece ter estado atento à ampliação dos mecanismos de recuperação de ativos, fruto da já comentada política criminal transnacional correlata. Basta apontar que, com a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[684], para além da perda alargada, advieram previsões específicas sobre quebra de segredo, mais flexíveis (artigo 2.º), procedimento relativo a instituições de crédito e afins, com ênfase no dever de informação célere (artigo 3.º), e possibilidade de controle de contas bancárias (artigo 4.º); a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou os Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens; por duas vezes, houve a tentativa de criminalização do enriquecimento (ilícito ou injustificado); e a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, transpôs – em parte – a Diretiva 2014/42/UE[685]. Ou seja, o legislador de Portugal tem adotado providências consonantes com as metas entabuladas pelo Projecto Fenix.

Porém, para os integrantes do Projecto Fenix, os instrumentos em vigência não são suficientes para que a criminalidade organizada "não compense". Daí, por intermédio do Manual de Boas Práticas e das recomendações, a pretensão de tornar a perda alargada um tanto mais robusta.

3.5.4.1 Uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens/patrimônio do condenado

Pode-se dizer que essa[686] é uma boa prática já adotada em Portugal, pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, uma vez que o artigo 7.º n.º 1, define "presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito"[687]. Assim, o sistema português, indubitavelmente, contempla o uso de presunção sobre a origem do patrimônio suspeito, sendo suficiente, para a perda alargada, a responsabilização criminal por ilícito típico do

[683] O item 5.7 deste trabalho, intitulado "críticas à perda alargada", examinará cada um dos questionamentos de confronto da ferramenta legal de recuperação de ativos com a Constituição da República de Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

[684] Originada da Proposta de Lei n.º 94/VIII, in DAR, 1.ª Série, de 20/09/2001, cuja exposição de motivos anota que "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa".

[685] Os reflexos do advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, serão abordados no Capítulo 5 deste trabalho.

[686] Vide Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C", item 1.1.5.2, p. 11.

[687] O sequente n.º 2 delimita o que se entende por patrimônio e fixa o alcance retroativo da decisão de perda há cinco anos da constituição de arguido; e o n.º 3 reza que sempre serão considerados vantagem de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens nas condições do artigo 111.º do CP.

catálogo (artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) e a existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado[688], salvo as hipóteses do artigo 9.º, que ilidem a presunção.

Tendo por palco o sistema legal português, pondera-se não haver espaço para o aumento da força daquela presunção, sendo imprescindível a manutenção de meios amplos que propiciem seja ilidida, bem assim de um marco temporal limitador de sua incidência[689]. Conjecturar uma presunção não ilidível ou com restritas hipóteses de objeção, e sem fixação de prazo de incidência sobre o patrimônio do condenado, traria o risco da ressurreição dos abusos que acompanharam o confisco nos séculos passados, algo intolerável num Estado de Direito Democrático. Outrossim, despicienda a eventual consideração de uma outra ferramenta de perda alargada no ordenamento português[690], como, p. ex., nos moldes das letras "a" e "b" do n.º 2 do artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, porquanto aplicáveis a hipóteses abarcadas pela congênere prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Se em algum lugar haveria margem para o aumento da presunção no sistema português, pensa-se seria no catálogo de infrações penais em que a perda alargada é autorizada. O legislador deixou de fora do catálogo ilícitos típicos como tráfico de pessoas, jogo ilícito e outros contra o patrimônio (como furto, roubo, receptação, burla qualificada e extorsão, por exemplo)[691], que deveriam estar ao alcance do instrumento do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Veja-se que não cabe o argumento de que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, destina-se apenas à criminalidade organizada, pois bastaria ressalvar – a tantos outros crimes que resultam vantagens econômicas de vulto – o que já está previsto no n.º 2 do artigo 1.º.

Noutro aspecto, mas ainda no campo da presunção (agora não ligada à origem do patrimônio suspeito), entende-se deveria ser sedimentado – nomeadamente nos tribunais – que a perda alargada não exige a prova do anterior envolvimento do agente com ilícitos típicos similares ao crime (do catálogo) pelo qual foi condenado. Em suma, tal situação não é reclamada pela lei e pode ser presumida da existência dos dois outros requisitos –

---

[688] A conformação da perda alargada de Portugal guarda relação com a delineada no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE.

[689] Que, em Portugal, parece não ser fruto do acaso, e sim da relação com o prazo prescricional de cinco anos do artigo 118.º, n.º 1, letra c), do CP.

[690] Salvo venha a decidir o legislador por incorporar outra modalidade de perda alargada no ordenamento de Portugal para a literal transposição, no ponto, do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE.

[691] Embora a recente Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, por seu artigo 2.º, tenha aditado infrações penais ao catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, seguiram olvidadas algumas com fim de lucro que, pensa-se, poderiam ter sido inseridas.

"condenação por crime do catálogo" e "patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos" – explicitamente previstos[692].

Por fim, em digressão rápida, merece uma frase para lembrar que o legislador português pretendeu, por duas vezes, inserir o ilícito típico de enriquecimento – ilícito e injustificado – no ordenamento legal. Essas infrações penais esboçadas (destoantes da perda alargada, mas também vincadas ao uso de presunção de ilicitude do patrimônio), indiscutivelmente, vão ao encontro das Recomendações (como um todo) do Projecto Fênix, no sentido de robustecer as ferramentas de recuperação de ativos. Porém, já comentado, ambos os ilícitos típicos de "enriquecimento" ostentaram severos problemas de inconstitucionalidade, sendo refutados pelo Tribunal Constitucional português.

3.5.4.2 Recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico e admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar

Também como boa prática, entabulou o Projecto Fenix que, na fixação dos critérios para a determinação do patrimônio ilícito, "os sistemas jurídicos devem nortear-se pelo princípio segundo o qual a pessoa sob investigação deve ser colocada na situação patrimonial em que se encontrava antes da prática do crime"[693]. Com esse escopo, foi acrescentada a admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar[694].

Num apanhado geral, podendo servir como parâmetros os instrumentos de perda alargada do artigo 3.º, n.º 2, letras "a", "b" e "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, não se percebe óbice àquela meta. Pelo contrário: o Estado que logra restabelecer a posição patrimonial do condenado para situação idêntica a que tinha antes do ilícito típico (obviamente, de resultado econômico-financeiro) está demonstrando que "o crime não compensa". Contudo, se, na meta, não há problemas, podem eles surgir nos meios utilizados para alcançá-la, aí incluindo a margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar.

Tendo por foco a figura do artigo 3.º, n.º 2, letra "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, que espelha a perda alargada portuguesa, um potencial problema atém-se ao aspecto operacional da mensuração do patrimônio ilícito. Pela ferramenta positivada em

[692] Aludido tema será examinado com profundidade no Capítulo 5 desta tese.
[693] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C", item 1.1.5.3, p. 11.
[694] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C", item 1.1.5.5, p. 11.

Portugal, o *quantum* do patrimônio ilícito se infere da presunção do artigo 7.º, n.º 1º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que decorre, grosso modo, da relação aritmética "valor do patrimônio do arguido" menos "patrimônio congruente com rendimento lícito". Ocorre que, para apurar[695] e realizar essa diferença, o Estado, em regra por seus órgãos de polícia ou Ministério Público, não poderá prescindir de uma investigação financeira especializada e ágil (que respeite fielmente o processo legal de obtenção de meios de prova), e de estruturas de administração e destinação dos bens apreendidos. Mesmo em legislações como a portuguesa, que fornece bons mecanismos (vide, por exemplo, os artigos 2.º a 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e as disposições da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho[696]), sabe-se que, na prática, muito dificilmente se elucida a totalidade do patrimônio angariado ilicitamente, bem assim que não é tarefa fácil administrar e destinar o que foi apreendido[697].

Já quanto à admissão da margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar, não havendo o amparo de uma investigação financeira adequada, é utópica ou, mesmo, brecha para arbitrariedades. Utópica porque de nada adianta facultar à polícia, ao Ministério Público ou a um gabinete especializado maior margem de liberdade ao estimar a presumida vantagem da atividade criminosa, ao arrepio do que é apurado pela investigação financeira, que, em regra[698], em Portugal, será o nascedouro da liquidação (artigo 8º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). Além de pouco ou nada resultarem em termos de consequência útil na recuperação de patrimônio ou bens de origem ilícita, cálculos ou estimativas exacerbadas podem propiciar arbitrariedades, consubstanciadas na apropriação de patrimônio do condenado obtido com rendimentos lícitos (e toca ao arguido ilidir a presunção de ilicitude, no modelo de Portugal). Então, é preciso cautela com essa boa

[695] Insiste-se no entendimento de que incumbe ao Ministério Público apurar a totalidade do patrimônio do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência de rendimentos lícitos, demonstrando, na liquidação, como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente, é vantagem da atividade criminosa.

[696] Ambas, leis que sofreram alterações com o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, com o viés de incremento da política criminal transnacional de recuperação de ativos.

[697] Ainda neste tópico, não se deve ignorar nem mesmo os custos da manutenção de gabinetes como de recuperação de ativos e de administração de bens. Mesmo que o foco da recuperação de ativos alinhe-se com o aforismo de que "o crime não compensa", soa como um *nonsense* dispender grandes somas de dinheiro público para manter estruturas que recuperam vantagens da atividade criminosa de vulto sensivelmente inferior. Se, num curto prazo, a relação deficitária ao Estado afigura-se provável (porque o esperado aumento das decisões de perda depende de vários fatores), com o passar dos anos, estruturas especializadas como os gabinetes deverão necessariamente gerar "retorno" ao Estado, pena de colocarem em xeque o fundamento econômico de suas existências – mesmo que os efeitos econômicos não devam ser exclusivamente considerados. Tal temática será retomada neste trabalho no Capítulo 5, item 5.7.1, intitulado "instrumentos de recuperação de ativos deficitários?".

[698] Salvo a hipótese do artigo 8º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

prática do Projecto Fenix: uma investigação financeira ampla e qualificada deve, ordinariamente, nortear o cálculo/estimativa do valor a confiscar.

Outra questão suscitada neste tema atrela-se à cogitação da execução universal do patrimônio do condenado[699], permitindo-se o arresto mesmo do que seja de proveniência lícita "para responder pela verba declarada perdida ou confiscada"[700], desde que isso seja necessário para enfatizar que "o crime não compensa"[701]. Para exemplificar, imagine-se que uma investigação financeira apura que determinado arguido tem patrimônio de vulto e nenhum rendimento lícito, ou que obteve vantagem da atividade criminosa, já transferida, e que detém patrimônio fruto de rendimento lícito inferior a essa vantagem; nesses casos, o Projecto Fenix suscita as seguintes indagações: é possível liquidar a totalidade do patrimônio do condenado? Estar-se-à ressuscitando, num Estado Democrático de Direito, a figura do confisco geral de bens[702]?

Apesar de as hipóteses trazerem a lembrança daquele instrumento pretérito[703], não se verifica empecilho à sua utilização quando a totalidade do patrimônio do condenado é – de fato ou presumivelmente – vantagem (numa acepção genérica, abarcando produto e recompensa) da atividade criminosa, mesmo que excepcionalmente atinja patrimônio de origem lícita (no caso de a vantagem ter sido transferida). Na verdade, situação assim apenas se assemelha ao confisco geral do passado remoto no que toca ao resultado (execução universal do patrimônio), sendo, em tudo o mais, diferente. Uma vez provado que todo o patrimônio do condenado é vantagem ilícita, ou que ele a obteve e a transferiu (em valor igual ou superior a seu patrimônio lícito detectado), nada impede que tudo seja declarado perdido.

Ademais, ainda neste ponto e seguindo o enfoque da legislação portuguesa vigente, deve-se rememorar que, com o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, tornou-se possível, em todas as hipóteses de confisco clássico do Código Penal, a substituição da perda em espécie por pagamento do respectivo valor ao Estado[704]. E a própria perda alargada positivada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a despeito de típica ferramenta de

---

[699] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 15, p. 26.
[700] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C" (Boas Práticas), item 2.7.3, p. 24.
[701] Aliás, é nesse sentido o artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2002.
[702] Que está previsto na França para determinados crimes, como contra a humanidade (artigos 213-1 e 213-3 do Código Penal francês) e tráfico de pessoas (artigo 225-25, idem).
[703] Jorge Godinho alega que a perda alargada reintroduz o confisco geral no ordenamento legal. Cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1355-1357.
[704] Artigo 109.º, n.º 3; artigo 110.º, n.º 4; e artigo 111.º, n.º 3.

"perda de bens"[705] (em tese, ao menos), remete, originariamente, ao pagamento de um valor a ser suportado pelo condenado[706]. Ao lado dessas situações, também se pode apontar a consolidação da viabilidade da declaração de perda de bens resultantes de transformação ou investimento de produtos, vantagens ou recompensas do ilícito típico[707]. Esse atual panorama legal, disseminado em outros Estados, enfatiza ser possível declarar a perda de bens, de valores e até da totalidade do patrimônio do condenado, em casos específicos, como proposto pelo Projecto Fenix.

3.5.4.3 Autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo penal

Talvez a recomendação mais complexa direcionada à perda alargada pelo Projecto Fenix, a autonomização dos procedimentos dessa modalidade de recuperação de ativos do processo penal pode ser lida como uma meta genérica, da qual emanam específicas, como: a) a definição de "regras que permitam que a investigação financeira se prolongue para além do encerramento do processo-crime ou se inicie dentro de determinado prazo após o seu encerramento"[708]; b) a adoção de legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretado, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal"[709]; e c) a atribuição de "natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda/confisco de bens a favor do Estado"[710].

Percebe-se que o cerne da discussão vincula-se com a natureza jurídica da perda alargada, objeto maior deste estudo. É que, exigindo a perda alargada uma responsabilização criminal, além da existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado, soa até instintivo atribuir-lhe natureza jurídica penal. Não é à toa que respeitados doutrinadores concebem-na como "pena", "efeito da pena" ou "reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança" – embora outros a cotejem sem o viés penal, *v. g.*, como "sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal" ou "medida de natureza materialmente administrativa aplicada

[705] O Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é intitulado "Perda de bens a favor do Estado". Tal tema será aprofundado quando do estudo específico da perda alargada portuguesa, no Capítulo 5 deste trabalho.
[706] Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.
[707] Artigo 110.º, n.º 3, do Código Penal português.
[708] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 8, p. 25.
[709] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 9, p. 25.
[710] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 10, p. 25.

por ocasião de um processo penal"[711]. No ponto, pode-se avançar à conjectura de que autonomizar o procedimento do processo penal passa por refutar a natureza jurídica do confisco ampliado como "pena", "efeito da pena" ou reação penal outra.

O trato como "pena", "efeito da pena", "reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança" ou "sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal" não impede, peremptoriamente, a autonomização do procedimento de perda alargada do processo-crime (aí incluindo a via incidental), tampouco que a investigação financeira se prolongue ou inicie depois. Pondera-se não haver óbice, com essas concepções, a que no processo penal a acusação formule pedidos de condenação e de perda alargada, ao passo que em procedimento autônomo seja apurado o *quantum* do confisco. Nesse modelo, similar ao instrumento legal existente na Holanda[712] e a um dos que se cogita reste positivado no Brasil[713], na decisão da ação penal tem-se a responsabilização criminal do agente e a declaração de perda alargada, cujo alcance é determinado em procedimento autônomo, sem prejuízo, inclusive, de que a investigação financeira se prolongue para após o encerramento do processo penal ou até mesmo seja iniciada depois (como na ferramenta legal dos Países Baixos).

No entanto, sendo a perda alargada "pena", "efeito da pena", "reação penal" ou "sanção administrativa", forçosamente, há empecilho a que se adote "*standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal", ou se atribua "natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda/confisco de bens a favor do Estado". Se a perda alargada tiver natureza jurídica de reação penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que sua declaração divorcie-se do processo penal, de suas regras e garantias, pena de violação de uma série de princípios em nível tanto constitucional quanto da CEDH. Por conseguinte, em se optando por qualquer uma dessas quatro concepções de natureza jurídica, parece figurar como melhor sistema o já adotado em Portugal, onde a perda alargada é analisada e decidida no processo penal (artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

Diversamente, concebendo-se a natureza jurídica da perda alargada num espectro alheio ao direito penal, p. ex., como "medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal", isto é, sem ostentar conteúdo de reação penal ou sanção, não haverá obstáculo ao acatamento da recomendação do Projecto Fenix no

[711] Todas essas definições, e seus correlatos defensores, serão estudados com minúcias no Capítulo 7 desta tese.
[712] Vide item 5.7 deste trabalho, adiante.
[713] E que será analisado no item 5.8.2 desta tese.

sentido da "adoção de legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal", embora mantido o requisito da condenação em processo penal. Nesse molde, a condenação do arguido serve de base à instauração de procedimento outro, autônomo, não penal e com regras probatórias do direito civil[714], em que a perda alargada é analisada, mensurada e decidida como uma medida de natureza materialmente administrativa[715], na linha do poder-dever de o Estado regrar o direito à propriedade privada, que reclama origem lícita[716].

Em rápida digressão, é pertinente frisar: para que se cogite o acatamento da recomendação do Projecto Fenix (de descolamento do procedimento de perda alargada do processo penal) em Portugal, não se há como escapar de radical alteração legislativa, sendo certo que o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, mesmo na parte em que aditou à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o artigo 12.º-A, desserve como soalho ou sinal daquela recomendação. Numa súmula, pela literal redação do novel artigo 12.º-A, a investigação financeira ou patrimonial, para o fim de viabilizar a incidência da perda alargada (pelo rastreio do patrimônio incongruente do arguido), pode ter seu início e tramitação procrastinados para além de encerrado o inquérito, mas apenas "nos casos previstos no n.º 2 do artigo 8.º", isto é, se não for possível a liquidação no momento da acusação – sendo permitida, então, até o trigésimo dia anterior à data da primeira audiência de discussão e julgamento. Ainda, pelo dispositivo criado à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a investigação financeira pode operar-se "mesmo depois da condenação, com os limites previstos no artigo 112.º-A do Código Penal, aplicando-se os termos da execução por custas", se não houver bens arrestados ou não suficientes (em valor). Facilmente perceptível, portanto, que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, mais se deteve em aspectos operacionais pontuais, sem adentrar o núcleo duro de o procedimento da perda alargada (liquidação) estar enxertado no processo penal e ser decidido em concomitância a este, na sentença que analisa a culpa do arguido. Com outras palavras, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, mesmo que com o escopo de transpor a Diretiva 2014/42/UE ao ordenamento português, não espelhou aquela recomendação do Projecto Fenix e suas metas específicas, cujo mote comum é a desconexão completa entre o processo penal e o procedimento para aplicação da perda alargada.

---

[714] O que, não necessariamente, diminui o ônus probatório do Estado ou fragiliza a posição processual do arguido.

[715] Aliás, em muito similar a um procedimento *in rem*.

[716] No Capítulo 7 deste trabalho debruçar-se-á sobre os reflexos da definição da natureza jurídica da perda alargada quanto ao momento e ao procedimento em que deve ser decidida.

Digressão à parte, uma última remanescência, ainda atinente à recomendação ora perscrutada, é de difícil superação – ao menos no que respeita diretamente à perda alargada. O Projecto Fenix suscitou que, para além de permitir-se que a perda de bens seja decretada segundo *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, aludido procedimento seja instaurado independentemente de sentença penal[717]. Com tais contornos, tem-se choque frontal com requisito essencial da perda alargada (condenação por crime previsto em catálogo, como no sistema português), restando, pois, como alternativa, a inserção no ordenamento legal de uma espécie de procedimento *in rem*[718].

Ao que parece, a recomendação do Projecto Fenix concernente à permissão de que "a perda de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal, com natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial", tem como destino a previsão legislativa de procedimento *in rem*, quiçá em paralelo à existência da perda alargada (como ocorre, por exemplo, no Reino Unido). Nessa hipotética conformação, mais agressiva quanto aos instrumentos de recuperação de ativos, a perda alargada teria lugar nos casos de condenação por determinados ilícitos típicos de catálogo (mais adstritos à criminalidade organizada com fim de lucro) em que apurado patrimônio do condenado incongruente com seus rendimentos lícitos, num sistema legal como o disposto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (no processo penal), ou como os previstos na Holanda e no Reino Unido (*criminal confiscation*[719]), isto é, em procedimentos autônomos. A perda alargada, mesmo que com natureza jurídica "não penal" (talvez, uma "medida de natureza materialmente administrativa"), seguiria aplicada por ocasião de um processo penal ou nele teria nascedouro. Já nas situações em que não houvesse condenação penal (ou, mesmo, instauração de ação penal), mas existido investigação financeira conclusiva de patrimônio suspeito de origem ilícita, aí sim teria espaço procedimento de recuperação de ativos totalmente autonomizado do processo penal, com o *standard* civilístico de prova e natureza

[717] Como adrede visto, nesse mesmo sentido foi entabulado na contemporânea Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de Março de 2012, em seu artigo 5.º (confisco não baseado numa condenação): "Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir o confisco dos instrumentos e produtos do crime na falta de uma condenação penal, na sequência de um processo que, caso o suspeito ou arguido tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação penal, quando: (a) o falecimento ou a doença crónica do suspeito ou arguido impeça o prosseguimento da ação judicial; ou (b) a doença do suspeito ou arguido ou o facto de este se ter subtraído à ação penal ou à pena impeça o exercício efetivo da ação penal num prazo razoável, representando um risco grave de prescrição". Disponível http://eur-lex.europa.eu.

[718] Pensa-se inconcebível igualar a natureza de algum instrumento de recuperação de ativos que prescinda do requisito da condenação criminal com as conformações que têm sido positivadas respaldando decisões de perda alargada.

[719] Vide item 5.4, à frente.

exclusiva e inequivocamente patrimonial – por excelência, uma ação *in rem* como a *civil forfeiture* ou o *civil recovery*[720].

E a existência dos dois instrumentos de recuperação de ativos, à semelhança do que ocorre no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, parece ser de todo consonante com a moderna política criminal transnacional, notadamente naquilo que preconizado pela Diretiva 2014/42/UE[721].

3.5.4.4 Criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado

Em verdade, essa recomendação almejou a criação de mecanismos que obstem ou desincentivem "a utilização de terceiros, nomeadamente pessoas colectivas, para ocultar o produto proveniente de actividades criminosas e adoptem medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado"[722]. Outrossim, o Projecto Fenix sugeriu "admitir a possibilidade de terceiros (pessoas singulares ou colectivas), em certas condições, serem responsáveis pelo pagamento do valor confiscado ou declarado perdido a favor do Estado"[723].

A meta de desincentivar a que terceiros (incluindo pessoas coletivas) prestem-se a ocultar produtos e vantagens originadas da atividade criminosa é de extrema relevância, porquanto em tudo converge à ideia de que o crime não compense. A complexidade, contudo, reside no equacionamento do paradoxo de o terceiro, figura estranha à persecução penal e ao juízo da culpa, restar alcançado por medida de confisco de bens ou patrimônio cuja base legal está no direito penal ou processual penal. E qualquer breve apanhado recente da moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos revela a disposição de superar aquela complexa relação, daí resultando, por todo lado, a criação de mais e mais efeitos de perda de bens de terceiros em virtude de ferramentas não raro previstas na legislação processual penal.

---

[720] Recordando que os procedimentos *in rem*, por desprezarem a pessoa que possui ou detém o bem ou patrimônio com suspeita de origem ilícita, tendem a ser particularmente profícuos na recuperação de ativos detidos por terceiros de algum modo ligados ao investigado/arguido/condenado mas alheios ao juízo da culpa.

[721] João Conde Correia é entusiasta dessa possibilidade, por ele manifestada de modo recorrente – vide, por último, CORREIA, João Conde. Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia? In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 333-357.

[722] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 11, p. 25.

[723] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 16, p. 26.

Para ilustrar, tome-se o exemplo de Portugal. Com o advento do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, positivou-se, no artigo 110.º, n.º 2, do Código Penal, ferramenta de perda de bens de terceiros[724], naquela altura com aplicação restrita, a saber, quando o titular tivesse concorrido, de forma censurável, para utilização ou produção do bem, ou retirado vantagens do ilícito típico, ou, ainda, se tivesse adquirido a coisa com a ciência da procedência criminosa. Duas décadas depois, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, inseriu no Código Penal português a "perda de instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro", ocupando o artigo 111.º, cuja redação, a partir do disposto no n.º 2, transpôs a musculosa política criminal de recuperação de ativos da Diretiva 2014/42/UE. Mais do que reiteradas as situações permissivas da perda de bens de terceiros do anterior artigo 110.º, n.º 2, foram criadas hipóteses mais amplas. De modo que, atualmente, em Portugal, o terceiro pode ser atingido por decisão judicial de perda se tiver retirado "benefícios" (e não apenas "vantagens") do bem (substantivo que hoje abarca as definições de "instrumentos, produtos ou vantagens"), mesmo que não tenha ciência inequívoca da proveniência ilícita, mas sim mero dever de conhecimento; além disso, o terceiro pode arcar com o pagamento de valor correspondente aos bens[725]. Ou seja, até mesmo figuras de presunções foram introjetadas na legislação penal para respaldar efeitos de confisco aos terceiros. Em paralelo, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, traça um caminho quanto a terceiros (artigo 7.º, n.º 2, letra "b"), que, mesmo restrito, pode propiciar a que outros que não o condenado (terceiros, pessoas singulares ou coletivas) sejam responsabilizados pelo pagamento do valor declarado perdido.

O panorama recortado de Portugal assemelha-se ao que verificado na Espanha, onde, atualmente, instrumentos de confisco de bens, tanto clássicos como alargados, têm previsões de alcance a bens de terceiros[726].

Enfim, a visão paradoxal do terceiro, situado à mercê de medidas supostamente penais ou processuais penais de confisco, parece estar sendo superada, o que vai ao encontro da recomendação do Projecto Fênix em pauta – em Portugal, inclusive, no que toca à admissão de o terceiro poder ser responsável pelo pagamento do valor do bem confiscado ou declarado perdido.

---

[724] Sobre sua origem, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 457-458, anotações 1, 2 e 4.

[725] Todas essas modificações foram analisadas no tópico 2.2.4 deste trabalho.

[726] Assunto que será abordado no item 5.1 desta tese.

De toda sorte, soa peremptório que qualquer instrumento de confisco de bens de terceiro, a despeito de previsto em legislação penal ou processual penal, não pode conformar natureza jurídica de pena, efeito de pena ou reação penal outra, por razões óbvias. Essa assertiva, aliás, permite reforçar a pertinência da positivação, nos ordenamentos dos Estados, de forma de *actio in rem*, cujo procedimento é alheio ao talante da matéria penal, por qualquer ângulo.

3.5.4.5 Conclusões sobre a incidência das metas do Projecto Fênix na legislação portuguesa

Inobstante as recomendações do Projecto Fenix não possuam força vinculativa aos Estados (como um diploma normativo ao nível de *hard law*), merecem máxima atenção, pois, em linhas gerais, espelham objetivos da política criminal transnacional de combate à criminalidade organizada por intermédio da recuperação de ativos. Não é coincidência, então, que o Projecto Fenix e aludida política criminal tenham como pilar principal o dogma de que, para a criminalidade organizada com fim de lucro não compensar, é necessário que os Estados avancem da mera responsabilização criminal individual do agente, concretizando instrumentos eficazes de recuperação de ativos. E a perda alargada, sem dúvida, é dos instrumentos de maior potencialidade àquele fim.

Cuidando-se especificamente da legislação portuguesa, vê-se que muitas das boas práticas e recomendações do Projecto Fenix já estão sedimentadas, notadamente com o advento das Leis n.º 5/2002, de 11 de janeiro, n.º 45/2011, de 24 de junho, e n.º 30/2017, de 30 de maio. Naquilo que pode ser uma rápida compilação, o uso de presunções para a qualificação da origem criminosa/ilícita de bens está inserido no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e no regime das ferramentas de confisco clássico do Código Penal; a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, ao transpor em parte a Diretiva 2014/42/UE, além aumentar a utilização de presunções, ampliou o catálogo de crimes em que a perda alargada é autorizada (artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro); tem predominado na doutrina e na jurisprudência mais recente o entendimento de que o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não traz implícito o requisito da prova do anterior envolvimento do agente com ilícitos típicos similares ao crime pelo qual foi condenado; a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou estruturas de gabinetes hábeis tanto à mensuração técnica do patrimônio presumivelmente ilícito (por intermédio de investigações patrimoniais que, inclusive, podem se estender para momento após o fecho

do inquérito) quanto à administração e à destinação de ativos, indicando vetor superavitário ao Estado; não há empecilho, tendo em conta os dispositivos vigentes, à execução universal do patrimônio do condenado (com o arresto até do que tenha fonte lícita para responder pela verba declarada perdida, em alguns casos) ou à liquidação da totalidade do patrimônio (se, presumivelmente, constituído integralmente por vantagem da atividade criminosa); e terceiros não demandados, mas relacionados com o condenado, podem sofrer efeitos de perda de bens e até serem chamados ao pagamento do valor correspondente aos bens declarados confiscados.

Outras recomendações, no entanto, como a autonomização do procedimento de perda alargada do processo-crime (quiçá a ponto de a condenação criminal não mais ser considerada requisito), a viabilidade de – ordinariamente[727] – a investigação financeira iniciar ou prosseguir depois de encerrado o processo penal, e a adoção de *standard* civilístico de prova como lastro à decisão do confisco ampliado, mais do que ensejarem profundas alterações na legislação vigente, parecem não se coadunar com o sistema português previsto à perda alargada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Porém, noutro enfoque, todas essas recomendações poderiam se prestar a que o legislador cotejasse a positivação de modelo de ação *in rem* em Portugal, sem prejuízo da manutenção da perda alargada.

Nesse hipotético contexto, previstas legalmente a ação *in rem* e a perda alargada, esta teria lugar nas hipóteses da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, sendo aplicada no processo penal resultante em condenação por crime do catálogo daquele diploma. Já nos casos em que a investigação financeira concluísse pela existência de patrimônio suspeito de origem ilícita, mas sem soalho para instauração de ação penal ou condenação, teria espaço a ação *in rem*, autonomizada do processo penal, com *standard* civilístico de prova e natureza exclusiva patrimonial – procedimento potencialmente mais eficiente na recuperação de ativos detidos por terceiros.

Delineado como os instrumentos de perda alargada têm sido retratados em diplomas normativos internacionais e comunitários, e enfatizados alguns de seus aspectos operacionais nas Recomendações do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo, na *Stolen Asset Recovery Iniciative* e no Projecto Fenix (inclusive em relação à ferramenta legal da Lei n.º 5/2002, de 11 de

[727] Lembrando, como adrede comentado, que com o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, criou-se, no artigo 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a possibilidade excepcional de a investigação patrimonial ser realizada após a condenação proferida no processo penal, mas somente para fins da execução do artigo 12.º, n.º 5, do mesmo diploma.

janeiro), passa-se, na sequência, ao exame do enfoque do confisco ampliado no âmbito jurisprudencial, notadamente tendo por alvo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e, em solo português, o seu Tribunal Constitucional.

4 A PERDA ALARGADA PELA ÓTICA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Descortinar como as ferramentas legais de confisco ampliado têm sido inferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), notadamente, na consonância ou não com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), bem assim, em Portugal, decifrar como a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é atualmente interpretada pelo Tribunal Constitucional (frente à Constituição da República), são meios profícuos à meta de definir a natureza jurídica dessa modalidade de instrumento de recuperação de ativos.

4.1 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

É cediço que a CEDH não se traduz num código europeu dos direitos humanos, seja em matéria penal, seja nas demais. Porém, seu catálogo de direitos e garantias mínimos inegavelmente vincula as legislações e os sistemas de direito de cada Estado integrante da Comunidade Europeia, para além de suas respectivas Constituições. Com essa premissa, tem-se amostra da importância da chancela pelo TEDH da conformidade de determinada ferramenta legal de recuperação de ativos com a CEDH.

Por outro lado, é imprescindível, também e com a mesma importância, o reconhecimento formal da constitucionalidade dos instrumentos legais de confisco ampliado, tendo por base as correlatas legislações internas, pelos Tribunais Constitucionais.

E são os Tribunais Constitucionais, e não o TEDH (ou a CEDH), que devem decidir sobre a natureza jurídica das ferramentas de confisco, de acordo com as peculiaridades de cada legislação e a forma como nela estão previstas. Não obstante, como assentado desde o Acórdão *Engel*[728](e, ainda, no Acórdão *Öztürk*[729]), nada impede que o TEDH, com o

[728] *Engel and others versus The Netherlands: judgment 6/8/1976, Series A, n.º 22*, disponível em http://www.uio.no. Os critérios explorados pelo TEDH nesse acórdão são estudados por RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 41-44.

[729] *Öztürk versus Germany, ECHR 21 Feb. 1984, Publ. Court, Series A, n.º 73 (1984),* disponível em http://www.hudoc.echr.coe.int.

escopo de fazer incidir as garantias preconizadas pela CEDH, atue de modo autônomo e acabe tratando como "matéria penal" ou "pena" determinado procedimento ou ferramenta, assim não previsto pela legislação interna de determinado Estado[730] (reconhecido, p. ex. como de natureza administrativa ou cível). A interpretação do TEDH, casuística, desserve como qualificação da natureza jurídica dos mecanismos de confisco ampliado, ou como reportagem à CEDH dessa qualificação, ou, tampouco, de alteração da forma como conceituado pela legislação interna do aludido Estado.

De qualquer modo, não se pode atribuir indiferença ao viés das decisões do TEDH quanto à conformação ou não de ferramentas legais de confisco ampliado com a CEDH, e, em especial, quanto à natureza jurídica desses instrumentos, a despeito das diferenças encontradas em cada uma das legislações[731].

E, nessa linha, é inequívoco concluir que, de uns tempos para cá, e com muita frequência, o TEDH tem se manifestado pela conformidade das mais diversas ferramentas legais de confisco com a CEDH[732].

Tal panorama parece ter começado a consolidar-se com a jurisprudência formada a partir da decisão do Acórdão *Salabiaku versus France*, de 7 de outubro de 1988[733], dando

---

[730] Nesse sentido, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 292.

[731] Como referência à jurisprudência inicial do TEDH acerca do tema, vide VERVAELE, John A. E. Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal? *Revista Penal*, Espanha, nº 2 (semestral), 1998, pp. 67-80.

[732] O TEDH "vem aceitando, de forma pacífica, a necessidade de os Estado assegurarem que o crime não compensa; que as vantagens da atividade criminosa não serão investidas na economia lícita; que a sociedade é compensada pelo prejuízo causado pelo crime; que o confisco é uma forma de desincentivar a prática de crimes que tenham o lucro como objetivo", cf. Colóquio Recuperação de Ativos, Diretiva 2014/42/EU, Conclusões, de 8 de novembro de 2017, p. 4, realizado pela Procuradoria-Geral Distrital de Porto (disponível em www.trg.pt).

[733] Numa síntese, em 28 de julho de 1979, Amosi Salabiaku, imigrante do Zaire e residente na França, recebeu, no aeroporto de Roissy, pacote que lhe teria sido enviado do seu país de origem. Ao passar pela alfândega, foi abordado por oficiais que, em revista, encontraram 10kg de maconha no pacote. Salabiaku negou ciência da existência de droga, aduzindo que esperava alimentos típicos do Zaire. Dois dias depois, Salabiaku recebeu ligação da empresa *Air Zaire*, informando-lhe que encomenda em seu nome havia sido, por engano, despachada para Bruxelas, e que no seu interior havia farinha de mandioca, pimentão, manteiga de amendoim e óleo de palma. Mesmo com o esclarecimento de todas essas circunstâncias, Salabiaku foi processado em tribunal francês e condenado pelo crime de contrabando a dois anos de prisão, proibição definitiva de residir na França e multa de 100 mil francos, e absolvido, com amparo no *in dubio pro reo*, pela infração de tráfico internacional de entorpecentes. Salabiaku apelou ao TEDH, invocando violação do princípio da presunção de inocência (incisos 1 e 2 do art. 6º da CEDH). Em decisão unânime, o TEDH considerou que o ilícito típico do art. 392, §1º, do *Customs Code* francês, concretiza-se com o mero ato objetivo de portar mercadoria proibida ao passar pela alfândega, sem a necessidade de demonstração de dolo ou culpa do agente, sendo tal modelo de incriminação, com a utilização de presunção em favor da acusação, algo comum no sistema penal de vários países, não violando o princípio da presunção de inocência. Acórdão disponível em https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/03/SALABIAKU-v-FRANCE-ECHR-Judgment-_English_.pdf.

guarida à utilização de presunção em matéria de Direito Penal. Na verdade, o TEDH, na aludida decisão[734], não inovou, tampouco flexibilizou a exigência de acato à CEDH pelos sistemas penais da União Europeia, mas apenas reconheceu que presunções de fato ou de direito existem e são aplicadas em cada um dos sistemas legais – o que, claramente, a CEDH não veda; contudo, desde que as presunções mantenham-se dentro de certos e razoáveis limites e respeitem as garantias criminais aos acusados – *"it requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and mantain the rights of the defense"*[735].

Essa moldura de adequação (ou de não violação) das modalidades de confisco ampliado – similares à perda alargada de Portugal – com a CEDH parece ter alguma relação com a acepção dada às suas naturezas jurídicas. E, no ponto, é perceptível que houve alteração na forma de decidir por aquela Corte. Isto é, em julgamentos mais remotos, o TEDH chegou a considerar a aplicação do confisco ampliado como uma verdadeira sanção penal; e, nalgum momento, abandonou essa tendência, distanciando-se de intitulá-lo como pena, embora sem se debruçar profundamente acerca de qual sua precisa natureza jurídica.

Dois exemplos paradoxais – e, por que não, paradigmáticos – de decisões do TEDH em matéria de confisco ampliado, retratando a dualidade concernente ao aspecto da natureza jurídica, podem ser extraídos dos casos *Welch versus (The) United Kingdom* e *Phillips versus United Kingdom* – os quais, pela importância que tiveram, merecem exame um tanto mais detido.

4.1.1 *Welch versus the United Kingdom*

No ano de 1986, uma *Crown Court* do Reino Unido condenou Peter Welch pela importação de grande quantidade de cannabis a uma pena de prisão de vinte e dois anos. E, na sequência, tendo por soalho o *Drug Trafficking Offences Act* de 1986[736], foi estipulado a Welch, como confisco dos produtos ilicitamente obtidos, o pagamento de 66.194 *pounds*

[734] Importante ressaltar que, no caso concreto, o tribunal francês firmou a convicção condenatória não apenas na referida presunção, mas, ainda, pela prova produzida no processo (§ 29 e ss. da decisão).
[735] Prosseguindo a transcrição no idioma original: *"Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal Law"*. Ambas, transcrições de trechos do §28 do Acórdão *Salabiaku versus France*.
[736] Legislação analisada detidamente por HUBER, Barbara. El comiso de las ganancias en el derecho penal con especial referencia a la Legislación sobre drogas. *Actualidad Penal*, Madri, a. 1, n.º 17, 1990, pp. 163-176.

sterling (*GBP*). A modalidade de perda de bens aplicada ao caso foi a denominada *confiscation order*, trazida pela *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, consistente, em suma, em presumir a origem ilícita dos bens ou dinheiro na posse ou transmitidos por condenado por um crime de tráfico de drogas, desde os seis anos antes de sua constituição como arguido, salvo prova em contrário feita por este. No caso concreto, se não adimplida a *confiscation order*, resultaria a Welch o cumprimento de mais dois anos de prisão.

Welch recorreu a um Tribunal de Apelação, que acabou reduzindo sua pena de prisão para vinte anos, bem assim a *confiscation order* para o valor de 59.914 *GBP*. Na apelação, para o fim de ver-se eximido da *confiscation order*, Welch argumentou que o crime pelo qual restou condenado aconteceu antes da vigência do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, em janeiro de 1987. Ou seja, na hipótese concreta, a *Crown Court* havia reconhecido efeito retroativo à *confiscation order*.

Por ter sido mantida a *confiscation order* pelo Tribunal de Apelação, Welch suscitou o caso à Comissão Europeia de Direitos Humanos (ComEDH)[737], notadamente a questão da aplicação de efeito retroativo à *confiscation order*, o que, segundo ele, violaria os artigos 6.º e 7.º da CEDH. A ComEDH, então, com foco na situação concreta, refutou a violação à presunção de inocência do artigo 6.º da CEDH; e, quanto à garantia de que "não poderá ser imposta uma pena mais grave que a aplicável no momento em que a infração foi cometida" (artigo 7.º, parágrafo 2.º, da CEDH), isto é, potencialmente se inferindo da *confiscation order* natureza jurídica de uma sanção penal, a ComEDH igualmente negou razão a Welch, aduzindo que, embora de efeitos graves, aquela modalidade de confisco ampliado era uma medida reparadora e preventiva. Outrossim, para a ComEDH, a característica de ser aplicada num processo penal, por si só, não conferia à *confiscation order* a natureza jurídica de pena.

Entrementes, para enfatizar a complexidade do assunto já àquela época, sublinha-se que a votação do caso Welch pela ComEDH alcançou empate, diante da anotação de seis votos dissidentes, no sentido de que a *confiscation order*, por estar vincada a um processo penal e possuir efeito punitivo, transcendia o caráter reparador e preventivo, conformando, pois, uma verdadeira sanção penal. Apenas pelo voto de minerva de seu presidente é que a ComEDH, naquela altura, decidiu pelo não ferimento da *confiscation order* ao artigo 7.º, parágrafo 2.º, da CEDH.

---

[737] Vide *European Commission of Human Rights, Peter Welch against the United Kingdom*, 15 *October* 1993, n. 17440/90, disponível em http://www.rm.coe.int.

Na sequência, ainda inconformado com as consequências jurídicas lhe impostas, o condenado fez com que o *case Welch versus United Kingdom* finalmente aportasse ao TEDH[738], com o fundamento principal de o confisco previsto na *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 poder ser considerado uma pena, e, assim, na situação concreta, ter ocorrido malferimento ao artigo 7.º, parágrafo 2.º, da CEDH.

O TEDH, enfrentando o reclamo de Welch, invocou os parâmetros utilizados desde o caso Engel e outros contra a Holanda, em 1976[739], quando estabeleceu fatores tendentes a indicar se determinada medida reveste-se de natureza penal diante da CEDH. Com outras palavras, aduziu que, para o fim de estabelecer se uma medida concreta imposta constitui uma pena, e, por conseguinte, atrai a incidência do artigo 7.º, parágrafo 2.º, da CEDH, o primeiro fator digno de nota remete à verificação da causa dessa medida concreta, ou seja, se decorre em virtude da condenação por uma infração penal. Além desse fator, outros podem ser levados em conta, como a natureza e o objetivo da medida, sua qualificação no direito interno, os procedimentos para sua aplicação e execução, e sua gravidade.

Transpondo esses critérios ao exame da *confiscation order* da *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, o TEDH apontou que a modalidade de confisco ampliado então vigente no Reino Unido, para ser aplicada, exigia a condenação do arguido pela prática de crime relacionado às drogas ilícitas. No ponto, foi frisado que o fato de existirem presunções, naquela legislação, permitindo o alcance de efeitos de confisco a bens não diretamente relacionados com a infração penal pela qual resultou a condenação, não desvirtuava a prévia e necessária existência dessa condenação para a incidência da *confiscation order*. O TEDH, pois, chancelou o óbvio: a *confiscation order* demandava uma condenação pela prática de um crime. Preenchido, pois, o primeiro elemento para o fim de caracterizar aquele confisco como uma pena[740].

Para aquilatar o fator "natureza e objetivo da medida", o TEDH examinou o contexto de onde surgiu o *Drug Trafficking Offences Act* de 1986. Aludida legislação teve por finalidade superar as dificuldades na aplicação de medidas de confisco clássico nas infrações ligadas às drogas, sobremodo pela complexidade da prova da vinculação direta de determinados bens na posse ou domínio de pessoas envolvidas com o tráfico – isto é, serem tais bens proveito direto das infrações penais, até porque usualmente convertidos ou

---

[738] TEDH, *Welch v. United Kingdom*, 9 *February* 1995, n. 1/1994/448/527, disponível em http://www.rm.coe.int.
[739] TEDH, *Engel and others v. Netherlands*, 8 *June* 1976, n. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5370/72, disponível em http://www.rm.coe.int.
[740] §29 do acórdão *Welch v. United Kingdom*.

transformados em outros bens. Com efeito, recordou o TEDH que o *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 criou aos tribunais a possibilidade da aplicação de ordens de confisco mais amplas. Outrossim, depreendeu o TEDH, com lastro na exposição de motivos constante no projeto de lei daquele *Drug Trafficking Offences Act*, ter sido suscitada a natureza preventiva da *confiscation order*, tendente a evitar a utilização de bens em futuras outras infrações de tráfico de drogas, bem como a meta de que o crime não se afirmasse como uma atividade lucrativa. Todavia, mesmo com essa sinalização, o TEDH concluiu que o *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, ao estabelecer aos tribunais poder tão amplo como o decorrente da *confiscation order*, não se afastou por completo do afã de atribuir modalidade de punição ao autor de ilícito típico vincado ao tráfico de drogas.

Consectário, visualizou o TEDH, na *confiscation order*, objetivos de prevenção e reparação, consentâneos com elementos que integram a noção de pena. Logo, o fator "natureza e objetivo da medida", mensurado, igualmente se prestou como vetor a que o TEDH considerasse, naquele caso concreto, a *confiscation order* como uma sanção penal[741].

Condizente ao fator "gravidade da medida", o TEDH, a despeito de sublinhar a existência de diversas medidas de natureza não penal com consequências gravosas à determinada pessoa (seja ou não arguido em processo penal), o que tornaria esse critério com importância relativizada, não deixou de considerar que aspectos da *confiscation order* emanada do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 coincidem com a noção de que se trata de uma pena.

Na esteira, o TEDH elencou os elementos que, por sua ótica, aproximavam aquela medida da natureza jurídica de pena[742]: a) as presunções legais amplas, inseridas no artigo 3.º, parágrafo 3.º, do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, no sentido de que a totalidade dos bens que estivessem na posse ou domínio de alguém condenado por tráfico de drogas, nos seis anos anteriores de sua constituição como arguido, provinha dessa atuação criminosa, salvo prova em contrário do próprio arguido; b) a evidência de a *confiscation order* visar ao – suposto – produto do tráfico de drogas, e não se limitar a um benefício ou enriquecimento efetivo; c) a prerrogativa de o juiz ou tribunal, ao fixar o alcance do confisco (isto é, o valor atribuído aos bens presumivelmente provenientes da atividade criminosa), poder levar em conta o grau de culpa do condenado, bem assim de aplicar, a ele, a prisão em caso de inadimplemento do valor da *confiscation order*.

[741] §30 do acórdão *Welch v. United Kingdom*.
[742] §33 do acórdão *Welch v. United Kingdom*.

O TEDH, ainda, ponderou um último elemento adstrito ao caso concreto, atinente a uma valoração de realidade, na linha de que Welch restou por sofrer prejuízo maior do que estava exposto quando da prática do delito de tráfico de drogas pelo qual foi condenado (parágrafo 34.º do acórdão).

Sopesados todos esses critérios, o TEDH decidiu que a *confiscation order* aplicada a Welch configurou uma pena, gerando, portanto, violação ao artigo 7º, parágrafo 2.º, da CEDH (parágrafo 35.º do acórdão).

Entretanto, em ressalva quiçá inusitada, o TEDH frisou que a decisão proferida apenas se referia aos efeitos retroativos da *confiscation order* – recordando-se que o *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 havia entrado em vigor depois do ilícito típico imputado a Welch. O TEDH foi além, ao explicitar que não estava questionando os poderes de confisco trazidos por aquela legislação britânica aos tribunais para a luta contra o tráfico de drogas (parágrafo 36.º do acórdão).

Com efeito, pode-se inferir que o TEDH, na casuística decisão, parece ter sido tomado por espécie de temor de fulminar o *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 no tocante ao agressivo e inovador instrumento de recuperação de ativos. Por isso a parecença de cautela que se seguiu ao núcleo duro da decisão (em suma, o efeito retroativo da *confiscation order* maculava o artigo 7º, parágrafo 2.º, da CEDH), com a ressalva quanto aos genéricos poderes de confisco trazidos por aquela legislação – o que, deve-se apontar, soou paradoxal[743].

De qualquer modo, não se pode negar que, no caso *Welch versus United Kingdom*, o TEDH decidiu na linha de que a *confiscation order* do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 possuía natureza jurídica de uma pena, servindo como importante marco.

Aliás, pode-se conjecturar que, se naquela altura estivesse vigente a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal, e fosse levado ao TEDH reclamo de efeitos retroativos da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, por potencialmente violadores do artigo 7º, parágrafo 2.º, da CEDH, muito provavelmente vazaria decisão similar à proferida no caso *Welch versus United Kingdom*.

[743] Segundo Hélio Rodrigues, "a lição mais importante a destacar deste acórdão Welch v. Reino Unido é a de que o confisco das vantagens pode ser qualificado como uma pena ou como um remédio de caráter civil, dependendo das características que rodeiem o procedimento"; cf. RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 45.

A elucubração é verossímil porque, na trilha do ato de julgar aquele caso, o TEDH observaria que a perda alargada lusitana decorre da condenação por uma infração penal – a condenação por crime do catálogo é requisito. No aspecto "natureza e objetivo da medida", o TEDH levaria em conta que, à semelhança do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, foi concebida diante das dificuldades da incidência dos tipos de confisco clássico em ilícitos típicos como o tráfico de drogas, pela complexidade de vincar diretamente a posse/domínio de bens ou patrimônio sem uma origem lícita descoberta com aquelas infrações penais. Outrossim, no caminho aberto por diplomas normativos internacionais e comunitários, a perda alargada, uma vez mais em similar à *confiscation order*, teve por escopo possibilitar ordens de confisco mais amplas para prevenir a utilização de bens noutras infrações e para evitar que o crime não compense. Em relação à qualificação no direito interno, ao procedimento para aplicação e execução, e à sua gravidade, em quase tudo o TEDH, como espelho daquele julgamento, chancelaria o mesmo resultado à perda alargada. Pois, nesta, com similitude às presunções do artigo 3.º, parágrafo 3.º, do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, supõe-se que, se não a totalidade, ao menos todos os bens sem origem lícita, na posse ou domínio de alguém condenado por tráfico de drogas, provêm da atividade criminosa, salvo prova em contrário – há apenas breve diferença quanto ao lapso temporal retroativo de incidência (seis anos no *Drug Trafficking Offences Act* de 1986; cinco anos na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). E a ferramenta legal portuguesa almeja o presumido produto do tráfico de drogas (e de outros ilícitos típicos comumente ligados à criminalidade organizada), menos se importando em estabelecer, para a concretização do confisco, a prova do benefício ou enriquecimento efetivo.

Apenas alguma distinção brotaria da visualização, pelo TEDH, de que, diferentemente da *confiscation order*, na perda alargada portuguesa é vedado, seja para sua aplicação, seja para fixação de seu quantum, o juiz ou tribunal valer-se do grau de culpa do condenado, tampouco cogitar prisão para o caso de não pagamento do valor determinado como confisco.

E mesmo no último elemento sopesado pelo TEDH no caso Welch a chance de conclusão idêntica seria grande, porquanto alguém que cometesse, em Portugal, um ilícito típico que, depois, já no curso do processo penal, viesse a ser previsto como plausível dos efeitos da perda alargada, certamente estaria exposto, na data da infração penal, a um prejuízo patrimonial bem menor.

Com outras palavras, tivesse mantido, desde então, o entendimento plasmado no caso Welch, muito provavelmente o TEDH, provocado, adjetivaria a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de pena – ou, pelos menos, decidiria que ela não poderia ocasionar efeitos retroativos.

Porém, ver-se-á a seguir que o TEDH, depois dessa primeira etapa em que considerou a *confiscation order* do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 como uma pena, acabou alterando esse entendimento.

4.1.2 *Phillips versus the United Kingdom*

Além do caso Welch, no acórdão *Phillips versus United Kingdom*, provavelmente mais importante sobre o tema do confisco ampliado[744], o TEDH, mais uma vez provocado, distanciou-se, em essência, daquele primeiro famoso julgamento, chancelando a consonância do modelo inglês de confisco alargado vigente na época com a CEDH.

De atentar que, no caso Welch, esteve sob julgamento a *confiscation order* insculpida pelo *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, ao passo que em *Phillips versus United Kingdom* o TEDH debruçou-se sobre instrumento congênere de recuperação de ativos, trazido pelo então novel *Drug Trafficking Act* de 1994. De qualquer sorte, em ambos os julgamentos, esteve sob o jugo do TEDH ferramenta de confisco ampliado – a *confiscation order*.

Sintetizando o caso, em 27 de junho de 1996, Steven Phillips foi condenado à pena de nove anos de prisão na *Newport Crown Court*, Reino Unido, por tráfico de entorpecentes, devido à importação de grande quantidade de *cannabis*. Na sequência, uma investigação patrimonial identificou que o já condenado Steven Phillips teve intensa movimentação financeira em período pretérito ao ilícito típico de tráfico de entorpecentes que lhe resultou a condenação. Mais precisamente, a investigação patrimonial clarificou que Phillips adquiriu uma casa, fez depósitos em dinheiro e cheque, e teve cinco carros, não obstante nenhuma receita de declaração sua ao fisco nacional. Aludida investigação concluiu que Phillips beneficiou-se do tráfico de drogas em quantia de 117.838,27 *pounds sterling*. Com efeito, o juiz daquela corte, depois de excluir bens pertencentes ao grupo

[744] Opinião partilhada por RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 66.

familiar de Phillips, tendo por base *a balance of probabilities* de que ele se beneficiou da atividade de tráfico de drogas, determinou-lhe o confisco (*confiscation order*) de 91.400 *GBP*, valor equivalente aos bens e rendas de origem presumivelmente ilícita, com amparo na *Section 2 of Drug Trafficking Act 1994*[745].

Inconformado com a rigidez dos efeitos patrimoniais daquela decisão de confisco, Steven Phillips, em 12 de dezembro de 2001, recorreu ao TEDH[746], com o argumento base da violação da presunção de inocência e das regras formais de um processo justo (artigo 6º, parágrafos 1.º e 2.º, da CEDH[747]), e, ainda, pela suposta ausência de proporcionalidade da medida (artigo 1.º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

No julgamento[748], numa súmula, o TEDH enfrentou argumentos de Phillips questionando se a ordem de confisco representava uma nova acusação, bem assim se a presunção de inocência, de alguma maneira, aplicava-se àquela hipótese de confisco. Ainda, se, concernente ao artigo 6º, parágrafo 1.º, da CEDH, o direito a um julgamento justo admitia o uso de presunções. Por fim, condizente ao Protocolo Adicional da Convenção, se o confisco a ele imposto era proporcional e adequado à previsão de perda da propriedade privada pelo Estado.

Ao julgar, o TEDH, quanto ao clamado ferimento à presunção de inocência, declarou que a medida constritiva do confisco não significava nova acusação, e sim uma consequência do crime pelo qual o recorrente Phillips já estava condenado; como corolário, a aplicação daquela modalidade de confisco não era alcançada pelo princípio da presunção de inocência, porquanto imaculado o processo principal, em que não suscitada a ofensa ao princípio em comento.

Em breve digressão, vê-se que o TEDH, já naquele acórdão, prolatado há mais de década, assentou o que apenas recentemente o Tribunal Constitucional português reconheceu a respeito da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, isto é, de que descabida a alegação de violação da presunção de inocência, desde que tal garantia tenha

---

[745] Numa síntese, as *Sections* 2 a 5 do *Drug Trafficking Act 1994* permitiam que a corte criminal determinasse uma ordem de confisco ao condenado por tráfico de drogas concernente a pagamentos ou vantagens que tenha recebido desde sua constituição como arguido até seis anos antes, desde que em relação a eles a corte decida, com suporte em provas e no balanço das probalidades, que tiveram conexão com as atividades de tráfico de drogas. De frisar que, nessa modalidade de confisco, aplicava-se o standard probatório similar aos dos procedimentos de natureza civil, daí por que a decisão, ao fim, tinha soalho, nomeadamente, *on the balance of probabilities*.

[746] Na época, ainda Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

[747] Então Convenção Europeia de Direitos do Homem.

[748] Nominado *Phillips versus the United Kingdom*. Vide versão comentada, disponível em https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/ECtHR%20Judgements/English/PHILLIPS%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20_English_.pdf.

sido assegurada quando do processo penal em que discutido o ilícito típico[749]. Sendo mais claro, respaldou o TEDH, naquela altura, que o princípio da presunção de inocência deve seguir sempre vigente e atrelado ao processo penal em que debatida a culpa do arguido, mas não se presta para obstar a outra presunção, qual seja, de que o apurado patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos de condenado por determinado crime é proveniente de origem ilícita.

No segundo ponto invocado por Phillips, quanto ao uso de presunções, o TEDH, não obstante chancelando que qualquer processo penal deve primar pela presunção de inocência e pela regra do ônus da prova da acusação (no que toca à carga probatória atinente ao ilícito típico e à culpa), ressalvou, literalmente, que "este direito não é absoluto, uma vez que presunções de fato ou de direito existem em qualquer sistema criminal e não são proibidos em princípio pela Convenção, desde que os Estados respeitem determinados limites, levando sempre em conta a natureza da matéria em julgamento e os direitos de defesa"[750]. Aqui, o TEDH, mais do que assentar não vedado pela CEDH o uso de presunções em âmbito criminal, tornou claro que a presunção de que se valeu a corte britânica (e que guarda similitude, em essência, com a do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002) não teve espaço no julgamento da culpa de Phillips, incidindo ao depois, quando da investigação patrimonial que deu ensejo a *confiscation order* (em paralelo ao que ocorre com a liquidação do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que se presta como o instrumento para a geração de efeitos da perda alargada portuguesa).

Grife-se que mesmo o trecho de cautela assinalado pelo TEDH, no sentido de que o cotejo de presunção como a que deu azo a *confiscation order* deve restringir-se a limites, com atenção à natureza da matéria em julgamento e aos direitos de defesa, pode ser estendido ao campo da ferramenta legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. É que, e nisso bastante similar àquela *confiscation order*, a perda alargada lusitana tem espectro reduzido, quando da condenação por crimes de catálogo (usualmente vincados a atividades de criminalidade organizada) e que, em regra, geram lucro. Além disso, na linha do apontamento do TEDH, na liquidação, aqui mais uma vez à semelhança do procedimento em que tramitada a pretensão de *confiscation order*, é pleno o direito da

[749] Assim sendo, e resultante uma condenação por crime previsto no catálogo, o que figura tão somente como um dos requisitos da perda alargada, não pode o arguido/condenado, para o fim de tentar obstar o efeito que decorre da presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, invocar inocência presumida, uma vez que, em verdade, já não mais se discute inocência ou culpa. Esse tema será retomado ainda neste Capítulo, quando da análise das recentes decisões do Tribunal Constitucional português acerca da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[750] Em tradução literal de trecho do acórdao *Phillips versus United Kingdom*.

defesa (artigo 9.º da lei portuguesa) para tentar obstar o efeito da presunção legal e a aplicação da perda alargada. Também, tanto a *confiscation order*, respaldada pelo *Drug Trafficking Act* 1994, quanto a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, obedecem a lapsos temporais delimitados para incidência, configurando mais uma proteção ao arguido/condenado.

No terceiro mote recursal de Phillips, o TEDH decidiu que o confisco constitui espécie da expressão "penalidades", prevista no Protocolo Adicional, além de ser proporcional ao fim buscado pela medida. No trecho, *in verbis*, consta no acórdão que "a ordem de confisco constitui uma 'penalidade' no sentindo da Convenção. Assim, a medida está incluída no objetivo do segundo parágrafo do artigo 1º do Protocolo 1, o que permite o controle da propriedade pelos Estados para reguardar o pagamento de penalidades"[751]. Tratando a *confiscation order* como penalidade, não poderia deixar o TEDH de debruçar-se sobre a proporcionalidade. E assim o fez: "contudo, esta previsão deve ser compreendida em linha com o princípio geral firmado no primeiro parágrafo e, assim, apresenta uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade alcançada"[752]. Em complemento: "além do caso específico, e considerando a importância da finalidade perseguida, o Tribunal não considera que o confisco da propriedade do recorrente foi desproporcional"[753].Também, não olvidou o TEDH do sinal de que o confisco aplicado a Phillips representava um "remédio forte", restrito a uma "doença grave": "em relação ao caso específico, como a Corte observou em Welch (...), estes poderes foram conferidos como armas na luta contra o tráfico de drogas. Assim, o uso do confisco previne a entrada de novas pessoas no tráfico, priva a utilização dos lucros e evita sua reutilização no comércio das drogas"[754].

Nesse último tópico, a despeito de o TEDH ter seguido com a linha de conformação do confisco aplicado ao condenado Phillips com a CEDH, não pode passar despercebido o viés de atribuir-lhe natureza de uma "penalidade" – até porque, em assim sendo, o TEDH decidiu por sua adequação à CEDH e ao Protocolo Adicional da Convenção, e passou a analisar o aspecto da proporcionalidade, que acabou reconhecido no caso concreto.

A posição do TEDH, externada casuisticamente àquele procedimento britânico de confisco (*confiscation order*), mas que guarda alguma semelhança, em essência, com a perda alargada lusitana, não deixa de ser instigante, e merecerá análise aprofundada à

[751] Tradução literal de trecho do acórdao *Phillips versus United Kingdom*.
[752] Tradução literal de trecho do acórdao *Phillips versus United Kingdom*.
[753] Tradução literal de trecho do acórdao *Phillips versus United Kingdom*.
[754] Tradução literal de trecho do acórdao *Phillips versus United Kingdom*.

frente, no Capítulo 7, que versa especificamente sobre as possíveis classificações da natureza jurídica do instrumento aqui estudado.

De qualquer sorte, inegável que o TEDH, no caso *Phillips versus United Kingdom*, reconheceu a consonância de uma modalidade de confisco ampliado (aplicado após a condenação, tendo por lastro a presunção de que a parte do patrimônio do condenado, incongruente com seus rendimentos lícitos, era proveniente da atividade ilícita) com a CEDH, sem malferimento à presunção de inocência e às regras formais de um processo justo, criando precedente ao depois espelhado noutras decisões[755] e, de certa forma, clarificando uma orientação da Corte na matéria.

Esse julgamento, por emblemático, foi diversamente mencionado em futuras análises constitucionais levadas a efeito pelos Estados da União Europeia, tendo como resultado a gradativa sedimentação da constitucionalidade dos instrumentos de perda alargada ou de confisco ampliado.

Numa breve ressalva, é bem verdade que, há pouco, no acórdão *De Tommaso versus Italy*[756], o TEDH reconheceu a incompatibilidade com a CEDH de medidas de prevenção aplicadas com base na Lei n.º 1423/1956 (e suas modificações), legislação vigente antes do Decreto Legislativo n.º 159/2011(*Codice Antimafia* de 2011), da Itália. Porém, como será visto quando da análise do ordenamento legal italiano, a dissonância com a CEDH (por violação ao artigo 6º, n.º 1, bem assim ao artigo 2.º do Protocolo n.º 4), naquele caso, mais se ateve à ausência de audiência pública no procedimento de aplicação de medidas de prevenção da Lei n.º 1423/1956, e à falta de precisão e previsibilidade em hipóteses autorizadoras da incidência dessas medidas. Ou seja, no acórdão De Tommaso

---

[755] Orientação seguida, por exemplo, no acórdão *Van Offeren versus Netherlands*, de 5 de julho de 2005, onde o TEDH, em síntese, aduziu que, uma vez que o acusado é condenado pela prática de determinado crime, o artigo 6º, parágrafo 2.º, da CEDH não tem aplicação em relação a alegações sobre a personalidade do acusado como parte do processo de condenação, a menos que sejam de tal natureza ou grau equivalentes a uma nova acusação. Assim, analisando procedimento de confisco ampliado da Holanda (*article 36e of the Criminal Code – Wetboek van Strafrecht*), tramitado após a condenação (e que, no caso concreto, foi aplicado no valor correspondente a EUR 162,026.31), decidiu que o propósito de tal procedimento não é a condenação ou a imputação pela prática de outros crimes, mas avaliar se ativos provadamente mantidos pelo condenado foram obtidos pelo ou através do crime de tráfico de drogas; e, se sim, aferir o montante no qual a ordem de confisco deve ser fixada. Nessas circunstâncias, a opinião do TEDH é no sentido de que aquele procedimento de confisco ampliado deve ser considerado em analogia à determinação pela corte judicial do montante de uma multa ou do período de cumprimento de pena pelo condenado (na espécie, por crime de tráfico de drogas), não envolvendo uma nova acusação – que, se existente, poderia violar o artigo 6º, parágrafo 2.º, da CEDH. Com efeito, o TEDH não deu provimento ao recurso de Van Offeren, refutando a violação do princípio da presunção de inocência. O acórdão *Van Offeren versus Netherlands* (Application n.º 19581/04) está disponível em http://www.freecases.eu.

[756] O acórdão *De Tommaso versus Italy* (*Application* n.º 43395/09) está disponível em www.hudoc.echr.coe.int. Os detalhes desse julgamento, bem assim os reflexos às medidas de prevenção pessoal e patrimonial positivadas na Itália, serão tema do item 5.3.2.1 deste trabalho.

contra Itália, o TEDH não se imiscuiu na natureza jurídica da perda alargada, tampouco se posicionou em dissidência ao entabulado no acórdão *Phillips versus United Kingdom*[757].

Ressalva superada, passa-se ao exame da submissão da perda alargada de Portugal ao crivo de constitucionalidade, o que ocorreu quiçá um tanto tardiamente, notadamente tendo em conta a vigência do instrumento de recuperação de ativos há mais de década.

4.2 Tribunal Constitucional Português

Mesmo que positivada por legislação do longínquo ano de 2002, até o ano de 2015, o Tribunal Constitucional português ainda não havia enfrentado com a profundidade necessária a conformação – ou não – da perda alargada e seus controversos aspectos com a Constituição da República.

Pois, exatamente em 2015, a posição de certa forma contemplativa da Corte Constitucional mudou significativamente, quando, em três julgados, finalmente aquela ferramenta legal restou dissecada em seu ajustamento constitucional, notadamente no que se atém à presunção da procedência ilícita do patrimônio incongruente do condenado por crime do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e seus reflexos diante da presunção de inocência e do direito ao silêncio do arguido.

[757] No acórdão Varvara contra Itália, julgado em 29 de outubro de 2013, o TEDH também não se debruçou sobre a figura da perda alargada objeto deste trabalho. O acórdão tratou do caso levado ao TEDH, em 23 de março de 2009, por Vincenzo Varvara, o qual, em síntese, foi processado criminalmente por infração penal de subdivisão irregular (resultando na deterioração de um sítio natural protegido), sendo condenado por um juiz a uma sentença de prisão suspensa de nove meses e multa, e submetido aos efeitos do confisco das terras e edifícios relacionados ao projeto realizado na área da subdivisão irregular. Após a interposição de recursos, o Tribunal de Apelação de Bari, em acórdão de 23 de março de 2006, julgou que as infrações imputadas a Varvara estavam prescritas, mas determinou o confisco das terras e edifícios relacionados ao projeto realizado na área da subdivisão irregular, com base no artigo 19 da Lei n.º 47/1985. Enfrentando a ordem de confisco, Varvara recorreu ao Tribunal de Cassação, que lhe negou provimento. Varvara, então, recorreu ao TEDH, alegando que a ordem de confisco violou os artigos 6.º, § 2.º, e 7.º, ambos da CEDH. O TEDH, apreciando o recurso, evidenciou que a ordem de confisco teve respaldo no artigo 19 da Lei n.º 47/1985 (prevê o confisco de obras quando o tribunal penal determina que a subdivisão é abusiva), sendo que o artigo 20 da mesma lei, que preconiza sanções penais aos ilícitos típicos correlatos, não lista o confisco com tal natureza. O TEDH enfatizou que os tribunais italianos vinham considerando aquele modelo de confisco ora como sanção penal, ora como uma sanção administrativa obrigatória e independente da condenação criminal, entendimento este respaldado pelo Tribunal de Cassação e pelo Tribunal Constitucional da Itália. Ao julgar o caso, o TEDH entendeu que confisco do artigo 19 da Lei n.º 47/1985 amolda-se a uma sanção penal e, assim, sua imposição a Varvara sem uma condenação criminal violou o 7.º da CEDH. Como visto, o TEDH, na hipótese, abordou moldura específica de confisco, sem similitude, quanto aos requisitos e à finalidade, à perda alargada que decorre da presunção de que o patrimônio injustificado (normalmente, mas não sempre, do condenado) é proveniente de atividade criminosa. De qualquer sorte, o acórdão traz à tona a discussão sobre a natureza jurídica de confisco aplicado em função de um processo penal – no caso concreto, considerado uma sanção penal. O acórdão Varvara c. Itália (17475/09, *Section* II) está disponível em http://www.hudoc.echr.int. Sobre tal acórdão, vide SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"? *Scientia Iuridica*, Braga, t. 63, n.º 334 (Jan.-Abr. 2014), pp. 85-110.

4.2.1 O acórdão n.º 101/2015

Primeiro, o Tribunal Constitucional português prolatou o acórdão nº 101/2015[758], em que, mesmo "de forma algo simplista e telegráfica"[759], iniciou a pavimentação da consonância da perda alargada com a Constituição da República.

Numa breve retrospectiva do caso julgado, anota-se que Manuel Gil Camarate, após regular processamento, foi condenado, em 28 de setembro de 2012, pela Vara de Competência Mista do Funchal, à pena de quatro anos e seis meses de prisão pelo cometimento de crimes de lenocínio (passível da incidência de medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, conforme artigo 1.º, n. 1, alínea "p", da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[760]) e de auxílio à emigração ilegal; outrossim, na mesma decisão, foi julgada parcialmente procedente a liquidação com pedido de perda de bens do arguido, com fundamento nos artigos 7.º e 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Inconformado, Manuel Gil Camarate recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, em acórdão datado de 9 de julho de 2013, julgou procedente em parte o recurso, mas apenas para reduzir o montante a pagar em decorrência da aplicação dos efeitos da perda alargada.

Então, o condenado recorreu ao Tribunal Constitucional, sustentando, dentre outros temas, a inconstitucionalidade do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com o argumento principal de que a presunção nele contida remete à inversão do ônus da prova ou da presunção de inocência, violando as garantias do processo criminal do artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República. No mesmo recurso, suscitou inconstitucional o artigo 10 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, devido à sua aplicação retroativa, o que, por sua ótica, fere os artigos 62.º, 204.º e 29.º, n.ºs 1 e 4, todos da Constituição da República; mas este tópico não chegou a ser apreciado pela Corte, com base no princípio do pedido e a consequente limitação dos poderes de cognição do tribunal ao dispositivo maculado de desconforme com a Constituição, já que o condenado, instado para esclarecer e identificar a norma (ou a interpretação da norma) que supunha inconstitucional, quedou-se inerte.

---

[758] Proferido no Processo n.º 1090/2013. Acórdão publicado no Diário da República n.º 60/2015, 2.ª Série, de 26 de março de 2015, pp. 7.506-7.507. Disponível em http://www.dre.pt.

[759] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 210.

[760] Na redação atual, dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

Delimitado o objeto conhecido do recurso, o Tribunal Constitucional julgou constitucional (ou, literalmente, "não julgou inconstitucional"[761]) o dispositivo do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no trecho "para efeitos de perda de bens a favor do Estado, 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". O rechaço da alegação de inconstitucionalidade teve por fundamento a assertiva de que a presunção "opera após a condenação, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Além do mais, trata-se de uma presunção ilidível (...) O princípio de que parte o legislador ao estabelecê-la – princípio cuja não verificação o recorrente sempre poderia ter demonstrado – é o de que ocorreu no caso um ganho ilegítimo, proveniente da atividade criminosa, compreensivelmente reportada ao rendimento do condenado que exceda o montante do seu rendimento lícito"[762].

Ou seja, de pronto, assentou a Corte Suprema portuguesa que apenas com a condenação por crime do catálogo é que passa a ter incidência a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro; no incidente (enxertado no processo penal) de liquidação (artigo 8.º), não há qualquer debate ou apuração de responsabilidade penal do arguido, e sim somente a análise da eventual incongruência entre o valor do patrimônio do arguido e seus rendimentos lícitos, e de possíveis justificativas – caso detectada a incongruência. Evidenciada a incompatibilidade entre patrimônio e renda lícita, e ausente justificativa provada pelo arguido que possa ilidir a presunção, terá lugar a declaração da perda arlargada.

Do acórdão n.º 101/2015, pode-se inferir que o Tribunal Constitucional, ao reconhecer a conformidade constitucional da perda alargada (ou, ao menos, ao refutar sua inconstitucionalidade) e a inexistência de mácula ao princípio da presunção da inocência, avançou, mesmo que implicitamente, à seara de sua natureza jurídica, matéria controvertida na doutrina e longe de uma posição unânime. Depreende-se que, decidindo naqueles termos, o Tribunal Constitucional asseverou que o instrumento legal não é uma pena – e, quiçá, nem mesmo um efeito de pena ou sanção diversa.

---

[761] Item III – Decisão, alínea "b", do acórdão n.º 101/2015. Diário da República n.º 60/2015, 2.ª Série, de 26 de março de 2015, p. 7.507.

[762] Item II – Fundamentação do acórdão n.º 101/2015. Diário da República n.º 60/2015, 2.ª Série, de 26 de março de 2015, p. 7.507.

No entanto, o exame profundo da natureza jurídica da perda alargada e seus reflexos quanto à conformidade constitucional – ou não – da ferramenta legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, acabaram sendo inseridos no acórdão nº 392/2015, proferido pela Corte Constitucional em 12 de agosto de 2015.

4.2.2 O acórdão nº 392/2015

Na sequência, foi proferido o paradigmático acórdão nº 392/2015[763], da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, que merece olhar acurado, seja porque uma "decisão notável"[764], seja por representar um divisor de águas na jurisprudência portuguesa no que toca à perda alargada.

No caso concreto, o arguido Adão Ribeiro foi condenado pelo Tribunal da Comarca de Braga, em 21 de novembro de 2014, à pena de 6 anos de prisão pela prática do crime tráfico de estupefacientes. E, no mesmo acórdão, aquele tribunal julgou "procedente o incidente de liquidação deduzido pelo Ministério Público contra este arguido, nos termos previstos nos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e, consequentemente, declarou perdido a favor do Estado o montante de € 4.454,25 – equivalente ao valor do património incongruente com o seu rendimento lícito – montante este que o mesmo arguido é condenado a pagar, mantendo-se o arresto de bens já decretados"[765]. A seguir, o condenado Adão Ribeiro apelou ao Tribunal da Relação de Guimarães, que, em acórdão de 8 de junho de 2015, negou provimento ao recurso. Então, Adão Ribeiro recorreu ao Tribunal Constitucional, questionando a "interpretação que se extraia do disposto nos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no sentido de impor a um cidadão o ónus de provar a origem lícita do seu património, invertendo o ónus da prova e da presunção de inocência, por se entender que é inconstitucional por violação dos princípios constitucionais constantes dos artigos 18.º e 32.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa"[766].

---

[763] Proferido no processo n.º 665/15. Acórdão publicado no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, pp. 27.438-27.444. Disponível em http://www.dre.pt.

[764] Cf. CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 211.

[765] Trecho do relatório do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.438.

[766] Com reprodução literal no relatório do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.438.

Em suma, nas suas razões recursais à Corte Suprema, Adão Ribeiro suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, por supostamente inverter o ônus de prova e, por isso, violar o direito ao silêncio e a presunção de inocência. A presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ensejadora da perda alargada, consagraria "regras de prova estranhas e mesmo contrárias às garantias do processo penal"[767]. Estranhas devido à repartição da prova, fenômeno típico ao processo civil; e contrárias pela evidência de que a ausência da prova de fato (leia-se da procedência ilícita do patrimônio) resulta a prova desse fato. Daí a conclusão do arguido, em tudo coincidente com parte da doutrina lusitana[768] que se debruça sobre a perda alargada, da inconstitucional inversão do ônus de prova em processo penal. Para além, segundo o arguido, aquela presunção feriria o direito a não autoincriminação, pela imposição de que, diante da liquidação, necessitasse carrear provas e proferir declarações – de viés patrimonial, mas com potenciais respingos a ele desfavoráveis na alçada de discussão do ilícito típico. Mais do que macular um benefício ao arguido, a presunção aviltaria o princípio do acusatório, que exige da acusação a prova dos fatos imputados àquele. E, concluindo sua irresignação, assentou o arguido que, em decorrência de sua conformação legal, a perda alargada e sua presunção *juris tantum* colidiriam com o princípio constitucional da presunção de inocência, já que tanto o silêncio quanto a inação dariam vazão ao confisco de bens[769].

O Ministério Público, em contrarrazões, sumariamente, refutou que a norma do artigo 7º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, padeça de inconstitucionalidade, na linha de que a presunção de seu bojo não influencia no juízo da culpa, mas meramente para efeitos de perda de bens a favor do Estado[770].

Ao fim, antecipa-se, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Feita a sinopse do caso e de seu percurso da primeira à última instância judiciária, o aspecto que mais interessa a este trabalho, como não poderia deixar de ser, atém-se à

[767] Com transcrição no relatório do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.438.
[768] Tópico explorado na fundamentação do acórdão n.º 392/2015, e que por isso será analisado logo adiante.
[769] Alegações do arguido extraídas do relatório do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, pp. 27.438 e 27.439.
[770] Vide relatório do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.439.

fundamentação do acórdão n.º 392/2015[771], que conduziu o Tribunal Constitucional à correlata decisão.

Primeiramente, o Tribunal Constitucional recordou que a temática orbitante da perda alargada, embora tenha ela requisitos especiais e inéditos na legislação portuguesa, não refoge no todo da problemática geral da perda de coisas e direitos relacionados com a prática de um ilícito criminal, com previsão no Capítulo IX do Código Penal – "perda de instrumentos, produtos e vantagens", compreendendo a "perda de instrumentos ou produtos" (artigos 109.º e 110.º) e a "perda de vantagens" (artigo 111.º). Naquela, preponderam as razões de índole preventiva, i. e., evitar a utilização de instrumentos ou produtos em novos ilícitos, ou, mesmo, por sua perigosidade, para que não gerem risco à segurança das pessoas ou da ordem pública. Já na "perda de vantagens" o escopo é claramente de retirar do arguido (ou de terceiros) os proventos do ilícito típico. O Tribunal Constitucional apontou que a perda alargada guarda semelhanças com aqueles instrumentos clássicos de confisco. É bem verdade que menos com "perda de instrumentos ou produtos", e muito mais com a "perda de vantagens", que recebe da doutrina, como fundamento político-criminal, a finalidade preventiva (como prevenção geral e prevenção especial), consubstanciada na meta de colocar o arguido na situação patrimonial anterior ao cometimento do ilícito (ou, no desgastado brocardo, demonstrar que "o crime não compensa"). Não foi olvidado que, para além da finalidade preventiva, o regime geral da perda de bens mira restaurar a ordem patrimonial dos bens ao ao direito vigente[772].

Estabelecida a conexão, o Tribunal Constitucional avançou aos pontos controvertidos. E, aí, discorreu que, se no regime geral da perda das vantagens é peremptória a clarificação da origem (direta ou indireta) como resultado da prática de crime, na perda alargada a prova dessa ligação restou flexibilizada diante das novas exigências colocadas pelo combate à criminalidade organizada, conforme explicitado pelo legislador na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII[773], na origem da Lei n.º 5/2002. Não se descurou o Tribunal Constitucional de apontar que aquela flexibilização

[771] Adiantando-se que todos os excertos e comentários a seguir foram extraídos da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, pp. 27.439 e 27.444.

[772] "Um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas, mesmo que estas não correspondam a um dano de alguém em concreto" (trecho da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.439).

[773] Onde assentado que "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa". A Proposta de Lei n.º 94/VIII está disponível em http://www.app.parlamento.pt.

ateve-se apenas à prova concreta da conexão entre o crime e a vantagem, exigindo-se, de outro lado, os requisitos inafastáveis dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro: a condenação por ilícito típico do catálogo do artigo 1.º e a existência de um patrimônio incongruente do arguido – mais, obviamente, o "devido processo legal", consistente na obediência às regras do procedimento de liquidação do valor desse patrimônio, nos ditames do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

O ponto "flexibilização" assumiu especial relevo. É que, para além da análise jurídico-constitucional, aquela Corte Suprema, reconhecendo a pertinência da moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos, nela assentou base de fundamento à sequência do apreço da consonância ou não com o texto da Constituição da República Portuguesa. Tivesse por infundada ou equivocada comentada política criminal, quiçá fulminaria *ab initio* a viabilidade da aplicação da perda alargada em Portugal.

Nesse campo, foi mencionada no acórdão larga abordagem acerca do porquê da inserção do confisco ampliado na legislação portuguesa. O Tribunal Constitucional reportou-se à exposição de motivos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no que toca às medidas do artigo 7.º, realçando a política criminal tendente a que "o crime não compense", concretizada em ferramentas legais como a perda alargada. E foi bem além, invocando as fontes dessa política criminal no direito internacional e europeu.

No âmbito internacional, citou a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 20 de dezembro de 1988), aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, e efetivamente ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91[774]. E a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000[775], aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004

[774] A partir daí, Portugal acordou em adotar medidas, dentre outras, que permitam a perda de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º da Convenção, ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos. E podendo, com amparo no n.º 7 do artigo 5.º da Convenção, "considerar a possibilidade de inverter o ónus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respetivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam". O Decreto do Presidente da República n.º 45/91 está disponível em http://www.dre.pt.

[775] No artigo 12.º, aduz que "Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir a perda" do produto de infrações previstas na Convenção, ou de bens em valor correspondente, além dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações; ao passo que o n.º 7 reza que "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 perda, 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". Sobre a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000, vide item 3.1.2 deste trabalho.

e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004[776]. No ambiente europeu, foi aludida a Convenção Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa (Estrasburgo, 1990)[777], aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 70/97 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 73/97[778]; também, a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Varsóvia, 2005)[779], e o Tratado de Amesterdão e do Conselho Europeu de Amesterdão (16 e 17 de junho de 1997)[780], ambos tendo por enfoque a luta contra a criminalidade organizada e lançando diretrizes atinentes à perda de bens, inclusive com a relativização da prova da origem ilícita. Ainda, foi lembrado o plano intitulado "Prevenção e controlo da criminalidade organizada: estratégia da União Europeia para o Início do novo milénio"[781], pelo qual reforçado como prioritário privar a criminalidade organizada dos produtos do crime, sendo necessário considerar "a possibilidade de tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ónus da prova, após a condenação do infrator por um crime grave, relativamente à origem dos bens por este detidos. Por força dessa atenuação, o condenado deverá provar que adquiriu os bens em causa de forma legal. Se tal não for feito a contento do tribunal, os bens poderão ser considerados produtos do crime e confiscados"[782]. No mesmo afã, aquele plano do Conselho Europeu remeteu à análise da "oportunidade de aprovar um instrumento que, tendo em conta as melhores práticas em vigor nos Estados-Membros e respeitando devidamente os princípios jurídicos fundamentais, preveja a possibilidade de, na legislação penal, civil ou fiscal, conforme o caso, tornar menos rigorosas as disposições em matéria

[776] Disponível em http://www.dre.pt.
[777] Menciona "a luta contra a criminalidade grave", que "exige o emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional", sendo um deles "privar o delinquente dos produtos do crime". Com esse escopo, o n.º 1 do artigo 2.º da Convenção prevê que os Estados adotem "medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para lhe permitirem decretar a perda de instrumentos e produtos, ou bens cujo valor corresponda a esses produtos". Aludida Convenção foi prescrutada no item 3.4.1.1 deste trabalho.
[778] Disponível em http://www.dre.tretas.org.
[779] No n.º 1 do seu artigo 3.º trata da perda de instrumentos, de bens branqueados e de produtos ou bens cujo valor corresponda a tais produtos; e, no n.º 4, determina a adoção de "medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno". Essa Convenção restou estudada no item 3.4.1.2 desta tese.
[780] Disponível em http://www.europa.eu.
[781] Aprovado pelo Conselho Europeu em 27 de março de 2000. Jornal Oficial n.º C 124, de 03/05/2000, pp. 01-33, disponível em http://www.eur-lex.europa.eu.
[782] Jornal Oficial n.º C 124, de 03/05/2000, pp. 01-33, disponível em http://www.eur-lex.europa.eu. Trecho transcrito na fundamentação do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.441.

de ónus da prova no que se refere à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada por um crime relacionado com a criminalidade organizada"[783].

Vê-se que o Tribunal Constitucional não mediu esforço à procura da chancela normativa à decisão paradigmática. Tanto que seguiu com o chamamento das Decisões-Quadro do Conselho da União Europeia, como a de nº 2001/500/JAI, de 26 de junho de 2001 (relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime[784]), e a emblemática nº 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro de 2005 (relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime), tendo como objetivo "assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras efetivas que regulem a perda dos produtos do crime, nomeadamente no que respeita ao ónus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada"[785]. Emblemática porque, adrede visto, após, no artigo 2.º, n.º 1, prever aos Estados a adoção de medidas para declarar perdidos os instrumentos e produtos (ou bens de valor equivalente) de infrações penais com pena privativa da liberdade superior a um ano, no artigo 3.º, n.º 2, trouxe a determinação de que, com tais medidas, os Estados-Membros permitam a perda em hipóteses com explícita flexibilização do ônus da prova[786]. O Tribunal Constitucional ainda mencionou, como fundamento, a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda[787].

---

[783] Jornal Oficial n.º C 124, de 03/05/2000, pp. 01-33, disponível em http://www.eur-lex.europa.eu. Trecho transcrito na fundamentação do acórdão n.º 392/2015, constante no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.441.

[784] Que prevê, em seu artigo 3.º: "Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que a sua legislação e procedimentos em matéria de perda dos produtos do crime permitam também, pelo menos nos casos em que esses produtos não possam ser apreendidos, confiscar os bens cujo valor corresponda ao dos produtos, tanto no quadro de procedimentos meramente internos, como de procedimentos instaurados a pedido de outro Estado-Membro, incluindo os pedidos de execução de ordens de perda emanadas do estrangeiro". A Decisão-Quadro nº 2001/500/JAI foi abordada no item 3.4.2.1 deste trabalho.

[785] Vide item 3.4.2.3 desta tese.

[786] São elas: "a) Quando um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie; ou b) Quando um tribunal nacional, com base em factos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º 1 do presente artigo que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie; ou c) Quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em factos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada". Estes e outros aspectos da Decisão-Quadro 2005/212/JAI foram tratados no item 3.4.2.3 desta tese.

[787] Reitera que qualquer tentativa de prevenir e combater a criminalidade organizada, para ser eficaz, deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime, fazendo remissão ao objetivo

Na sequência, dirigiu atenção à 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[788], que reputou "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" (considerando 19), numa inequívoca alusão à perda alargada. No considerando 21, a Diretiva trouxe contornos a essa modalidade de ferramenta legal, a ser cogitada sem implicar "a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso", bastando "que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades", sendo 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. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso"[789].

Era imprescindível a remissão feita pelo Tribunal Constitucional, porquanto o desenho entabulado na Diretiva 2014/42/UE foi em tudo semelhante ao instrumento legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. O n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva tratou da "perda alargada", incumbindo aos Estados-Membros a adoção de "medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso"[790]. Com efeito, a despeito de a Diretiva 2014/42/UE ainda não estar com prazo de transposição esgotado, naquela altura, bem andou o Tribunal Constitucional ao considerá-la de pronto (como reforço aos demais diplomas normativos

---

da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de que "os Estados-Membros disponham de regras eficazes aplicáveis à perda dos produtos do crime, nomeadamente no que se refere ao ónus da prova relativamente à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada" – considerando 8. Sobre a Decisão-Quadro 2006/783/JAI , vide item 3.4.2.4, retro.

[788] Estabelece "regras mínimas para o congelamento de bens tendo em vista a eventual perda subsequente e para a perda de produtos do crime" (artigo 1.º), obrigando os Estados-Membros à sua transposição, colocando em vigor disposições legislativas, regulamentares e administrativas, até 4 de outubro de 2015 (artigo 12.º, n.º 1).

[789] A Diretiva 2014/42/UE foi tema do tópico 3.4.3.4 deste trabalho.

[790] O texto integral da Diretiva 2014/42/UE está disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042.

que se ocupam da perda alargada), dada à indiscutível consonância de seu texto com a ferramenta legal positivada no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Com esse extenso apanhado, o Tribunal Constitucional pretendeu evidenciar o rumo unívoco de variados instrumentos normativos de direito internacional e da União Europeia no sentido da flexibilização das regras afeitas ao ônus da prova em processo penal, ou, mesmo, da permissão de sua inversão, mas apenas no que tange à procedência dos bens ou patrimônio de pessoa condenada por crimes específicos, vincados à criminalidade organizada – obviamente, desde que sem afronta aos princípios do direito de cada Estado-Membro, tampouco à natureza dos procedimentos judiciais ou adminstrativos previstos.

Pensa-se que a Corte Constitucional poderia ter parado por aí, diante do lastro alcançado – em termos de fonte – pelos comentados diplomas normativos supraterritoriais. Porém, prosseguindo na fundamentação do acórdão n.º 392/2015, os julgadores ainda foram atrás de resumida comparação com outros ordenamentos nacionais em que plasmadas ferramentas semelhantes àquela do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Com precisão cirúrgica, não se partiu a uma busca aleatória, e sim focada nos regimes jurídicos em que autorizado o confisco alargado ou ampliado de bens em conformidade com o instrumento sub judice – isto é, que parte da premissa de que a condenação por específicos crimes, normalmente ligados a ações de organizações criminosas e geradores de lucro, mais a existência de bens ou patrimônio titulados ou possuídos pelo condenado com fonte inexplicável, legitimam a conclusão de que referidos bens ou patrimônio são proventos da atividade criminosa. Com outras palavras, a Corte Constitucional se debruçou, na comparação, aos ordenamentos legais em que adotada presunção – como a polêmica inserta no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – resultante na inversão do ônus da prova, tornando o condenado detentor da carga probatória (dentro de pressupostos rígidos e com escapes, como, p. ex., a limitação temporal) quanto à origem lícita do patrimônio ou de bens.

Nesse trecho do acórdão n.º 392/2015, a Corte invocou o direito espanhol, em que o então vigente artigo 127.º, n.º 1, do Código Penal[791], preconizava que o tribunal deveria ampliar o âmbito da perda de bens às vantagens provenientes dos crimes cometidos por

[791] Com alterações dadas pela Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junho. Registre-se que a Ley Orgánica 1/2015, de 30 de março, em vigor desde 1º de julho de 2015, modificou substancialmente o regime da perda de bens (notadamente no que toca às hipóteses de confisco ampliado) na Espanha, o que será estudado no Capítulo seguinte deste trabalho.

uma organização criminosa ou terrorista, ou de um crime de terrorismo, mediante o entendimento de que provinha da atividade criminosa o patrimônio de todas e cada uma das pessoas condenadas (naquelas situações), se desproporcional aos rendimentos lícitos. Ou seja, o direito espanhol já contemplava presunção em muito similar à do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, consubstanciando o link entre a atividade criminosa e o patrimônio do condenado pela desproporção com os rendimentos lícitos. Frise-se que a presunção hispânica, por um lado, foi tornada ainda mais próxima da lusitana com a criação do artigo 127-bis., do Código Penal[792], que ampliou o catálogo de crimes passíveis de incidência. Por outro lado, passou a ostentar espectro bem mais musculoso, estendendo o próprio âmbito da perda de bens e de rendimentos do condenado, diante de indícios objetivos fundados de que procedem de atividade criminosa, sem comprovação de origem lícita. O alargamento no ambiente da perda no atual direito espanhol é evidente porque, em paralelo à manutenção dos efeitos de presunção semelhante à já prevista no artigo 127.º, n.º 1 (brotada da desproporção entre o valor dos bens ou patrimônio e os rendimentos lícitos do condenado), no novo artigo 127-bis (ambos do Código Penal) houve extensão às hipóteses de ocultação da titularidade (ou poder de disposição) sobre bens pela utilização interposta de pessoas físicas ou jurídicas, ou entes sem personalidade jurídica, ou paraísos fiscais ou territórios sem tributação que ocultem ou dificultem a determinação da verdadeira titularidade dos bens[793].

Talvez, no aspecto, tenha o Tribunal Constitucional tentado ilustrar que, modernamente, a perda alargada de Portugal, criada em legislação com mais de uma década de vigência, já está até mesmo defasada em comparação a congêneres de ordenamentos de outros Estados da União Europeia[794].

A Corte Constitucional não resumiu a comparação à Espanha. Listou o direito francês, mais precisamente o artigo 131-21 do Código Penal[795]. Esse dispositivo comina uma *confiscation* clássica[796] como pena complementar para crimes específicos punidos com prisão superior a um ano, além de, naquilo que se aproxima com o que existe no direito português, uma modalidade de confisco ampliado, aplicável em infrações com

[792] Trazido pela Ley Orgánica 1/2015, de 30 de março, e em vigor desde 1º de julho de 2015.
[793] Todas as novidades e reflexos gerados pelo advento da Ley Orgánica 1/2015, de 30 de março, em Espanha, serão prescrutados no item 5.1 desta tese.
[794] Reconhece-se que se trata de mera ilação, pois em nenhum momento explicitada no acórdão n.º 392/2015; no entanto, qualquer raso comparativo entre os sistemas de confisco ampliado atualmente vigentes em Portugal e Espanha presta-se para evidenciar que neste figuram ferramentas legais mais variadas e musculosas – o que será clarificado no item 5.1, adiante.
[795] Com a redação da Lei n.º 2013-1117, de 6 de dezembro de 2013.
[796] Atingindo, em suma, bens que tenham servido ou destinados a servir para o cometimento do crime, mais os que constituem o objeto ou o produto, direto ou indireto, da infração.

penas não inferiores a cinco anos de prisão, geradoras de lucro direto ou indireto, e com alcance aos bens do condenado (ou de que ele tenha a livre disposição) nos casos em que nem ele (condenado) e nem o suposto proprietário tenham êxito em provar a fonte lícita[797]. Parece certo que a menção ao instrumento francês mais se deu ao nível de ilustração do que propriamente como reforço à constitucionalidade da perda alargada lusitana, tendo em vista a natureza eminentemente de pena daquele confisco ampliado[798].

O Tribunal Constitucional ainda abordou o sistema legal da Itália, citando a inconstitucionalidade declarada pela Corte Constitucional italiana, em julgamento de 17 de fevereiro de 1994, quanto ao artigo 12-*quinquies* da Lei n.º 356/92, que preconizava espécie de criminalização de enriquecimento ilícito, já que previa como crime a posse injustificada de bens com valor desproporcional aos rendimentos de arguidos por determinadas infrações penais[799]. Essa citação soou pertinente, até porque o Tribunal Constitucional português, em dois momentos distintos, encarregou-se de declarar a inconstitucionalidade das investidas do legislador na positivação de crimes similares – primeiro, o enriquecimento ilícito, e, depois, o enriquecimento injustificado[800]. Dito de outro modo, o Tribunal Constitucional pareceu pretender espelhar hermenêutica coincidente à adotada pela Corte italiana, que refutou o enriquecimento ilícito, mas não a constitucionalidade do confisco ampliado que depois lá restou plasmado – nesse sentido, o confisco ampliado italiano foi introjetado pelo legislador no artigo 12.º-*sexies* da Lei n.º 356/92, que implica a perda de bens na titularidade ou posse de condenados por crimes específicos, desde que em valores desproporcionais e não justificados com seus rendimentos[801]. Bem se vê que a *confisca allargata* do artigo 12.º-*sexies* em muito se assemelha com a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

No acórdão n.º 392/2015, não foi olvidado o direito alemão, onde a *erweiterte Verfall*, inserida no §73d do Código Penal (*Strafgesetzbuch* ou *StGB*) ainda no ano de 1992, tem espaço quando da condenação por crime em que a lei explicitamente autoriza o regime de perda alargada. Nessas hipóteses, o tribunal determina a perda dos bens (titulados ou na posse do autor ou participante) pelas circunstâncias que justificam a

[797] O regime francês de confisco ampliado será a pauta do item 5.2, à frente.
[798] Do que se infere, já se pode antecipar, que o Tribunal Constitucional afastou a natureza jurídica de pena à perda alargada lusitana.
[799] A inconstitucionalidade da infração penal italiana de enriquecimento ilícito foi resenhada no item 2.4.2.2, adrede.
[800] As circunstâncias das tentativas de positivação, em Portugal, dos ilícitos típicos de enriquecimento ilícito e enriquecimento injustificado foram também discorridas no item 2.4.2.2 deste trabalho.
[801] As ferramentas legais de confisco ampliado na Itália merecerão análise detida no Capítulo seguinte, item 5.3.

suposição (presunção) de terem sido obtidos por intermédio de outros ilícitos-típicos ou para suas práticas[802]. Ao aludir o direito germânico, uma vez mais o Tribunal Constitucional coletou argumento de suporte à declaração de constitucionalidade que estava por proferir, não ignorando, outrossim, no corpo do acórdão, que a *erweiterte Verfall* esteve sob crivo do Supremo Tribunal federal alemão, resultando decisão de conformidade constitucional[803]. No julgamento, aquela Corte declarou não haver ofensa aos princípios da culpa e da presunção de inocência, mas fez a ressalva do cabimento da *erweiterte Verfall* somente quando o tribunal, após exaustiva produção e valoração da prova, convença-se de que o arguido adquiriu os bens mediante o cometimento de ilícitos típicos. Ou seja, a dúvida razoável deverá aproveitar ao réu, obstando o confisco – o que, dependendo da corrente doutrinária a que se filie, pode ser considerada uma distinção no que toca à exegese da perda alargada portuguesa[804].

Como fecho de um sintético direito comparado, a Corte Constitucional portuguesa voltou-se ao Reino Unido, em que, com o advento do *Proceeds of Crime Act* de 2002, a perda de vantagens da atividade criminosa passou a ter dupla via, seja pelo *criminal confiscation* (de natureza penal), seja pela *civil recovery* (como o nome sugere, de natureza civil). Inequivocamente, ambos os procedimentos são significativamente divergentes da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro: o *criminal confiscation* decorre do reconhecimento, pelo tribunal, da existência de um *criminal lifestyle* do condenado (consubstanciado em um de três fatores previstos expressamente, e provados pela acusação), autorizando, com fulcro em presunções, à conclusão de que todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos anteriores ao início do processo, e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento anterior à sentença condenatória, são produto da *general criminal activity*[805]. Isto é, alguma semelhança com a perda alargada portuguesa reside no cotejo de presunção como mola ao *criminal confiscation*, ou na viabilidade de elisão pelo condenado mediante prova da origem lícita do bem ou rendimento. Mas não mais que isso, ressaltando-se que, na "Terra da Rainha", os efeitos do *criminal confiscation*, em similitude ao que se verifica na Alemanha, podem ser afastados caso o tribunal conclua pelo risco sério de injustiça (i. e., a dúvida aproveita

[802] A *erweiterte Verfall* terá espaço de apreciação no item 5.6 desta tese.
[803] BGH, 4 StR 516/94, de 22 de novembro de 1994, disponível no idioma original em https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=22.11.1994&Aktenzeichen=4%20StR%20516%2F94.
[804] Os possíveis efeitos da dúvida sobre a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, serão enfrentados no Capítulo 6, item 6.3 deste trabalho.
[805] As características principais do *criminal confiscation* e sua possível natureza jurídica serão objeto do item 5.4, mais adiante.

ao arguido). A *civil recovery* é ainda mais estranha à perda alargada, pois se trata de um confisco administrativo, na forma de um procedimento *in rem*, visando bens obtidos por atividade criminosa de valor superior a 10.000£ (ou os que os sucedem). Também aqui, a semelhança mais visível diz respeito ao uso de presunção, havendo entendimento jurisprudencial da desnecessidade da prova do cometimento de um crime determinado, e somente a demonstração, *on the balance of probabilities*, da procedência criminosa do bem[806].

Assim, dessume-se que o escopo do Tribunal Constitucional português, neste ponto do acórdão n.º 392/2015, foi a clarificação do uso disseminado de presunções nas ferramentas legais de confisco ampliado engendradas na seara anticriminalidade organizada com fim de lucro.

Do Reino Unido foi lembrado, por fim, o *Drug Trafficking Act* de 1994, que preconizou instrumento mais próximo da perda alargada do que os acima vistos, possibilitando a presunção de que os bens possuídos pelo arguido depois da condenação, ou nos seis anos antes do processo, foram recebidos como pagamento ou recompensa do tráfico de droga – e que as despesas desse período tenham sido saldadas com proveitos da mesma fonte ilícita. Tratava-se de um confisco ampliado, mas de conformação distinta e específico ao tráfico de drogas[807].

Dissonâncias pontuais à parte, não se pode criticar o labor dos ministros do Tribunal Constitucional português ao rechearem o corpo do acórdão n.º 392/2015 com paralelos de sistemas legais de Estados integrantes da União Europeia (isso antes do *Brexit*) e adstritos às mesmas normativas comunitárias (e à mesma política criminal transnacional) no campo do enfrentamento da criminalidade organizada.

Igualmente por essa ótica, a Corte Constitucional buscou estofo no TEDH, mencionando o paradigmático caso Phillips contra o Reino Unido, em que, como visto há pouco, com base no *Drug Trafficking Act* de 1994, presumiu-se que bens detidos pelo arguido quando da condenação ou nos seis anos anteriores provinham do cometimento de crime de tráfico de drogas. Rememorando, em *Phillips versus United Kingdom*, o então Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que aquela presunção não violava o direito ao processo equitativo (artigo 6.º, n.º 1, da CEDH), porquanto respeitados os direitos de defesa, inclusive de produzir provas para o afastamento da presunção. E o mais

[806] No item 2.4.3, retro, houve o apanhado geral da *civil recovery* como modalidade de *actio in rem*. Aludida ferramenta legal será retomada quando do estudo do sistema britânico de confisco ampliado, no tópico 5.4.
[807] Modalidade de confisco que também será aferida no item 5.4 desta tese.

marcante desse julgado esteve na assertiva de que o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, que prevê a presunção de inocência do arguido em processo penal, é relativa à culpabilidade, e, portanto, não aplicável ao procedimento do *Drug Trafficking Act* de 1994.

Após o inventário de todo esse manancial de legitimação do moderno uso de presunções em diversas ferramentas legais anticriminalidade organizada, o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre aquela trazida pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no artigo 7.º, n.º 1 (e também no artigo 9.º, que trata das hipóteses de ilisão), desafiada pelo recorrente Adão Ribeiro, condenado no caso concreto, na forma do arrazoado ao início. A partir de então, os Ministros trataram de fustigar cada um dos argumentos que colocavam em xeque a constitucionalidade da perda alargada.

De início[808], foi reportada a decisão vazada do acórdão n.º 101/2015, em que declarada a não inconstitucionalidade daquela norma e de sua presunção, não ferindo o artigo 32.º da Constituição da República. O fundamento outrora exposto, na linha de que a presunção – ilidível – do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, opera-se após a condenação e, portanto, não macula a presunção de inocência, restou reprisado.

O plus, que tornou modelar o acórdão n.º 392/2015, deu-se no avanço da fundamentação, quando a Corte passou a olhar com lupa a perda alargada, notadamente no que se refere à sua "natureza". Reconhecendo a divergência de entendimentos, o Tribunal Constitucional citou abalizados doutrinadores e suas correlatas posições, como Augusto Silva Dias[809], Damião da Cunha[810], Pedro Caeiro[811], Conde Correia[812], Jorge Godinho e

---

[808] O trecho da fundamentação do acórdão n.º 392/2015 em que adentrado o núcleo duro da constitucionalidade da perda alargada consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, pp. 27.443-27.444.

[809] Que identifica na perda alargada as mesmas finalidades político-criminais dos instrumentos de confisco clássico do Código Penal português, e, por assim, atribui àquela natureza jurídica penal, mais precisamente, um efeito patrimonial e não automático da pena, cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, pp. 39-40.

[810] Defende o entendimento de que a perda alargada é uma medida de caráter não penal, análoga a uma medida de segurança, isto é, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal (CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado, AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 134).

[811] Dos autores que mais densamente investigaram a natureza jurídica da perda alargada, o que será retomado no penúltimo Capítulo deste trabalho. Numa síntese, Pedro Caeiro chega à natureza jurídica da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, mediante a superação de etapas de exclusão: não é uma pena, já que não limitada pela culpa; não é uma sanção penal *sui generis*, nem qualquer tipo de reação penal ou sanção de natureza diversa; não é um efeito da pena; não é uma reação análoga a uma medida de segurança, pois inexiste o concreto perigo de os bens/vantagens do condenado prestarem-se a futuros crimes; sobrando, então, o conceito de uma medida "de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal", cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 311.

Figueiredo Dias[813], e, em seguida à breve compilação, por que não dizer numa investida ousada, não hesitou em se posicionar, sentenciando que a perda alargada é "uma medida"[814].

Para chegar a essa conclusão, a Corte Constitucional, à semelhança do método utilizado por Pedro Caiero, rechaçou, uma a uma, as outras possibilidades conceituais de natureza jurídica. Nesse prumo, observou que a presunção legal do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não imputa ao arguido qualquer infração penal ou consequente sanção, restringindo-se a possibilitar o confisco de bens pela dedução de sua origem ilícita – possibilidade que se presta a restaurar "a ordem patrimonial segundo o direito". Prosseguiu ponderando que, embora a perda alargada tenha clara finalidade de prevenção criminal (impedir que "o crime compense"), além do requisito da condenação por crime elencado no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, é apenas após perfectibilizada essa condenação que a presunção – ilidível – do artigo 7.º, n.º 1, tem espaço. Salientou que no procedimento de liquidação (artigo 8.º) do patrimônio que se pretende confiscar somente está em causa a existência ou não da incongruência entre o valor do patrimônio do arguido e seus rendimentos lícitos, e nada acerca de qualquer responsabilidade pelo crime – não há juízo de censura ou de culpa em termos ético-jurídicos. A imputação pelo ilícito típico, sua apuração em autoria e materialidade, resultando um julgamento condenatório, conformam o pressuposto ou requisito "condenação", dando azo à dedução, na liquidação (procedimento enxertado no processo penal), da ocorrência de vantagens patrimoniais de origem ilícita. Todo esse quadro é inconfundível com o juízo da culpa. E, não sendo ilidida a presunção pelo arguido, a perda alargada irradiará seus efeitos.

Com efeito, a fundamentação do acórdão n.º 392/2015 fulminou a cogitação de a perda alargada ter natureza jurídica de pena ou, mesmo, efeito (patrimonial) da pena, pela

---

[812] Embora reporte os entendimentos que considera em posições extremas (um efeito da pena, segundo Augusto Silva Dias; uma medida ou sanção não penal, consoante Pedro Caeiro e Damião da Cunha) e intermediária (uma reação penal análoga à medida de segurança, na ideia de Jorge Godinho), na verdade, Conde Correia deixa de se posicionar definitivamente sobre a natureza penal da perda alargada (CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012., pp. 113-115).

[813] Jorge Godinho sustenta a linha de que a perda alargada, como as modalidades de confisco clássico, é uma reação penal, análoga a uma medida de segurança (conceito atribuído por Figueiredo Dias ao confisco das vantagens do crime do Código Penal português), mas de aspecto meramente patrimonial, com a peculiaridade de não provado o ilícito-típico que a enseja, cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1349.

[814] Trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.

razão de ser desconectada do juízo da culpa pelo crime – juízo que simplesmente serve como um dos pressupostos de aplicação daquele instrumento de recuperação de ativos.

O Tribunal Constitucional também desconsiderou a natureza jurídica de medida de segurança ou algo análogo, ao discorrer que, para além de não se verificar juízo de censura ou de culpa, no procedimento enxertado da liquidação igualmente não se discute o juízo de concreto perigo daqueles ganhos a serem alcançados pelo confisco, no sentido de prestarem-se a novas infrações penais. A finalidade da perda alargada está em obstar a manutenção e a consolidação desses ganhos, presumivelmente ilícitos, e por isso reputados ilegítimos.

Com tais assertivas, a Corte Constitucional concluiu que a perda alargada do artigo 7.º, n.º 1.º, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, não é pena ou seu efeito, pela desconexão com o juízo da culpa (atinente ao crime pressuposto), ou seja, por não consistir numa reação devido ao arguido ter praticado ilícito típico do catálogo do artigo 1.º. Não sendo reação de nenhuma espécie, não pode ser atribuída como uma sanção, mesmo que não penal. Ainda, não é uma medida de segurança, nem por equiparação, pois não está em causa algum risco de o bem ou patrimônio (objeto da pretensão de confisco) vir a ser utilizado em futuro crime pelo condenado ou terceiro.

Por exclusão, como se vê, o Tribunal Constitucional lançou mão da natureza jurídica de uma "medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens"[815].

Sendo uma medida[816], apurada e decidida em procedimento não penal enxertado num processo penal, e em que não se discute juízo da culpa ou qualquer outro aspecto do ilícito típico, tem-se por irreparável a decisão do Tribunal Constitucional de que "não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio do

[815] Transcrição literal de trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.

[816] Essa assertiva, que integra a fundamentação do acórdão n.º 392/2015, se, por um lado, refuta o trato da perda alargada como pena, reação penal, efeito da pena ou sanção diversa, por outro, não autoriza, como corolário, conceituá-la como uma *non conviction based confiscation*, tal qual alude CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 213. A perda alargada tem na condenação criminal requisito imprescindível à sua cogitação e aplicação, e apenas dela não é consequência, pois descolada do juízo da culpa. Essa conformação não permite seja considerada uma *non conviction based confiscation*, que, como visto no item 2.4.3 deste trabalho, tem por característica a independência de uma condenação criminal.

arguido, invocadas pelo Recorrente"[817], normas estas acatadas plenamente no processo penal pela prática do ilícito típico de tráfico de estupefacientes, previsto no catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002. A Corte complementou, em respaldo constitucional à ferramenta do artigo 7.º, n.º 1.º, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, não haver "qualquer alteração às regras da prova ou qualquer outra especificidade resultante do regime de perda de bens previsto na aludida Lei"[818].

Transpondo a análise constitucional ao caso concreto sub judice, os julgadores afirmaram que a presunção de inocência foi obedecida no processo penal, em que mantida a estrutura acusatória; contudo, resultou afastada pela prova lá produzida, condutora ao juízo de condenação por crime do catálogo – ressaltando-se que apenas com o trânsito em julgado a perda de bens será levada a efeito. No incidente de perda alargada, enxertado no processo penal, a necessidade de o arguido provar que a incongruência entre seu patrimônio e rendimentos tem alguma justificativa (seja de que o patrimônio incongruente proveio de origem lícita, seja de que é anterior a cinco anos da data de constituição como arguido, seja de que foi amealhado com recursos existentes nesse período de cinco anos antes) não fere a presunção de inocência. Tampouco macula o direito ao silêncio, pois a ação tendente à justificação do patrimônio incongruente não enseja autoincriminação atinente ao ilícito típico imputado ao arguido no processo penal, que mantém íntegra sua estrutura acusatória. Além de tudo, no procedimento (liquidação), assegura-se o exercício do contraditório, podendo o arguido, para ilidir a presunção, valer-se de qualquer meio de prova válido em processo penal (isto é, não está sujeito às limitações de prova do processo civil ou administrativo); outrossim, incumbe ao tribunal a atenção a toda a prova existente no processo para o fim de julgar pertinente ou não a ilisão da presunção.

Definindo não existir perigo real de contaminação da produção da prova do processo penal relativa ao ilícito típico, o Tribunal Constitucional julgou que "a presunção legal estabelecida nos artigos 7.º e 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal"[819].

Em arremate, a fundamentação do acórdão n.º 395/2015 ainda tratou de chancelar o acerto da escolha do legislador português ao positivar a perda alargada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, inclusive no que toca à criação da controvertida presunção do artigo 7.º,

[817] Transcrição literal de trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.
[818] Idem.
[819] Idem.

n.º 1. No ponto, aludiu que a perda alargada e seu procedimento não apresentam traços de arbitrariedade ou de uma medida desproporcionada, bem assim que o legislador "não podia ser indiferente à evidência de que o nexo causal que é objeto da presunção legal questionada oferece grandes dificuldade de prova, o que é generalizadamente reconhecido"[820]. Ademais, aquela presunção legal "não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado"[821], ao passo que "a tutela da parte 'prejudicada' pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada"[822], ressalvando-se, também, a válvula de escape temporal inserida pelo legislador para o fim de impedir o confisco – artigo 9.º, n.º 3, alíneas "b" e "c" da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Pela riqueza dos fundamentos, deve-se atribuir ao acórdão n.º 392/2015, proferido em 12 de agosto de 2015, da lavra dos juízes João Cura Mariano, Ana Guerra Martins, Pedro Machete, Fernando Vaz Ventura e Joaquim de Sousa Ribeiro, o rótulo de marco paradigmático ao direito de Portugal – e alhures – no que toca à perda alargada. Nas palavras entusiasmadas de Conde Correia, "pela sua profundidade e consistência dogmática, este acórdão será, doravante, um marco fundamental, estabelecendo as premissas para uma discussão séria da problemática do confisco alargado. A decisão dificilmente poderá ser rebatida nos tempos mais próximos. As críticas e os temores iniciais foram superados"[823].

---

[820] Transcrição literal de trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.
[821] Idem.
[822] Idem.
[823] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 211.

4.2.3 O acórdão n.º 476/2015

O acórdão nº 476/2015[824], proferido pelo Tribunal Constitucional em 30 de setembro de 2015, igualmente chancelou a constitucionalidade da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Reportando sumariamente o caso concreto, a 4.ª Vara Criminal do Círculo Judicial do Porto, em 24 de janeiro de 2014, condenou a arguida Liliana Patrícia Oliveira Cardoso por um crime de tráfico de estupefacientes à pena de seis anos de prisão, e julgou procedente o incidente de liquidação deduzido pelo Ministério Público contra ela, declarando perdido a favor do Estado o valor de 183.640,00 euros, apurado como o valor do patrimônio incongruente com o seu rendimento lícito, mantendo-se o arresto de bens decretado. A arguida recorreu para o Tribunal da Relação do Porto que, em acórdão de 10 de setembro de 2014, julgou improcedente o recurso. Então, a condenada recorreu ao Tribunal Constitucional, intentando, dentre outros aspectos de irresignação, ver declaradas inconstitucionais as normas dos artigos 7.º e 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Como argumento pilar, no ponto, a arguida suscitou que aludidas normas ferem o princípio da presunção de inocência em vários aspectos, ao presumirem os pressupostos de sua aplicação, distribuírem o ônus da prova, suprimirem o direito ao silêncio e resolverem o *non liquet* contra o arguido, tudo contrariando, pois, o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa. Justificou a recorrente que, no caso concreto, ela adquiriu os bens (presumidos de proveniência ilícita) antes dos fatos pelos quais foi condenada, não tendo rebatido a presunção no que toca a esse lapso temporal pretérito. Esse contexto, segundo a recorrente, tornaria ainda mais evidente a inconstitucionalidade daqueles dispositivos da perda alarga.

O Tribunal Constitucional, enfrentando a invocada inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.º 3, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, reportou-se aos fundamentos vazados nos acórdãos n.ºs 101/2015 e 392/15, notadamente neste último julgamento. Com efeito, uma vez mais assentou 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 consequente sancionamento, mas sim privá-lo de

[824] O texto integral do acórdão n.º 476/2015 consta no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, pp. 32.070-32.076, disponível em http://www.dre.pt.

um património, por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente, assim se restaurando a ordem patrimonial segundo o direito"[825].

Para além disso, o Tribunal Constitucional explicitou que as normas dos artigos 7.º e 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, são de natureza distinta dos crimes de enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado, os quais foram analisados e tiveram a inconstitucionalidade declarada, respectivamente, nos acórdãos n.ºs 179/12 e 377/15, notadamente pela violação do princípio da presunção de inocência do arguido. Irrefutável, aliás, essa distinção, já que naquelas infrações penais esboçadas pelo legislador português havia bem mais do que a presunção de que o patrimônio incongruente do condenado provinha de atividade ilícita: tinha-se, nos dois modelos, a presunção da ilicitude material, caracterizada meramente pela divergência entre o patrimônio e os rendimentos declarados. Com outras palavras, a presunção, naquilo que foi cerne dos acórdãos n.ºs 179/12 e 377/15, atuava ao nível do juízo da culpa, ensejando ao arguido a iniciativa de alegação e de prova de sua inocência, sob pena de, não determinando a origem lícita do património (ou, ao menos, a dúvida sobre tal origem), resultar condenado pelo crime de enriquecimento ilícito ou injustificado. Panorama que, como reconhecido pelo Tribunal Constitucional nas duas vezes, maculava o direito ao silêncio, necessariamente afastado, pois a opção por não prestar declarações trazia a consequência desvantajosa de não contraditar a prova da variação desproporcionada entre patrimônio e rendimentos, sendo isso potencialmente suficiente à condenação[826].

Ao divorciar a perda alargada dos artigos 7.º e 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, das infrações penais de enriquecimento ilícito e de enriquecimento injustificado, o Tribunal Constitucional clarificou que a aparente semelhança cinge-se à consequência comum às ferramentas legais, isto é, a perda de bens[827]. Também, necessário admitir, em todas há como componente a finalidade de prevenção criminal, evitando que se crie a ideia de que o crime compensa. Mas, afora isso, a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, quando aplicada, transita ao largo de qualquer nova incriminação, de algum juízo sobre a culpa da pessoa condenada por crime do catálogo, ou da transferência do ônus da

[825] Trecho do item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, p. 32.075.

[826] As infrações penais de enriquecimento ilícito e enriquecimento injustificado, e suas respectivas declarações de inconstitucionalidade, em Portugal, foram analisadas no item 2.4.2.2 deste trabalho.

[827] Não se olvidando que, pela incidência da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o condenado é obrigado ao pagamento do valor da incongruência entre seus rendimentos lícitos e seu patrimônio apurado (artigo 12.º, n. 1), e, apenas se não o fazendo, sofrerá o confisco dos bens arrestados (artigo 12.º, n. 4).

prova da acusação para a defesa no que toca à culpa, fatores aparentemente presentes nos crimes de enriquecimento ilícito e de enriquecimento injustificado.

O Tribunal Constitucional, enfim, invocou a tese plasmada nos referidos acórdãos n.ºs 101/2015 e 392/2015, de que somente com a condenação por crime do catálogo é que incide a presunção do artigo 7.º, n.º 1, isto é, depois de decidido o juízo da culpa. A imputação de crime do catálogo presta-se apenas como pressuposto indiciador dos supostos ganhos patrimoniais de origem ilícita. O incidente de liquidação (artigo 8.º), assim, não se atém a qualquer responsabilidade penal do arguido, mas apenas a uma eventual incongruência entre o valor de seu patrimônio e seus rendimentos lícitos, tocando a ele (arguido) elidir a presunção ou demonstrar origem anterior há cinco anos (de sua constituição como arguido), risco da consequência da perda a favor do Estado do valor correspondente à incongruência.

Reconheceu o Tribunal Constitucional que a opção do legislador português em alocar o incidente de liquidação enxertado no processo penal (em que se apura a prática do ilícito típico e a condenação), averiguando-se, em concomitancia, a existência de um patrimônio incongruente, de modo a eventualmente determinar-se a perda de seu valor, não pode significar atribuir àquela liquidação objeto similar ao do processo, ou seja, apurar a responsabilidade penal do arguido. A liquidação não se funda "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 patrimônio 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"[828].

Com esse apanhado, exaurido no acórdão n.º 392/2015, repetiu a Corte Constitucional a conclusão de que a presunção de proveniência ilícita de determinados bens e a decorrente perda em favor do Estado do valor correlato não é uma reação pelo fato de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso. Logo, não é a perda alargada uma reação penal. Aqui, o Tribunal Constitucional reiterou a sinalização da natureza jurídica da perda alargada como uma "medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada"[829], sendo a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo apenas um pressuposto.

---

[828] Trecho do item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, p. 32.075.
[829] Idem.

Como efeito dessa definição, o Tribunal Constitucional sedimentou a tese de que na liquidação (procedimento enxertado no processo penal) não operam as normas constitucionais da presunção da inocência e do direito ao silêncio, que seguem intactas no que toca ao processo penal que tem por objeto algum dos ilícitos típicos do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Frisou, também, que só haverá perda de bens em favor do Estado desde que exista condenação do arguido, transitada em julgado, por um daqueles crimes.

Assim, decidiu a Corte que, no incidente de perda de bens enxertado no processo penal, o ônus do arguido de produzir a prova de que a eventual incongruência do seu patrimônio tem uma justificação (por ser lícita ou pelo tempo de aquisição), não fere a presunção de inocência, que permanece imaculada quanto ao cometimento do crime e sua imputação, discutidos no processo penal. Esse ônus, outrossim, não ataca o direito ao silêncio, pois a demonstração da origem lícita de determinados rendimentos não se confunde com qualquer autoincriminação, quer relativamente ao ilícito penal que lhe é imputado no processo, quer a algum outro. Não havendo, pois, desvio à estrutura acusatória do processo penal, pela ausência de um perigo real de que a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, incidente na liquidação que almeja a perda de bens, contamine a produção de prova do processo penal atinente ao ilícito típico.

Concluiu, com esses fundamentos, mais uma vez, o Tribunal Constitucional, que "a presunção legal dos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal"[830].

Não deixa de ser interessante que, no acórdão n.º 476/2015, a Corte transcendeu a análise técnico-jurídica da constitucionalidade (assentada) da perda alargada, suscitando que "o legislador não podia ser indiferente à evidência de que o nexo causal que é objeto da presunção legal questionada oferece grandes dificuldades de prova, o que é generalizadamente reconhecido"[831], de modo que "a criação de uma presunção legal de conexão não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado"[832].

---

[830] Vide item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, p. 32.075.
[831] Idem.
[832] Idem.

Aparentemente respaldando a escolha do legislador português por um "remédio forte", o Tribunal Constitucional invocou a lição de que "as presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte"[833]; presunções que exigem "um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada"[834]. Vincando a lição aos artigos 7.º e 9.º, n.º 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o Tribunal Constitucional asseverou que essas normas respeitam aquelas exigências, tendo o legislador, inclusive, inserido um marco temporal à possível incidência da perda de bens, brecha que se presta como alternativa à prova, pelo arguido, da licitude de rendimentos obtidos em período muito anterior ao do processo.

Com essa fundamentação, o Tribunal Constitucional julgou não inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, improcedendo o recurso da arguida[835].

Para Conde Correia, esses três emblemáticos acórdãos do Tribunal Constitucional português, mais do que, inequivocamente, dissiparem as dúvidas quanto à conformação da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com a Constituição da República, prestam-se – como incremento da política criminal transnacional imposta pela Diretiva 2014/42/UE – à "possibilidade do legislador nacional utilizar mecanismos *in rem* para lutar contra o enriquecimento ilegítimo"[836]. Ou seja, aquelas decisões, notadamente por assentarem que a presunção legal do artigo 7.º, n. 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é desconectada do juízo da culpa e não gera inversão do ônus da prova no processo penal, e afastarem a natureza jurídica de pena (ou qualquer reação penal), efeito de pena ou sanção de matéria diversa da perda alargada, servem de impulso à conjectura do incremento da legislação portuguesa no que toca às ferramentas de recuperação de ativos, porquanto não violadoras, em essência, de princípios sagrados como da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

---

[833] Vide item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, p. 32.075.

[834] Item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, pp. 32.075-32.076.

[835] Decisão do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, p. 32.076.

[836] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 216.

Sem pretensão de juízo quanto à absorção feita por Conde Correia, no ponto, pondera-se serve de enlace a que se verifique como as modalidades de confisco ampliado (e suas eventuais variações) têm sido positivadas e aplicadas, e quais suas possíveis naturezas jurídicas, em Estados Democráticos de Direito que há muito introjetaram essas ferramentas em seus ordenamentos.

Outrossim, é pertinente investigar, mesmo que de passagem, como, possivelmente, o confisco ampliado poderá vir a ser concretizado na legislação brasileira.

5 OS MODELOS DE CONFISCO AMPLIADO (E SUAS POSSÍVEÍS NATUREZAS JURÍDICAS) NA EUROPA, NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL

5.1 O confisco ampliado na Espanha: *comiso* ou *decomiso ampliado*

5.1.1 Instrumentos clássicos de confisco na Espanha

A Espanha tem galgado destaque na implementação de ferramentas vincadas à moderna política transnacional de recuperação de ativos. Além de ter positivado instrumentos agressivos de confisco ampliado, conta com o denominado Gabinete Especial de Procuradores contra Corrupção e Crime Organizado, que atua nas hipóteses de recuperação de ativos[837].

As modalidades de confisco de bens estão previstas no Título VI do Código Penal, que cuida *de las consecuencias accesorias*[838]. O modelo clássico de confisco, que determina a perda dos efeitos, bens, meios ou instrumentos do delito, hoje está positivado no artigo 127, n.ºs 1, 2 e 3[839], do Código Penal. E também no Código Penal estão as formas mais musculadas de perda alargada.

5.1.2 O confisco ampliado "construído" e as sucintas alterações trazidas pela *Ley Orgánica 15/2003,* de 25 de novembro

Até o ano de 2010, a despeito de não existir normatização explícita de uma figura de confisco ampliado na Espanha, os juízes e tribunais, com amparo em jurisprudência do

[837] Sobre aludido gabinete, vide GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; PRANVERA, Recica-Kirkbride; MIILS, Linnea. *Few and Far:The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington: The World Bank, 2014, p. 48.

[838] Segundo Manzanares Samaniego, o Título VI do Código Penal espanhol, atinente às *consecuencias accesorias*, parece ter sido inspirado nas *Nebenfolgel* do Código Penal alemão, em seus artigos 45, 45a e 45b, embora no ordenamento germânico as únicas consequências acessórias sejam a inabilitação para cargo público e direitos de voto, que seguem sendo penas no Código Penal espanhol. Outrossim, quanto à natureza jurídica (genérica) do confisco previsto no Código Penal espanhol, comenta que *"la doctrina moderna se inclinó en general por ver en el comiso una medida de seguridad y no una pena. Sin descender a detalles, se ha dicho que el comiso se apoya más en la peligrosidad que en la culpabilidad, y se orienta más hacia la prevención especial que hacia la general"*, cf. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal:* Parte General (Artículos 1 a 137) - *Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio - Comentarios y jurisprudencia*, Vol. I. Granada: Editorial Colmares, 2010, pp. 923 e 924.

[839] Mas precisamente, os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 127 regram, respectivamente, o confisco clássico baseado em uma condenação, o confisco pela prática de um "delito imprudente" (de aplicação facultativa) e o confisco por substituição.

Tribunal Supremo, passaram a aplicar ordens de perda de vantagens ou benefícios, com inequívoco teor "alargado", em relação a agentes condenados por crime de tráfico de drogas, utilizando, para tanto, os então vigentes artigos 127[840] e 374[841], ambos do Código Penal.

Essas duas normas penais autorizavam que fossem compreendidas dentro do objeto do confisco de bens as vantagens provenientes do crime, aí incluindo quaisquer transformações que tivessem sofrido. Mas, frise-se, aludidos regramentos não continham disposições que os identificassem como instrumentos de recuperação de ativos da modalidade confisco ampliado – o que veio a ser positivado somente com a *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho.

Indiferentemente a isso, o Tribunal Supremo espanhol vinha confortando o entendimento jurisprudencial de que, da interpretação dos artigos 127 e 374 do Código Penal, o confisco das vantagens do crime deveria estender-se aos proveitos procedentes de operações anteriores à concreta ação descoberta e ajuizada, com a ressalva de que houvesse prova dessa procedência e respeitado o princípio acusatório[842].

Segundo Blanco Cordero, a inusitada construção jurisprudencial chancelada pelo Tribunal Supremo teve como pano de fundo a constatação de que a aplicação literal dos artigos 127 e 374 do Código Penal então em vigor, como ferramentas clássicas de perda de bens, mostrava-se inócua um muitos casos. É que, comumente, quando o arguido por ilícito típico de tráfico de drogas restava condenado, o tribunal lhe impunha a apreensão e a destruição da substância estupefaciente; mas, à míngua de a infração penal não resultar concreto benefício, o patrimônio – não raro elevado – do traficante sobrava inalcançado

---

[840] O artigo 127 do Código Penal espanhol, até a vigência da *Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de novembro, tinha a seguinte redação*: "toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serás decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del apenado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, em su defecto, se inutilizarán".*

[841] Já o artigo 374, n.º 1, Código Penal espanhol, até a *Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de novembro 2003, previa: *"a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o substancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar".*

[842] Por exemplo, vide acórdão *del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*, de 5 de outubro de 1998, citado por BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 95.

pelos instrumentos clássicos de confisco – que, cediço, exigem vinculação direta entre a vantagem e o crime cometido Desse contexto, presenciado com frequência no "direito vivo", é que os juízes e tribunais espanhóis passaram a ampliar o leque de incidência dos artigos 127 e 374 do Código Penal nas hipóteses de crimes ligados ao tráfico de drogas, dando ao confisco das vantagens efeito retroativo, de modo a atingir os benefícios angariados com atividades criminosas anteriores do condenado[843] .

Pode-se reputar a essa construção jurisprudencial como desafiadora dos princípios da presunção de inocência e da culpa, pela circunstância de emprestar a regras de instrumentos clássicos de confisco o viés de uma perda alargada (pelos efeitos retroativos), porquanto inquestionável, com a concretização respaldada pelo Tribunal Supremo espanhol, o potencial alcance de bens ou vantagens não diretamente obtidos da infração penal que resultou a condenação.

Com outras palavras, sem existir no ordenamento jurídico da Espanha, na altura, norma de perda alargada, criou-se o risco real ao indivíduo condenado por tráfico de drogas de ver-se expropriado de patrimônio ou bens não provados – num processo penal – vantagens ou benefícios do crime. A concretização para além e para trás do instrumento clássico de confisco, industriada pela jurisprudência, sem exagero, tinha ares de afronta aos princípios da presunção de inocência e da culpa, porquanto o condenado via-se tolhido de bens ou patrimônio que não eram vantagem ou patrimônio do crime na forma da legislação penal, mas acabavam assim considerados. Com essa arquitetura, presumia-se, ao menos no âmbito da perda de vantagens do crime, que o condenado fora anteriormente declarado culpado, deixando ao largo sua inocência presumida atinente à forma de consecução daqueles bens ou patrimônio que não possuíam liame direto com a infração de tráfico de drogas pela qual condenado.

E seguiu-se um tanto mais, naquela época, na Espanha. A fim de não tornar vasto demais o efeito retroativo pavimentado, o Tribunal Supremo, em acórdão de 5 de outubro de 1998, entabulou as condicionantes da prova da procedência dos bens do tráfico de drogas e do respeito ao princípio acusatório. E, data vênia, pensa-se que no adendo àquela fundamentação de duvidosa técnica jurídica, o Tribunal Supremo espanhol, novamente, não foi bem. Não bastasse o alargamento – para trás – de efeitos de ferramentas clássicas de confisco, sem uma previsão explícita contida nos artigos 127 e 374 do Código Penal,

[843] BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 95.

vigentes à época[844], o Tribunal Supremo voltou a desafiar o direito ao estipular como requisito a prova de que os bens passíveis de confisco retroativo tivessem origem em atividades ligadas ao tráfico de drogas. É que, houvesse a efetiva prova de que bens, patrimônio ou quantias em dinheiro eram produtos ou vantagens da infração penal resultante na condenação do agente, seria despicienda a construção do efeito retroativo: o confisco seria corolário da mera aplicação do instrumento clássico. Desarrazoada, pois, a exigência da prova.

Segundo Javier Zaragoza Aguado, diante dessa evidência, os próprios juízes e tribunais espanhóis, respaldados pelo Tribunal Supremo, na época, trataram de ressalvar que a "prova" exigida não tinha o mesmo quilate daquela autorizadora do confisco clássico de bens (isto é, apta o suficiente ao reconhecimento da culpa), e sim uma definição similar a da prova indiciária[845]. Assim, cumpriria à acusação fazer a prova indiciária de que o condenado participara (ou vinha participando) de outras atividades criminosas, para além da descortinada no processo penal, e de que delas havia obtido vantagens ou benefícios – ou, ao menos, de que os ganhos patrimoniais angariados no período de dedicação a outras possíveis infrações penais não eram compatíveis com rendas, negócios ou atividades econômicas lícitas do condenado, ou, ainda, que estes tenham sido envolvidos em situações suspeitas ou anormais às práticas econômicas[846]. Muito provavelmente, essa peculiar exigência de prova – não como evidência do processo penal, e sim de jaez indiciário – contribuiu ao surgimento do entendimento levado a cabo por todo lado em relação a instrumentos de confisco ampliado (inclusive o contido na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal), a saber, da prova do envolvimento do condenado em outras atividades criminosas[847].

De grifar que a jurisprudência espanhola daquele período, na trilha aberta pelo Tribunal Supremo, necessitava apegar-se a algum condicionante e ao mesmo tempo limitador do efeito alargado e pretérito emprestado a ferramentas de confisco clássico então positivadas no ordenamento legal. Para tanto, entabulou como pilar a prova indiciária

---

[844] De nenhum dos artigos, antes das modificações trazidas pela *Ley Orgánica* 5/2010, era possível retirar interpretação de constituir figura de confisco ampliado.

[845] ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en Derecho Comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madri, n.º 10 (Las últimas reformas penales II), 2006, p. 32.

[846] Sobre o tema, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas. In: ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial*, nº 28 (Prevención y represión del blanqueo de capitales). Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 342.

[847] Tópico que será estudado mais adiante, no Capítulo 5, relativo exclusivamente à perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

da ligação do condenado por tráfico de drogas com outras atividades criminosas, mais a demonstração da existência de bens ou patrimônio incompatíveis com rendas ou negócios lícitos.

Mas se pode conjecturar que a criação daquele pilar foi pertinente – ou imprescindível – apenas naquele momento, como esforço a que pudesse vingar a hermenêutica de confisco ampliado talhada sobre ferramentas de confisco clássico. A mesma conjectura permite concluir que, depois, positivada na legislação verdadeira norma de confisco ampliado (o que ocorreu com a *Ley Orgánica 5/2010*), tornou-se prescindível a prova – indiciária que fosse – da participação do condenado noutras infrações penais. É que aludida circunstância passou a constar no núcleo duro das normas de confisco ampliado advindas na Espanha desde a *Ley Orgánica 5/2010,* consubstanciada na presunção de que *"proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas"*[848]. Ou seja, positivada a presunção, em que contida implicitamente a assertiva legal do envolvimento do condenado com outras atividades criminosas, e pelas quais obteve vantagens ou benefícios, despicienda a exigência de qualquer prova – direta ou indiciária – naquele sentido.

Digressão à parte, vê-se que o Tribunal Supremo, com a polêmica exegese atribuída aos artigos 127 e 374 do Código Penal, vigentes antes e depois do advento da *Ley Orgánica 15/2003,* que trouxe discretas modificações[849], agiu em similar a uma antevisão da norma de confisco ampliado que, posteriormente, foi introjetada no direito penal espanhol.

Mesmo com tais contornos, aquela construção jurisprudencial não foi reputada inconstitucional na Espanha. O Tribunal Constitucional espanhol, instado a se pronunciar acerca dos efeitos de confisco alargado dos artigos 127 e 374 do Código Penal[850], reiteradamente, reconheceu não ocorrer violação a garantias penais constitucionais como o

---

[848] Trecho final do artigo 127, n.º 1, do Código Penal, com redação dada pela *Ley Orgánica 5/2010.*

[849] No âmbito do confisco, a *Ley Orgánica* modificou sutilmente o artigo 127 do Código Penal, que sobrou com a seguinte redação: *"toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serás decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente".*

[850] Antes do advento da *Ley Orgánica 5/2010,* de 22 de junho, que de fato inseriu ferramenta de confisco ampliado no Código Penal espanhol.

direito à tutela jurisdicional efetiva ou à presunção de inocência[851]. Em linhas gerais, quanto à presunção de inocência, o Tribunal Constitucional adotou entendimento semelhante ao outrora utilizado pelo TEDH[852], na trilha de que imaculada, porquanto a incidência do confisco não implicava nova acusação contra o condenado pela prática de outro ilícito típico, e muito menos um inovador juízo de culpa. Atinente ao direito à tutela jurisdicional efetiva, o Tribunal Constitucional mais se ateve à fundamentação levada a efeito nas sentenças das instâncias inferiores, respaldando-as sempre em que explicadas, com amparo em prova indiciária, as razões pelas quais se acreditou que os bens confiscados foram adquiridos com o proveito do tráfico de drogas[853].

No mais, assim como na criação do aludido entendimento e da especificação da prova indiciária que a ele seria um dos condicionantes (para o efeito alargado e retroativo das normas de confisco clássico), merece comentário crítico a alusão da jurisprudência da época, respaldada pelo Tribunal Supremo e convalidada pelo Tribunal Constitucional, quanto ao respeito ao princípio acusatório. Não por ser desarrazoada; ao invés disso, por retratar uma aparente obviedade. Isso porque, na esteira de assentada a necessidade da prova indiciária de que o condenado por tráfico de drogas concorreu – ou ao menos supostamente esteve envolvido – com outras atividades criminosas similares, a produção dessa prova incumbiria à acusação, daí decorrendo a natural possibilidade de o ainda arguido objetá-la ou fazer prova em sentido contrário. Nenhuma surpresa, no ponto, que a jurisprudência da época fizesse referência ser imprescindível o acato dos princípios acusatório e do contraditório para a determinação de ordens de confisco com fulcro nos artigos 127 e 374 do Código Penal. Ademais, se aceita a versão de que, naquela corrente jurisprudencial, exerceu-se aparente vidência em relação ao instrumento de confisco ampliado que estava por vir (com a *Ley Orgánica 5/2010*, de 22 de junho), mais ainda consolidada a exigência de acato aos princípios acusatório e do contraditório, os quais estão presentes e são imprescindíveis nas ferramentas agressivas de recuperação de ativos, por todo lado[854].

---

[851] Respectivamente, artigos 24.1 e 24.2 da Constituição Espanhola.

[852] Como em Phillips contra o Reino Unido, comentado no capítulo anterior desta tese.

[853] Fundamentos utilizados pelo Tribunal Constitucional espanhol em *Sala Primera, Sentencia n.º 219/2006, 3 de julio de 2006, Recurso de amparo 3260-2004. BOE núm. 185, Suplemento Viernes 4 de agosto de 2006*. Ainda, em *Sala Primera, Sentencia n.º 220/2006, 3 de julio de 2006, Recurso de amparo 3262-2004. BOE núm. 185. Suplemento Viernes 4 de agosto de 2006*. Ambos disponíveis em http://www.tc.vlex.es.

[854] Assim como em Portugal (cuja perda alargada será investigada no capítulo seguinte deste trabalho), as figuras de confisco ampliado na Espanha, como se verá logo adiante, submetem-se ao princípio acusatório, cumprindo à acusação postular, delimitar e fazer prova do que pretende seja declarado perdido, em termos de bens ou patrimônio do acusado. Outrossim, patente o contraditório nos procedimentos de aplicação de

Esse tópico, todavia, pode ensejar interessante debate ao nível da determinação da natureza jurídica das ferramentas de confisco ampliado (seja a trazida pela *Ley Orgánica 5/2010*, seja as que se sucederam na Espanha, seja de outros Estados, como a prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal), mormente quando afastadas denominações como pena ou efeito de pena: a saber, se os princípios acusatório e do contraditório seriam mesmo imprescindíveis caso o confisco ampliado fosse meramente uma medida, despida de qualquer componente de direito penal ou de sanção de outra natureza. O assunto, entrementes, não deve ser aprofundando aqui, merecendo retomada mais a frente, quando da busca da efetiva definição da natureza jurídica da perda alargada, no capítulo sétimo desta tese.

Digressão à parte, depois de período relativamente longo em que a Espanha, sem um instrumento de confisco ampliado explicitado na legislação, aplicou-o pontualmente (com limitação a fatos envolvendo o tráfico de drogas), com eco na jurisprudência confortada pelo Tribunal Supremo e pelo Tribunal Constitucional, o que não passou ao largo de críticas por parte da doutrina, finalmente, já no ano de 2010, o Código Penal recebeu aludida ferramenta, por intermédio da *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho.

5.1.3 A *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho, e a efetiva criação do *comiso ampliado*

Após tramitar como Projeto de Lei ainda do ano de 2007[855], com o advento da *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho, os artigos 127[856] e 374[857] do Código Penal espanhol

---

confisco ampliado, dispondo o arguido de amplitude probatória para sustentar suas teses, notadamente, visando ilidir os efeitos das presunções legais de procedência ilícita de bens ou patrimônio.

[855] Projeto de Lei n.º 119-1, de 15 de janeiro de 2007.

[856] O artigo 127, n.º 1, passou a ter a seguinte disposição: *"toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serás decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas"*.

[857] Depois das alterações dadas pela *Ley Orgánica* 5/2010, restou assim: *"en los delitos previstos en los artículo 301.1, párrafo segundo y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o substancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos e ganancias com sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y las siguientes normas especiales"*.

sofreram alterações importantes, mormente pela inserção, na parte final do n.º 1 daquele artigo 127, de conteúdo inequívoco de perda alargada[858].

Literalmente, a nova redação do artigo 127 trouxe poderes de confisco ampliado[859] ao juiz ou tribunal, tendo por alvo os efetivos, bens, instrumentos e vantagens procedentes de infrações penais no âmbito das atividades de organizações ou grupos criminosos, ou terroristas, ou de ilícito típico de terrorismo. Para o efeito de alcance alargado, foi inserida a presunção da procedência da atividade criminosa do patrimônio das pessoas condenadas por crimes ao marco de organização ou grupo criminal ou terrorista, ou mesmo por um único crime de terrorismo, desde que o valor desse patrimônio fosse desproporcional aos rendimentos lícitos dessas pessoas[860].

Já ao artigo 374 do Código Penal, compreendendo infrações penais de branqueamento de capitais (artigo 301, n.º 1) e vincados ao tráfico de drogas (artigos 368 a 372), a *Ley Orgánica 5/2010* insculpiu caminho remissivo ao artigo 127, possibilitando, assim também, a incidência da inovadora ferramenta de *comiso ampliado*.

Fazendo um comparativo, depreende-se que o legislador espanhol, com significativo atraso em relação ao parlamentar português, fez positivar, no ano de 2010, legislação um tanto mais tímida do que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, no que toca à abrangência das infrações penais explicitamente consideradas; mas, ao mesmo tempo, de leque mais amplo pela não delimitação, possibilitando o alcance, em tese, de todo e qualquer ilícito típico perpetrado ao marco das atividades de organizações e grupos criminosos ou terroristas[861]. Quanto aos delitos pontuais, apenas terrorismo,

---

[858] Acerca do *comiso ampliado* ainda sob a égide da *Ley Orgánica* 5/2010, vide MONTERREY, Marcelo A. Castillo. Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos de la corrupción. In: DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coord.). *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 403-417.

[859] Discorrendo sobre a positivação do *decomiso ampliado*, LLUCH, Marina Sanz-Díez de Ulzurrun. El decomiso ampliado y la recuperación y gestión de activos como instrumentos para la persecución de la delincuencia económica y la corrupción. In: GARCIA, Francisco Jiménez (Dir.); CARRASCO, Julia Ropero (Dir.); PALOMAR, Antonio Pastor (Coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción:* interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Madri: Thomson Reuters Arandazi, 2017, pp. 253-276.

[860] Carlos Vázquez Iruzubieta, para além de respaldar a existência da presunção, já que *"la Ley considera que proviene de actividad delictiva todos los bienes de estas delincuentes"*, critica com veemência a opção do legislador por uma *"norma totalitária, carente de garantias constitucionales"*, já que deveria haver espaço ao condenado para demonstrar a legitimidade de alguns de seus bens e, assim, exclui-los dos efeitos do confisco (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal*: Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio. Madri: La Ley, 2010, p. 330).

[861] Nessa linha, BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 102.

branqueamento de capitais e tráfico de drogas restaram taxativamente previstos (estes últimos, pela válvula remissiva do artigo 374 do Código Penal).

No que respeita à formatação em si, percebe-se que o artigo 127, n.º 1, parte final, do Código Penal passou a contar com presunção similar à positivada no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, adotando a linha da suposição de que o patrimônio – total ou em parte – do condenado, naquilo que for incongruente com seus rendimentos lícitos, é vantagem da atividade criminosa. Ainda à semelhança, a condenação por alguma das infrações penais – implícita ou taxativamente – listadas assumiu condição de requisito imprescindível ao cotejo dos efeitos de confisco ampliado.

Com esse desenho, o debutante confisco ampliado do artigo 127, n.º 1, parte final, do Código Penal espanhol assumiu requisitos em muito coincidentes com a perda alargada lusitana, a saber, a condenação de alguém por crime previsto implícita ou explicitamente naquele e no dispositivo do artigo 374 do Código Penal; a existência de um patrimônio do condenado despropocional aos seus rendimentos legais; e a não vinculação provada entre esse patrimônio desproporcional e o crime resultante da condenação, surgindo tal liame com força em presunção legal.

Afora tais aspectos, vê-se que o legislador espanhol prosseguiu mais contido, não detalhando, naquele momento, conceitos importantíssimos como os especificadas pela Lei n.º 5/2002, de Portugal, de 11 de janeiro, entre os artigos 7.º a 12.º[862]. A despeito disso, foi com a *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho, que o *comiso ampliado* (identificado na Espanha também por *decomiso ampliado*) iniciou a aceleração que o fez tornar, recentemente, dos mais diversificados e agressivos dentre os atualmente vigentes na União Europeia.

A *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho, ainda, fez a primeira referência explícita à criação de uma Oficina de Recuperação de Ativos em Espanha, ao acrescentar o *artículo* 367, *septies*, à *Ley de Enjuiciamiento Criminal*[863]. Também, foi por intermédio da *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho, que, dentre outras fontes, foi concebida a transposição da Decisão-Quadro 2005/212/JAI[864]. Como consequência, incorporou-se ao ordenamento espanhol a política criminal da apreensão e do confisco do produto das infrações cometidas

[862] Lembrando que, hoje, com as alterações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, dentre outras modificações, teve acrescentados os artigos 12.º-A e 12.º-B.
[863] O *artículo* 367, *septies*, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* foi mantido pela *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marz*o, que apenas alterou o nome do órgão para *Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Acerca do funcionamento desse órgão na Espanha, vide JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Recuperación de Activos Frente a La Corrupción:* La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Madri: Dykinson, S. L., 2016, pp. 157-168.
[864] Item VIII do Preâmbulo da *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho.

em atividades da criminalidade organizada como meio de seu enfrentamento. A partir de então, ao assinalar que o tribunal deveria estender a perda de bens às vantagens angariadas por atividades criminosas no corpo de uma organização criminosa ou terrorista, ou em virtude de um crime de terrorismo, tráfico de drogas ou branqueamento de capitais, o legislador deu impulso àquela primeira transposição, o que, tudo indica, contribuiu a uma segunda rápida transposição, operada brevemente depois, concernente à Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril, que resultou na paradigmática *Ley Orgánica* 1/2015, de 30 de março.

5.1.4 *A Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de março: o divisor de águas do *comiso ampliado* na Espanha

O artigo 127 do Código Penal espanhol recebeu significativas alterações com o advento da *Ley Orgánica* 1/2015, de 30 de março, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril[865], ampliando "extraordinariamente o âmbito de aplicação do confisco"[866].

Em suma, a *Ley Orgánica* 1/2015 tornou o *comiso*[867] mais musculoso: a anterior configuração foi sucedida de regime com incidência a um catálogo de infrações penais mais amplo e com leque maior quanto aos pressupostos de aplicação[868]. É o que se depreende já da leitura da exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015, onde, mencionando a Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril, fez-se a indicação das novidades

[865] Sobre os efeitos da transposição da Diretiva 2014/42/UE ao direito espanhol pela *Ley Orgánica* 1/2015, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea. In: ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; BARRANCO, Norberto Javier de la Mata; BLANCO CORDERO, Isidoro (Coord.). *Adaptación del Derecho Penal español a la política criminal de la Unión Europea*. Madri: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 429-510; e AGUADO CORREA, Teresa. Normas mínimas sobre decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia organizada en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE) y su incorporación al derecho español. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coord.); BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio (Dir.). *Criminalidad organizada trasnacional*: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2017, pp. 551-590.

[866] TORRES, Margarita Roig. La regulación del comisión: El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 36, 2016, p. 266.

[867] A nomenclatura "*comiso*" vinha sendo historicamente adotada em Espanha, cf. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. El libro primero del Código Penal tras la LO 1/2015. *La Ley Penal:* Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário, Madri, a. 12, nº 114 (Mai.-Jun. 2015), pp. 1 e ss.. Contudo, a *Ley Orgánica* 1/2015, de 30 de março, certamente por influência da normativa comunitária, utilizou o substantivo "*decomiso*". Neste trabalho, em que não se visa à precisão semântica, não se optará exclusivamente por uma ou outra, pois tanto a denominação histórica *comiso* como a moderna *decomiso* adotada pela *Ley Orgánica* 1/2015 podem ser utilizadas na identificação do confisco ampliado espanhol.

[868] No caminho, ao que parece sedimentado também na Espanha, de que os modernos e contundentes instrumentos legais de confisco são medidas eficientes no enfrentamento da criminalidade organizada com fim de lucro. No sentido, vide ZÁRATE CONDE, Antonio. Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal. *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, n. 8019, año 2013. España: Wolters Kluwer, 2013, pp. 1 e ss.

concernetes à figura do confisco, que teve espectro estendido a três vetores[869]: o ampliado, o de bens de terceiros e o sem uma sentença condenatória.

Além disso, a nova legislação redefiniu o *decomiso* atinente aos delitos de tráfico de drogas e branqueamento de capitais, dando nova redação ao artigo 374[870] do Código Penal espanhol, que, em linhas gerais, remete a matéria ao regramento geral trazido aos artigos 127.º e 128.º por aquela Lei Orgânica[871].

5.1.4.1 O artigo 127 *bis*, n.º 1, do Código Penal

Conforme se verifica no artigo 127 *bis*, n.º 1, do Código Penal, em vigor desde 1º de julho de 2015, o *comiso* pode atingir bens e rendimentos de pessoa condenada por crimes como tráfico de seres humanos; relativos à prostituição, à exploração sexual e à corrupção de menores, e de abusos e agressões sexuais a menores de dezesseis anos; contra a propriedade intelectual ou industrial; de branqueamento de capitais; contra a Fazenda Pública e a Segurança Social; contra os direitos de cidadãos estrangeiros; de falsificação de moeda; de terrorismo; e cometidos no seio de uma organização ou grupo criminoso, além de outros[872]. Bem se vê que o âmbito de abrangência, no que alude aos ilícitos típicos, restou sensivelmente expandido, já que antes, grosso modo, a ferramenta hispânica de recuperação de ativos tinha cabimento aos delitos cometidos por agentes de organização/

---

[869] Quiçá mereça crítica a distinção/separação feita, pois, em verdade, tanto o *comiso* de bens de terceiros quanto o *comiso* sem uma sentença condenatória são espécies de *comiso* ampliado. Todos os três são flagrantemente divorciados, em conceito e conteúdo, das modalidades clássicas de confisco, em que a perda dos instrumentos ou das vantagens do crime decorre de uma relação direta, de causa e efeito, entre o que foi utilizado para a prática da infração penal ou dela resultou como vantagem, sem o cotejo de qualquer presunção.

[870] Na parte final do artigo é explicitado que serão objeto de confisco *"los bienes, medios, instrumentos e ganancias con sujeción a lo dispuesto em los artículos 127 a 128 y las siguientes normas especiales(...)"*.

[871] Segundo Zárate Conde, o legislador espanhol pretendeu dar tratamento uniforme ao confisco (ampliado) nos artigos 127 e 128, daí porque fez desaparecer o regramento em duplicidade, antes existente por conta dos dispositivos específicos relativos aos ilícitos típicos de tráfico de drogas e branqueamento de capitais (ZÁRATE CONDE, Antonio. Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal. *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, n. 8019, año 2013. España: Wolters Kluwer, 2013, pp. 1 e ss.).

[872] O catálogo está nas letras a) a r) do n.º 1 do artigo 127 *bis* do Código Penal. Textualmente, são estas as infrações penais: *a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313. l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

grupo criminoso ou em atividades ligadas a atos de terrorismo. Agora, o *comiso* ampliado, ao menos em tese, é aplicável até mesmo a condenados por crimes com pouco ou nenhum resultado econômico ou de lucro, como os de abusos e agressões sexuais a menores de dezesseis anos, contra os direitos dos cidadãos estrangeiros ou contra a saúde pública.

Obviamente que a condenação por um dos crimes do catálogo é apenas um dos pressupostos. O *comiso* ampliado, como seu congênere português, exige a constatação de uma incongruência entre o patrimônio detectado do arguido e suas fontes lícitas de rendimento. E também nesse aspecto a *Ley Orgánica* 1/2015 deu ao instrumento legal um viés mais agressivo.

Pelo artigo 127 *bis*, n.º 1, do Código Penal, o juiz ou tribunal deve[873] alargar a perda (*el decomiso*) quando considere, com fulcro em indícios objetivos fundados, que os correlatos bens ou rendimentos do condenado são decorrentes de atividade criminosa, não se clarificando a origem lícita[874]. Para caracterizar "indício objetivo fundado", presta-se a mantida (herdada do antigo regime, e similar ao teor do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal) desproporção entre o valor dos bens ou do patrimônio e os rendimentos de fonte lícita do condenado[875]. Porém, também passou a soalho dessa modalidade de indício o ato de ocultação da titularidade ou de qualquer poder de disposição do bem ou patrimônio, com a utilização quer de pessoas físicas, pessoas jurídicas ou entes sem personalidade jurídica, quer de paraísos fiscais ou territórios sem tributação, contingências que dificultem (ou, mesmo, ocultem) o esclarecimento da verdadeira titularidade[876]; e, ainda, a transferência de bens ou patrimônio por intermédio de operações que dificultem ou impeçam sua localização ou destino, e que careçam de uma justificativa legal ou econômica válida[877].

Então, por um lado, o instrumento legal espanhol, remodelado pela *Ley Orgánica* 1/2015, mantém semelhança com o positivado em Portugal, tendo como requisitos a

---

[873] Já em relação ao anterior *comiso* ampliado do artigo 127, n.º 1, do Código Penal espanhol, Teresa Aguado Correa apontava seu caráter imperativo, posição diferente de outros autores, que sustentavam a necessidade de acusação pelo *Ministerio Fiscal*, sendo inviável a decretação de ofício, na linha de acórdão do Tribunal Supremo, de 5 de outibro de 1998, exigindo expressamente o respeito ao principio acusatório no momento da decisão do confisco do art. 374 do Código Penal em relação ao delito de tráfico de drogas (AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 1, Jan. 2014, pp. 21-22).

[874] Na redação original: *"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"*.

[875] Artigo 127 *bis*, n.º 2, 1.º, do Código Penal espanhol.

[876] Artigo 127 *bis*, n.º 2, 2.º, do Código Penal espanhol.

[877] Artigo 127 *bis*, n.º 2, 3.º, do Código Penal espanhol.

condenação por determinadas infrações penais (não mais apenas crimes atrelados à ação de organização criminosa ou terrorista, ou por crime de terrorismo) e a existência de desproporção entre o patrimônio detectado e os rendimentos licitamente auferidos pelo agente condenado. Por outro, a ferramenta do artigo 127 *bis*, n.º 1, do Código Penal espanhol tem hoje mais duas hipóteses permissivas, ao lado da incongruência patrimonial, vincadas a ações de ocultação (ou de dificultação da elucidação) da titularidade ou de ato de disposição do bem/patrimônio do condenado, ou a operações de transferência (sem justificativa legal ou econômica válida) que sirvam de empecilho à localização ou destino do bem/patrimônio[878].

Em similar à previsão do artigo 7º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o *comiso* ampliado não reclama a prova do vínculo de causa e efeito entre o crime cometido – provado e resultante em condenação – e o patrimônio ou os bens a serem alcançados. Esse vínculo, tal qual se verifica em Portugal, exsurge de presunção legal (os tais indícios objetivos fundados), ilidível. Deve-se atentar que, pelas regras vigentes na Espanha, a presunção da origem (do patrimônio ou bens) ligada à vantagem de algum dos crimes (para os quais expressamente prevista a possibilidade do *comiso* ampliado) pode ter base na incompatibilidade patrimônio/rendimento lícito, no ato de ocultação da titularidade ou de disposição do bem ou patrimônio do condenado, ou na ocorrência de transferência injustificada que impeça a localização ou o destino – isto é, todas circunstâncias conformadoras de indícios objetivos fundados da procedência criminosa. Por conseguinte, a presunção, na Espanha, é ilidível pelo arguido mediante prova que demonstre ou a origem lícita dos bens ou patrimônio, ou que não houve ocultação de titularidade ou ato de disposição, ou operação inexplicada de transferência que prejudique a localização – ou, mesmo, que o patrimônio/bem não está vincado àqueles ilícitos típicos do catálogo.

Outro ponto de parecença entre essas ferramentas de Portugal e Espanha reside na forma de garantia para a efetivação do confisco ampliado. Em Portugal, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, prevê, nos artigos 10.º e 11.º, o arresto de bens (e eventual modificação), com o artigo 12.º, n.º 4, autorizando a perda dos bens arrestados caso não haja o pagamento do valor do "patrimônio incongruente". Já no país vizinho, o artigo 127 *bis*, n.º 3, do Código Penal, remete ao n.º 3 do mesmo artigo 127, permitindo, não sendo possível o

[878] Tellez Aguilera afirma que a *Lei Orgánica* 1/2015 estabelece em relação ao *comiso* ampliado uma cautelosa regulação, especificando uma série taxativa de pressupostos pelos quais é possível, perfilando os indícios, sustentar a inferência de que ditos bens, produtos ou vantagens têm uma origem ilícita, cf. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. El libro primero del Código Penal tras la LO 1/2015. *La Ley Penal:* Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário, Madri, a. 12, nº 114 (Mai.-Jun. 2015), p. 3.

confisco direto dos bens assinalados que, por presunção, são considerados vantagem de prática criminosa, o alcance de outros bens, em quantidade que corresponda ao valor econômico daqueles, além dos eventuais lucros deles decorrentes. A mesma regra vale em caso de desvalorização de algum bem – a ser perdido via *comiso* ampliado – tendo por parâmetro o que valia no momento de sua aquisição.

Ainda em convergência, o artigo 127 *bis*, n.º 5, do Código Penal espanhol, obsta o confisco nas hipóteses de prescrição do ilícito típico ou julgamento de absolvição no processo penal (com efeitos de coisa julgada), dando a entender que, tal qual a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o *comisso* ampliado exigiria, como requisito, a condenação por crime do catálogo. Porém, ver-se-á logo adiante, na Espanha fortaleceu-se a espécie de confisco divorciada de uma sentença penal condenatória, não se podendo, pois, afirmar peremptório tal pressuposto.

No cotejo da pluralidade de processos penais contra um mesmo arguido, isto é, havendo uma nova ação por ilícito típico anterior, e que também contemple o *comiso* ampliado, o legislador espanhol esmerou-se em ser detalhista, explicando, no artigo 127 *bis*, n.º 4, do Código Penal, que ocorrerá novo confisco; contudo, o juiz ou o tribunal observará o alcance do anterior para dimensionar o montante da nova perda de bens.

5.1.4.2 Natureza jurídica positivada do *comiso* ampliado

Quiçá pretendendo prevenir objeções de ordem constitucional, o legislador espanhol, na exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015, tratou de assentar que o *decomiso ampliado* não é uma sanção penal, cuidando-se de uma instituição pela qual se coloca fim à situação patrimonial ilícita derivada da atividade criminosa[879]. Com tais características e finalidade, o confisco ampliado espanhol, segundo o legislador, tem natureza civil e patrimonial, semelhante a de figuras como o enriquecimento ilícito[880].

Embora o legislador tenha se esmerado em refutar a natureza jurídica do confisco ampliado como pena ou efeito de pena, inclusive citando o permissivo da União Europeia

[879] "O legislador justifica essas medidas sinalizando que não constituem uma sanção penal, sendo que se trata de figuras de natureza civil ou patrimonial, dirigidas a impedir o enriquecimento ilícito"; TORRES, Margarita Roig. La regulación del comisión: El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 36, 2016, p. 267.
[880] Item VIII da exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015.

retratado na Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril[881], pensa-se que a questão não é isenta de controvérsia, como se verá adiante.

Detalhado este modelo de *comiso* ampliado (pois há ainda outro), deve-se atentar que existem mais aspectos que evidenciam como as ferramentas legais de recuperação de ativos transformaram-se em instrumentos mais musculados do que a perda alargada de Portugal.

5.1.4.3 O *artículo 127 ter* do Código Penal: *decomiso sin condena*

O novo *artículo 127 ter* do Código Penal, avançando em relação ao que já estava positivado no então apartado n.º 4 do mesmo artigo, traz simulacro de ferramenta *non conviction based forfeiture*, ao estipular, em seu n.º 1, que o juiz ou o tribunal poderá determinar o confisco (nos moldes das disposições anteriores) mesmo sem uma sentença condenatória, quando uma situação patrimonial ilícita é elucidada em processo com contraditório, em casos específicos. Assim, é viável por lei o confisco quando o arguido houver falecido ou sofra de doença crônica que impeça a acusação contra si, daí gerando risco de prescrição – letra a) do n.º 1; caso esteja ausente e isso obste o julgamento do ilícito típico em prazo razoável – letra b) do n.º 1; e não havendo imposição de pena devido ao arguido restar isento de responsabilidade criminal ou esta ter sido extinta – letra c) do n.º 1.

É certo que o n.º 2 do artigo 127 *ter* entabula amarras à declaração judicial de confisco sem uma sentença condenatória, restringindo sua aplicação contra pessoas formalmente indiciadas ou acusadas, e em relação às quais existam indícios razoáveis da prática de ilícitos típicos[882], não apurados no mérito pelas contingências listadas nas alíneas a) a c) do n.º 1, impeditivas da continuação do processo penal. De qualquer sorte, não há dúvida de que, nas hipóteses do artigo 127 *ter*, inseriu-se figura de confisco *non conviction based* no Código Penal espanhol, algo paradigmático e que, dentre outros importantes aspectos, sinaliza a impossibilidade da consideração de sua natureza jurídica como pena, efeito de pena ou algum tipo de sanção. Pois, para se conjecturar natureza

[881] No sentido da viabilidade de que os tribunais possam decidir o confisco ampliado com base em indícios, notadamente pela desproporção entre o patrimônio do condenado e seus rendimentos lícitos, até mesmo – mas não necessariamente – mediante processos de natureza penal.

[882] Embora, aqui, o legislador espanhol não tenha feito referência expressa a qual tipo de criminalidade é cabível o confisco do *artículo 127 ter*, parece óbvio que está vincado apenas aos delitos do catálogo do *artículo 127 bis*, n.º 1, dada a "agressividade" do instrumento legal, ainda maior do que a ostentada pelo *comiso* ampliado dependente de uma sentença condenatória.

jurídica nesses moldes, seria inevitável dissociar as figuras de confisco dos artigos 127 *bis*, n.º 1 (que, explicitamente, alude a ordenação do confisco a uma pessoa *"condenada por alguno de los siguientes delitos"*), e 127 *ter* (*non conviction based* em que prescindível a condenação).

Dirimindo (ou tentando dirimir) eventual controvérsia, a exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015 não hesitou em apontar que o *decomiso sin condena*, na linha da posição afirmada pelo TEDH, não tem uma natureza propriamente penal, já que não possui como fundamento a imposição de uma pena ligada à culpa pelo crime, sendo mais compatível com a restituição de um enriquecimento injusto[883]. Tal ponto merecerá abordagem detida um pouco mais à frente.

E não se contentou o parlamentar espanhol em incrementar o *decomiso sin condena* com o novo artigo 127 *ter* do Código Penal.

5.1.4.4 O *artículo 127 quater* do Código Penal: *decomiso de bienes de tercero*

No sequente item *quater*, positivaram-se efeitos de confisco aos bens, propriedades ou benefícios (ou valores equivalentes) transferidos para terceiros. Na moldura, intitulada *decomiso de bienes de tercero*[884], o juiz e/ou o tribunal podem autorizar o confisco de propriedades ou benefícios quando adquiridos por terceiro com o conhecimento da procedência de atividade ilícita, ou quando tal pessoa deveria, por ato diligente, suspeitar, pelas circunstâncias, da origem ilícita – letra a) do n.º 1 do artigo 127 *quater*. Veja-se que o legislador passou a admitir o confisco não apenas na hipótese de ciência plena (similar ao dolo direto), pelo terceiro, da procedência ilícita: mesmo o desconhecedor da fonte ilegal poderá sofrer a consequência da perda de coisas ou benefícios a ele transferidos por indiciado ou arguido, tão somente por não ter sido astuto ao ponto de desconfiar da procedência ilegal.

A letra b) do n.º 1 do artigo 127 *quater* do Código Penal mantém a linha rígida adotada, ao preconizar o confisco de bens na posse ou propriedade de terceiros quando adquiridos com o conhecimento de que, dessa forma (isto é, com a transferência), restaria dificultada a declaração de perda; ou, à semelhança do normatizado adrede, nas hipóteses em que a terceira pessoa omitiu diligência a ela exigível diante das circunstâncias, a saber, de suspeitar de que a transferência geraria maior dificuldade ao confisco.

---

[883] Item VIII da exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015.
[884] Previsto no artigo 6.º da Directiva 2014/42/UE – vide item 3.4.3.4 deste trabalho.

Para o fim de dar parâmetros às disposições das letras a) e b), supra, fez-se uso de – mais uma – presunção legal (ilidível), consistente em assentar que a transferência de bens a título gratuito ou em preço inferior ao real de mercado faz prova de que o terceiro possuía ciência da origem ilícita ou, ao menos, tinha motivos para dela suspeitar ou que, com ela, o confisco seria dificultado – artigo 127 *quater*, n.º 2.

Novamente aqui, o legislador espanhol tornou o *comiso* mais enérgico do que a perda alargada lusitana. Na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o artigo 7.º, n.º 2, letra b), considera patrimônio confiscável aquele transferido pelo réu para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. Já pelo artigo 127 *quater* do Código Penal espanhol, é viável a perda de bens ou patrimônio transferidos pelo arguido a terceiro se adquiridos por este mediante preço inferior ao real de mercado – o que é significativamente distinto de "irrisório". Na legislação espanhola, o marco temporal da transferência de bens para permitir ou vedar o confisco (seis anos – vide artigo 127, *quinquies* e *sexies*, do Código Penal) é superior ao previsto à perda alargada de Portugal (cinco anos). E a simples suspeita de que o terceiro adquiriu o bem com desídia quanto às circunstâncias que fariam presumir a origem ilícita (ou, mesmo, que a transferência criaria empecilho ao confisco) é tida por suficiente ao decreto de perda alargada na Espanha.

Aludidas consequências a terceiros são mais indicativos (como plus àqueles invocados na exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015) de que este *comiso* (inegavelmente, ampliado) não pode ser rotulado como pena, efeito de pena ou sanção de natureza distinta (cível ou administrativa). Do contrário, estar-se-ia admitindo a extensão de uma pena ou sanção, ou de sua consequência, aplicada ao arguido, a terceira pessoa – num dos casos, por simplesmente ter adquirido bem por preço inferior ao real de mercado em negócio em que atuou com censurável imprevidência.

5.1.4.5 O *artículo 127 quinques* do Código Penal: *decomiso retroativo*

Sempre com o viés de atribuir força e agressividade, a *Ley Orgánica* 1/2015 criou mais uma moldura de confisco ampliado, conformando-o no *artículo 127 quinquies* do Código Penal[885]. O dispositivo possibilita outra válvula de confisco, agora tendo como

[885] Segundo Hava García, o estabelecimento dos sistemas paralelos de confisco ampliado no Código Penal espanhol foi motivado pela deficiente tramitação parlamentária. A autora defende que esta modalidade de confisco ampliado seria aplicável exclusivamente aos bens provenientes de uma "*actividad delictiva previa continuada"*, conforme o disposto na letra b do primeiro apartado do mesmo dispositivo (HAVA GARCÍA,

foco as presumíveis atividades criminais pretéritas do condenado por alguma das infrações penais do catálogo antes ilustrado.

Com efeito, o artigo autoriza a que juízes ou tribunais determinem o confisco de bens, propriedades ou benefícios *"provenientes de la actividad delictiva previa del condenado"* (n.º 1), havendo a cumulação de requisitos taxativos: a) a pessoa seja ou tenha sido condenada por algum dos delitos do catálogo do artigo 127 *bis*, n.º 1; b) o delito tenha sido cometido num contexto de uma atividade criminosa prévia continuada; e c) existam indícios fundados de que parte relevante do patrimônio do apenado procede de uma atividade criminosa prévia.

Para a viabilidade dessa modalidade específica e radical de confisco ampliado, o legislador fez prever como indícios relevantes, textualmente: 1.º) a desproporção entre o valor dos bens e proveitos (visados) e aqueles provenientes de fonte lícita do condenado; 2.º) a ocultação da titularidade ou de qualquer poder de disposição sobre tais bens ou vantagens mediante a utilização de pessoas físicas ou jurídicas, ou entes sem personalidade jurídica, ou paraísos fiscais, ou territórios de nenhuma tributação, que ocultem ou dificultem a determinação da verdadeira titularidade dos bens; 3.º) a transferência dos bens ou vantagens mediante operações que dificultem ou impeçam sua localização ou destino e que careçam de justificação legal ou econômica válida (nesse caso, apenas se houver indícios fundados de que a pessoa obteve, com a atividade criminosa, montante superior a 6.000 euros[886].

O confisco de "efeitos pretéritos", no entanto, tem inibidores inseridos no n.º 2 do *artículo 127 quinquies* do Código Penal, notadamente para definir o que se reputa *"delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada"*. Nesse talante, a letra a) assegura estar presente essa hipótese quando a pessoa seja ou tenha sido condenada no mesmo processo por três ou mais crimes dos quais obteve um benefício econômico direto ou indireto, ou por um crime continuado que inclua, ao menos, três infrações penais das quais derivado um benefício econômico direto ou indireto. E a alínea b) aduz que o crime também foi praticado num contexto de atividade criminosa continuada se, no período de seis anos antes da data em que iniciado o processo resultante na condenação por algum dos crimes do catálogo do *artículo 127 bis*, a mesma pessoa tenha sido condenada por dois ou

---

Esther. La nueva regulación del comiso. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015, pp. 215-216).

[886] *Artículo 127 quinquies*, n.º 1, 1.º a 3.º, do Código Penal espanhol.

mais crimes dos quais obteve beneficio econômico, ou por um crime continuado que inclua, ao menos, duas infrações penais geradoras de um benefício econômico.

Outrossim, o *artículo 127 sexies* delimita temporalmente a retroação do confisco do *artículo 127 quinquies*, assentando as presunções de que todos os bens adquiridos pelo condenado dentro do período de tempo que se inicia seis anos antes da data de instauração do processo penal procedem da atividade criminosa (n.º 1); ainda, de que todos os gastos realizados pelo apenado durante aquele período de tempo (seis anos) foram pagos com fundos procedentes da atividade criminosa (n.º 2); e, por fim, de que todos os bens referidos no número 1 foram adquiridos livres de tributação. Para além do demarcador temporal, consta a ressalva de que o juiz ou o tribunal poderá restringir a incidência das presunções acima a alguns bens ou vantagens, diante de circunstâncias concretas que as indiquem incorretas ou desproporcionadas.

A despeito dos citados mecanismos de contenção, delimitação ou ponderação, não se pode ignorar a força da ferramenta de confisco do *artículo 127*, *quinquies* e *sexies*, do Código Penal espanhol, que, não soa exagero afirmar, nalgum momento se aproxima da figura dos crimes de enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado, porquanto mira na "atividade criminosa prévia" do condenado, atividade esta não elucidada e tampouco objeto de um processo penal. Porém, esse recorte guarda maior relevância (e maiores problemas ao nível constitucional e no âmbito da CEDH) se se atribuir a esse *comiso* a natureza jurídica de pena, efeito de pena ou sanção diversa. Numa conformação distinta de reação penal (ou sanção outra), dissipar-se-á a questão de fundo de a perda de bens decorrer de ilícito(s) típico(s) passado(s), incerto(s) no tempo e no espaço, mas que presumivelmente foi praticado.

Independentemente da corrente a que se filie, é inegável que o legislador espanhol não mediu esforços para aparelhar seu ordenamento legal com robustas e variadas ferramentas de recuperação de ativos.

5.1.4.6 *Artículos 127, septies* e *octies*, do Código Penal: execução e efetividade das figuras de *comiso* ampliado

Em desfecho à nova conformação do *comiso* ampliado no ordenamento da Espanha, houve o regramento, no artigo 127, *septies* e *octies*, tendente à execução e à efetividade da perda de bens decretada nos moldes acima vistos.

O *artículo 127 septies* assegura a viabilidade do alcance do confisco a bens de origem lícita, pertencentes ao condenado (ou ao criminalmente responsável), em valor equivalente aos que seriam objeto de perda, sempre que a execução restar frustrada, no todo ou em parte, devido à natureza ou à situação em que se encontram. A mesma regra pode ser incidente para o fim de complementação, na hipótese de o bem, no momento da perda, ostentar valor inferior ao da data de sua aquisição. Esse dispositivo tem semelhança com o previsto no artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o qual autoriza os efeitos da perda alargada sobre bens ou rendas de fonte lícita do condenado (previamente arrestados), caso ele não faça o pagamento do valor apurado na liquidação como patrimônio incongruente.

Já o *artículo 127 octies*, também em similitude às regras que cuidam do arresto de bens na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (artigos 10.º a 12.º), faculta, desde a fase das primeiras diligências investigatórias, a apreensão ou o embargo, mediante depósito em juízo, de bens, meios, instrumentos e vantagens supostamente ligados à atividade criminosa, para fins de futuro confisco (n.º 1). O juiz ou o tribunal também pode determinar a venda antecipada ou a utilização provisória de bens ou vantagens objeto de constrição (n.º 2). E, por fim, operado definitivamente o confisco, os bens, instrumentos e vantagens são adjudicados ao Estado, para destino e uso segundo regulamentação legal, afora eventual utilização para indenização das vítimas do crime (n.º 3).

5.1.4.7 *Artículo 128* do Código Penal: base de ponderação na fixação do *comiso* ampliado

Por fim, no *artículo 128* do Código Penal introjetou-se base de ponderação ao juiz ou ao tribunal para não decretar o confisco, ou decretá-lo parcialmente. Em suma, quando o proveito ou os instrumentos do crime sejam de lícito comércio e com valor que não guarde proporção com a natureza ou a gravidade da infração penal, ou caso tenham sido satisfeitas completamente as responsabilizações cíveis, poderá ser decretado parcialmente o confisco, ou, mesmo, não decretado. Por não haver vinculação específica, pensa-se que o artigo 128 é passível de incidência a qualquer dos tipos de *comiso* ampliado do artigo 127, *bis* a *octies*.

Quanto ao dispositivo do artigo 128 do Código Penal, vale o comentado acima: a previsão de critério de ponderação para o fim de evitar ou minorar o confisco não afeta a força a ele empregada pelo legislador espanhol. Entrementes, a cláusula de rigor inserta na

redação do *artículo* 128, numa hermenêutica rígida, acaba por suscitar a cogitação de que as figuras de *comiso* (ou *decomiso*) inseridas pela *Ley Orgánica* 1/2015 no Título VI do Código Penal (denominado *"de las consecuencias accesorias"*) podem ter natureza jurídica de efeito de pena.

É que o *artículo* 128, ao considerar o princípio da proporcionalidade como concausa de evitação/atenuação do confisco, dá margem à especulação de que a ferramenta legal (em qualquer das modalidades do artigo 127, *bis* a *octies*) é um efeito de pena. Não pelo trecho em que alude serem o proveito ou os instrumentos do crime de lícito comércio, e nem no que se reporta à satisfação das responsabilizações cíveis; mas sim na parte em que vincula o correlato valor (daquilo que é proveito do crime) com a natureza ou a gravidade da infração penal, estabelecendo um *link* de proporcionalidade que pode conduzir à minoração ou a não decretação do confisco. Com outros termos, se o confisco deve guardar proporcionalidade com a natureza ou a gravidade da infração penal, soa plausível atribuir-lhe configuração de uma pena ou efeito de pena – enfim, de uma reação penal –, ou de sanção outra. Configuração (qualquer delas) que colocaria em xeque a constitucionalidade, p. ex., do *comiso sin una condena*, e, em casos concretos, das demais modalidades de *comiso* ampliado quando resultantes na perda de bens de alto valor em decorrência de infrações penais não tão graves.

5.1.4.8 Conclusão sobre a natureza jurídica do *comiso* ampliado

Polêmica à parte, a despeito das interpretações possíveis absorvidas daquele específico ponto do *artículo 128* do Código Penal espanhol, soa ainda preferível aderir ao teor da exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015, para o fim de concordar que o *decomiso* ampliado, plasmado em três configurações no artigo 127, *bis* a *octies*, não é uma sanção penal, tampouco um efeito de pena, reação penal ou sanção de natureza diversa, mais servindo como uma medida (lá é usado o termo "instituição") que põe fim a uma situação patrimonial ilícita (no sentido de não legal, porquanto de fonte lícita não demonstrada), supostamente (com lastro em presunção legal) derivada de atividade criminosa condizente a algum dos ilícitos típicos catalogados no artigo 127 *bis*.

A preferência por essa definição tem amparo na hermenêutica, já que não se pode atribuir a um mero jogo de palavras o que está justificado na exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015 quanto ao *comiso* ampliado. É inequívoco que a ferramenta de recuperação de ativos espanhola, atualmente vigente, em suas três espécies, não possui

como fundamento um juízo de culpa pelo ilícito típico atribuído ao arguido – nisso em tudo similar à perda alargada lusitana. As consequências patrimoniais ao condenado, ao terceiro (que estabeleceu ligações ou negócios com o condenado) e até mesmo ao mero indiciado ou arguido (que, por razões excepcionais, acaba não processado e nem condenado), portanto, não ostentam natureza propriamente penal[887].

Ao lado do critério técnico-jurídico, a afirmação da natureza jurídica do *comiso* ampliado espanhol num conceito diverso de pena, seu efeito ou sanção outra, presta-se para uniformizá-la inclusive no que toca ao *comiso sin condena* – o qual, de forma alguma, pode ser rotulado como reação penal, pois não haveria como escapar da inconstitucionalidade de uma pena ou efeito de pena sem culpa, ou, também, da imposição de uma sanção (p. ex., administrativa ou cível) sem apuração da responsabilidade na correlata seara.

5.2 França: a *confiscation*

Consoante analisado no tópico 2.4.2.1 deste trabalho, a França conta com a previsão de infração penal de enriquecimento ilícito no artigo 321-6 do Código Penal, alterado pela Lei n.º 2006-64, de 23 de janeiro de 2006. O ilícito típico comina pena de três anos de prisão e multa de 75.000 euros ao agente que, para além de não demonstrar os recursos lícitos que fundamentam seu estilo de vida ou um imóvel detido, possui relações habituais com pessoas que ou são praticantes de crimes puníveis com sanção igual ou superior a cinco anos de prisão e que trazem benefícios diretos ou indiretos, ou são vítimas desses tipos de infrações.

A Lei n.º 2016-731, de 3 de junho de 2016, acrescentou o artigo 321-6-1 ao Código Penal, contemplando hipóteses de aumento das penas[888] cominadas à infração penal de enriquecimento ilícito, mas sem interferir na sua tipificação.

---

[887] Margarita Torres alude que as figuras de *comiso ampliado* não ferem os princípios da culpa e da presunção da inocência; no entanto, questiona que se possa atribuir a natureza jurídica de consequência civil ou a finalidade meramente patrimonial a algumas das modalidades de perda alargada positivadas nos *artículos 127 a 127 octies* do Código Penal, notadamente nos casos em que se priva de uma quantidade econômica pelo valor dos instrumentos da infracção penal, ou dos bens transmitidos a terceiros. Para a autora, o *comiso ampliado* não é uma pena, e sim uma medida *sui generis* com finalidade eminentemente preventiva, de dissuadir a prática de crimes com fim de lucro; cf. TORRES, Margarita Roig. La regulación del comisión: El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 36, 2016, pp. 267-268.

[888] Em síntese, o artigo 321-6-1 do Código Penal reza que as penas do artigo 321-6 são aumentadas para: a) cinco anos de prisão e multa de 150.000 euros se os crimes e contravenções são cometidos por um menor e a pessoa que tem sua autoridade não pode justificar seus recursos; b) sete anos de prisão e multa de 250.000 euros se as infrações configuram delitos de tráfico de seres humanos, extorsão ou associação criminosa,

Quiçá por capitular, desde o ano de 2006, o simulacro de confisco alargado ao nível da ilicitude material que é a infração penal de enriquecimento ilícito, percebe-se que o ordenamento legal francês não se destaca no que toca aos inovadores mecanismos de perda alargada – mormente, por exemplo, numa comparação com a realidade atual da Espanha, após o advento da *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de março.

De qualquer sorte, a França possui, no artigo 131-21 do Código Penal (modificado, por último, pela Lei n.º 2013-1117, de 6 de dezembro de 2013), a *confiscation*, com leque de abrangência bastante amplo[889].

Essa modalidade de perda de bens, em verdade, é uma pena complementar ou acessória, prevista na Subseção 5, denominada "Conteúdo e aplicação de certas penas", integrante da Seção 1 ("Das penas aplicadas às pessoas físicas") do Capítulo I ("Da natureza das penas") do Título III ("Das penas") do Código Penal.

Entrementes, mesmo com a unívoca definição como pena complementar, a *confiscation* triparte-se em instrumento clássico de confisco, perda alargada e literal pena de confisco.

Na primeira conformação, numa súmula, a *confiscation* tem aplicação facultativa pelo tribunal nas hipóteses de condenações por infrações com penas superiores a um ano, afora nos crimes de imprensa, e pode abranger todos os bens móveis ou imóveis do condenado, independentemente da natureza (e se divisíveis ou não), utilizados para a prática do crime ou destinados para seu cometimento, salvo o direito do terceiro de boa fé. Outrossim, a *confiscation* pode alcançar todos os bens ou propriedade que são objeto ou produto direto ou indireto do delito (inclusive os relacionados à punição de determinadas infrações penais), à exceção daquilo passível de restituição à vítima. No caso de mistura do produto do crime com bens de origem lícita para a aquisição de novas coisas, a *confiscation* pode ter incidência sobre tais coisas até o limite do valor do produto do crime. Ainda, é obrigatória a incidência da *confiscation* em relação a objetos legalmente considerados perigosos ou prejudiciais, ou cuja posse, por si só, é ilegal.

Ou seja, pelo panorama retratado, a *confiscation* tem seu espectro de procedimento clássico de confisco, precipuamente direcionado aos instrumentos, produtos e vantagens do crime.

---

relacionados a armas e produtos explosivos, e de tráfico de drogas; e c) dez anos de prisão e multa de 300.000 euros no caso de crimes mencionados na letra b) cometidos com um ou mais menores.

[889] Sobre esse instrumento de recuperação de ativos, vide BEZIZ-AYACHE, Annie. *Confiscation.* In: AA. VV. Dalloz Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale, v. II. Paris: Dalloz, 2007.

Mas não se resume a isso. A *confiscation*, atinente a infrações penais mais graves e que geram lucro, também assume o talante de perda alargada. O mesmo artigo 131-21 do Código Penal estipula esta segunda roupagem: nas condenações por crimes com pena não inferior a cinco anos de prisão e que resultam vantagem financeira (lucro) direta ou indireta, a *confiscation* pode ser estendida a todos os bens (móveis e imóveis) de propriedade do agente, ou que estiveram sob sua disponibilidade e foram transferidos a terceiros (ressalvada a boa-fé), em relação aos quais o arguido não demonstre a origem lícita.

Nessa moldura, inequivocamente, a *confiscation* funciona como simulacro de perda alargada, diante da plausível extensão dos efeitos do confisco aos bens do condenado – ou que estiveram sob sua disponibilidade e foram transferidos a terceiro não protegido pela boa fé – quando não clarificada, por ele, justificativa de fonte lícita. Logo, no ponto, a *confiscation* guarda alguma semelhança com a perda alargada portuguesa da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e o *decomiso* espanhol do artigo 127 bis, n. 2, 1º, do Código Penal.

Porém, sendo a *confiscation* uma pena complementar, aplicada num processo penal e decorrente diretamente do juízo da culpa, não há como deixar ao largo o questionamento da possível inversão do ônus da prova em processo penal, na medida em que cumpre ao arguido a carga probatória de que todo ou parte de seu patrimônio (ou os bens que teve sob sua disponibilidade e transferiu a terceiros) têm procedência lícita. Com outras palavras, o arguido tem o ônus da prova para evitar que sofra a pena de confisco, de sorte que seu silêncio ou inércia contribui decisivamente à concretização da sanção penal. Contingências que, em tese, colocam em xeque os princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*.

Digressão à parte, a *confiscation* em seu *status* de perda alargada segue vigente na França, não havendo notícia de declaração de inconstitucionalidade (mesmo que parcial) do artigo 131-21 do Código Penal.

Num terceiro diapasão, a *confiscation*, em infrações penais mais graves, como os crimes contra a humanidade (artigos 213-1, n.º 4º, e 213-3, n.º 2º, ambos do Código Penal francês) ou de tráfico de pessoas (artigo 225-25 do mesmo pergaminho), permite que o tribunal estabeleça o confisco geral do patrimônio do condenado. Aqui, vê-se que a

confiscation aproxima-se da figura remota do confisco geral de bens, na altura em que aplicado como pena principal ou acessória[890].

Noutro aspecto, a *confiscation* pode alcançar o patrimônio de pessoas jurídicas condenadas em processo penal, desde os bens que serviram à prática do crime até os que foram seu objeto ou produto (direto ou indireto), salvaguardados os direitos de terceiros de boa-fé.

Num último apanhado, e reforçando a natureza de pena da *confiscation*, reza o mesmo artigo 131-21 do Código Penal que o tribunal pode determinar a perda em valor, que, se não quitado, converte-se em efetivo confisco de qualquer bem ou propriedade do condenado, inclusive mediante coação judicial.

Enfim, embora sem ferramentas legais idênticas à perda alargada de Portugal ou da Espanha, tampouco uma *actio in rem*, e afora eventuais questionamentos que possam ser suscitados a respeito da consonância da infração penal de enriquecimento ilícito (artigo 321-6 do Código Penal) e/ou da pena de confisco alargado (e até geral) do 131-21 do Código Penal com princípios basilares do processo penal como a presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*, é preciso reconhecer que o ordenamento francês tem mecanismos musculosos na seara de recuperação de ativos da criminalidade organizada – aliás, como visto, atingindo não apenas a criminalidade com meta de lucro.

Dito de outro modo, talvez por vias transversas, é possível concluir que a França tem aplicado a política criminal transnacional de recuperação de ativos, na linha do que o preconizado pela Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014.

5.3 Itália: as várias modalidades de confisco ampliado

5.3.1 *Le misure di prevenzione* (e o confisco preventivo) até o Decreto Legislativo n.º 159/2011

Na Itália, certamente não por coincidência, o histórico da atuação das máfias fez surgir e evoluir legislação complexa concernente a instrumentos de confisco fugidios dos denominados clássicos, ligados diretamente à infração penal, como instrumentos, produto ou vantagens. Alberto Alessandri, tendo por foco a realidade italiana, alude que o confisco

[890] No arquétipo estudado no item 2.1.1 deste trabalho.

segue os rumos do direito penal, com "uma história rica de mutações morfológicas e de contínuas e suaves adaptações às necessidades"[891].

Fruto do convívio diuturno com as máfias, a Itália conta com órgãos específicos com a missão de tentar fazer frente à criminalidade organizada. Para exemplificar, o Decreto Legislativo n.º 159/2011 (*Codice Antimafia*) passou a prever a existência de um Conselho Geral[892] para a luta contra o crime organizado, bem assim um Departamento de Investigação Antimáfia[893]. Por todo o peculiar contexto, bem antes da cogitação de um típico confisco ampliado, surgiu a intitulada *misure di prevenzione* ou *confisca di prevenzione*, que, inicialmente prevista como meio de ação policial, sofreu radicais alterações desde sua positivação, transformando-se, em 2011, com o advento do atual *Codice Antimafia*, numa agressiva ferramenta de recuperação de ativos da criminalidade organizada[894]. Sua evolução histórica permite compreender essa transformação radical[895].

Primeiramente, a Lei n.º 1423, de 27 de dezembro de 1956, previa a aplicação de medidas preventivas contra pessoas perigosas para a segurança e a moralidade pública. Em resumo, aquela legislação dispunha que, para o indivíduo com comportamento considerado perigoso para a segurança pública, em caso de não cumprimento de advertências verbais de adequação, poderia ser imposta medida preventiva de vigilância especial, com a adição de restrições como proibição de frequentar lugares ou obrigação de permanecer no município de residência, ou vedação de possuir ou utilizar aparelho de comunicação, petrechos

---

[891] ALESSANDRI, Alberto. Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. In: D'ARGENTINE, Camilla Beria (Coord.). *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, n. 25. Milão: Giuffrè Editore, 2009, p. 11. Uma síntese sobre a aplicação dos instrumentos de confisco na Itália consta em ALESSANDRI, Alberto. Confisca nel diritto penale. In AA.VV., *Digesto delle Discipline Penalistiche, III*. Torino: Utet, 1989, pp. 39-57.

[892] Com poderes discorridos no artigo 107, n.º 2, em síntese: a) definir e adaptar as orientações para as linhas de prevenção da criminalidade e das atividades de investigação antimáfia; b) identificar recursos e equipamentos necessários para o funcionamento das atividades; c) compilar os resultados em relação aos objetivos estratégicos, adotando medidas para eliminar deficiências e estabelecer padrões; d) ajudar a determinar as diretrizes para a condução da coordenação e do controle pelos prefeitos das capitais regionais, dentro dos poderes delegados a eles.

[893] Conforme artigo 108, o Departamento de Investigação Antimáfia tem a tarefa de assegurar o desempenho, de forma coordenada, do trabalho de investigação contra o crime organizado, bem como a realização de investigações policiais e judiciais relativas exclusivamente a crimes de associação mafiosa ou associação criminosa similar.

[894] Sobre as medidas de prevenção antimáfia, com foco naquelas de efeito patrimonial, vide BALSAMO, Antonio. Il sistema delle misure patrimoniali antimafia tra dimensione internazionale e normatine interna. In: BALSAMO, Antonio; CONTRAFATTO, Vania; NICASTRO, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 1-31.

[895] Acerca da evolução da misure di prevenzione, vide MENDITTO, Francesco. Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a *prevenzione* della criminalità da profitto. Testo della relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", 29-30 Out. 2015, pp. 5-7. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO_2016a.pdf> Acesso em: 30 mar. 2017.

capazes de impedir o controle policial, armas e substâncias perigosas. A violação da medida era punida com pena de prisão de um a três anos e multa.

A medida de prevenção pessoal inserida pela Lei n.º 1423/1956, mais como uma ferramenta utilizada pelas forças policiais no controle de áreas conflagradas ou ocupadas por mendigos, e para o fim de dissidências políticas, foi modificada ainda na década de 60 do século passado pela Lei nº 575, de 31 de maio de 1965 (Lei Antimáfia). Por esta legislação, transmudou-se para uma figura de efetivo confisco preventivo, plenamente jurisdicional, tendo como foco o congelamento e a apreensão de bens de pessoas ligadas à atuação das máfias, numa tentativa de contenção de um fenômeno para além dos limites do direito penal clássico[896]. Pela essência do artigo *2-ter* da Lei nº 575/1965, que sofreu sucessivas modificações, o preenchimento de seus requisitos autorizava a aplicação judicial de medidas de constrição patrimonial, como o confisco de bens de suspeitos ou arguidos (com participação em associações mafiosas) já submetidos a providências de caráter pessoal.

Com o avançar do tempo e as alterações na legislação italiana, o confisco preventivo teve seu leque ampliado. A Lei n.º 646/1982 introduziu a figura do sequestro e do confisco antimáfia como modalidades de medidas de prevenção. Nas palavras de Basile, "uma fundamental extensão do escopo das medidas preventivas – desta vez no sentido objetivo – foi feita mais tarde em 1982 com a lei Rognoni-La Torre, que colocou em campo, na luta contra a criminalidade organizada, a medida de prevenção 'patrimonial' (confisca *in primis*), subsequentemente também alargada a outras manifestações de criminalidade"[897].

Na sequência, com o advento da Lei n.º 55, de 19 de março de 1990, esse tipo de medida de prevenção patrimonial passou a atingir não apenas suspeitos de integrarem associações mafiosas ou de tipo mafioso, mas, ainda, pertencentes a grupos dedicados ao tráfico de drogas, além de outras pessoas consideradas perigosas e titulares de bens supostamente procedentes de crimes de extorsão (artigo 629 do Código Penal italiano), sequestro de pessoas com fins de extorsão (artigo 630) e branqueamento de capitais (artigo 630), dentre outros. A medida de confisco também era prevista como incidente aos bens pelos quais se praticavam ilícitos típicos com a finalidade de atos de terrorismo

[896] MENDITTO, Francesco. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1529.

[897] BASILE, Fabio, Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), a. 2015, nº 6 (Jun. 2015), p. 1522.

internacional (Lei nº 438, de 15 de dezembro de 2001). A modalidade preventiva de confisco somente era passível de aplicação pelo tribunal a indivíduos comprovadamente perigosos e em relação aos quais houvesse a imposição de medida de prevenção pessoal, sempre diante de elementos de fato que, racionalmente, fundamentassem a suspeita de que eram perigosos[898].

A Lei n.º 109/1996, de 7 de março, também modificou sutilmente a Lei Antimáfia de 1965, dispondo acerca da gestão dos bens sequestrados ou confiscados, mas sem alterar, em essência, o confisco preventivo então vigente. E, por fim, antes de 2011, as Leis n.º 92/2008 e n.º 94/2009 alteraram a Lei nº 575/1965, mas sem significativas inovações no campo das medidas de prevenção – notadamente de caráter patrimonial.

Em rápida digressão, com tais características, não se percebiam muitos pontos em comum entre o confisco preventivo italiano e a perda alargada portuguesa da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. A despeito de ambas serem ferramentas de recuperação de ativos, aquela antiga modalidade de confisco preventivo tinha a natureza jurídica mais próxima de um procedimento *in rem*, com base na vinculação do bem com indivíduo que recebeu medida de prevenção pessoal. Ou seja, o confisco preventivo em vigor na Itália até o *Codice Antimafia* de 2011 não era uma pena e nem dela efeito, mais se amoldando a uma medida administrativa com traços de medida de segurança (o viés de "descapitalizar" o suposto integrante de organização criminosa tinha por escopo evitar novas atividades ilícitas), mas ainda com a clara invocação do aforisma de que "o crime não compensa", dando ao confisco antimáfia italiano nítido atributo penal.

5.3.2 As medidas de prevenção – antes do Decreto Legislativo n.º 159/2011 – pela ótica do TEDH

Mesmo com contornos de uma ferramenta de matéria penal, na linha do entendimento reiteradamente reproduzido pelo Tribunal Constitucional italiano[899], o

[898] Sobre o confisco preventivo italiano antes do Decreto Legislativo n.º 159/2011, vide ALFONSO, Roberto. Italia: Instrumentos para contrarrestar la criminalidad organizada: la confiscatión de los patrimonios ilícitos en el procedimiento penal y en el procedimiento preventivo. Apuntes de derecho comparado. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 3, mayo de 2005. España: Editorial Iustel, 2005.

[899] Por exemplo, nos julgamentos n.ºs 27/1959, 45/1960, 126/1962, 23/1964, 32/1969, 76/1970, 177/1980, 93/2010, 282/2010 e 80/2011, do Tribunal Constitucional italiano, afora poucas e pontuais declarações de inconstitucionalidade, mais vincadas a dispositivos ou expressões definidoras da plausibilidade da incidência de medidas de prevenção (que, ao sentir da Corte, deveriam ser baseadas em circunstâncias objetivas, com exclusão da motivação "por mera suspeita", na busca de um equilíbrio entre o respeito pelos direitos individuais e as exigências de proteção à sociedade), a Lei n.º 1423/1956 (com suas posteriores alterações),

TEDH vinha decidindo que as medidas preventivas de confisco italianas – anteriores à vigência do Decreto Legislativo n.º 159/2011 – não feriam o direito à liberdade e segurança[900] do artigo 5.º e nem princípio da presunção de inocência[901] do artigo 6.º, n.º 2, ambos da CEDH. Em suma, porque, como a denominação indicava, eram "medidas preventivas", e não uma sanção penal (implicando não uma privação de liberdade, e sim restrições à liberdade de circulação), já que não havia qualquer imputação de prática de ilícito típico ou discussão sobre eventual culpa da pessoa que sofria os efeitos – pessoais e/ou de confisco de bens.

Sobre os efeitos de confisco, aliás, importante frisar que o TEDH, naquela trilha de decidir, nunca foi indiferente à existência de uma presunção de que os bens do arguido integrante de organização mafiosa eram provenientes ou produtos da atividade ilícita (ou de sua reutilização); mesmo assim, inclinava-se – e, ao que consta, assim segue – ao fundamento de que o confisco preventivo não feria os princípios da presunção da inocência e da culpa. Escudou-se o TEDH na premissa de que presunções de fato (como a que dava lastro a essa modalidade de confisco) ou legais estão espalhadas nas legislações de muitos Estados-Membros, não contrariando, em tese, a CEDH[902]. Isto é, se os Estados-Partes valem-se de presunções – de fato ou de direito – num limite de razoabilidade, tendo em vista os interesses em pauta, e assegurando o direito de defesa, a presunção de inocência e a possibilidade de elisão com ampla produção de prova, não se depreende, peremptoriamente, uma violação à CEDH. A circunstância de o confisco preventivo italiano do passado possibilitar o exercício do contraditório em três instâncias de jurisdição (tribunal competente de primeiro grau, tribunal de apelação e tribunal de cassação) era, outrossim, citada positivamente pelo TEDH para acenar com a consonância à CEDH[903].

Parece certo que, já naquela altura, o viés emprestado pelo TEDH para chancelar a ferramenta italiana (já agressiva na recuperação de supostos ativos da criminalidade) mais

---

em essência, recebeu o crivo de consonância com a Constituição. Todas essas decisões estão disponíveis em www.cortecostituzionale.it.

[900] Cf. acórdãos Raimondo contra Itália (22 de fevereiro de 1994, número 12954/87), Villa contra Itália (20 de abril de 2010, número 19675/06) e Monno contra Itália (8 de outubro de 2013, número 18675/09). Disponíveis em http://www.echr.coe.int.

[901] Nesse diapasão podem ser citados, dentre outros, os acórdãos dos casos Maradino contra Itália (15 de abril de 1991, número 12386/86), Raimondo contra Itália (22 de fevereiro de 1994, número 12954/87), Donato Prisco contra Itália (15 de junho de 1999, número 38662/97) e Gianfranco Bocellari e Wilma Rizza contra Itália (28 de outubro de 2004, número 399/02). Os acórdãos do TEDH podem ser acessados em http://www.echr.coe.int.

[902] Essa é a tônica, por exemplo, do acórdão Maradino contra Itália, acima referido, disponível em http://www.echr.coe.int.

[903] Fundamento presente, por exemplo, nos acórdãos Maradino contra Itália, Donato Prisco contra Itália, Gianfranco Bocellari e Wilma Rizza contra Itália, todos disponíveis em http://www.echr.coe.int.

se atinha aos "interesses em jogo" do que a recorrência das presunções legais e de fato nos ordenamentos internos. A preexistência de leque amplo de presunções nas legislações, por si só, seria fundamento frágil a respaldar a conclusão de que o confisco antimáfia não maculava a presunção da inocência – assim como seria deveras inconsistente aduzir, por exemplo, que uma ferramenta legal em que se presumisse a culpa poderia ser consonante com o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, exclusivamente porque presunções estão previstas por todo lado. Ou seja, tudo indica que a menção da disseminação das presunções foi, naqueles acórdãos, um mero plus ou reforço à linha de argumentação principal: o confisco preventivo italiano de outrora não criou uma nova imputação por ilícito típico (daí não ferir o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH), e os "interesses em jogo" (no sentido da necessidade de enfrentamento, pela prevenção, de específica forma de criminalidade organizada, para a qual inócuos instrumentos clássicos de confisco até então existentes) tornaram justificada a adoção do excepcional (pela restrição às infrações penais – supostas – em que potencialmente aplicável) "remédio forte".

Então, mesmo que a preexistência das presunções de fato e de direito tenha seguidamente constado em diversas outras decisões do TEDH quanto a variadas formas de confisco ampliado, soa plausível considerar que foram os "interesses em jogo" que pautaram a corrente que se seguiu da não infringência de boa parte desses remédios fortes com o princípio da presunção de inocência. E, ao que se depreende, esse posicionamento do TEDH, a partir de então, somado à tônica advinda de diplomas normativos comunitários e internacionais sobre o tema, abriram as portas para o incremento e a pulverização de ferramentas como a perda alargada portuguesa e o confisco ampliado italiano – inclusive, por intermédio de novas e ainda mais musculosas medidas de prevenção.

5.3.2.1 O acórdão De Tommaso contra Itália

No entanto, mais recentemente, o TEDH parece ter sinalizado alguma mudança de entendimento no que toca à aplicação das medidas de prevenção italianas, que, como visto e abaixo merecerá complementação, preconizam hipóteses de confisco de bens.

No acórdão De Tommaso contra Itália[904], o TEDH reconheceu a incompatibilidade com a CEDH de medidas de prevenção aplicadas com base na Lei n.º 1423/1956 (e suas

[904] O acórdão *De Tommaso versus Italy* (*Application* n.º 43395/09) está disponível em https://www.hudoc.echr.coe.int.

modificações), legislação vigente antes do Decreto Legislativo n.º 159/2011(*Codice Antimafia* de 2011).

No caso concreto, Angelo de Tommaso, em 22 de maio de 2007, teve contra si aplicadas medidas de prevenção, com fulcro na Lei n.º 1423/1956, com a imposição de ordem de residência em local indicado por dois anos. Em suma, as medidas de prevenção foram motivadas pelo promotor público pela evidência de que Angelo de Tommaso havia sido condenado por tráfico de drogas e porte ilegal de arma, além de ter se associado com indivíduos criminosos e perigosos; e, embora advertido por oficiais da polícia, mantinha comportamento transgressor. Inconformado, De Tommaso interpôs recursos, primeiramente à Corte Distrital de Bari, que, em 11 de abril de 2008, refutou seu reclamo e ampliou as medidas[905], e, depois, ao Tribunal de Apelação – que, em sentido diverso, concluiu, em março de 2008, não havia fatos específicos para inferir a persistente perigosidade de Angelo de Tommaso, o qual, após cumprir pena de prisão, não apresentou conduta que justificasse as medidas de prevenção. Com efeito, o Tribunal de Apelação anulou a decisão da Corte Distrital de Bari. Mesmo com o resultado favorável, Angelo de Tommaso deu prosseguimento à sua inconformidade quanto a não ocorrência de audiência pública na Corte Distrital de Bari e no Tribunal de Apelação. Esse aspecto levou o Governo italiano, em 7 de abril de 2015, a apresentar missiva ao TEDH com proposta de solução amistosa, diante da possível violação do artigo 6, § 1.º, da CEDH. Em paralelo, Angelo de Tommaso alegou ao TEDH que as medidas de prevenção por ele suportadas por 221 dias teriam sido arbitrárias e excessivas em sua duração, privando sua liberdade e, assim, ferindo o artigo 5º (direito à liberdade e segurança) e, também, os artigos artigo 6º, § 1º (direito ao processo equitativo) e 13º (direito ao recurso efetivo), todos da CEDH, além do artigo 2.º do Protocolo n.º 4 da CEDH (direito à liberdade de movimento dentro de determinado território e de deixar aquele território).

Apreciando o caso, o TEDH, em acórdão proferido em 23 de fevereiro de 2017, ao início, pontuou que a medida de prevenção de permanência na residência entre 22h e 6h não configura privação de liberdade, e sim restrição à liberdade de circulação, não violando, pois, o artigo 5º da CEDH. Quanto à conformidade ao artigo 2.º do Protocolo n.º 4, o TEDH adentrou no aspecto da precisão e previsibilidade (ao cidadão) das medidas

[905] Para, em suma, reportar-se semanalmente à autoridade policial; iniciar labor em um mês; residir em Casamassima; viver honestamente e não se relacionar com pessoas condenadas ou submetidas a medidas de prevenção; não se retirar de sua casa depois das 22h ou antes das 6h; não possuir ou portar armas; não frequentar bares, clubes noturnos e estabelecimentos congêneres; não usar telefone celular ou rádio de comunicação; e manter consigo documentos de identificação e a *carta precettiva* com a descrição das obrigações impostas, mostrando-os à polícia sempre que requisitados.

previstas na Lei n.º 1423/1956, observando que, mesmo tendo o Tribunal Constitucional italiano, em vários julgamentos, clarificado os critérios de aplicação, ainda assim as medidas de prevenção estavam sujeitas a uma avaliação prospectiva, e não em provas factuais ou tipos específicos de comportamento; e isso ocorreu no caso concreto, em que as medidas de prevenção foram justificadas nas "tendências criminosas" do recorrente, critério que o Tribunal Constitucional já havia considerado insuficiente no julgamento n.º 177/1980. Com efeito, o TEDH anotou que a seção 1 da Lei n.º 1423/1956 não indicava com suficiente precisão a conduta, de modo a proteger de interferências arbitrárias e para que o indivíduo pudesse regular seu comportamento e prever a imposição das medidas. O TEDH também reportou a existência de outros dispositivos com redação extremamente vaga e determinada, positivados nas seções 3 e 5 da Lei n.º 1423/1956, como "levar uma vida honesta e cumprir as leis" e "não dar motivo à suspeita"; para o TEDH, embora chancelados com o princípio da legalidade pelo Tribunal Constitucional italiano no julgamento n.º 282/2010, essa parte da Lei n.º 1423/1956 não foi formulada com detalhes suficientes e nem definia o conteúdo das medidas preventivas passíveis de imposição. Por conseguinte, o TEDH concluiu que a Lei n.º 1423/1956 foi redigida em termos vagos e excessivamente amplos, com falta de previsibilidade, bem assim que as medidas de prevenção aplicadas ao recorrente não se basearam em lei conforme a CEDH, violando o artigo 2.º do Protocolo n.º 4. Noutro tanto, na linha mencionada pelo Governo italiano, de proposta de solução amistosa (refutada pelo recorrente) pelo ferimento ao artigo 6º, § 1º (direito ao processo justo e equitativo), da CEDH, o TEDH decidiu pela não incidência do aspecto penal do aludido dispositivo, porquanto inexistente uma acusação criminal; porém, considerou que houve violação ao direito ao processo equitativo pela ausência de uma audiência pública nos processos de aplicação das medidas de prevenção. Por fim, atinente ao direito ao recurso efetivo, o TEDH não reconheceu infringência ao artigo 13º da CEDH, já que o recorrente teve acesso a um recurso ao abrigo da lei italiana. Por força do exposto, o TEDH fixou indenização de 5.000 euros em favor de De Tommaso a título de danos morais, mais 11.525 euros para custas e despesas processuais, decidindo expressamente pela violação ao artigo 2.º do Protocolo n.º 4 e ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

Não há dúvida de que essa decisão do TEDH reacendeu com vigor o debate acerca da conformidade das medidas de prevenção italianas com a CEDH, mormente no que tange ao déficit de precisão e de previsibilidade de algumas condutas autorizadoras da imposição. Contudo, o TEDH passou longe de atribuir às medidas de prevenção da Lei n.º 1423/1956 natureza de reação penal ou sanção diversa, e nem as considerou ofensivas à

presunção de inocência. De modo que, pode-se especular, o acórdão De Tommaso contra Itália tende mais a gerar efeitos pontuais em dispositivos que preveem condutas plausíveis da aplicação de medidas de prevenção (agora positivadas no *Codice Antimafia*), do que macular a consonância com a CEDH de instrumentos de recuperação de ativos como o confisco ampliado[906]. Com outras palavras, é possível inferir do acórdão De Tommaso contra Itália "recado" à Itália para que faça as adequações necessárias em seu ordenamento – notadamente ao nível das *misures di prevenzione* do Decreto Legislativo n.º 159/2011 –, erradicando as normas que afetam direitos individuais e não contenham, suficientemente, precisão e previsibilidade.

Importante frisar, uma vez mais, no acórdão De Tommaso contra Itália o TEDH debruçou-se sobre a legislação anterior ao Decreto Legislativo n.º 159/2011, diploma que gerou rotundo impacto no que toca às medidas de prevenção – inclusive as geradoras de sequestro e confisco de bens.

5.3.3 *Le misure di prevenzione* do *Codice Antimafia* de 2011 (Decreto Legislativo n.º 159/2011)

Por intermédio da Lei n.º 136, de 13 de agosto de 2010, foi delegada ao Governo italiano a criação de decreto legislativo em que realizada revisão completa das regras em matéria antimáfia de natureza penal, processual e administrativa, bem assim sua atualização e harmonização com a legislação vigente na Itália. Daí adveio o Decreto Legislativo n.º 159/2011, de 6 de setembro, que pode ser considerado um marco paradigmático no ordenamento italiano no que toca ao enfrentamento da atuação das máfias. A legislação, não gratuitamente denominada *Codice Antimafia* ou *Codice Delle Legge Antimafia*, composta por cento e vinte artigos e dividida em quatro livros, e que revogou expressamente as Leis n.º 1423/1956 e n.º 575/965 (então Lei Antimáfia),

[906] Essa mesma impressão se pode recortar do acórdão Varvara contra Itália, julgado em 29 de outubro de 2013 (disponível em http://www.hudoc.echr.int), no qual, já visto, o TEDH entendeu que ordem de confisco do artigo 19 da Lei n.º 47/1985 (prevê o confisco de obras quando o tribunal penal determina que a subdivisão é abusiva), aplicada mesmo com a não condenação de Varvara (pela prescrição dos ilícitos típicos), violou o artigo 7.º da CEDH. Naquela hipótese, o TEDH discordou da jurisprudência italiana de que aquela forma de confisco é uma sanção administrativa obrigatória e independente da condenação criminal, aludindo-a como uma sanção penal. O fato de o TEDH ter declarado que aquela modalidade *non-conviction based confiscation* fere a CEDH não se estende a que se conclua o mesmo à medida de prevenção patrimonial do *Codice Antimafia* e nem às figuras de confisco alargado italiano, embora, reconheça-se, abastece o debate da natureza jurídica dessas ferramentas de recuperação de ativos. Nessa linha, SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"? *Scientia Iuridica*, Braga, t. 63, n.º 334 (Jan.-Abr. 2014), pp. 85-110.

disciplina, no primeiro deles (artigos 1 a 81), a figura da *misure di prevenzione*, nas categorias pessoal e patrimonial[907].

5.3.3.1 *Le misure di prevenzione personali*

Os artigos 1.º a 15 do Decreto Legislativo n.º 159/2011 cuidam das hipóteses de medidas de prevenção pessoais[908], que se dividem entre as aplicadas administrativamente, por superintendente local (artigos 1º a 3), ou judicialmente (artigos 4 a 15).

As medidas de prevenção pessoal aplicadas pelo superintendente ou comissário local têm como potencial alvo indivíduos que, com base em fatos evidenciados: a) são normalmente dedicados ao tráfico de drogas; b) têm padrão de vida e conduta reveladores de que se mantêm com o produto de atividades criminosas; e c) pela conduta e pelo desrespeito reiterado a outras medidas pessoais (como expulsão ou não frequência a certos lugares), são dedicados à prática de crimes que ofendem ou ponham em perigo a integridade física ou moral dos menores, a saúde, a segurança ou a paz pública [(art. 1º, n.º 1, alíneas a) a c), do Decreto Legislativo n.º 159/2011]. Consistem, basicamente, em ordem fundamentada, expedida pelo comissário local, de expulsão obrigatória e/ou proibição de retorno ao local em que atuavam ilicitamente, sem autorização prévia ou por um período não superior a três anos. Antes das medidas, é facultado ao comissário advertir verbalmente o indivíduo de que há evidências contra ele, convidando-o a se comportar de acordo com a lei e estabelecendo prazo para tanto. Persistindo o comportamento transgressor, a medida de prevenção é aplicada, havendo possibilidade de recurso ao prefeito. Nos casos de pessoas condenadas por crimes ou sujeitas à medida de vigilância especial, também é possível a aplicação de medidas restritivas do uso de artefatos que possam dificultar o controle policial, como aparelhos transmissores de rádio e óculos de radar e visão noturna, roupas e acessórios para proteção balística individual, ou veículos blindados ou modificados, além de outros. Essas medidas mais gravosas, no entanto, são aplicadas perante um juiz monocrático (artigos 2 e 3).

---

[907] Conforme mencionado na fundamentação do acórdão *De Tommaso versus Italy*, adrede visto, computando-se os trinta e quatro Estados-Membros que se submetem à CEDH, apenas em cinco há medidas preventivas semelhantes às atualmente vigentes na Itália: França, Reino Unido, Áustria, Suíça e Rússia. Nesses países, em regra, as medidas de prevenção são aplicadas contra atos de vandalismo (tendo por foco indivíduos potencialmente violentos em eventos esportivos) ou de prevenção ao terrorismo. A Rússia, somente, tem positivadas medidas similares às italianas, passíveis de incidência contra ex-condenados por crimes graves, menores abandonados e infratores, viciados em drogas e alcoólatras.

[908] Para um estudo detalhado das características das medidas de prevenção pessoais do *Codice Antimafia*, vide MENDITTO, Francesco. *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pp. 15-39.

Já as medidas de prevenção pessoais aplicadas pelo tribunal são endereçadas aos indivíduos com condutas especificadas no artigo 4, n.º 1, alíneas a) a i)[909] do *Codice Antimafia*, abrangendo, por exemplo, a suspeita de pertencimento a alguma associação mafiosa, a realização de atos preparatórios de crimes que subvertam a lei do Estado, para fins de terrorismo ou à reconstituição do partido fascista, e a instigação ou o financiamento à prática das infrações penais listadas[910]. As medidas podem ser propostas pelo superintendente, pelo procurador nacional antimáfia, pelo Ministério Público e pelo diretor do Departamento de Investigação Antimáfia, e consistem, resumidamente, em vigilância especial de segurança pública, com a obrigação ao indivíduo de permanecer no município em que reside ou onde tem residência habitual, ou, mesmo, de proibição de residir em determinados locais, de buscar um emprego fixo, de respeitar as leis, de não sair de casa sem aviso prévio, de não carregar armas e de não participar de reuniões públicas. A determinação sobre o deferimento ou não da medida é proferida pelo tribunal, em decisão fundamentada, no prazo de trinta dias desde a proposta. Em caso de deferimento (em decisão recorrível), o tribunal deve indicar o prazo da medida preventiva, que não pode ser inferior a um ano e nem superior a cinco (artigos 4 a 10 do *Codice Antimafia*).

Os efeitos das medidas preventivas pessoais aplicadas pela autoridade judiciária estão listados no artigo 67 do *Codice Antimafia*, compreendendo uma série de restrições de direitos. A condição de ter recebido uma dessas medidas pode configurar circunstâncias agravantes em havendo a prática de infrações penais como as referidas nos artigos 71 a 73. O descumprimento pode acarretar ao indivíduo a punição com penas de prisão (artigo 76). E as pessoas sujeitas a medidas preventivas podem ser submetidas a auditorias fiscais, econômicas e financeiras (artigo 79).

Pertinente pontuar que o procurador da República do lugar onde as operações estão a ser realizadas pode autorizar agentes da polícia judiciária a interceptar comunicações ou conversas telefônicas, a fim de verificar se o sujeito a quem aplicada medida preventiva pessoal não continua a se envolver em atividades como as que a ela deram origem. Mas a prova daí obtida só pode ser usada para os fins da medida preventiva, sem valor num

[909] Com redação atual trazida pela Lei n.º 161/2017, que também gerou modificações importantes na ferramenta legal do confisco ampliado italiano, como se verá adiante.

[910] Dos sumários recortes dos comportamentos plausíveis de ensejarem ao indivíduo a submissão a medidas de prevenção pessoais (administrativa ou judicialmente aplicadas), pode-se conjecturar que ao menos alguns vão de encontro à fundamentação discorrida no acórdão do TEDH De Tommaso contra Itália, deixando-os a mercê de um futuro reconhecimento de dissonância com a CEDH. Parece inegável que, senão em todas, algumas hipóteses – como ter padrão de vida e conduta que revelam tirar proveito de atividades criminosas, ou ser suspeito de se dedicar a crimes ou pertencer a uma associação mafiosa devido a atos do passado – pecam pela imprecisão e imprevisibilidade.

processo penal. Essa contingência não deixa de ser interessante, pois ao mesmo tempo em que permite o uso de meio de prova tipicamente processual penal no âmbito das medidas de prevenção, veda seu aproveitamento com finalidade processual penal.

Outrossim, essa característica igualmente se presta para divorciar as medidas de prevenção pessoais (que podem interferir em direitos individuais como de ir, vir e permanecer) de uma reação penal (que pode restringir ou privar a liberdade), distinção que, como adrede mencionado, vem levando o TEDH a reconhecer a consonância daquelas medidas com a CEDH[911], afora no acórdão *De Tommaso versus Italia* – mas, como visto, por motivo diverso.

5.3.3.2 *Le misure di prevenzione patrimoniali*

As medidas de prevenção patrimoniais[912] têm como destinatários potenciais as mesmas pessoas sujeitas às medidas de prevenção pessoais aplicadas pelo tribunal, elencadas no artigo 4 do Decreto Legislativo n.º 159/2011, além das pessoas singulares e coletivas a quem o Comitê de Sanções das Nações Unidas ou qualquer outra autoridade internacional competente tenha ordenado o congelamento de fundos ou recursos econômicos, com suporte em indícios de que provêm ou são utilizados para financiar organizações ou atividades terroristas, incluindo as internacionais – artigo 16, n.º 1, alíneas a) a b). Também em similar às pessoais, são propostas pelo Ministério Público, pelo superintendente ou pelo diretor do Departamento de Investigação Antimáfia. Podem ser cumuladas com medidas preventivas pessoais e independentemente do perigo para a sociedade no momento em que propostas. Inclusive, podem ter hipótese em caso de o destinatário estar ausente ou no exterior, e mesmo com sua morte, situação em que serão direcionadas aos sucessores, no prazo de até cinco anos a partir do óbito (artigo 18). Para a obtenção de dados tendentes à aplicação da medida, as autoridades referidas no artigo 17 têm a prerrogativa de procederem à ampla investigação patrimonial sobre o padrão de vida, os recursos financeiros e os bens dos indivíduos potencialmente alvos, bem assim de suas

[911] Nesse sentido, vide BALSAMO, Antonio. Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzioni. In: *Il Libro dell'anno del Diritto 2014*. Treccani, 2014. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-dell-ue-e-della-cedu-e-confisca-di-prevenzione_(Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto)/> Acesso em: 27 nov. 2017; e MENDITTO, Francesco. Misure di prevenzione patrimoniali e CEDU. *Rivista Questione Giustizia*, Milão, a. 2014, fasc. 2, 2014, pp. 41-54.

[912] Que também sofreram alterações recentes, determinadas pelos artigos 5 a 12 da Lei n.º 161/2017. Para um panorama das medidas de prevenção patrimoniais italianas, vide MAZZACUVA, Francesco. The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscatio. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 103-105.

fontes de renda. A investigação patrimonial abrange as eventuais atividades empresariais e comerciais, as operações financeiras envolvendo cônjuge, filhos e aqueles que conviveram nos últimos cinco anos com o indivíduo, sejam pessoas físicas ou coletivas. E, para o alcance de dados e documentos, as autoridades, por agentes policiais ou pedidos judiciais, podem demandar à administração pública, às instituições de crédito e às empresas e organizações privadas, além de postularem medidas de busca e apreensão de documentos (artigo 19).

Um dos pontos de aproximação entre as medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* e a figura de confisco ampliado italiano reside no artigo 20 desse diploma legal especial. Pelo disposto no artigo 20, n.º 1[913], o tribunal, de ofício ou atendendo ao pedido das autoridades mencionadas no artigo 17, em decisão fundamentada, tem competência para autorizar a apreensão de bens do indivíduo-alvo, já no curso da investigação patrimonial[914] (sem prejuízo da existência também de uma investigação ou ação penal pelo cometimento de ilícito típico catalogado na lei), quando elucidada a desproporção entre o valor dos bens e os rendimentos lícitos declarados pelo indivíduo ou suas atividades.

Noutra nuance coincidente à essência dos instrumentos de confisco ampliado, porém agora mais semelhante ao sistema adotado, por exemplo, no Reino Unido, o mesmo artigo 20, n.º 1, prevê ao tribunal a possibilidade de ordenar a apreensão e o sequestro de bens (inclusive abrangendo participações societárias) quando, com base em provas suficientes, criar-se a convicção de que são produto de atividades ilícitas ou vantagens delas decorrentes.

Obviamente que são providências de cautela ou garantia da execução das medidas de prevenção patrimoniais, mas chama a atenção a utilização dos fundamentos "incongruência patrimonial" e "presunção de procedência da atividade criminosa", presentes nas modalidades de confisco ampliado.

Segundo o artigo 20, n.º 2, do *Codice Antimafia*, as providências cautelares são revogadas pelo tribunal se o pedido de aplicação de medida preventiva é rejeitado, ou se esclarecida a origem lícita do bem, ou, ainda, se o suspeito não tem, direta ou indiretamente, disponibilidade sobre ele. Esse dispositivo evidencia, por primeiro, a

[913] Com redação dada pelo artigo 5 da Lei n.º 161/2017.

[914] Até mesmo de forma emergente e antecedente à audiência do indivíduo-alvo, nas situações urgentes de possíveis alienações ou ocultações de bens, preconizadas no artigo 22, n.º 1, do *Codice Antimafia*. O n.º 2 do mesmo artigo traz a viabilidade da realização de novas investigações e apreensões (sendo descobertos novos bens passíveis de confisco). Em ambos os casos (n.ºs 1 e 2 do artigo 22), sempre mediante decisão judicial, respaldada pelo tribunal.

possibilidade de o suspeito fazer prova para o fim de revogar a constrição. E, no último trecho, suscita a ideia de que a medida preventiva patrimonial não pode ser confundida com uma *actio in rem* (voltada contra a "coisa suspeita"), na medida em que o esclarecimento de que o indivíduo não teve disponibilidade (sobre o bem) presta-se como causa de revogação da cautela. O foco, pois, segue na perigosidade do suspeito, daí gerando reflexos patrimoniais.

De frisar, noutro tanto, a redação do artigo 20, n.º 3, pela qual a eventual revogação da constrição não impede a utilização das provas colhidas durante a investigação patrimonial para efeitos fiscais. Essa norma empresta "fungibilidade" ao resultado da investigação patrimonial e, pondera-se, fulmina o cotejo da natureza penal ou processual penal da *misure di prevenzione patrimoniali*, já que a autorização, noutra seara e para outro fim, de uso de dados colhidos na investigação, decorre meramente de lei, sem a necessidade de crivo judicial, nem mesmo da chancela via o mecanismo da "prova emprestada" ou similar.

O procedimento da medida de prevenção patrimonial segue, como regra, tramitação igual ao que visa à concretização de uma medida preventiva pessoal aplicada judicialmente. Os terceiros proprietários ou coproprietários de bens apreendidos, ou que possuem direitos pessoais ou reais sobre os bens apreendidos, são chamados à intervenção no procedimento no prazo de trinta dias após a execução da apreensão; e, em audiência, o indivíduo-alvo e os eventuais terceiros, com a assistência de advogado, podem deduzir pedidos e fazer prova acerca da pretensão de confisco (artigo 23).

Quanto à matéria de prova, a *Corte Suprema di Cassazione* tem decidido que, para a aplicação do confisco preventivo, não há inversão do ônus da prova. A partir da investigação patrimonial, são obtidas evidências de que o sujeito-alvo tem disponibilidade sobre bens em relação aos quais seus rendimentos lícitos não explicam a origem. Essa situação gera espaço à presunção da procedência ilícita dos bens, sendo facultado ao sujeito-alvo não um ônus de prova, e sim um ônus de alegação quanto à fonte dos bens, tendente a ilidir os efeitos da presunção[915].

Ao fim, como reza o artigo 24, n.º 1, do *Codice Antimafia*, o tribunal decide o confisco dos bens apreendidos caso o indivíduo contra o qual instaurado o procedimento de medida de prevenção, por si ou pelo eventual terceiro interveniente, não justifique a origem lícita, pela desproporção entre sua renda (declarada para fins tributários) e o valor

[915] *Cass., Sez. II, 23 febbraio 2011, n. 6977, Battaglia*, acórdão disponível em https://www.cortedicassazione.it.

dos bens. Nessa situação, o tribunal conclui que os bens sem origem lícita demonstrada provêm de atividades ilícitas, direta ou indiretamente (pelo reemprego). Por isso que a doutrina tem elencado como requisitos objetivos do sequestro e do confisco incidentes como medidas de prevenção "a disponibilidade, direta ou indireta, do bem almejado", e "os indícios suficientes da procedência ilícita"[916].

A ordem de confisco pode abranger bens ou recursos que o indivíduo detenha por intermédio de outra pessoa singular, ou por pessoa coletiva. O n.º 2 do mesmo artigo 24 aduz que o tribunal deve proferir a decisão de confisco no prazo de um ano e seis meses (prorrogável por mais seis meses, não mais de duas vezes, sempre em decisão fundamentada) da data da apropriação ou da apreensão de bens pelo administrador judicial; não havendo decisão no período, os bens são restituídos ao indivíduo-alvo. E o n.º 3 alude a plausibilidade da aplicação de apreensão e confisco de bens mesmo após o indivíduo ter sofrido uma medida de prevenção pessoal.

Ou seja, a definição da aplicação do confisco de bens, pelo tribunal, mediante *misure di prevenzione patrimoniali*, em muito se identifica com a essência que emoldura as ferramentas de confisco ampliado: alguém, autor de comportamento de transgressão explicitado em lei[917], é suspeito de ter obtido bens pela prática de atividades ilícitas (ou criminosas); a partir de então, a situação patrimonial dessa pessoa é investigada, possibilitando-lhe a dedução de argumentos (como a de que os ativos sob suspeita são de terceiro) e a feitura de provas; em desfecho, não esclarecida a procedência lícita dos bens, aliada à incongruência de seu valor com os rendimentos lícitos do indivíduo-alvo, o tribunal lança ordem de confisco, nominada de medida de prevenção, com o fundamento da presumível fonte dos bens ligada a alguma atividade ilícita/criminosa.

Outrossim, em mais uma convergência com as ferramentas de confisco (tanto o clássico quanto o ampliado), o *Codice Antimafia* de 2011, em seu artigo 25, institui o confisco por equivalência, para as situações em que o indivíduo demandado dispersa (englobando a transferência para terceiro de boa-fé), oculta ou desvaloriza os bens supostamente de origem ilícita, facultando ao tribunal a apreensão e a declaração de perda de outros bens ou rendimentos. De lembrar que o instituto do confisco por equivalência há muito está disseminado nos ordenamentos por todo lado, ao passo que o confisco

[916] Com esse entendimento, MENDITTO, Francesco. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1533.

[917] Sendo pertinente recordar os apontamentos que constam na fundamentação do acórdão do TEDH *De Tommaso versus Italy*, antes visto, quanto à imprecisão e/ou à imprevisibilidade de algumas condutas que legitimam a aplicação de medidas de prevenção.

ampliado, em muitas legislações (dentre as quais a portuguesa), é concretizado mediante a condenação do arguido ao pagamento de valor – correspondente ao patrimônio incongruente que, presumivelmente, é vantagem de atividade criminosa.

No entanto, distintamente dessa característica das modalidades de confisco ampliado, e aproximando-se do que se verifica nos procedimentos *in rem*, o foco primordial da medida de prevenção é o bem com suspeita de origem ilícita. Tanto que, pelo artigo 26, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 159/2011, havendo a transferência fictícia a terceiro, tendente a ser empecilho ao confisco, o próprio tribunal deve declarar a nulidade dos atos de disposição e transmissão. De salientar que no n.º 2 do mesmo dispositivo há a conceituação do que se presume transferência fictícia: a feita, mesmo onerosamente, até dois anos antes da data em que proposta medida preventiva contra ascendente, descendente, cônjuge, convivente e parentes próximos; ou a realizada a título gratuito ou fiduciário, também nos dois anos anteriores. A explicitação de prazo do que se reputa transferência fictícia gera mais um aspecto que lembra alguns procedimentos de confisco ampliado, como a perda alargada lusitana (com autorização legal retroativa a cinco anos da constituição como arguido), embora outros (como o alemão) não tenham delimitação taxativa. Com efeito, assim como em algumas molduras de perda alargada, *le misure di prevenzione patrimoniali* guarda relação temporal para o fim de precisar o que, presumivelmente, constitui vantagem ou produto ilícito.

Todas as decisões envolvendo a aplicação das medidas preventivas do *Codice Antimafia* são passíveis de recurso, nos termos dos artigos 10 e 27. Outrossim, mesmo as decisões definitivas quem impliquem o confisco de bens por força de *misure di prevenzione patrimoniali* podem eventualmente ser revisadas, na forma do artigo 630 do Código de Processo Penal italiano, em hipóteses restritas, notadamente pela descoberta de novos elementos de prova num processo penal, ou de fatos supervenientes que afastem os requisitos do confisco, ou da evidência de que tais requisitos tiveram por base falsidades – em qualquer caso, como regra, no prazo máximo de seis meses desde a ciência do motivo da revisão (artigo 28).

5.3.3.3 A independência da *misure di prevenzione* com o processo penal

O legislador italiano não quis deixar dúvida sobre a independência da *misure di prevenzione* com a ação penal[918], inserindo assertiva explícita nesse sentido no artigo 29 do *Codice Antimafia* de 2011. Consectário, afastou qualquer brecha ao cotejo da *misure di prevenzione patrimoniali* como uma modalidade de confisco ampliado de natureza penal ou processual penal – enfatizando, também, ainda que indiretamente, a desvinculação com uma condenação criminal[919].

No entanto, a despeito de frisar a medida de prevenção antimáfia como autônoma à ação penal, o legislador, sabiamente, não olvidou de prever as situações em que, concomitantemente, o pretendido confisco de bens presumivelmente oriundos de atividades ilícitas (ou criminosas) acaba sendo objeto nas duas searas. Assim, o artigo 30 trata dessas situações coincidentes, com a especificação de que o confisco derivado de medida de prevenção patrimonial pode ocorrer mesmo em relação a bens que já foram apreendidos num processo penal. Nessa conjuntura, a guarda e a administração dos bens[920] – ainda em discussão acerca do futuro confisco – apreendidos num processo penal passam a um administrador para a gestão dos ativos no forma dos artigos 35 e seguintes (Título III) do *Codice Antimafia*. Havendo eventual revogação da apreensão ou do confisco em sede de medida preventiva, o juiz do processo penal é comunicado para nomear um novo guardião ou confirmar o administrador. É interessante que o n.º 2 do artigo 30 reforça a independência entre as searas, uma vez que, havendo decisão definitiva de confisco como *misure di prevenzione*, antes do julgamento da questão na ação penal, de pronto é autorizada a gestão, venda ou destinação do bem, nos termos do título III do *Codice Antimafia*. Ocorrendo, ao depois, decisão de confisco (clássico ou ampliado) na ação penal, cumpre ao juiz declarar que já ocorrido o efeito por força do procedimento de medida de prevenção patrimonial. Vice-versa, com a decisão anterior na ação penal (de apreensão ou

---

[918] Nesse sentido discorre MENDITTO, Francesco. *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pp. 123-124.

[919] Essa separação influencia diretamente na conceituação da natureza jurídica da *misure di prevenzione*, cf. MENDITTO, Francesco. Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a *prevenzione* della criminalità da profitto. Testo della relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", 29-30 Out. 2015, pp. 9-10. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO_2016a.pdf> Acesso em: 30 mar. 2017.

[920] A administração judicial dos bens vinculados a atividades econômicas e empresariais está regulada pelo artigo 34 do Codice Antimafia, com redação definida pelo artigo 10 da Lei n.º 161/2017.

de confisco), o tribunal, ao julgar procedente a medida de prevenção, meramente declara verificados os efeitos naquele âmbito (n.º 3 do mesmo artigo 30).

5.3.3.4 Outras consequências da *misure di prevenzione*

Quiçá igualmente ilustrativa da desconexão com a seara penal, além da restrição de liberdades (como de circulação) e do confisco de bens, o *Codice Antimafia* de 2011 prevê outras modalidades de consequências possivelmente incidentes pelas medidas de prevenção (pessoais ou patrimoniais), como a obrigação ao indivíduo demandado de prestar caução ou oferecer garantia real – por exemplo, nas situações de medidas de urgência (artigo 22) ou em vista das condições econômicas do demandado. Em caso de violação das obrigações ou proibições decorrentes da aplicação da medida preventiva, o tribunal determina o confisco do valor depositado em caução ou do bem dado em garantia – no caso de medida patrimonial, até o limite do objeto do confisco (artigo 32).

Na mesma linha, é viável a imposição da administração judicial de bens pessoais (exceto os destinados à atividade profissional ou produção lícita) dos indivíduos arrolados no artigo 4, n.º 1, alíneas c) a h), do *Codice Antimafia* de 2011, por período não superior a cinco anos (mas renovável), quando houver evidências de que a livre disponibilidade pode estar ligada a uma conduta, comportamento ou atividade socialmente perigosa (artigo 33).

Possível, também, por prazo limitado (de seis meses, com prorrogação por até mais doze meses), a determinação da administração judicial de bens relacionados a atividades econômicas, nas situações descritas no artigo 34 do *Codice Antimafia* de 2011 – em suma, quando a investigação patrimonial evidenciar a provável atuação de associação mafiosa**.** Tratando-se de controle judicial de empresas, o prazo vai de um a três anos, podendo o tribunal impor aos proprietários ou administradores uma série de outras obrigações, segundo o artigo 34-*bis*[921] do *Codice Antimafia* de 2011.

As medidas preventivas, nesses casos, podem ser acompanhadas da abertura de novas investigações envolvendo a atividade econômica, bem assim da imposição de que os por ela responsáveis façam prova da origem de bens ou patrimônio incompatíveis com seus rendimentos – sob o risco de confisco, em o tribunal se convencendo de que são provenientes de atividades ilegais. Após cessada ou revogada a medida de administração, o tribunal remanesce com a prerrogativa de ordenar um controle judicial da atividade

[921] Adicionado pelo artigo 10 da Lei n.º 161/2017.

econômica, monitorando-a (inclusive quanto a atos de disposição de bens) nos termos do n.º 8 do artigo 34.

Por outro diapasão, o "novo" artigo 34-*ter*[922] do *Codice Antimafia* de 2011 estipula aos órgãos judiciais o tratamento com prioridade absoluta dos procedimentos de prevenção patrimoniais.

De modo que, por todos os exemplos, percebe-se o quão musculados são os efeitos patrimoniais (para além até mesmo do confisco ampliado) passíveis de incidência pelas medidas de prevenção do Decreto Legislativo n.º 159/2011, mormente com os incrementos positivados pela Lei n.º 161/2017, de 17 de outubro.

5.3.3.5 A administração dos bens apreendidos

O legislador inseriu no *Codice Antimafia* de 2011 o Título III[923], específico para regrar a administração, a gestão e o destino dos bens apreendidos e confiscados por força das medidas de prevenção. No ponto, em mais um aspecto de semelhança com as figuras de confisco ampliado (como a perda alargada portuguesa), é previsto ao órgão estatal denominado "Agência Nacional para a administração e o destino de bens apreendidos e confiscados da criminalidade organizada"[924] (doravante, Agência) o auxílio à função do administrador – nomeado judicialmente – dos bens apreendidos, e efetivamente sua administração após a decisão de confisco em primeira instância (artigo 44). De frisar que, durante a fase de apreensão dos bens, a gestão dá-se também com a orientação do juiz com competência para decidir a medida preventiva – artigo 40, n.º 1. A Agência tem a prerrogativa de postular ao tribunal as medidas necessárias para o melhor uso e, inclusive, de revogação ou modificação das medidas administrativas judiciais, caso possam prejudicar o destino ou a cessão dos bens ou ativos (artigo 38).

Pode-se elucubrar que essas regras aproximam-se do que preconiza a Lei n.º 45/2011, de 24 de julho, que, em Portugal, criou o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e o Gabinete de Administração de Bens (GAB), embora estes com funções mais

[922] Gestado pelo artigo 12 da Lei n.º 161/2017.

[923] Os artigos 13 a 19 da Lei n.º 161/2017 trazem várias alterações aos âmbitos da administração de bens apreendidos (para eventual futuro confisco) e do controle judicial de empresas, incluindo a gestão de ativos e de negócios, o trato dos instrumentos financeiros, o apoio estatal às empresas, a realização de relatórios de gestão, a destinação dos bens confiscados, e o regime tributário e os encargos econômicos incidentes nessas situações.

[924] Órgão que tem personalidade jurídica de direito público e autonomia organizacional e de contabilidade, conforme o artigo 110, n.º 1, do *Codice Antimafia*. A atual configuração da Agência é dada pelo artigo 29 da Lei n.º 161/2017.

amplas – incluindo o mister da investigação patrimonial tendente a elucidar a existência de patrimônio incongruente pelo arguido em processo penal por ilícito típico do catálogo da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Outrossim, aqueles dispositivos do Decreto Legislativo n.º 159/2011 vão ao encontro do que reza a Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, mais precisamente em seu artigo 10.º, n.º 1[925], referente à administração dos bens congelados e declarados perdidos. Insta ressaltar que a Agência italiana tem como funções a obtenção dos dados relativos aos bens apreendidos e confiscados, suas condições e seus destinos, seja em decorrência das medidas preventivas, seja em virtude de providências adotadas no âmbito de um processo penal pelos crimes referidos no artigo 51, parágrafo 3-*bis*, do Código de Processo Penal, e no artigo 12 *sexies* do Decreto-Lei n.º 306, de 08 de junho de 1992 – ou seja, também dos bens apreendidos e perdidos como consequência do confisco alargado.

A similitude parece não soar gratuita, trazendo às medidas de prevenção patrimoniais italianas mais uma característica típica das ferramentas de recuperação de ativos, na toada da política criminal transnacional com tal finalidade.

Ainda na ótica de uma adequada gestão dos bens, o artigo 40, n. 5-bis[926] do *Codice Antimafia* estipula a faculdade de serem confiados pelo tribunal para o uso por forças policiais ou de bombeiros, ou mesmo para outros órgãos do Estado com funções de interesse público ou de proteção civil ou ambiental. Não havendo a revogação da apreensão, poderá ser autorizada a venda dos bens móveis com risco de deterioração, assim como a destruição dos considerados inúteis, improdutivos ou não alienáveis. As despesas necessárias para a preservação e a administração dos bens apreendidos são suportadas pelo administrador judicial, utilizando-se de valores recolhidos, apreendidos ou confiscados ou não na existência do procedimento. Não havendo montante suficiente para a gestão dos bens apreendidos ou confiscados, o Estado antecipa os valores faltantes, tendo o direito de recuperá-los do suposto proprietário (indivíduo-alvo da medida de prevenção) em caso de apreensão ou revogação confisco. No entanto, o Estado não terá tal direito, em havendo a revogação da apreensão ou do confisco, no que toca a valores fornecidos para o pagamento da remuneração do administrador judicial (artigo 42).

[925] "Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias, por exemplo através da criação de serviços centralizados, de um conjunto de serviços especializados ou mecanismos equivalentes, para assegurar a administração adequada dos bens congelados tendo em vista a eventual decisão de perda subsequente".
[926] Acrescentado pela Lei nº. 228/2012, e posteriormente alterado pela Lei nº. 119/2013.

Após a conclusão do procedimento e, em qualquer caso, depois do confisco decidido em primeira instância, o administrador judicial apresentará ao juiz relatório com prestação de contas da gestão (artigo 43).

Por fim, conforme o artigo 45, decidido definitivamente o confisco, os bens são incorporados como ativos do Estado[927], livres de encargos e ônus, ressalvados eventuais direitos de terceiros de boa-fé (na forma preconizada no Título IV[928] do *Codice Antimafia*). E, para a aferição e a transparência do sistema, os dados relativos aos bens apreendidos ou confiscados (incluindo números, valores, destinação e utilização) constam em regramento criado por decreto do Ministro da Justiça, incumbindo ao Governo repassar relatório (desses dados) ao Parlamento a cada seis meses (artigo 49).

5.3.3.6 Natureza jurídica das medidas de prevenção (*lato sensu*) do *Codice Antimafia* de 2011

Não passou despercebido por Basile o fato de as medidas preventivas terem alterado sua essência com o tempo, perdendo um tanto sua característica como medida de segurança, e mais se amoldando a uma ferramenta legal de enfrentamento da criminalidade mafiosa-organizada. Isso foi por ele apontado em relação ao advento do *Codice Antimafia* de 2011: "note-se que a justaposição entre 'leis antimafia' e 'medidas preventivas' sofre indubitavelmente de uma aproximação falha, uma vez que as medidas de prevenção são destinadas a impedir também outras manifestações de criminalidade, mas é indicativa de qual o principal campo de incidência destas medidas ao longo das últimas décadas"[929].

As medidas de prevenção, então, estariam se aproximando da natureza jurídica de pena? Em Grande Stevens contra Itália, julgamento proferido em 2014, o TEDH, analisando medida de prevenção pessoal aplicada por força do *Codice Antimafia* de 2011, considerou que, quando um único ato integra duas formas diferentes de condutas consideradas ilegais, e não há identidade dos elementos constituintes essenciais, o sujeito é responsável (e, por conseguinte, pode ser punido) apenas por uma das duas situações, não relevando a diversidade de funções e nem os motivos diferentes resultantes da sanção[930].

---

[927] Destinados na forma o artigo 48.
[928] Título modificado pelos artigos 20 a 28 da Lei n.º 161/2017.
[929] BASILE, Fabio, Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), a. 2015, nº 6 (Jun. 2015), p. 1522.
[930] TEDH, Sec. II., 4 de março de 2014, Grande Stevens contra Itália, disponível em www.hudoc.echr.coe.int.

Isto é, o TEDH entendeu aplicável, ao caso concreto, o princípio *ne bis in idem*, dando azo ao cotejo de um viés sancionatório à medida de prevenção pessoal.

Com linha similar, no antes comentado acórdão do TEDH De Tommaso contra Itália, de 23 de fevereiro de 2017, embora sendo reconhecido que medida de prevenção de permanência na residência por certo horário não implicava privação de liberdade (mas apenas restrição à liberdade de circulação), decidiu-se que algumas condutas previstas como potencialmente atrativas de medidas de prevenção da Lei n.º 1423/1956 (revogada pelo *Codice Antimafia* de 2011) violavam o artigo 2.º do Protocolo n.º 4 da CEDH, pelo déficit de precisão e de previsibilidade. Aqui, o TEDH, igualmente, inferiu componente de sanção às medidas de prevenção.

Contudo, Vincenzo Maiello não depreende do acórdão Grande Stevens contra Itália o que o TEDH parece ter interpretado nos dois casos, alegando que "o *ne bis in idem* extraído da CEDH pode ser modulado sobre o 'fato concreto', e não acerca das relações lógico-estruturais do caso abstrato. De modo que a questão da natureza, sanção ou preventiva, das medidas, a fim de comprovar o cumprimento ou a violação do *ne bis in idem*, não deve ser abordada observando-se a disciplina geral e abstrata – da medidas –, e sim a situação concreta. Quando, então, em relação a um mesmo fato, há pretensões estatais punitivas cumulativas com a aplicação de uma medida de prevenção pessoal, pode-se cogitar não infundado um problema de violação do princípio acima"[931].

De fato, as medidas de prevenção receberam alteração em sua essência ao longo do tempo, na legislação e no direito vivo. E as mudanças prosseguem nesta toada, sendo pauta constante do legislador e do governo italiano. Por exemplo, o Decreto Legislativo n.º 7, de 18 de fevereiro de 2015, fortalece e amplia os instrumentos das medidas preventivas postas em prática para combater o terrorismo, incluindo o de natureza internacional. À semelhança, a Lei n.º 43/2015, de 17 de abril, contendo medidas urgentes de combate ao terrorismo internacional, além de inserir novas infrações penais vincadas ao terrorismo no Código Penal, traz novas medidas de prevenção, pessoais e patrimoniais, relacionadas aos indivíduos suspeitos de envolvimento nessas condutas.

[931] Para o autor, "as medidas de prevenção pessoais – diferentemente das medidas de caráter patrimonial –, continuando a reger seus requisitos por uma perigosidade atual e, portanto, revogável na ausência desse requisito, revelam diversidade de estrutura e funcionamento em relação à pena; MAIELLO, Vincenzo. Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali. *Giurisprudenza Italiana (1965)*, Torino, v. 167, fascículo 6, 2015, p. 1528.

Então, assiste razão a Basile[932] na percepção de que as medidas de prevenção têm se descolado um tanto da essência de medida de segurança, bem assim de que se prestam cada vez mais ao enfrentamento da criminalidade organizada (sobretudo, das máfias). Porém, e a despeito daquelas decisões mais recentes do TEDH, disso não se pode confundir tenham as medidas de prevenção pessoais natureza de pena. Definitivamente: as medidas de prevenção pessoais incidem sobre condutas não tipificadas como infrações penais, não são objeto de um processo penal e nem resultam privação de liberdade. Logo, não são sanções penais.

Noutro aspecto, veja-se que nas disposições transitórias do Decreto Legislativo n.º 159/2011, o artigo 117, n.º 1, prevê que as normas contidas no Livro I (isto é, que trata das medidas de prevenção em si) não são aplicáveis aos processos em que, à data de entrada em vigor do diploma legal, já havia sido formulada uma proposta de aplicação de medidas preventivas. Com efeito, ao estabelecer, na hipótese, a manutenção das regras anteriores, o legislador vedou a ultratividade e explicitou a irretroatividade das medidas de prevenção do *Codice Antimafia* de 2011. E, assim, aproximou a *misure di prevenzione* das medidas de segurança, em relação às quais a regra da irretroatividade é explicitada no artigo 200 do Código Penal italiano.

Todavia, também não se pode olvidar a distinção de que, como regra, as medidas de segurança têm como requisito a prática de uma infração penal e a correlata condenação, ao passo que as medidas de prevenção pessoal possuem suporte nos indícios de periculosidade do agente envolvido com atividade mafiosa ou outros tipos de criminalidade organizada. Essas contingências tornam ainda nebulosa uma posição definitiva acerca da natureza jurídica das medidas de prevenção – genericamente consideradas –, o que pouco ajuda na busca de aludida definição quanto às específicas medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* de 2011.

5.3.3.7 Natureza jurídica das medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* de 2011

Já visto que, no contexto italiano, o sistema de aplicação das medidas de prevenção patrimoniais é totalmente desconectado do processo penal, evidência suficiente para afastar

[932] BASILE, Fabio, Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), a. 2015, nº 6 (Jun. 2015), pp. 1522.

daquele instrumento a moldura de confisco clássico ou alargado. Por outro lado, não se pode ignorar que as medidas de prevenção patrimoniais guardam alguma similitude com as ferramentas de *actio in rem* previstas em Estados anglo-saxões como o Reino Unido, quer porque fugidias ao processo penal, quer pelo alvo nos bens com suspeita de terem origem vinculada a alguma atividade ilícita. Essa complexa relação, por si só, indica a premência de se tentar definir a natureza jurídica da *confisca di prevenzione* do *Codice Antimafia* de 2011[933].

A interferência no gozo do direito privado sobre bens é permitida aos Estados-Membros da União Europeia, os quais detêm poder para adotar as leis necessárias ao controle do exercício daquele direito (mormente de propriedade) em compasso com interesse público, aí compreendendo evitar o uso ilegal e perigoso para a sociedade de bens cuja proveniência lícita não é demonstrada. As medidas de prevenção patrimoniais inserem-se nesse poder estatal e, ademais, têm um objetivo legítimo, de obstar a ação da criminalidade, meta para a qual é assegurada aos Estados ampla margem de manobra[934].

O confisco, com o caráter comum da privação da propriedade, pode ser justificado por diferentes razões e diferentes finalidades, assumindo a natureza jurídica de punição, ou de medida de segurança, ou, também, de medida de natureza civil ou administrativa. É relevante, portanto, não a abstrata e genérica consideração da figura do confisco, e sim como ele resulta de determinada lei[935].

Com tais premissas, no escopo de individualizar as contingências do confisco aplicado como medida de prevenção, os parâmetros do TEDH, genericamente, indicam-no distantes de uma sanção penal, pela desconexão com uma condenação criminal.

O Tribunal Constitucional italiano, indo um tanto mais fundo, tem evidenciado que o *confisco di prevenzione* compreende mas excede a medida de prevenção, retirando

---

[933] Como provoca Francesco Viganò no resumo de seu artigo, "qual é a verdadeira natureza da *confisca di prevenzione* do artigo 24 do Codice Antimafia, que pode ser ordenada sobre dinheiro e bens com aparente origem criminosa? Trata-se de uma pena disfarçada aplicada em relação a uma infração penal não provada numa corte criminal? Ou é simplesmente de uma medida de caráter não sancionatório, que se limita a negar tutela jurídica à disponibilidade de bens obtidos por intermédio de atividade criminosa que não é reconhecida como legitimante da aquisição de propriedade? A resposta a essas cruciais questões é a chave para identificar as garantias constitucionais e convencionais aplicáveis a essa específica forma de confisco" (VIGANÒ, Francesco. Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell' ordinamento italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* Milão, v. 61, n.º 2 (trimestral), 2018, pp. 610-643).

[934] Fundamentos utilizados pelo TEDH em vários acórdãos, como Capitani contra Itália (17 de maio de 2011) e Pozzi contra Itália (26 de julho de 2011), ambos disponíveis em www.hudoc.echr.coe.int.

[935] Entendimento sustentado pelo Tribunal Constitucional italiano desde o acórdão de 25 de maio de 1961, n.º 29, e repetido no acórdão de 4 de Junho de 2010, n.º 196, cf. PIVA, Daniele. La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milão, a. 2013, nº 1, 2013, pp. 201 e ss.

determinado bem de uma esfera econômica para colocá-lo noutra (do Estado), com a motivação de que naquela havia a suspeita da origem ilícita[936].

E a *Corte Suprema di Cassazione* italiana tem aludido a tal confisco a natureza de *tertium genus*, abrangendo funções punitivas e preventivas, equivalente a uma sanção administrativa que produz efeitos da medida de segurança do artigo 240, n.º 2, do Código Penal. Aliás, para ilustrar a dinâmica jurisprudencial em curto período, anota-se que, no ano de 2013, o Tribunal Supremo acolheu, no acórdão *Occhipinti*[937], a tese do princípio da aplicação distinta daquela modalidade de confisco, reconhecendo um caráter sancionador ao lado da natureza preventiva. Pelo entendimento, o sistema mantém sua consistência intrínseca na busca do objetivo de alcançar bens ilicitamente adquiridos, mas não necessariamente vincado ao reconhecimento da perigosidade do indivíduo-alvo da medida de prevenção. Com efeito, o bem pode ser confiscado, em sendo reconhecida a suposta procedência ilícita, mesmo que não mais presente a perigosidade. Ou seja, a passagem do tempo, a cessação da perigosidade ou outro motivo impeditivo de aplicação da medida de prevenção não geram a autorização para que alguém (que era perigoso) prossiga com a posse ou propriedade dos bens presumivelmente de fonte ilícita, autorizando, assim, o confisco, por seu viés sancionador. A jurisprudência que se seguiu hesitou em aplicar essa tese, repetindo a corrente que endereça ao confisco aplicado pelo *Codice Antimafia* de 2011 o conceito de terceiro gênero[938], ou a de que é propriamente uma medida de prevenção[939], ou meramente se reportando às decisões do TEDH[940].

Ainda recentemente, a *Corte Suprema di Cassazione* reafirmou a natureza preventiva e a retroatividade daquele tipo de confisco[941], dando cabo ao conceito de *tertium genus* e assentando que a principal finalidade do instrumento é retirar o patrimônio (supostamente ilícito) acumulado da disponibilidade de determinadas pessoas, as quais não

---

[936] Vide, e. g., acórdão do Tribunal Constitucional italiano de 09 de fevereiro de 2012, n.º 21, disponível em www.cortecostituzionale.it..

[937] Cass., Sec. V, 25 de março de 2013, n. 14044, Occhipinti, disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[938] Cass., Sec. I, 23 de setembro de 2013, n. 39204, Ferrara, disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[939] Cass., Sec. I, 5 de dezembro de 2013, n. 48882, San Carlo Invest S.r.l., disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[940] Cass., Sec. I, 16 de abril, 2014, n. 16729, De Luca Renziere, disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[941] Francesco Menditto detém-se na natureza jurídica e na retroatividade do confisco preventivo do Codice Antimafia de 2011 (MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015, pp. 24-30), e trata do tema da autonomia em relação a um processo penal (MENDITTO, Francesco. *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pp. 282-286).

podem justificar sua origem lícita[942]. No mesmo acórdão, o Tribunal Supremo enriqueceu o conteúdo atinente ao princípio da aplicação separada/distinta do confisco como medida de prevenção, detalhando o relacionamento que ocorre entre a perigosidade da pessoa/alvo e a perigosidade do bem ilegalmente adquirido. A saber, quanto ao bem ilicitamente adquirido, o aspecto da perigosidade se reconecta com a qualidade subjetiva da sua procedência no momento da aquisição; e a perigosidade social da pessoa reverbera no bem por ele adquirido[943]. Tal entendimento permite, como corolário, a hipótese de aplicação do confisco de bens como medida de prevenção patrimonial, sem que, imprescindivelmente, o sujeito-alvo receba uma medida de prevenção pessoal. Essa peculiar interpretação dada ao confisco preventivo fez suscitar até mesmo a discussão se, com a nova legislação (*Codice Antimafia*), teria sido introduzida uma *actio in rem* – de duvidosa compatibilidade constitucional no ordenamento legal italiano[944].

Pela tese de aplicação distinta, como visto, cria-se a possibilidade de efetivação do confisco preventivo mesmo se não aplicada medida de prevenção pessoal – ou não mais presente a situação que a ela deu ensejo. Para Leonardo Filippi, em contundente crítica, "o fato de a medida de prevenção patrimonial poder ser aplicada prescindindo de um reconhecimento da perigosidade social do sujeito que tem a titularidade ou a disponibilidade do bem confiscado faz com que se aplique uma sanção sem algum título, indo de encontro ao princípio da responsabilidade penal pessoal (artigo 27, n.º 1, da Constituição) e à finalidade reeducativa da pena (artigo 27, n.º 3, da Constituição); ou, se não se reconhece a natureza punitiva do confisco, vai de encontro ao reconhecimento da propriedade privada, expropriada sem um título"[945].

Entrementes, em acórdão de fevereiro de 2015, a *Corte Suprema di Cassazione* ressalvou que apenas podem ser objeto da medida de prevenção de confisco os bens adquiridos (ou quanto aos quais o indivíduo-alvo tem disponibilidade, mesmo que indireta) durante o período em que verificada a perigosidade, estabelecendo uma correlação

---

[942] Acórdão Cass., Sec. a., 02 de fevereiro de 2015, n. 4880, Spinelli, disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[943] Analisando essa variação jurisprudencial, vide MAZZACUVA, Francesco. The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscatio. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 105-110.

[944] Cf. MENDITTO, Francesco. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1532.

[945] FILIPPI, Leonardo. Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado. *Giurisprudenza Italiana (1965)*, Torino, a. 2015, v. 167, fascículo 6, 2015, p. 1544.

temporal[946]. Esse entendimento é defendido por Maugeri, que, por outro lado, critica a amplificação e a tendência de autonomização do confisco preventivo italiano: "essa separação tem representado o ato final de uma autonomização progressiva das medidas preventivas patrimoniais, realizada tanto em termos de jurisprudência (o confisco contra aqueles que morrem antes de a medida ser definitiva ou após a cessação do período de duração da medida de prevenção pessoal), tanto em nível legislativo (confisco em caso de ausência ou permanência no exterior"[947].

O Tribunal Constitucional italiano, no acórdão n.º 106/2015, de 15 de abril, além de respaldar a constitucionalidade do confisco preventivo, assentou que o instrumento é, de fato, uma medida preventiva. Para aquela Corte, a necessidade da correlação temporal entre a perigosidade e a pretensão de ablação de bens empresta à medida patrimonial natureza jurídica "não meramente preventiva", mas sem um típico caráter sancionatório, mormente afeito ao direito penal. Essa aparente hesitação da Corte Constitucional é criticada por Maugeri, para a qual "o Tribunal Constitucional continua, preguiçosamente, a subtrair do sistema das medidas de prevenção a aplicação dos princípios do Direito Penal"[948].

A verdade é que o confisco preventivo do *Codice Antimafia* de 2011 tem se revelado um agressivo instrumento de recuperação de ativos, transcendendo o viés meramente preventivo, concebido quando engendrado na metade do século passado, àquela altura sem um foco precípuo nas ações mafiosas. Diversamente das ferramentas de confisco clássicas ou alargadas, independe totalmente de uma condenação – do indivíduo que tem ou teve a disponibilidade sobre o bem – pela prática de crime qualquer (ou seja, muito menos uma condenação por crime vincado à criminalidade organizada ou mafiosa, usualmente listado em catálogo noutras legislações). A disponibilidade em relação ao bem pode mesmo ser indireta, em casos especiais. É certo que os indivíduos potencialmente alvos são taxativamente elencados no Decreto Legislativo n.º 159/2011: mas, afora isso, não há, peremptoriamente, o requisito da conexão de tais indivíduos e de suas condutas perigosas com uma condenação criminal – muito menos atinente à criminalidade organizada ou mafiosa.

---

[946] Cass., Sec. unite., 22 de fevereiro de 2015, n. 4880, Spinelli. Extrai-se do teor do acórdão que a falta de correlação temporal acabaria por esvaziar a presunção da origem ilícita e transformar o confisco preventivo em uma mera pena do suspeito, em contraste com as garantias supranacionais e constitucionais do direito de propriedade. Acórdão disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[947] MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1535.

[948] MAUGERI, op. cit., p. 1539.

Apesar da crítica de boa parte da doutrina[949] e da instabilidade jurisprudencial (inclusive no âmbito do TEDH), tem sido aceita a tese – já aludida – de que não há sequer a necessidade do estabelecimento de um nexo de causalidade entre a perigosidade do sujeito-alvo da medida de prevenção e o bem ou patrimônio presumivelmente de origem ilícita: essa presunção mais decorre da desproporção entre o valor do bem e os rendimentos lícitos do sujeito. E que, se não elidida, presta-se ao efetivo confisco[950].

A carga probatória do órgão proponente da medida de prevenção tem como marco de exigência o âmbito da investigação patrimonial, em que se disseca o aspecto econômico do indivíduo-alvo. Mas, clarificada a existência de bem ou patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do indivíduo, abre-se espaço à presunção e, neste ponto, a carga probatória do órgão proponente é relativizada, tocando ao indivíduo-alvo o dever de alegação – que mais se amolda a um verdadeiro ônus de provar a procedência lícita ou ao menos não ilícita do bem ou patrimônio, pena de sofrer os efeitos do confisco[951].

Além de tudo, em se adotando a corrente doutrinária e jurisprudencial da desnecessidade da conexão temporal entre os fatos ensejadores da perigosidade social do indivíduo-alvo e os bens ou patrimônio deste, incongruentes com seus rendimentos lícitos, para fins de aplicação do confisco preventivo, abre-se espaço a que se atribua ao instrumento a natureza de simulacro de procedimento *in rem*, cujo objeto resume-se exclusivamente à coisa que se pretende expropriar pela suspeita de que proveniente de atividade ilícita.

É bem de ver, no entanto, que mesmo com a natureza exclusivamente de medida de prevenção, sem qualquer componente de sanção ou de medida de segurança, o confisco preventivo ainda está sujeito ao princípio da irretroatividade. Se inalcançado pelo artigo 200 do Código Penal italiano[952], remanesce vinculado ao artigo 117, n.º 1, do Decreto

---

[949] Por todos, MAUGERI, Anna Maria. Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Catania,* fasc. 2, nº 1, 2015, pp. 942-974.

[950] "Não é constitucionalmente nem convencionalmente admissível que, na ausência não apenas do reconhecimento de uma responsabilização penal, mas mesmo de uma simples perigosidade social, a lei consinta a aplicação de medida preventiva como o confisco que, podendo comportar a efetiva ablação de um patrimônio inteiro de alguém, é certamente mais aflitiva do que a sanção penal de multa e mesmo da homônima medida de segurança, a qual, nos termos do artigo 240, n.º 1 e 2, do Código Penal, atinge somente determinado bem" (FILIPPI, Leonardo. Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado. *Giurisprudenza Italiana (1965)*, Torino, a. 2015, v. 167, fascículo 6, 2015, p. 1544).

[951] Para Filippi, há evidente inversão do ônus da prova, gerando estridente colidência com princípios constitucionais e convencionais, dentre os quais o direito à ampla defesa e a presunção de não culpabilidade. Cf. FILIPPI, op. cit., p. 1544.

[952] Concernente à aplicação temporal das medidas de segurança, inclusive as patrimoniais. No idioma original, *in verbis*: *"Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro*

Legislativo n.º 159/2011, o qual reza que as medidas de prevenção – todas – não incidem aos processos em que, à data de entrada em vigor da lei, já estavam propostas – e, por conseguinte, também as em execução naquele momento.

O confisco preventivo italiano, portanto, no que se atém à sua natureza jurídica, está imerso em complexidade gerada, sobremodo, pela maneira como tem sido aceita a sua aplicação pela doutrina e jurisprudência. Para a corrente – aderida por Maugeri – que sustenta imprescindível a correlação temporal entre a conduta com perigosidade social do sujeito-alvo e a ablação, é possível reconhecer meramente a natureza jurídica de verdadeira medida preventiva, assemelhada, nalguns traços, com a medida de segurança patrimonial – embora, grife-se, despida do requisito da anterior condenação criminal. De outra banda, aduzindo-se despicienda aquela conexão temporal, de modo a reconhecer uma perigosidade social duradoura e ligada – desde a sua aquisição – ao bem ou ao patrimônio que o sujeito-alvo tem ou teve a disponibilidade (direta ou indireta), sem possuir rendimento lícito que o justifique, e mesmo que cessada a efetiva conduta caracterizadora da perigosidade do indivíduo, conforma-se o entendimento de que o confisco preventivo agrega um componente objetivamente sancionatório[953], com soalho na política criminal de enfrentamento das associações mafiosas e de outros grupos da criminalidade organizada. Entendimento que tem recebido pesada crítica, mormente pela aparente desconformidade com a presunção da inocência e com o direito à propriedade privada, uma vez que a ablação resulta, em tese, de uma sanção fundada na construção da perigosidade social do bem ou patrimônio atingido. Nas palavras de Maugeri, com tais características, "o confisco em análise corre o risco de tornar-se uma mera pena ao suspeito, reduzindo-se a uma mera medida de reequilíbrio econômico, não configurando o 'crime' a demonstração do título da legítima aquisição dos bens"[954].

---

applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione".

[953] MAUGERI, Anna Maria. La confisca misura di prevenzione ha natura 'oggettivamente sanzionatoria' e si applica il principio di irretroattività: una sentenza 'storica'? *Rivista Diritto Penale Contemporaneo:* Rivista Trimestrale, Milão, nº 4, 2013, p. 352. No mesmo sentido, MAUGERI, Anna Maria. Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, *Catania*, fasc. 2, nº 1, 2015, pp. 942-974.

[954] MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1536.

5.3.3.8 Conformação constitucional e com a CEDH das medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* de 2011

Embora exista alguma reserva na doutrina italiana quanto à conformação constitucional das medidas de prevenção patrimonial, com o principal argumento da indeterminação de situações de perigosidade, violando os direitos garantidos nos artigos 41 e 42 da Constituição, a compatibilidade constitucional vem sendo afirmada com o passar do tempo, pela ótica de que não é atingido o direito de liberdade, e sim os direitos da iniciativa privada (econômica) e da propriedade privada, em relação aos quais é permitido um sacrifício, justificado pelas necessidades de interesse público e de segurança (com amparo no artigo 41, n.º 2º, da Constituição), ou por sua função social (artigo 42, n.º 2º, da Constituição). Em suma, o Tribunal Constitucional tem reiteradamente compactuado dessa fundamentação, especificando que a razoabilidade do sacrifício gerado à propriedade privada e à iniciativa econômica é equilibrado pelo direito de defesa, também com respaldo na Constituição (artigo 24)[955]. Ilustrando posição recente do Tribunal Constitucional italiano, no acórdão n.º 49/2015[956], novamente foi chancelada a constitucionalidade do confisco preventivo, hoje positivado no artigo 24 do *Codice Antimafia* de 2011.

No âmbito da União Europeia, o TEDH, como adrede analisado no acórdão De Tommaso contra Itália, inovou e trouxe certa instabilidade quanto à adequação das medidas de prevenção à CEDH. Entrementes, no que concerne à definição da natureza jurídica das medidas de prevenção patrimoniais (mesmo após o advento do *Codice Antimafia* de 2011), tem prevalecido na Corte Europeia o entendimento assinalado no emblemático acórdão Maradino contra Itália (15 de abril de 1991); isto é, as medidas preventivas patrimoniais coadunam-se com o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, pois a inexistência de imputação por infração penal ou juízo de culpa revela seu aspecto preventivo ou, ao menos, de que não se trata de uma sanção criminal[957]. Como explica Francesco Mendito,

---

[955] MENDITTO, Francesco. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1530. O mesmo autor retoma o assunto da constitucionalidade do *confisco di prevenzione* em MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015, p. 33.

[956] Disponível em https://www.cortecostituzionale.it.

[957] Em essência, é a mesma linha de decidir aplicada no acórdão do TEDH *Gogitidze and others versus Georgia*, de 12 de maio de 2015, n.º 36862/05. Embora não referente ao confisco preventivo italiano, no acórdão foi decidido que o controle do uso da propriedade pelo Estado, acarretando a perda de propriedade indevidamente adquirida por funcionário público (acusado criminalmente por corrupção), por intermédio de procedimento administrativo, não ocasiona desacato à CEDH. O acórdão *Gogitidze and others versus Georgia* está disponível em https://www.echr.coe.int.

"para a Corte a medida tem uma função e uma natureza bem distintas da sanção penal: esta última tende a sancionar a violação de uma norma penal, e é subordinada à adequação de um ilícito típico e à culpabilidade da imputação; a primeira não pressupõe uma infração penal e tende a prevenir o cometimento de fatos considerados perigosos"[958]. Maugeri, porém, faz a ressalva de que esse entendimento do TEDH sempre teve por base a verificação da perigosidade conectada temporalmente com os bens pretendidos em confisco preventivo, e não a corrente que aduz prescindível essa conexão[959].

Verificadas as principais características do confisco *sui generis* da Itália, é preciso lembrar que, em paralelo, seu ordenamento legal também prevê instrumentos de confisco clássico e alargado.

5.3.4 Instrumento clássico de confisco italiano

Para além da figura do *confisco di prevenzione*, a Itália conta, em sua legislação, com espécies de confisco penal[960]. E, sendo assim, possui um modelo de confisco clássico, como sói acontecer em boa parte das legislações penais dos Estados da Comunidade Europeia e da América do Sul.

O artigo 240 do Código Penal italiano[961] regulamenta ferramenta de perda clássica, exigindo, para sua aplicação, a condenação do agente e a demonstração do vínculo entre a infração penal praticada e a vantagem sujeita ao confisco. Igualmente, são passíveis de confisco clássico os instrumentos usados para o cometimento da infração penal – e nos casos das coisas cuja posse, fabricação, uso, detenção ou alienação, por si só, constituem ilícito típico, mesmo não havendo condenação criminal[962].

A perda clássica italiana consta no Livro I, Título VIII (*Delle misure ammnistrative di sicurezza*), Capítulo II (*Delle misure di sicurezza patrimoniali*); logo, sem surpresa, tem

---

[958] MENDITTO, Francesco. Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a *prevenzione* della criminalità da profitto. Testo della relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", 29-30 Out. 2015, p. 10. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO_2016a.pdf> Acesso em: 30 mar. 2017.

[959] MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1535.

[960] Listando as diferenças entre os confiscos de prevenção, clássico e alargado positivados na Itália, vide MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015, pp. 35-38.

[961] "Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose, che ne sono il prodotto o il profitto".

[962] Artigo 240, n.º 2, do Código Penal.

sido predominantemente definida, em sua natureza jurídica, como uma medida de segurança patrimonial[963] calcada na perigosidade suscitada pela posse dos bens advindos como vantagem ou instrumento do crime[964]. Sendo uma explícita medida de segurança, o confisco clássico submete-se à regra da irretroatividade estampada no artigo 200 do Código Penal italiano.

No mais, afora a exceção preconizada pelo artigo 240, n.º 2, do Código Penal, *le misure di sicurezza patrimoniali* decorre de uma condenação criminal e com ela se vinca diretamente, traços distintivos do estudado confisco preventivo do *Codice Antimafia de 2011* e da ferramenta de confisco ampliado vigente na Itália.

5.3.5 O confisco ampliado na Itália

Outrora mais próximo das características da perda alargada lusitana, a Itália conta há muito com ferramenta legal de *confisca allargata*[965] – que, até a consolidação de sua atual moldura, passou por percalços e sofreu significativas modificações.

Uma primeira tentativa de inserção de instrumento mais agressivo de recuperação de ativos na legislação italiana, de índole eminentemente penal, esbarrou em declaração de inconstitucionalidade, conforme sentença de 17 de fevereiro de 1994 do Tribunal Constitucional, em relação ao artigo 12-*quinquies* da Lei n.º 356/1992, de 7 de agosto[966]. O dispositivo reputado inconstitucional trazia espécie de criminalização do enriquecimento ilícito, porquanto incriminava a posse ou propriedade de bens – sem origem demonstrada – em patamar desproporcional aos rendimentos lícitos de agentes demandados por infrações penais listadas em catálogo. Na Itália, rememora-se, a criminalização do enriquecimento

[963] Silvia Curione sustenta que a doutrina e a jurisprudência majoritárias têm se posicionado pela natureza jurídica de medida de segurança à previsão genérica de confisco do artigo 240 do Código Penal italiano (CURIONE, Silvia. *Confische penali e tutela dei terzi.* Aggiornato alla legge 31 marzo 2010, n. 50 e alla legge 29 luglio 2010, n. 120. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2011, p. 6)

[964] No sentido de que o artigo 240 do Código Penal italiano positiva medidas de segurança patrimoniais, MENDITTO, Francesco. Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a *prevenzione* della criminalità da profitto. Testo della relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", 29-30 Out. 2015, p. 3. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO_2016a.pdf> Acesso em: 30 mar. 2017.

[965] Diz-se outrora porque, com a advento da Lei n.º 161/2017, de 17 de outubro, o confisco ampliado italiano recebeu sensíveis mudanças, notadamente no viés de tornar-se mais musculoso como ferramenta de recuperação de ativos.

[966] Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 306, de 8 de junho. Sobre o tema, vide CONTRAFATTO, Vania. La Confisca "Estesa" *Ex* Art. 12 *Sexies* D.L.N. 306/92: Presupposti, Effetti, Profili Processuali. In: BALSAMO, Antonio; CONTRAFATTO, Vania; NICASTRO, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizatta.* Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 301-336.

ilícito seguiu o mesmo destino da tentativa congênere verificada em dois momentos em Portugal, quando declarada não constitucional[967].

Especificamente quanto à perda alargada, pouco depois da sentença de 17 de fevereiro de 1994 do Tribunal Constitucional, foi introduzido o artigo 12-*sexies* na mesma Lei n.º 356/1992, discorrendo sobre o confisco de bens na posse ou propriedade de agentes condenados por determinadas infrações penais, desde que desproporcionais às eventuais rendas lícitas e sem justificação da origem. De lá para cá, o artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 passou por transformações até sua atual redação, definida pelo artigo 31 da Lei n.º 161/2017, de 17 de outubro.

Sumariamente, hoje, pelo artigo 12-*sexies*, n.º 1, da Lei n.º 356/1992, o confisco ampliado italiano tem espaço na hipótese de alguém ser condenado, *v. g.*, por crimes como associação à atividade mafiosa, extorsão, sequestro de pessoa com o fim de extorsão, usura, receptação, branqueamento de capitais, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos e delitos ligados ao terrorismo, além de outros previstos no Código Penal e em diversas leis especiais[968], tendo a propriedade ou a disponibilidade (por si ou por pessoa coletiva), em concomitância, de dinheiro, bens ou patrimônio incongruentes com seus rendimentos declarados para efeito de impostos ou relativos à sua atividade econômica. Complementa o dispositivo a assertiva de que, em qualquer dos casos acima, se a pessoa condenada não pode justificar a origem lícita (legítima) dos ativos, pressupõe-se que são rendimentos da atividade criminosa ou utilizados como reemprego de evasão fiscal. E, pelo n.º 2-*ter*, não sendo viável o efetivo confisco dos ativos mencionados no n.º 1, o juiz pode determinar a perda de outras somas de dinheiro ou bens de origem lícita, em valor equivalente, dos quais o acusado teve a disponibilidade, inclusive por intermédio de terceiros.

O artigo 31 da Lei n.º 161/2017 acrescentou o n.º 4-*bis* ao artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, regrando as situações de administração e destinação de bens apreendidos e confiscados. Basicamente, como antes aventado[969], são aplicados os dispositivos correlatos do *Codice Antimafia* de 2011, incumbindo aquelas funções à Agência Nacional para a gestão de bens apreendidos e confiscados da criminalidade organizada. De recordar, a previsão de uma Agência específica para o manejo dos bens constritos via procedimento de confisco ampliado vai ao encontro da Diretiva 2014/42/UE, em seu artigo 10.º, n.º 1.

---

[967] Assunto abordado no item 2.4.2.2 deste trabalho.
[968] Como o ilícito típico de evasão fiscal, cujos possíveis efeitos ao nível de confisco ampliado são abordados por MAUGERI, Anna Maria. La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all`evasione fiscale? *Diritto Penale Contemporaneo:* Rivista Trimestrale, Milão, nº 2, 2014, pp. 196-217.
[969] Item 5.3.3.5.

Outrossim, a Lei n.º 161/2017 inseriu o n.º 4-*quinquies* ao artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, com o chamamento – via citação – ao processo penal (de conhecimento) do terceiro titular de direitos reais ou pessoais sobre bens apreendidos, em relação aos quais o arguido houver tido a disponibilidade a qualquer título. Inobstante não se trate de ferramenta tão musculosa como a prevista, por exemplo, na Espanha[970], vê-se que o legislador italiano não descurou de estender os efeitos do confisco ampliado aos terceiros com direitos sobre bens implicados com o arguido.

Noutro aspecto, a Lei n.º 161/2017 adicionou o n.º 4-*sexies* ao artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, que, em sua parte final, alude que, determinada a ordem de confisco ampliado pelo juiz, após a irrevogabilidade da sentença (proferida no processo penal), o arguido (ou o terceiro), querendo, deve oferecer sua oposição num prazo de trinta dias desde sua notificação, pena de decadência desse direito. Tal regra escancara significativa diferença entre o confisco ampliado italiano e a perda alargada lusitana da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro: nesta, a defesa do arguido no que toca à pretensão de liquidação dá-se no próprio processo penal, na fase de contestação ou em vinte dias contados da liquidação quando posterior à acusação (artigo 9.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro); naquele, a argumentação do arguido em refuto à postulação estatal de confisco ampliado pode ser oferecida tanto no curso do processo penal (simultaneamente com a defesa atinente à imputação da infração penal) quanto depois de transitada em julgado a decisão condenatória, na esteira do n.º 4-*sexies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992.

Mais uma inovação trazida pela Lei n.º 161/2017, o atual n.º 4-*septies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 preconiza peculiar espécie de *non conviction based confiscation*, aproximando-se das premissas entabuladas pela Diretiva 2014/42/UE. O dispositivo autoriza a aplicação dos efeitos do confisco ampliado (afora na hipótese do confisco por equivalência do n.º 2-*ter*) se, proferida decisão condenatória contra o arguido em um grau de jurisdição, o Tribunal de Apelação (*il giudice di apello*) ou a Suprema Corte (*Corte di Cassazione*) declara extinta a punibilidade do crime por prescrição da pretensão estatal acusatória ou devido à concessão de anistia, decidindo sobre a incidência da perda alargada após ter averiguado a culpa. Embora um tanto inusitada, não há dúvida de que o n.º 4-*septies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 trata-se de verdadeiro *non conviction based confiscation*, porquanto, a despeito da sentença condenatória em algum

[970] O *decomiso de bienes de tercero*, previsto no *artículo 127 quater* do Código Penal espanhol, estudado no 5.1.4.4.

grau de jurisdição, a solução do processo penal não resulta no trânsito em julgado da condenação, e sim na declaração de prescrição ou anistia.

Diversamente, o n.º 4-*octies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, outro item adicionado pela Lei n.º 161/2017, exige a condenação transitada em julgado para que os efeitos do confisco ampliado possam alcançar o patrimônio dos herdeiros do condenado ou de eventuais cessionários de seus direitos, na forma do artigo 666 do *Codice di Procedura Penale*[971]. Veja-se que, aqui, a condenação definitiva é requisito imprescindível, e o fato de os efeitos do confisco ampliado poderem se estender aos herdeiros ou cessionários do condenado presta-se como evidência inafastável de que esse instrumento de recuperação de ativos não tem natureza jurídica de pena ou efeito da pena (ou qualquer reação penal), tampouco de alguma sanção diversa.

Por fim, a Lei n.º 161/2017 positivou no n.º 4-*novies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 tópico vinculado ao dispositivo do n.º 4-*bis* do mesmo artigo, estipulando que a autoridade judicial com competência para os atos de administração dos bens apreendidos é a que determinou a apreensão. No caso de a decisão ter sido tomada por um órgão judicial colegiado, tal competência recai ao juiz indicado pelo órgão. E os atos do arguido de oposição à aplicação do confisco ampliado devem ser propostos perante o juiz que determinou a apreensão ou, sendo a decisão oriunda de colegiado, neste próprio órgão judicial.

5.3.5.1 Requisitos do confisco ampliado italiano

Afora na hipótese do n.º 4-*sexies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, em que a condenação é prescindível, a aplicação do *confisca allargata* exige uma decisão condenatória, conjugada com as evidências de que: a) os bens ou o patrimônio do condenado são desproporcionais aos seus rendimentos lícitos ou à sua atividade econômica, sem uma justificativa; e b) o condenado é titular dos bens/patrimônio incongruentes com seus rendimentos, ou teve a disponibilidade sobre eles, por si ou por interposta pessoa, inclusive coletiva[972]. Dessa combinação brota a presunção de que os

[971] O artigo 666 do Código de Processo Penal italiano cuida de modalidade de procedimento de execução, instaurado pelo juiz a pedido do Ministério Público, do interessado ou de seu defensor, e que prevê atos de instrução como a inquirição das partes e a produção de provas, e cujas decisões são passíveis de recurso à corte de cassazione.

[972] Francesco Menditto elenca como requisitos subjetivos a presença de crime que permite o confisco ampliado e a "rastreabilidade" da pessoa com a conduta objeto da infração penal, e, como requisitos objetivos, a disponibilidade de bens, direta ou indireta, e a desproporção entre os ativos e a renda ou

bens/patrimônio incongruentes com origem não explicada são rendimentos da atividade criminosa ou utilizados como reemprego de evasão fiscal.

Com esse desenho, é mister probatório da acusação demonstrar que o condenado (mesmo que apenas num grau de jurisdição, na situação do n.º 4-*sexies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992) tem ou teve a titularidade ou a disponibilidade sobre determinados bens, quantia em dinheiro ou patrimônio, assim como de que são incompatíveis com seus rendimentos legais ou com sua atividade econômica[973].

Atinente à abrangência do confisco ampliado do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, a jurisprudência italiana recente, notadamente conduzida pelas decisões do Supremo Tribunal de Cassação, tem indicado que, para o cálculo do valor do patrimônio incongruente do condenado, devem ser levados em conta, ao lado de outros parâmetros, os eventuais rendimentos legítimos não declarados ao fisco, a serem computados como patrimônio de origem lícita[974]. Ou seja, em interpretação garantista e ao mesmo tempo restritiva do que constitui vantagem da atividade criminosa, a jurisprudência tem admitido ser considerado patrimônio de fonte lícita – e, portando, não confiscável como decorrência da incidência do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 – aquilo que, não obstante de fonte legal, deixou de ser declarado à fazenda pública pelo condenado, a despeito de a conduta, por si só, poder configurar infração penal autônoma. Referido entendimento é defendido por Maugeri, ao pontuar, transcrevendo trecho do acórdão *Cass., 31 maggio de 2011*, n.º 29926, da *Corte di Cassazione*, que "o pressuposto de operacionalização do instituto (artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992) é a presunção da ilicitude da procedência dos recursos patrimoniais, e onde a fonte do patrimônio é lícita, e justificada a titularidade em termos não desproporcionais, é irrelevante a ausência de uma declaração de renda, ou que ela seja incompleta; caso contrário, se está a confiscar o patrimônio somente pelo fato da evasão fiscal, conduta não afeita a *ratio* do instituto em questão, que mira o produto da atividade criminosa e não sancionar uma infiel declaração de renda"[975].

A criação dessa corrente jurisprudencial acabou também se prestando a evidenciar a distinção entre as modalidades de confisco alargado do artigo 12-*sexies* da Lei n.º

---

atividade econômica do arguido/condenado; cf. MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015, pp. 485-502.

[973] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 7. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[974] Cass., 31 maggio 2011, n.º 29926, disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[975] MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1535.

356/1992 e aquelas de confisco preventivo do *Codice Antimafia* de 2011, diante do posicionamento da *Corte di Cassazione* de que aplicável tal entendimento apenas às primeiras, e não às últimas. As Seções Unidas do Supremo Tribunal de Cassação italiano, no acórdão *Cass,. Sez. Unite, 29 maggio 2014, Repaci*, 33451[976], refutaram a tese de que os rendimentos lícitos do indivíduo-alvo de medida de prevenção, porém sonegados de declaração ao fisco, estariam isentados da aplicação do confisco via medida de prevenção. O fundamento principal invocado por aquela corte, em rechaço a um possível paralelismo que autorizasse a aplicação do entendimento, centrou-se na diversidade estrutural dos instrumentos de confisco preventivo e alargado (este que, segundo o tribunal, é uma medida de segurança atípica). O cabimento da tese mais garantista e restritiva ao procedimento tendente à imposição do confisco ampliado explica-se pelo requisito da condenação criminal, ausente na medida de prevenção patrimonial, que se ancora na perigosidade de certos comportamentos.

Para Maugeri, no entanto, essa jurisprudência traz como "efeito colateral" revelar um caráter sancionador ou punitivo à medida de confisco preventivo[977], o que, segundo Trinchera, vai de encontro até mesmo ao princípio da legalidade[978]. De fato, o entendimento jurisprudencial comentado, que, positivamente, enaltece a flagrante distinção entre as ferramentas, gera a parecença de empregar ao confisco preventivo finalidade punitiva, estranha – ou que deveria ser estranha – à sua natureza meramente de medida de prevenção.

Enfim, controvérsias à parte, podem ser recortados do artigo 12-*sexies*, n.º 1, da Lei n.º 356/1992 os requisitos ordinários da condenação por alguma das infrações penais arroladas no catálogo e da evidência de que o agente condenado tem ativos (ou a disponibilidade sobre ativos) incongruentes com seus rendimentos legais declarados ao fisco. O n.º 2-*ter* do mesmo artigo tem espaço quando impossível a literal perda desses ativos, invocando-se, então, o confisco por equivalência. Já eventuais terceiros poderão ser alcançados pelos efeitos do confisco nas situações do n.º 4-*quinquies* e do n.º 4-*octies*, ao

[976] Disponível em https://www.cortedicassazione.it. Para aprofundamento da fundamentação dessa decisão, vide TRINCHERA, Tommaso. La sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al Fisco ai fini della confisca di prevenzione, 23 settembre 2014. *Diritto Penale Contemporaneo.* Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3265-la-sentenza-delle-sezioni-unite-sulla-rilevanza-dei-redditi-non-dichiarati-al-fisco-ai-fini-della-c>. Acesso em: 23 Jun. 2017.

[977] MAUGERI, Anna Maria. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), p. 1535.

[978] TRINCHERA, Tommaso. La sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al Fisco ai fini della confisca di prevenzione, 23 settembre 2014. *Diritto Penale Contemporaneo,* p. 9. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3265-la-sentenza-delle-sezioni-unite-sulla-rilevanza-dei-redditi-non-dichiarati-al-fisco-ai-fini-della-c>. Acesso em: 23 Jun. 2017.

passo que o n.º 4-*septies* constitui inovador *non conviction based confiscation* (ao menos na seara da *ipotesi particolari di confisca* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992).

5.3.5.2 Consonância constitucional e com a CEDH do confisco ampliado italiano

No que toca ao apreço de constitucionalidade, o confisco ampliado do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 teve o mesmo destino de seu similar português, insculpido na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. As dúvidas que, de início, pairavam sobre sua conformação com a Constituição italiana, parecem ter sido dissipadas pelos posicionamentos da *Corte di Cassazione* e do Tribunal Constitucional, ambos assegurando a constitucionalidade do *confisca allargata*[979].

Em linhas gerais, os fundamentos repetidos pelos dois tribunais italianos foram de que o objetivo do confisco ampliado não é punir ou sancionar o (já) condenado pela prática de determinado crime (normalmente afeito à atividade da criminalidade organizada), e sim impedir que os bens de fonte presumivelmente ligada à atividade criminosa venham a ser utilizados em novas atividades ilícitas. Para exemplificar, esse argumento depreende-se claramente da fundamentação do aludido acórdão *Cass,. Sez. Unite, 29 maggio 2014, Repaci*, 33451, das Seções Unidas do Supremo Tribunal de Cassação italiano, ao atribuir ao *confisca allargata* o conceito de uma medida de segurança atípica.

Entretanto, a jurisprudência criada, que assegura a compatibilidade do confisco ampliado com o princípio da presunção de inocência e com o direito de propriedade, frisa a necessidade de os tribunais não se satisfazerem com a mera incongruência do patrimônio do condenado com seus rendimentos lícitos (como visto, declarados ou não ao fisco). Isto é, a aplicação do confisco ampliado deve ser restrita aos casos concretos em que a acusação fez prova individualizada de que cada bem (ou parcela de patrimônio, como rendimentos ou valores em contas bancárias) do condenado, no momento da aquisição/obtenção, guardava desproporção com seus rendimentos legais, tudo para respeitar a consonância com o princípio da proporcionalidade e – indiretamente – com a presunção de inocência[980].

---

[979] Para apreço constitucional e com a CEDH do confisco ampliado italiano, vide MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015, pp. 482-484.

[980] Nesse sentido, MAUGERI, Anna Maria. (A cura di). I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato. In *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Catania: Giuffrè, 2008, p. 85 e respectivas notas 214 e 215.

Já no âmbito de adequação à CEDH, aproveita-se o *confisca allargata* do teor de julgados do TEDH como *Phillips versus (the) United Kingdom*[981]: ou seja, não há choque com a presunção de inocência (mantida e atrelada ao processo penal), porquanto a medida constritiva de perda não importa nova acusação, e sim uma decorrência do crime do qual resultante a condenação. Outrossim, lá, o TEDH chancelou o uso de presunções, desde que sem implicar afronta à presunção de inocência ou à regra do ônus da prova da acusação, devendo os Estados respeitar determinados limites. Esses tópicos soam acatados quando da incidência das hipóteses do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, pois não se presume a culpa e tampouco se cria inversão da carga probatória no processo penal, mas apenas se distribui o mister de prova quanto à origem de ativos – parte da acusação, parte do arguido. E isso na matéria que trata, como regra, do enfrentamento de ilícitos típicos comuns à criminalidade organizada, de modo que o princípio da proporcionalidade acaba observado pela conjugação "remédios fortes para patologias graves".

A única ressalva que desponta do cotejo daquele acórdão do TEDH com o *confisca allargata* condiz com a afirmativa de que a perda alargada (naquele caso concreto, a *confiscation order* do Reino Unido) é uma "penalidade" na acepção da CEDH – de modo que a medida se inclui no objetivo do segundo parágrafo do artigo 1º do Protocolo 1, que permite o controle da propriedade pelos Estados para reguardar o pagamento de penalidades. Pensa-se não haver espaço à cogitação do *confisca allargata* como uma penalidade de qualquer natureza (mas quiçá como uma medida de segurança *sui generis*), sobretudo por potencialmente gerar efeitos a terceiros e, inclusive, ser aplicada mesmo na ausência de condenação com trânsito em julgado. Afora isso, serve o caso *Phillips versus United Kingdom* para o reconhecimento da consonância do confisco ampliado italiano com a CEDH.

Por viés oposto, deve-se atentar que a fundamentação do também examinado acórdão do TEDH *De Tommaso versus Italy*[982], que decidiu pela incompatibilidade com a CEDH de medidas de prevenção aplicadas com base na Lei n.º 1423/1956, não irradia influência sobre o confisco ampliado italiano, dadas as distinções substanciais dos dois instrumentos legais, adrede especificadas.

[981] Estudado no item 4.1.2.
[982] Item 5.3.2.1

5.3.5.3 Natureza jurídica do confisco ampliado da Itália

Por conta das decisões do Supremo Tribunal de Cassação e do Tribunal Constitucional, percebe-se que parcela da jurisprudência italiana tem classificado as modalidades do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 como medidas de segurança patrimoniais, a despeito de atípicas[983]. Tal entendimento reflete com fidelidade a forma de decidir daquelas cortes, na linha de que o confisco ampliado não é uma pena ou efeito dela (pois não se atém à culpa do já condenado, ou à aplicação de uma nova punição), e sim uma medida patrimonial, calcada na suposta perigosidade dos bens incongruentes com os rendimentos do condenado.

A corrente jurisprudencial criada recentemente pelo Supremo Tribunal de Cassação italiano[984], ilustrativa da diferença substancial entre o confisco alargado do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 e o confisco preventivo do *Codice Antimafia* de 2011, igualmente colabora à noção de que aquele não é uma sanção criminal. A *Corte di Cassazione*, ao aduzir que os rendimentos lícitos do condenado, mas sonegados da declaração ao fisco, permanecem considerados como patrimônio licitamente justificado, reforça a finalidade do alcance exclusivamente do que se presume vantagem da atividade ilícita – o que se coaduna mais como uma medida, menos como uma sanção. Caso a natureza jurídica do confisco ampliado italiano fosse de efetiva sanção criminal, o âmbito de incidência não deveria poupar o patrimônio de fonte lícita mas não declarado ao fisco, pois, em última análise, pode ser presumido também como ilícito e até configurador de infração penal autônoma.

Todavia, apesar do que brota dessa atualizada inclinação jurisprudencial e, notadamente, do posicionamento uníssono do Supremo Tribunal de Cassação e do Tribunal Constitucional, a perda alargada italiana ainda é aceita por parcela significativa da doutrina como uma pena. Grosso modo, essa definição de natureza jurídica busca amparo na visão de que o caráter repressivo (punitivo) sobrepõe-se à finalidade preventiva[985], ou seja, o confisco de bens tem forte carga sancionatória ao condenado. Além disso, como no "remédio forte" não é clarificado o liame entre o confisco e o crime pelo qual o agente é

---

[983] A respeito da jurisprudência italiana no campo do confisco ampliado, vide AULETTA, Alessandro; SERPICO, Antonio. La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU. In: *Innovazione e Diritto* - Rivista OnLine di Diritto Tributario e del Lavoro, Ano 2010, nº 6, p. 216. Disponível em: <http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/1006/aulettaserpico.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

[984] Vide, por exemplo, a fundamentação do acórdão *Cass., 31 maggio de 2011*, n.º 29926, da *Corte di Cassazione* , antes mencionado, disponível em https://www.cortedicassazione.it.

[985] Cf. FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e techniche sanzionatorie:* Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno". Padova: Cedam, 1997, pp. 63 e ss.

condenado, decorrendo isso de uma presunção, seria então uma pena, pois divorciado, em essência, de uma típica ferramenta de confisco clássico[986]. A despeito desse posicionamento[987], é inegável a tendência de atribuir às modalidades de confisco na Itália (preventivo, clássico e ampliado) a natureza jurídica de medida de segurança preventiva[988], com o distanciamento da rotulação como pena ou dela efeito, à semelhança do que vem ocorrendo em outros Estados, como em Portugal, Espanha e no Reino Unido[989].

Com tal desenho, observa-se, em conclusão, que o artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 trata de ferramenta similar à contida no ordenamento português no artigo 7º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, porém mais "musculosa", mormente após o advento da Lei n.º 161/2017, de 17 de outubro.

Além disso, a Itália conta com a medida de prevenção patrimonial do *Codice Antimafia* de 2011, que permite o sequestro e o confisco de bens supostamente advindos de atividades criminosas, configurando sistema legal que estabelece um inequívoco *plus* em relação a Portugal (e à maioria dos Estados da União Europeia) em termos de "remédios fortes" no campo da recuperação de ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira.

5.4 A perda alargada no Reino Unido

O Reino Unido foi dos Estados precursores na criação de ferramentas legais de confisco, na longínqua fase inicial da *common law*[990]; depois, na aplicação de ferramentas de recuperação de ativos de confisco ampliado; e, atualmente, ainda é dos que mais

---

[986] FORNASARI, Gabriele. L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12-sexies della legge n. 356 del 1992. *Critica del Diritto,* Ancona, a. 1994, fasc. 3, 1994, p. 17.

[987] Que, vingando, fatalmente ensejará a inconstitucionalidade e a afronta à CEDH das hipóteses do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 que geram efeitos a terceiros ou aos sucessores do condenado, ou que prescindem do trânsito em julgado da condenação.

[988] Nesse sentido, MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015, pp. 479-482.

[989] Retratando, em tom crítico, a pluralidade de definições da natureza jurídica do confisco amplliado italiano, vide CURIONE, Silvia. *Confische penali e tutela dei terzi.* Aggiornato alla legge 31 marzo 2010, n. 50 e alla legge 29 luglio 2010, n. 120. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2011, pp. 43-47.

[990] Naquele período remoto, ao menos três procedimentos de confisco foram concebidos no Reino Unido: 1) *"deodands"*, que permitia a apreensão e a perda do objeto que causou a morte de um ser humano, como uma faca ou uma carroça; 2) *"forfeiture of estate or common law forfeiture"*, que ensejava o confisco das terras e/ou de todo o patrimônio da pessoa condenada por traição ou prática de um crime; e 3) *"statutory or commercial forfeiture"*, com incidência nas hipóteses de almirantado, tendo por foco o contrabando e a evasão de receitas da Coroa. Sobre o tema, DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015, pp. 1-2. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.

investem na correlata política criminal transnacional, cujo objetivo pode ser sintetizado na expressão *to recover the proceeds of crime*[991].

5.4.1 A *confiscation order* da *Drug Trafficking Offences Act* de 1986

Ainda na década de 80 do século passado, a legislação denominada *Drug Trafficking Offences Act* (DTOA) de 1986, dentre outras medidas, como a primeira criminalização do branqueamento de capitais advindos da traficância, passou a prever a possibilidade de determinação judicial de confisco (*confiscation order*) para pessoas condenadas por crimes ligados ao tráfico de drogas.

Por essa modalidade, em síntese, após uma *Crown Court* julgar e condenar arguido por crime de tráfico de drogas, tornava-se viável a determinação de uma ordem de confisco daquilo que o tribunal reputasse, no balanço das probabilidades, como produto ilicitamente obtido da atividade criminosa – mesmo sem uma prova direta de constituir proveito do crime, como nas hipóteses de confisco clássico. Ou seja, havia uma presunção da origem ilícita dos bens ou dinheiro na posse ou transmitidos por condenado por um crime de tráfico de drogas, desde os seis anos antes de sua constituição como arguido. Presunção, esta, que poderia ser ilidida pelo condenado, mas tendo ele a carga probatória. Caso não ilidida a presunção, sofria o condenado os efeitos da *confiscation order*, na forma do pagamento de quantia estipulada pelo tribunal. E, não havendo o pagamento no prazo assinalado, era permitido ao tribunal converter a inadimplência por período de prisão, que se somava àquele decorrente da pena imposta ao condenado em virtude da culpa pelo crime de tráfico de drogas.

Nos anos sequentes ao DTOA de 1986, o Reino Unido contou com outros diplomas legais de menor impacto, como o *Criminal Justice (Scotland) Act* de 1987, o *Criminal Justice Act* de 1988, o *Criminal Justice (International Cooperation) Act* de 1990 e o *Criminal Justice Act* de 1993, que também permitiam aos tribunais ordens de confisco para além dos instrumentos clássicos[992].

---

[991] Para um breve apanhado acerca da legislação de confisco no Reino Unido antes do *The Proceeds Crime Act 2002*, vide LEONG. Angela V.M. Assets recovery under The Proceeds Crime Act 2002: the UK experience. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 187-200.

[992] Sintetizando as previsões desses diplomas, vide FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 1-32.

Na esteira, adveio o *Drug Trafficking Act* 1994, de teor mais agressivo na aplicação do confisco ampliado.

5.4.2 A *confiscation order* do *Drug Trafficking Act 1994*

Oito anos depois do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986, entrou em vigor no Reino Unido o *Drug Trafficking Act* (DTA) de 1994, também contemplando espécie de confisco ampliado em seu artigo 2º, na mesma modalidade de *confiscation order*, em tudo similar àquela contida no diploma de 1986.

Pelo então novo instrumento, na sequência da condenação de alguém por tráfico de entorpecentes, uma *Crown Court* poderia determinar a abertura de investigação patrimonial para o fim de identificar o patrimônio e a movimentação financeira do condenado em período pretérito. Com base nessa investigação, o tribunal detinha o poder de considerar, *on the balance of probabilities*, que uma quantia em dinheiro ou bens eram – presumivelmente – provenientes da atividade criminosa, fruto do que o condenado tinha percebido ou recebido em pagamento pelo tráfico de drogas. Com efeito, a *Section 2 of Drug Trafficking Act 1994* autorizava ao tribunal a expedição de ordem de confisco, consubstanciada na condenação ao pagamento do valor equivalente aos bens ou rendas de origem presumivelmente ilícita. O valor atribuído como confisco, fixado com soalho no artigo 5º daquela lei, ainda poderia ser reduzido pela *Crown Court* quando de sua imposição, que se dava conjuntamente com a aplicação da pena advinda da condenação pelo crime de tráfico.

Para mensurar o valor da *confiscation order* do *Drug Trafficking Act 1994*, o tribunal presumia que todo o bem adquirido ou na posse do condenado, até seis anos antes de sua constituição como arguido, tinha origem na atividade criminosa vinculada a drogas, bem assim que todos os gastos efetuados no mesmo período tinham sido realizados com o produto dessa atividade (artigo 4º, parágrafos 2º e 3º). A presunção poderia ser ilidida pelo condenado, tocando-lhe demonstrar sua incorreção (notadamente, pela evidência de que os bens ou parte deles provinham de fonte lícita ou foram obtidos em período anterior aos seis anos da constituição como arguido) ou, ao menos, que traria o risco da geração de grave injustiça (artigo 4º, parágrafo 4º). A decisão sobre a aplicação da presunção ou sua ilisão

dava-se em procedimento com standard de prova civil, tendo como norte o cálculo de probabilidades (*balance of probabilities*), conforme o artigo 2º, parágrafo 8º[993].

5.4.3 *Proceeds of Crime Act 2002*: *the civil recovery and the criminal confiscation*

Após outras legislações que se seguiram ao *Drug Trafficking Act 1994*[994], no início deste século o Reino Unido intensificou o foco estatal de atacar as vantagens das atividades criminosas, no afã de que "o crime não compense". Esse incremento soou bastante claro no pronunciamento do então Primeiro Ministro Tony Blair, ao asseverar que *"this Government is determined to create a fair and just society in which crime does not pay"*, com a adoção de medidas tendentes a facilitar a recuperação de ativos do crime pelos tribunais nos casos de condenação, mas se mantendo o respeito às liberdades civis[995].

De fato, com o advento do *Proceeds of Crime Act* de 2002, o Reino Unido deu salto e tornou-se bem mais aparelhado no campo da recuperação de ativos: para além do confisco ampliado determinado num processo penal (*criminal confiscation*), o *Proceeds of Crime Act* de 2002 trouxe – ou aperfeiçoou – típico procedimento *in rem*, de natureza administrativa, e estabeleceu uma poderosa agência de recuperação de ativos – *Assets Recovery Agency* (ARA)[996].

---

[993] Sobre este e outros aspectos da *confiscation order* do *Drug Trafficking Act 1994*, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 80.

[994] P. ex., *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, *Proceeds of Crime Act* (PCA) de 1995, *Proceeds of Crime (Scotland) Act* de 1995, *Proceeds of Crime (NI)* de 1996 e *Crime and Disorder Act* de 1998. Acerca dessas leis, vide FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 1-32.

[995] Em trechos literais: *"We will deter people from crime by ensuring that criminals do not hang on their unlawful gains (...) We will make it easier for courts to recover the proceeds of crime from convicted criminals. And we will return to society the assets that have been lawfully taken. All this will need to be achieved in a way that respects civil liberties"*. *Cabinet Office Performance and Innovation Unit Recovering the Proceeds of Crime (2000) Stationery Office, Foreword by the Prime Minister, Tony Blair*. O pronunciamento no idioma original está disponível em https://www.number-10.gov.uk/su/criminal/recovering/contents.htm.

[996] A ARA é uma agência de recuperação de ativos que possui quatro objetivos estratégicos, em suma: a) reduzir a criminalidade e enfraquecer o crime organizado pela recuperação de ativos (produtos e vantagens das atividades criminosas), aliviando os efeitos do crime nas comunidades; b) recuperar elevadas quantias de ativos para utilização no *Proceeds of Crime Act* de 2002, diretamente ou mediante auxílio a outras agências legais; c) promover o uso de investigação financeira, dentro e fora da ARA, como uma ferramenta na luta contra o crime; e d) operar a ARA de modo a: d1) promover uma cultura focada na entrega de resultados; d2) definir os mais altos padrões de profissionalismo e integridade em seu trabalho; d3) apoiar seu pessoal em sua entrega como indivíduo e equipe; d4) promover a confiança com outras importantes partes interessadas; e d5) demonstrar o valor pelo dinheiro. Cf. MAJUMDAR, Soumya; SMITH, Ian. Agencies responsible for recovering the proceeds of crime and the exchange of information. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 35.

5.4.3.1 *Civil recovery*

A *civil recovery* "procura permitir que o Estado, através do diretor da Agência de Recuperação de Ativos, intente ações civis numa corte superior para reivindicar propriedade obtida através de uma conduta ilegal"[997]. Sendo uma modalidade de ação *in rem*[998], tem como foco exclusivo a origem da coisa ou bem[999]. É uma medida que atinge a propriedade do bem em si, e, portanto, independe da condição de seu eventual proprietário (que pode ser desconhecido ou uma pessoa coletiva) ter resultado condenado ou mesmo indiciado pela prática de alguma infração penal. A *civil recovery*[1000] visa aos bens angariados de uma presumida atividade criminosa (*unlawful conduct*) com valor acima de 10.000 libras, considerados como propriedade confiscável (*recoverable property*[1001]). Também podem ser alcançados os bens que se sub-rogam àqueles originados de *unlawful conducts*[1002].

Como requisito principal do confisco via *civil recovery*, é imprescindível a demonstração, pela preponderância das probabilidades (*on the balance of probabilities*), da procedência do(s) bem(ns) ligada à prática de alguns ilícitos típicos explicitados, como roubo ou fraude. No ponto, há divergência na jurisprudência sobre se a prova da ausência de rendimentos lícitos que expliquem o modo de vida do titular ou possuidor do bem é bastante a que se considere satisfeita a preponderância das probabilidades da fonte criminosa[1003].

---

997 SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, p. 235.

998 A *actio in rem* teve suas características analisadas no item 2.4.3 deste trabalho.

999 *"Civil recovery investigations are investigations into whether property is recoverable property or associated property, who holds the property, or its extent or whereabouts"* (FARRELL QC, Simon. The powers of investigation in POCA 2002, Pt 8. In SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery. Criminal Confiscation and Civil Recovery.* United Kingdom: Lexis Nexis, 2003, Chapter 3, p. 53).

1000 O procedimento prático da *civil recovery* é detalhado por DAYMAN. Sara. Is the patient expected to live? UK civil forfeiture in operation. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 233-246.

1001 "A designação da propriedade como recuperável é crucial para o processo da *civil recovery*. A existência da *recoverable property* desencadeia o poder da autoridade de executar uma ordem de recuperação" (SQUIRES, op. cit., p. 242).

1002 *Recoverable property* é a propriedade obtida por intermédio de uma conduta ilícita (*unlawful conduct*) ou a que se subroga àquela. Sobre o tema, FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 18.

1003 Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 289.

Interessante ressaltar uma vez mais que, por ser típica ação *in rem*, de natureza eminentemente administrativa, na *civil recovery* não é exigida a prova da existência de determinado crime, tampouco de sua autoria, e sim a formação de convicção, *on the balance of probabilities*[1004], da origem do bem a uma *unlawful conduct*. Outrossim, é possível que aludida presunção tenha como foco pessoa diversa da titular ou possuidora do bem no momento do procedimento, que, como visto, tem por objeto exatamente o(s) bem(ns) provavelmente de origem criminosa. Essa peculiaridade, aliás, reforça a importância dos procedimentos *in rem* (não apenas no Reino Unido) no que toca ao alcance de bens possuídos ou titulados por terceiros, inclusive por pessoas coletivas/jurídicas, muitas vezes ligadas a ou utilizadas por agentes da criminalidade organizada (ou por organizações criminosas) para dispersão das vantagens ilícitas. Como, não raro, esses terceiros (que não atuam de boa-fé), propositadamente, prestam-se apenas à função de dispersão dos ativos, sem participação ou concorrência nas atividades criminosas, acabam não alcançados pelos instrumentos de perda (clássicos ou, mesmo, por algumas modalidades de confisco ampliado, como o português), figurando o procedimento *in rem* como opção de recuperação de ativos, mesmo que meramente presumíveis como de origem ilícita.

De frisar, entrementes, que a constatação de que o terceiro obteve a propriedade de boa-fé (ou do risco da possível geração de injustiça) é causa impeditiva da ordem de confisco com base na *actio in rem*[1005].

Pelas peculiares características, a *actio in rem*, desde seu advento no Reino Unido, não esteve alheia a críticas. À semelhança das possíveis mazelas comentadas por Pedro Caeiro[1006], Danny Friedman alerta para problemas como "o mundo todo" poder figurar como potencial demandado num procedimento *in rem*; ou o fato de o Estado colocar-se como o singular antagonista do indivíduo, e não uma parte igualitária num ordinário litígio

---

[1004] SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, p. 244.

[1005] FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 30.

[1006] Analisadas no item 2.4.3. Em recordação: 1) o risco de "devassas gerais sobre a proveniência dos bens detidos pelos cidadãos"; 2) a dificuldade de "limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida" (mormente sendo alvo uma coisa) sem fazer referência a uma pessoa; 3) a atuação híbrida do Estado (ora como titular do *jus puniendi*, ora como mero autor na ação *in rem*), potencialmente violadora de garantias penais; e 4) a criação de conflitos entre os interesses na recuperação de ativos e na administração da justiça penal (com o risco de preferir-se atacar o lucro do que o crime). Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 293-295.

privado; ou, também, o significado recortado – pela adoção da *actio in rem* – da perda da confiança, pelo Estado, nos procedimentos criminais ordinários; além dos riscos dos resultados injustos e de consequências desproporcionais aos cidadãos[1007].

As críticas, se não se prestam a macular como um todo o procedimento, não deixam de servir de recado constante, pois é bem verdade que a aplicação da *actio in rem*, mormente por ser um instrumento musculado de confisco, exige máxima cautela, a fim de que não alcance bem ou propriedade não vincada a uma *unlawful conduct* ou de terceiro de boa-fé.

5.4.3.2 *Criminal confiscation*

Noutro tanto, já antecipado, o Reino Unido, após o *Proceeds of Crime Act* de 2002, passou a dispor, ao lado da *civil recovery*, de instrumento de perda alargada, denominado *criminal confiscation*. O procedimento da perda alargada britânica, que tramita e é decidido por uma *Crown Court*, pode ser instaurado (de ofício ou por requisição da Coroa, hipótese esta em que é compulsório, afora nas situações de *abuse of process*) de duas formas: ou após uma sentença condenatória advinda de processo tramitado perante esse mesmo tribunal, ou pela remessa, por um *Magistrates' Court*, da sentença condenatória por este proferida para que a *Crown Court* concretize a pena e/ou dê início ao procedimento de confisco.

O aspecto determinante do *criminal confiscation* atrela-se à demonstração ou não, pela acusação, de um *criminal lifestyle* (algo como estilo de vida criminoso) do condenado[1008]. Mais especificamente, exige-se que a acusação evidencie, *on the balance of probabilities*, que o agente foi condenado a determinado tipo de crime como, por exemplo, tráfico de pessoas, de drogas ou de armas, branqueamento de capitais, direção de grupo terrorista, lenocínio e extorsão, dentre outros, ou tentativa, instigação ou conspiração ao cometimento desses crimes. Outra opção ao decreto dessa perda alargada está na demonstração (sempre pela acusação) de que a condenação retrata delito adstrito a uma atividade criminosa duradoura ou sequencial, como *part of a course of criminal activity*;

[1007] FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 32.

[1008] A investigação que subjaz ao *criminal confiscation* pode ser iniciada antes mesmo da instauração do processo penal ou da constituição do agente como arguido, e visa à elucidação do fato de ele ter sido beneficiado com sua conduta criminal, ou a extensão ou o paradeiro do benefício da conduta, cf. FARRELL QC, Simon. The powers of investigation in POCA 2002, Pt 8. In SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery. Criminal Confiscation and Civil Recovery.* United Kingdom: Lexis Nexis, 2003, Chapter 3, p. 53

essa demonstração é condicionada à prova do benefício do crime, para o condenado, de patamar igual ou superior a 5.000 libras, bem assim de: a) o arguido ter sido condenado, no mesmo processo, por no mínimo outros três crimes, com a mesma vantagem; ou b) de sua prévia condenação, em ao menos duas ocasiões, nos seis anos antes do início do processo, por infração penal que resultou o mesmo benefício. Como uma terceira alternativa, a perda alargada é viável havendo evidência da prática de algum daqueles crimes por intervalo de seis meses ou mais, angariando, o condenado, vantagem de 5.000 libras ou mais.

Com o convencimento do tribunal pela existência do *criminal lifestyle*[1009], utilizam-se, então, presunções para mensurar a vantagem total aproveitada pelo condenado. Com efeito, presumem-se como fruto da atividade criminosa geral (*general criminal activity*) todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos antes do início do processo (e que suas despesas, em igual período, foram suportadas por essa fonte ilícita), além dos bens titulados ou possuídos após a sentença condenatória. Em similar ao contido no artigo 9.º, n.º 3, letra "a", da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal, as presunções que decorrem da *criminal lifestyle* podem ser ilididas pelo condenado[1010] com a prova (sempre *on the balance of probabilities*) de que os bens ou patrimônio provêm de renda lícita, assim como o próprio tribunal pode obstar o *criminal confiscation* diante do risco de injustiça[1011] (à semelhança, grosso modo, do dispositivo do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

Merece ênfase que o procedimento em que decidido o *criminal confiscation* tem standard civilístico de produção de prova, e não processual penal. A prova produzida presta-se à verificação do *criminal lifestyle*, da suspeita de o condenado ter angariado proveito econômico desse estilo de vida e, ainda, do montante obtido, sendo, ao fim, tudo decidido *on the balance of probabilities*[1012]. Não se convencendo o tribunal do modo de vida criminoso, remanesce a análise (como nas ferramentas de confisco clássico) do eventual proveito direto, pelo condenado, em relação a cada um dos crimes cometidos. O

[1009] Sobre a definição legal de *criminal lifestyle no Proceeds of Crime Act* de 2002, vide Vide BODNAR, Andrew. Criminal confiscation. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery. Criminal Confiscation and Civil Recovery*. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 184-188.

[1010] Já que o arguido, em similar ao que ocorre na seara fiscal, é a pessoa mais indicada para explicar a origem de seus bens, cf. ALLDRIDGE, Peter. *Money Laudering Law:* Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 145.

[1011] Cf. FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 16.

[1012] Vide SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, pp. 6-7. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

confisco, nessa hipótese, tem lugar se a acusação demonstrar o liame entre o crime cometido e a vantagem obtida pelo condenado[1013].

5.4.3.3 Natureza jurídica do *criminal confiscation*

Atinente à natureza jurídica, enquanto a *civil recovery* manteve definição menos controvertida[1014], ou seja, uma medida de natureza eminentemente administrativa, decidida em seara não penal, *on the balance of probabilities*[1015], a partir da presumida ligação de determinado bem com suposta atividade criminosa, o *criminal confiscation* não tem ensejado concepção uníssona com o passar do tempo.

Como adrede visto, o *criminal confiscation* (na altura, a *confiscation order* contida no *Drug Trafficking Offences Act* de 1986) recebeu do TEDH o rótulo de uma verdadeira sanção penal; depois, aquela corte revisou esse modo de decidir. Os casos *Welch versus the United Kingdom* e *Phillips versus the United Kingdom* foram emblemáticos nessa variação de conceitos.

De recordar que em *Welch versus the United Kingdom* o TEDH listou que: a) a *confiscation order* do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 tinha como requisito a condenação do arguido pela prática de crime relacionado às drogas; b) aquela lei especial almejou superar as dificuldades na aplicação de medidas de confisco clássico nas infrações ligadas às drogas, dando aos tribunais poderes de confisco mais amplos; c) mesmo tendo a exposição de motivos daquela lei indicado a natureza preventiva da *confiscation order* (evitar a utilização de bens em futuras ações de tráfico), os poderes amplos de confisco acabavam ocasionando uma – outra – punição ao já condenado por tráfico de drogas; d) as consequências da *confiscation order* eram bastante gravosas. As características então destacadas pelo TEDH o fizeram concluir pela proximidade da *confiscation order* a uma pena. Em suma, porque as presunções legais do *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 eram de que os bens que o condenado por tráfico de drogas possuía desde seis anos antes de sua constituição como arguido vinham da atuação criminosa; ainda, pelo fato de que

[1013] Adequado recorte, em resumo, sobre o *criminal confiscation*, é feito por CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 286-289.

[1014] Mas não isenta de controvérsias, conforme aborda SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, pp. 237-241.

[1015] Vide BODNAR, Andrew. Criminal confiscation. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery. Criminal Confiscation and Civil Recovery.* Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 218.

mirava o produto do tráfico de drogas, mesmo sem uma prova inequívoca do benefício efetivo, sendo que, para a estipulação do montante, o tribunal poderia cotejar o grau de culpa do condenado, impondo a ele prisão em caso de inadimplemento[1016]. Naquele momento, enfim, o TEDH atribuiu à *confiscation order* traços de uma pena[1017], daí ensejando a violação ao artigo 7º, parágrafo 2.º, da CEDH[1018].

Essa decisão pautou boa parte do entendimento que se seguiu no Reino Unido, e quiçá fora dele, prestando-se como baliza à consideração das modalidades de confisco ampliado como uma pena.

Contudo, igualmente já abordado, no sequente caso *Phillips versus the United Kingdom*, o TEDH lançou decisão paradigmática que, mais do que atestar a conformação da *confiscation order* (naquele momento, positivada no *Drug Trafficking Act* 1994) com a CEDH, começou a pulverizar o entendimento de que a natureza jurídica de uma ferramenta de confisco ampliado não é, necessariamente, a de uma sanção criminal. No ponto, o principal fundamento invocado pelo TEDH residiu no que refutou a pretensão de Phillips da violação à presunção de inocência. Ao julgar que a *confiscation order* não representava uma nova acusação, e sim uma consequência não penal do crime pelo qual Phillips já havia sido condenado no curso do processo penal, não se depreendia, do agressivo e gravoso efeito patrimonial, a natureza jurídica de pena e, portanto, não existia mácula ao princípio da presunção de inocência[1019].

Mais que um divisor de águas, o acórdão *Phillips versus the United Kingdom* pode até ser concebido como surpreendente, uma vez que rechaçou – mesmo que não explicitamente – a natureza jurídica de sanção criminal à ferramenta legal que previa a aplicação de prisão subsidiária ao inadimplemento do valor correspondente à declaração de confisco[1020]. Ou seja, o TEDH aduziu a *confiscation order* conforme com a presunção de inocência, a despeito do *plus* da sanção corporal a ela prevista. Outrossim, o TEDH respaldou o uso de presunções naquela modalidade de confisco, porquanto, em suma, estavam presentes em outras legislações e não ensejavam vinculação à culpa ou ao seu

---

[1016] É preciso reconhecer que a possibilidade de prisão, prevista à *confiscation order*, mais a cogitação do grau de culpa do condenado quando de sua mensuração, forçosamente atraíam àquela ferramenta legal ares de uma sanção penal ou, no mínimo, de um efeito de pena.

[1017] Embora com a ressalva de que a decisão somente se vincava aos efeitos retroativos da *confiscation order*, dada a questão intertemporal – a *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 passou a ter vigência depois do ilícito típico imputado a Welch.

[1018] As minúcias do acórdão *Welch versus the United Kingdom* foram observadas no item 4.1.1 deste trabalho.

[1019] *Phillips versus the United Kingdom* foi dissecado no item 4.1.2 desta tese.

[1020] Consequência que, p. ex., não existe de nenhuma forma nos instrumentos de confisco ampliado de Portugal, Espanha e Itália.

ônus probatório. Pesou, em *Phillips versus the United Kingdom*, o fato de a investigação patrimonial que apurou e dimensionou o montante da *confiscation order* (procedimento em que assegurada a produção de prova) ter ocorrido após o processo penal em que resultante a condenação e a pena corporal. Enfim, parece certo que a separação entre os procedimentos (processo penal e investigação patrimonial) contou muito para que o TEDH não visualizasse a *confiscation order* como uma pena naquele caso concreto, embora a tivesse considerado como uma "penalidade proporcional ao fim buscado pela medida"[1021].

Em suma, outrora como *confiscation order*, o *criminal confiscation* do Reino Unido, mormente a partir do acórdão *Phillips versus the United Kingdom*, passou a ser aceito – também – como uma penalidade, não necessariamente com natureza jurídica de pena[1022]: estava ligado ao controle da propriedade pelo Estado para reguardar o pagamento de penalidades, e, por conta disso e da finalidade (na altura do caso Phillips, mais voltada ao enfrentamento do tráfico de drogas), tinha de respeitar uma proporcionalidade[1023].

O *criminal confiscation* segue previsto como "remédio forte" no Reino Unido, utilizado no enfrentamento da criminalidade organizada, com inequívoca finalidade preventiva, mas, também, com importante componente punitivo. O agressivo instrumento de recuperação de ativos britânico, iniciado contra o tráfico de drogas e depois expandido a outras infrações penais, como sói acontecer nas modalidades de confisco ampliado, ao mesmo tempo em que, pelo menos em tese, previne a entrada de novas pessoas na atividade criminosa organizada, em essência priva a utilização dos lucros dessa atividade, seja em novas, seja em proveito dos autores/comparsas.

Além de tudo, na esteira das decisões que recebeu quando submetido ao TEDH, aquele confisco ampliado exerceu influência em congêneres por todo lado, não só na forma como concebido (mormente com o uso de presunções da procedência ilícita de parcela dos bens ou patrimônio de fonte suspeita pela incongruência com os rendimentos declarados do condenado) e na sua conformação com a CEDH (notadamente, com o princípio da

---

[1021] Afirmação que até pode ser entendida como paradoxal, sendo a "proporcionalidade" típico requisito da sanção penal.

[1022] Na verdade, deve-se rechaçar totalmente do *criminal confiscation* a natureza de pena ou reação penal, risco de não se escapar de afronta à CEDH. Como lembra Andrew Bodnar, se o tribunal considera que o réu tem um estilo de vida criminoso (*criminal lifestyle*), o crime pelo qual ele é condenado é tratado como um exemplo de sua ampla e genérica conduta criminosa (Vide BODNAR, Andrew. Criminal confiscation. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery. Criminal Confiscation and Civil Recovery*. Londres: Lexis Nexis, 2003, p. 207). Já que a ampla e genérica conduta criminosa não está contida na culpa do réu, reconhecida na sentença condenatória, é inviável cotejar que o *criminal confiscation* seja uma pena, pois, do contrário, seria uma pena sem culpa.

[1023] Entre os meios empregados e a finalidade alcançada, "justificando-se", então, o cotejo da proporcionalidade, mesmo não sendo uma verdadeira sanção penal.

presunção de inocência), mas, quiçá de relevância superior, por entabular a tendência de definição de natureza jurídica diversa de pena ou efeito dela. Com outras palavras, mesmo sendo considerada uma penalidade em *Phillips versus the United Kingdom*, pode-se divagar que o acórdão abriu a porta para a ponderação hoje cada vez mais difundida, de que instrumentos de recuperação de ativos de confisco ampliado não violam as garantias dos arguidos em processo penal (ao preverem a presunção de que parte do patrimônio do condenado é de origem ilícita, e ao estabelecerem a ele – arguido/condenado – o mister da ilisão), sendo, portanto, consonantes com a CEDH e as constituições; também e como corolário, de que essas ferramentas legais têm natureza jurídica diversa de pena ou efeito da pena[1024].

5.5 O confisco ampliado nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América destacam-se pelos avanços na seara de recuperação de ativos, tanto pelas ações de vanguarda como pelas inovações. Para exemplificar, em 2010, foi estabelecido a *Kleptocracy Iniciative*, no âmbito do Departamento de Justiça, com equipe de promotores, investigadores e analistas financeiros responsáveis por investigações e processamentos de casos envolvendo recuperação de ativos[1025].

Os Estados Unidos da América possuem modalidade de perda alargada tipicamente penal, denominado *criminal forfeiture*, bastante semelhante ao congênere existente no Reino Unido[1026] (antes, a *confiscation order*, atualmente, o *criminal confiscation*). Por uma análise sucinta, é possível inferir do *criminal forfeiture* a conformação legal que autoriza sua aplicação, pelos juízes e tribunais criminais, sobre o patrimônio do condenado por determinados crimes. O *criminal forfeiture* tem incidência temporal limitada ao período reconhecido pelo tribunal como tempo de consumação do crime, quando o condenado teria obtido vantagens para além dos instrumentos e produtos diretos do crime, refletidas em seu patrimônio. Presente esse contexto, tem espaço a presunção de que parte ou mesmo todo o

[1024] Tratando do tema, inclusive com remissão a diversas decisões do TEDH, mas sem se posicionar explicitamente sobre a natureza jurídica do *criminal confiscation* e de outras modalidades de confisco ampliado, vide SIMONATO, Michele. *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*. ERA Forum (2017) 18:365-379, Set. 2017, pp. 377-378. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-017-0485-0.pdf> Acesso em: 30 Mar. 2018.

[1025] Vide GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; PRANVERA, Recica-Kirkbride; MIILS, Linnea. *Few and Far:* The Hard Facts on Stolen Asset Recovery. Washington: The World Bank, 2014, p. 48.

[1026] Para uma comparação entre os sistemas legais americano e britânico, no que toca aos instrumentos positivados de recuperação de ativos, vide RYDER, Nicholas. To Confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom. *Journal of Business Law*, Londres, a. 2013, nº 8, 2013, pp. 767-798.

patrimônio do condenado (isto é, qualquer bem obtido ou adquirido naquele período[1027]) provém, também, do crime em relação ao qual reconhecida a culpa, ensejando ordem judicial de confisco mediante o pagamento de valor.

Porém, ao lado do *criminal forfeiture*, os Estados Unidos da América ostentam em seu ordenamento federal o *civil forfeiture*, espécie de *non conviction based forfeiture*, com características bastante peculiares, notadamente em comparação com outros instrumentos modernos e musculosos de recuperação de ativos presentes em Estados de ordem jurídica *civil law*.

Esse aspecto, somado à evidência de que os Estados Unidos da América se destacam – notadamente, pela consolidação e nos números obtidos – no campo do ataque aos ativos da criminalidade organizada, ensejam que se dê breve atenção ao sistema norte-americano.

5.5.1 Bosquejo histórico dos instrumentos de confisco ampliado nos Estados Unidos da América

A longevidade pode ser identificada como um dos atributos da utilização de instrumentos legais de confisco ampliado em solo norte-americano. No final do século 1700, o governo dos Estados Unidos passou a enfrentar problemas com navios piratas e de mercadores de escravos, que atuavam fora da lei na região caribenha. Naquela altura, em certas ocasiões, a guarda americana conseguia apreender o navio e a carga, e deter a tripulação, mas as autoridades raramente obtinham êxito em trazer à justiça, para julgamento, o proprietário do navio, que se prestava como entrave à decisão não só de condenação pessoal, mas, ainda, de perda de bens (no caso, especialmente, da carga transportada ilegalmente e até do navio). Esse problema foi o mote que serviu para que o primeiro Congresso dos Estados Unidos, inspirado em três procedimentos ingleses do início da *common law*[1028], aprovasse lei autorizando o governo a manejar ação de confisco contra o próprio navio ou sua carga, meio que, com efeito, obrigava a que o proprietário da

[1027] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 5. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[1028] *"Deodands, forfeiture of estate or common law forfeiture, and statutory or commercial forfeiture"*, sendo este último, claramente, o de maior influência ao mecanismo de confisco criado por primeiro em solo norte-americano, cf. DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015, pp. 1-2. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.

nave comparecesse à justiça para defender a si e a sua propriedade. Conforme Stefan Cassella, este é o motivo pelo qual os casos decididos pela justiça durante os anos 1800, envolvendo confisco de bens (tendo por base a novel legislação), em sua grande maioria, tinham relação com práticas de almirantado[1029]. E aquelas regras foram de tamanha importância que ainda hoje são base[1030] da moderna legislação americana do procedimento de confisco sem uma condenação (o *civil forfeiture*).

A figura de *non conviction based confiscation*, já nos séculos 19 e 20, foi utilizada pelo governo na altura da proibição da produção de bebidas alcoólicas, ensejando aumento substantivo na apreensão de utensílios de destilarias e de veículos usados no transporte de garrafas daqueles produtos. Mas o que pulverizou a adoção dos procedimentos de *civil forfeiture* foi o advento, após o ano de 1978, de uma série de leis de enfrentamento do tráfico de drogas. No período dali para frente, o congresso reiteradamente inseriu no ordenamento americano dispositivos de expansão do procedimento *non conviction based confiscation*, cujos alvos, em vez de navios piratas ou de transporte de escravos, passaram a ser casas, carros, comércios e contas bancárias. Na sequência, especialmente com a vigência do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) e depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o *civil forfeiture* teve seu leque ampliado ainda mais, com a multiplicação de procedimentos congêneres passíveis de aplicação em relação à grande variedade de crimes federais[1031].

Ou seja, há mais de duzentos anos os Estados Unidos da América praticam modalidade de *non conviction based confiscation*, que pode, numa piscadela, ser intitulada como uma típica *actio in rem*. Mas não é, como se verá adiante.

E, para não se olvidar, ao lado, tem-se uma figura típica de confisco penal, o *criminal forfeiture*, com traços semelhantes ao *criminal confiscation* britânico e, inclusive, com instrumentos de confisco ampliado como o do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal.

[1029] Para uma análise profunda da história das ferramentas de *asset forfeiture law* nos Estados Unidos, vide CASSELLA, Stefan D. *Asset Forfeiture Law in the United Sates*. 2. ed. Nova Iorque: Juris Publishing, Inc, 2013, pp. 27-92.

[1030] O suporte reside nas *Supplemental Rules for Admiralty and Maritime Cases and Asset Forfeiture Actions of the Federal Rules of Civil Procedure*.

[1031] A fragmentação dos procedimentos de *civil recovery* durante dois séculos, gerando diversos e distintos estatutos com a previsão legal do instrumento, é apontada como um dos problemas enfrentados nos Estados Unidos da América: "alguns estatutos autorizam o confisco dos produtos do crime e nada mais; outros autorizam o confisco dos bens usados para o cometimento ou para facilitar o cometimento do crime; outros ainda autorizam as duas situações; e alguns contêm exceções de alterações processuais advindas no início do século XXI. Por isso que o sistema legal de confisco nos Estados Unidos é frequentemente confundido por operadores jurídicos inexperientes", cf. CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 104.

Essas contingências, que tornam o sistema norte-americano *sui generis*, instigam a uma rápida e pontual abordagem desses instrumentos musculados de recuperação de ativos.

5.5.2 *Criminal forfeiture*

Como visto, no vigente sistema norte-americano, o Estado tem à disposição as duas ferramentas de confisco. O *criminal forfeiture* é restrito ao âmbito de um processo penal versante sobre determinadas infrações penais graves, como lavagem de dinheiro, falsificação, fraudes diversas (de identidade, de cartão de crédito, em computadores, no sistema de saúde, em telemarketing, bancárias), roubo de veículos e crimes relacionados à imigração[1032]. O confisco de bens é buscado em paralelo à acusação, com a aplicação condicionada à condenação do arguido, como parte da sentença condenatória. Assim, são os promotores criminais – ou federais, dependendo da infração penal – que, em concomitância à acusação formal contra o apontado proprietário dos bens, postulam na mesma corte penal a ordem de confisco.

Mas, embora a ordem de confisco integre a sentença condenatória, sua decisão repousa em substrato de fundamento distinto do juízo da culpa. Melhor explicando, o tribunal, para declarar o arguido culpado pela prática do crime, deve depreender do caderno probatório tal convicção *beyond a reasonable doubt*; e, obtida a condenação, ainda na conformação do decreto sentencial, o tribunal determina, *on the balance of the probabilities*, se os bens ou propriedade pretendidos em confisco são oriundos da prática do crime ou foram usados para seu cometimento, ou, ainda, se de alguma forma tiveram com ele alguma conexão[1033].

Veja-se que, quanto a isso, recorta-se semelhança entre o *criminal forfeiture* e a perda alargada portuguesa, porquanto em ambos o fundamento decisório é distinto daquele que embasa o juízo da culpa. Nos sistemas estadunidense e português a condenação criminal tem lastro nos meios de prova que conduzem à convicção do tribunal para além de dúvida razoável; já a aplicação concreta do *criminal forfeiture* e da perda ampliada tem

[1032] Vide DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015, pp. 13-14. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.

[1033] A jurisprudência norte-americana, há muito, faz eco ao entendimento de que o *criminal forfeiture* é um aspecto da punição imposta na sentença condenatória de um caso concreto (vide, p. ex., o acórdão *Libretti versus United States*, 516 U.S., 29, 1995, disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/516/29/case.html), bem assim de que deve ser aplicado tendo por base *a preponderance of the evidence* (vide, p. ex., *United States versus Bader*, 678, F.3d 858, 2012, disponível em https://leagle.com/decision/infco20120503064).

soalho na preponderância das possibilidades – que, em Portugal e noutros Estados de *civil law*, é impulsionada pela presunção não ilidida de que o patrimônio do condenado, incongruente com seus rendimentos lícitos, é vantagem da atividade criminosa.

Todavia, se há características que aproximam as ferramentas legais, existem outras que as afastam. O desenho procedimental do *criminal forfeiture* remete, originariamente, à meta de confisco de bens: com a condenação, na sentença, o tribunal determina o confisco dos bens ou propriedade que conclui derivados do crime (ou nele usados ou com ele conectados). Já na perda alargada portuguesa, bem sucedida a liquidação, o tribunal, na sentença condenatória, "declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado" (artigo 12.º, n. 1), valor[1034] este fruto da operação aritmética "patrimônio do arguido" menos "patrimônio do arguido justificado pelos rendimentos lícitos" é igual a "patrimônio incongruente do arguido". Frise-se, não se ignora que o procedimento para aplicação do *criminal forfeiture* também pode resultar na cominação ao condenado do pagamento de um valor: mas isso ocorre apenas excepcionalmente, quando os bens ou propriedades almejados em confisco estão indisponíveis no momento da sentença – hipótese em que, outrossim, o tribunal pode optar por determinar o confisco de outros bens de equivalente valor (*substitute assets*) do condenado[1035]. Mas o *criminal forfeiture*, genuinamente, é um autêntico procedimento de confisco, concebido para o fim da perda de bens (móveis, imóveis, valores em contas bancárias ou em aplicações financeiras, etc.) ao Estado.

Mesmo com tal perfil quanto ao que visa alcançar, permite-se apontar que há mais similitudes do que diferenças entre o *criminal forfeiture* e os instrumentos de confisco ampliado atrelados ao processo penal e dependentes de uma condenação criminal.

[1034] Traço da perda alargada portuguesa que a faz receber críticas, inclusive no sentido de que o sistema do Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não cuida verdadeiramente da "perda de bens", e sim de uma mera condenação ao pagamento de um valor. Essa crítica, sustentada, dentre outros, por Damião da Cunha, será analisada mais à frente, quando do efetivo estudo da natureza jurídica da perda alargada.

[1035] Os tribunais americanos têm sistematicamente refutado a tese de que o *criminal forfeiture* é uma ordem de confisco específica a determinado(s) bem(ns), e, portanto, não poderia ser convertido em condenação ao pagamento de valor, tampouco ensejar a perda de outro(s) bem(ns) de montante equivalente. Vide, p. ex., *United States versus Vampire Nation*, n.º 05-1715, *june* 20, 2006, disponível em https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1335242.html.

5.5.3 *Civil forfeiture*

O *civil forfeiture* (ou *civil asset forfeiture*)[1036] tem natureza cível, mas também pode ser manejado pelos promotores criminais, sendo independente de qualquer condenação de natureza penal. É, pois, fiel *non conviction based confiscation*.

A despeito de adjetivado como um procedimento *civil*, a verdade é que o *civil forfeiture* estadunidense é um instrumento utilizado pelo governo "no mesmo tribunal onde a ação criminal poderia ser ajuizada – frequentemente, em paralelo com a correlata ação criminal – como uma sanção e como um dispositivo reparador"[1037]. Isto é, mesmo que, em essência, agregue natureza de um procedimento civil (ou não penal), o *civil forfeiture* está à disposição e pode ser manejado por promotores criminais com o objetivo de confiscar bens ou propriedades com suspeita de terem ligação com uma infração penal, sem a necessidade de acusar formalmente o suposto proprietário (ou terceiro qualquer) e muito menos de obter sua eventual condenação criminal.

Na moldura de um procedimento *in rem*, o *civil forfeiture* enseja uma demanda contra o próprio bem ou coisa (p. ex., um veículo, um imóvel ou o valor depositado numa conta bancária), sendo facultado a qualquer pessoa (ordinariamente, o sedizente proprietário ou terceiro que demonstre algum interesse) suscitar oposição à pretensão estatal de confisco.

Importante relevar que o procedimento *in rem* pode nem mesmo ser apreciado por uma corte judicial, havendo situações em que é processado e decidido inteiramente no âmbito administrativo. Conforme preconizado desde as *Supplemental Rules for Admiralty and Maritime Cases and Asset Forfeiture Actions of the Federal Rules of Civil Procedure*, diante da suspeita da procedência ilícita de determinado bem ou propriedade, o Estado, em procedimento exclusivamente administrativo, impõe sua apreensão ou arresto, notificando o proprietário conhecido – ou terceiro identificado com algum interesse – sobre a providência adotada. Não havendo manifestação do proprietário ou do interessado (um ou outro denominado *claimant*), o bem é automaticamente confiscado pelo Estado, sem

[1036] Para um breve histórico sobre a origem dos instrumentos de *civil recovery*, desde os tempos mais remotos até seu sensível incremento na legislação norte-americana na década de 1990, vide CASSELLA, Stefan D. An Overview of Asset Forfeiture in the United Sates. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 23-30.

[1037] CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 100. No idioma original, *"in the same court where a criminal action would be filed – often in parallel with as actual criminal action – as both a sanction and as a remedial device"*.

qualquer reflexo judicial – seja em relação ao bem, seja atinente ao indivíduo que com ele tem relação. O mesmo desfecho ocorre quando não há um proprietário ou terceiro interessado.

Segundo dados de 2011 do Departamento de Justiça americano, 80% dos casos de *civil forfeiture* que ingressam administrativamente não são contestados, totalizando mais de 30% do valor total revertido ao Estado como efeito da aplicação das modalidades de confisco ampliado[1038]. Contudo, existindo oposição à pretensão estatal de *civil forfeiture*, ainda assim o procedimento pode permanecer adstrito ao âmbito administrativo, percorrendo várias fases em que é permitido ao *claimant* a produção de provas (quer da origem lícita da propriedade, quer de que, por outro motivo, improcedem os argumentos suscitados pelo governo para a postulação de confisco), bem assim ao Estado – que, comumente, tem o ônus de evidenciar desde o desinteresse do *claimant* acerca da propriedade demandada, até a séria suspeita de que esta é derivada ou de outra forma conectada com uma atividade ilícita. Após a etapa de produção de provas, é proferida decisão administrativa de procedência ou não da pretensão de *civil forfeiture*.

Na sequência de uma decisão administrativa procedente de *civil forfeiture*, ou, nalguns casos, logo que publicizada a pretensão de confisco pelo governo ao proprietário ou interessado no bem, o procedimento pode ser levado ao apreço de um tribunal. Judicializado o procedimento, mediante standard probatório de natureza civil, cumpre ao governo o ônus de evidenciar, *on a balance of probabilities*, que a propriedade tem origem em infração penal ocorrida[1039] ou foi utilizada no seu cometimento ou com ele tem alguma relação. Se o governo desonera-se desse mister, então sobra ao *claimant* o ônus de provar que é um *innocent owner* ou que o confisco da propriedade seria grosseiramente desproporcional à gravidade do crime que lhe dá suporte"[1040].

O teor musculoso do *civil forfeiture* salta aos olhos em várias nuances. O governo dispõe de pluralidade de *locus* para a pretensão de confisco, podendo manejá-la nos âmbitos administrativo e judicial. Também, ostenta multiplicidade de agentes para o início do procedimento, inclusive por intermédio de promotores criminais e federais. Por ser um procedimento contra coisas, está o governo dispensado de investigar exaustivamente e

[1038] Tais dados são listados por CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 104.
[1039] Insiste-se, sem a necessidade da prova da culpa do suposto autor do crime, tampouco o início de uma acusação formal contra qualquer pessoa.
[1040] No idioma inglês, *"the claimant then has the burden of establishing that he or she was an 'innocent owner', or that the forfeiture of the property would be 'grossly disproportionate to the gravity of the offense' on which the forfeiture is based"*. CASSELLA, op. cit., p. 102.

identificar todos os potenciais proprietários ou interessados, que necessariamente teriam de ser demandados (individual ou coletivamente) caso o *civil forfeiture* conformasse uma ação pessoal; em vez disso, cumpre a quem se intitula *claimant* a postura ativa de ingressar no processo – administrativo ou judicial – para trazer argumentos e provas de contestação à pretensão de confisco do bem. Não aparecendo alguém a ser qualificado como *claimant*, ou tendo êxito o Estado na demonstração de que a pessoa que assim se candidata não tem um vínculo efetivo como proprietário do bem (ou interessado por outro fundamento jurídico), o confisco opera-se de pronto. Para culminar, independe o Estado de um standard de prova criminal para o fim de evidenciar *beyond a reasonable doubt* que o proprietário é culpado pela prática de crime que deu origem ao bem (ou que este foi usado no crime ou com ele tem alguma conexão); basta clarificar, num contexto de standard de prova civil, que, *on a balance of probabilities*, o bem provavelmente tem um daqueles perfis espúrios, presunção que, não ilidida pelo *claimant*, conduzirá à ordem de confisco.

A compilação desse verdadeiro código genético do *civil forfeiture* americano talvez explique o porquê de representar, em 2011, em cifras, 70% dos valores lá obtidos no campo do *asset recovery*. Noutro tanto, aquelas contingências espelham como o *civil forfeiture* tende a ser profícuo – no que se atém à sua finalidade precípua – em hipóteses variadas, nas quais as ferramentas de confisco ampliado que reclamam uma condenação criminal usualmente encontram entraves. De fato, o *civil forfeiture* perpassa ao largo da maioria das situações pessoais do apontado dono ou interessado pelo bem pretendido em confisco, como, por exemplo, se é desconhecido, morto, fugitivo, ou residente noutro condado ou no estrangeiro[1041] – ou, ainda, se há dúvida quanto ao efetivo titular do bem. Outrossim, não exige, antes, a prova da existência de uma infração penal ou o reconhecimento da culpa de alguém para além da dúvida razoável[1042]. E, não contestada a pretensão estatal, o *civil forfeiture* sequer adentra um tribunal, tornando o instrumento inequivocamente célere para o fim a que se destina.

Por outro lado, se a agressividade do *civil asset forfeiture* é o que lhe possibilita tamanha eficiência em confiscar bens e patrimônio supostamente derivados de ilícitos

[1041] Embora, forçoso reconhecer, cada vez mais têm sido positivadas hipóteses de aplicação de perda alargada sem uma condenação e com efeitos em relação a terceiros, como visto, por exemplo, na Espanha e na Itália.
[1042] O que implica sua possibilidade de aplicação mesmo em casos em que o *claimant* tem contra si julgada ação penal parcialmente procedente. Assim, caso o *claimant* figure como formalmente acusado por lavagem de dinheiro e outra infração penal que não admite o *criminal forfeiture*, sendo, ao fim do processo penal, condenado por esta e absolvido por aquela, ainda assim poderá sofrer os efeitos de um procedimento de *civil forfeiture.*

típicos, também é a marca que lhe atrai severas críticas, por violar direitos individuais e permitir série de abusos por parte do Estado[1043].

5.5.4 Efetividade dos instrumentos de confisco ampliado nos Estados Unidos da América

Para além do que visto em relação ao *civil forfeiture*, o governo estadunidense, como adrede citado, tem à disposição, em concomitância, o procedimento do *criminal forfeiture* (também decidido com solo probatório *by a preponderance of the evidence*), fazendo daquele sistema um dos mais aparelhados no que toca à área de recuperação de ativos[1044].

Como reflexo direto disso e, na mesma importância, pela utilização disseminada das ferramentas de confisco – e a longevidade de dois séculos no ordenamento tornou-as incorporadas às rotinas funcionais das *law enforcement agencies* –, os resultados obtidos nos Estados Unidos alcançam números expressivos e que, com o avançar dos anos, têm apresentado aumento significativo, sobremodo no que concerne aos valores dos bens perdidos a favor do Estado, chegando a mais de dois bilhões e cem milhões de dólares, advindos de 17.136 casos, apenas durante o ano de 2011 – sendo que aproximadamente um bilhão e quinhentos milhões de dólares por força do *civil forfeiture*[1045].

Mesmo que clarificados dados quantitativos (números de casos e de confiscos, mais as cifras correlatas), é impossível mensurar resultados qualitativos, isto é, efeitos como o montante de novas infrações penais evitadas ou de organizações criminosas exterminadas, os reflexos ao nível de prevenção (geral e especial), e até mesmo no âmbito da punição;

[1043] Sobre o assunto, vide WILLIAMS, Marian; et al. *Policing for Profit:* The Abuse of Civil Asset Forfeiture. Institute for Justice. Mar.2010, pp. 6-20. Disponível em: <https://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf.> Acesso em: 08 Jul. 2017.

[1044] Recordando-se que nos Estados Unidos há multiplicidade de estatutos com previsão de procedimentos de confisco, notadamente de *criminal forfeiture*, de acordo com variadas infrações penais, e que implicam num menor ou numa maior abrangência de seus efeitos. Para exemplificar, nos crimes de lavagem de dinheiro, o confisco pode atingir até mesmo bens de procedência lícita, mas que foram obtidos durante o período em que cometida a infração penal; já nos casos de ações terroristas ou mero envolvimento, a perda pode se estender a todos os bens ligados ao indivíduo, a despeito de eventual fonte legalmente justificada.

[1045] Dados do Departamento de Justiça dos Estados Unidos indicam que, no ano de 2007, houve 9.787 casos de confisco administrativo (procedimento de *civil forfeiture* sem contestação ou decidido integralmente na fase administrativa), 1.351 de *civil forfeiture* pela via judicial, e 2.030 de *criminal confiscation*, totalizando 13.168; já no ano de 2011 os números desses casos subiram, respectivamente, para 12.757, 1.372 e 3.007, totalizando 17.136. Os valores totais dos bens confiscados (nas três modalidades) passaram de $1.373.050.897 em 2007 para $2.125.422.283 em 2011. Tais dados são citados por CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 104, que enfatiza o grande volume de perda de bens ao Estado decorrente do procedimento *non conviction based confiscation.*

enfim, as consequências incontáveis positivas à sociedade e ao Estado, e as danosas ao crime e a seus agentes. Porém, se não existe uma condução precisa a resultados desse quilate, presta-se o vulto dos dados apurados (dois bilhões e cem milhões de dólares e 17.136 casos impressionam) como indiscutível amostra de que o sistema de aplicação dos procedimentos de *forfeiture* nos Estados Unidos da América tem funcionado[1046], diferentemente do que se depreende das rotinas do direito vivo de outros Estados[1047].

5.5.5 Natureza jurídica do *criminal forfeiture* e do *civil forfeiture*

A despeito de ambos os procedimentos de confisco terem ritos semelhantes (mormente quando o *civil forfeiture* é demandado judicialmente), serem decididos com fulcro no mesmo standard probatório (*by a preponderance of the evidence*) e ostentarem escopo comum (a recuperação de ativos derivados da prática de infrações penais, ou utilizados para tanto, ou a elas vincadas de alguma forma), é inviável ignorar uma distinção substancial: a condenação criminal como requisito. Por conseguinte, pode-se conjecturar que o *criminal forfeiture* e o *civil forfeiture* não conformem uma mesma ou similar natureza jurídica.

Outro ponto de distinção remete ao alcance de cada um dos instrumentos legais de confisco. Embora em outros Estados já tenham sido positivados, em leis penais, procedimentos de confisco ampliado sem a necessidade de condenação criminal e até passíveis de atingirem terceiros, o *criminal forfeiture* norte-americano atém-se a um processo penal por certas infrações penais graves e é decidido como parte da sentença condenatória contra o proprietário do(s) bem(ns) – mas com independência dos meios de

[1046] Mas, mesmo assim, aludido sistema não está isento de problemas, como lembra CASSELLA, Stefan D. The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 258-264.

[1047] Por exemplo, como, ao que parece, ainda ocorre em Portugal e noutros Estados da União Europeia. Em Portugal, o então Procurador-Geral do Ministério Público, Euclides Dâmaso, em entrevista publicada no site RTP Notícias, no dia 18 de outubro de 2006, concitou os magistrados da instituição a que passassem a dedicar-se com mais afinco à seara da recuperação de ativos por meio da aplicação da ferramenta legal da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (vide matéria com o título "MP deve aplicar confisco alargado nos casos de criminalidade grave", disponível em www.rtp.pt). É certo que a realidade atual é diferente daquele panorama de mais de dez anos atrás, sobremodo depois das decisões do Tribunal Constitucional português, proferidas em 2015, declarando a conformidade constitucional da perda alargada; todavia, frente aos números alcançados em solo estadunidense, os resultados portugueses, mesmo em se considerando as distintas proporções populacionais e econômicas, são significativamente tímidos.

prova que se prestam ao juízo da culpa[1048]. Assim, como adrede reportado, infere-se alguma similitude entre o *criminal forfeiture* e a perda alargada portuguesa.

Porém, o que de mais próximo há do *criminal forfeiture* norte-americano parece mesmo ser o *criminal confiscation* do Reino Unido, o qual, principalmente ao talante das decisões do TEDH (em especial, após *Phillips versus the United Kingdom*), tem sido considerado uma consequência não penal do crime; mais especificamente, uma penalidade sem natureza jurídica de sanção criminal, atrelada ao controle da propriedade pelo Estado e submetida ao princípio da proporcionalidade[1049].

Ou seja, pode-se definir o *criminal forfeiture* como uma consequência da condenação, de caráter punitivo (embora agregue outros aspectos, relacionados ao controle da propriedade), direcionado exclusivamente ao condenado e proprietário do objeto do confisco, que, se indisponível, pode ser substituído por outros bens[1050].

Por sua vez, o *civil forfeiture* tem pontos de coincidência com a *civil recovery* britânica: ambos são procedimentos *in rem* (com foco na coisa em si), menos se importando com a condição do eventual proprietário, e sem vinculação com o processo penal ou uma sentença condenatória. No entanto, inegável que há diferenças, a começar pelos dois procedimentos (administrativo e judicial) previstos ao *civil forfeiture*, passando pela essência desta puramente *in rem* (a demanda é diretamente contra o bem) e culminando numa maior exigência, para a procedência da *civil recovery*, da demonstração (*on the balance of probabilities*) da ligação da coisa com a prática de alguns ilícitos típicos – já que, como visto, para que o *civil forfeiture* seja concretizado em sua fase administrativa, basta a ausência de um *claimant* ou sua inércia em oferecer contestação.

Assim retratado, o *civil forfeiture* obviamente não é uma pena ou qualquer reação penal, mas sim uma medida de natureza administrativa ou cível da espécie *non conviction based confiscation.* Também, como sustenta Stefan Cassella, possui uma face de sanção (mesmo não sendo uma pena, acaba por gerar a punição da perda da propriedade) e outra de reparação (pela ótica do Estado, de despojar alguém do bem supostamente adquirido como produto ou vantagem de infração penal)[1051]. É essa dualidade que justifica o *civil forfeiture* poder ser demandado por promotores criminais e federais.

[1048] DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015, p. 5. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.
[1049] Vide item 5.4.3.3 deste trabalho.
[1050] DOYLE, op. cit., pp. 15-16.
[1051] CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 99. No idioma original, *"in the same court where*

Enfim, com essa pluralidade de características, é difícil encontrar um conceito definitivo da natureza jurídica do *civil asset forfeiture*, que se aproxima de uma providência (ou medida) análoga a uma medida de segurança.

5.6 A perda alargada na Alemanha

5.6.1 Instrumento clássico de confisco: §73 do *Strafgesetzbuch*

A modalidade clássica de perda das vantagens do crime é prevista no §73 do *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão). Até o ano de 1992, estava sedimentada a ideia de que o §73, por visar evitar que o agente lograsse vantagem patrimonial com a infração penal, colocando-o na condição econômica anterior (como se não a tivesse praticado), configurava uma medida de segurança.

A Lei de 28 de fevereiro de 1992, porém, modificou o tipo legal, retirando a expressão "vantagem patrimonial" (*Vermögensvorteil*) e inserindo a palavra "aquilo" (*etwas*), o que, pela ótica da doutrina dominante (mas com entendimento não espelhado no Tribunal Constitucional), alterou sua natureza jurídica para pena, evidenciada, sobretudo, nas hipóteses em que o valor da perda resulta superior à vantagem concreta obtida com o cometimento do crime, pelo prejuízo material suportado pelo arguido.

A conformação do instrumento legal clássico de recuperação de ativos como pena, após a Lei de 28 de fevereiro de 1992, exige, para sua aplicação, a prova da culpa do arguido, e não apenas a demonstração da autoria do ilícito-típico[1052].

5.6.2 A perda alargada do §73d do *Strafgesetzbuch*: *erweiterte Verfall*

Desde 1992, também, a legislação alemã passou a contar com a perda alargada, no §73d do Código Penal, inserido pela Lei de 15 de julho daquele ano. A ferramenta legal (*erweiterte Verfall*) segue a base comum de estar vinculada apenas a determinadas infrações penais graves (explicitadas na legislação) e lastrear-se numa presunção, uma vez

---

a criminal action would be filed – often in parallel with as actual criminal action – as both a sanction and as a remedial device".

[1052] Nesse sentido e com citação de bibliografia, vide CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 284.

que o tribunal a aplica (confiscando bens ou patrimônio) quando as circunstâncias autorizam a suposição da proveniência de ilícito típico ou para o cometimento de outros.

A *erweiterte Verfall*, guardando parcial similitude com a perda alargada advinda em Portugal uma década depois, tem incidência apenas quando o indivíduo é acusado e condenado por crimes previamente listados na legislação. Sua dinâmica de aplicação consiste, resumidamente, em o tribunal determinar a perda dos bens ou valores que estiveram na posse ou foram propriedade do condenado, tendo por suporte a presunção, escudada pelas circunstâncias (e, ver-se-á, em provas mínimas), de que provenientes de outras infrações penais ou para o cometimento delas.

Entretanto, diferentemente do que consta na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (mais especificamente, no artigo 7.º, n.º 2, alínea c)), na *erweiterte Verfall* não há uma explícita limitação temporal de abrangência, cumprindo ao tribunal estipular o que é supostamente vantagem de procedência ilícita.

A *erweiterte Verfall* seguiu o mesmo destino das congêneres ferramentas de confisco ampliado de outros ordenamentos, sendo submetida ao exame de constitucionalidade.

5.6.3 Conformação constitucional da perda alargada do §73d do *Strafgesetzbuch*

A *erweiterte Verfall* teve, em mais de uma oportunidade, questionada sua conformação constitucional, em especial relativamente aos princípios da culpa e da presunção de inocência, sendo levada ao crivo do Supremo Tribunal (*Budesgerichtshof* – BGH) e do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).

Por exemplo, pouco tempo depois de vigente, a *erweiterte Verfall* foi objeto do acórdão BGH, 4 StR 516/94, de 22 de novembro de 1994, com julgamento pela conformidade com aqueles dois princípios[1053]. Na oportunidade, o *Budesgerichtshof* reconheceu que o §73d do *Strafgesetzbuch* não viola nem o princípio da culpa nem a presunção de inocência. Contudo, já naquela altura, sinalizou a aplicação restritiva da figura do confisco ampliado, exigindo, para tanto, não apenas a mera invocação da presunção (da origem ilícita de certos bens do condenado), e sim o fulcro em provas produzidas, com sua exaustiva valoração[1054].

[1053] Acórdão disponível em https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/94/4-516-94.php.

[1054] Como refere Maugeri, em julgamento ocorrido pouco antes, também em 1994, o *Budesgerichtshof*, negando a aplicação da *erweiterte Verfall* no caso concreto, havia assentado que "não é suficiente um elevado grau de verossimilhança da origem criminosa do patrimônio do arguido, mas se requer que o juiz,

Depois, no acórdão BGH 2 StR 691/94, de 1º de março de 1995[1055], o *Budesgerichtshof* posicionou-se novamente pela conformação da perda alargada com os princípios da presunção de inocência e da culpa. No julgamento, reiterou a interpretação restritiva da admissibilidade da *erweiterte Verfall*, isto é, somente quando houver pleno convencimento, pelo tribunal, a partir da produção e da valoração da prova, de que os bens a serem confiscados são muito provavelmente provenientes (direta ou indiretamente) de infrações penais – que, contudo, não necessitam ser individualmente clarificadas. Ou seja, para o Supremo Tribunal, não basta apenas a presunção, nem mesmo um alto grau de verossimilhança, e sim a convicção formada pelo juiz. A presunção, invariavelmente, deverá estar baseada fortemente na prova produzida, operando-se a dúvida em favor do arguido e impedindo, nesse caso, a aplicação da perda alargada.

De modo que, já nos primeiros apreços do §73d do *Strafgesetzbuch* pelo *Budesgerichtshof*, suscitou-se o entendimento de sua incidência restritiva e acautelada, somente quanto convencido o juiz ou tribunal, com lastro na produção e na valoração da prova, de que cabível a suposição de que o condenado obteve alguns bens pela prática de outras infrações penais. Em raciocínio inverso, parece certo que, desde lá, a jurisprudência alemã inclinou-se ao posicionamento de que, conduzindo a presunção a uma dúvida razoável, deve ela beneficiar o condenado, sendo entrave à concretização do confisco ampliado[1056].

Ainda no afã de tentar sorver a corrente jurisprudencial predominante à matéria, pertinente citar que o Tribunal Constitucional alemão, em 14 de janeiro de 2004, proferiu o acórdão BVerfG 2 BvR 564/95[1057], em que examinou profundamente a figura do §73d do *Strafgesetzbuch***,** atinente à sua conformação constitucional.

Na ocasião, os fatos examinados pelo *Bundesverfassungsgericht* referiram-se à condenação a uma pena de sete anos de prisão aplicada pelo tribunal do município de Bochum (*Landgericht Bochum*) a cidadão acusado de infração penal ligada ao tráfico de drogas. Em decorrência da condenação, o *Landgericht* fez incidir o confisco ampliado do §73d do *Strafgesetzbuch* sobre a quantia em dinheiro de 42.520,18 marcos alemães (ou

---

com base nas provas colhidas, tenha concluído com plena convicção que ele obteve os bens sujeitos a confisco mediante atos ilícitos", cf. MAUGERI, Anna Maria. (A cura di). I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato. In *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Catania: Giuffrè, 2008, p. 83.

[1055] Disponível em https://www.jurion.de/urteile/bgh/1995-03-01/2-str-691_94/.

[1056] Tal método de decidir a *erweiterte Verfall* quiçá é diverso do que se aplica à perda alargada portuguesa, como será estudado no capítulo seguinte deste trabalho.

[1057] Aludido acórdão do Tribunal Constitucional alemão está disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/ShareDocs/Entscheidungen/DE/2004/01/rs20040114_2bvr056495.html.

Deutsche Mark – DM), que estava depositada em conta bancária do condenado, com a justificativa de que provinha de outros ilícitos típicos de tráfico de drogas possivelmente praticados pelo condenado, mas não elucidados e tampouco objeto de algum processo penal. Para fundamentar a convicção de que os 42.520,18 DM tinham origem atrelada à atividade criminosa de tráfico de drogas, o tribunal apontou que o cidadão condenado possuía renda mensal declarada de cerca de 850 DM, além de despender cerca de 600 DM por mês com o custo do aluguel de um carro, de forma que inexplicável a obtenção e a manutenção daquele valor em sua conta.

Em recurso de revisão, a matéria foi levada ao crivo do Supremo Tribunal alemão, com irresignação pautada na tese de que o confisco ampliado, no caso concreto, violou a presunção de inocência e o direito à propriedade privada, porquanto não provado que os 42.520,18 DM eram vantagens ou produto do crime de tráfico de drogas pelo qual o recorrente foi condenado. O *Budesgerichtshof*, então, refutou a insurgência, concluindo que eventuais dúvidas atinentes à origem da quantia confiscada, mormente se vincada ou não à prática de outras infrações penais ligadas às drogas, poderiam ser dirimidas mediante interpretação conforme a Constituição alemã. O BGH, como fundamentação, anotou que o §73d do *Strafgesetzbuch* possibilita o confisco de determinados bens nas hipóteses autorizadas por lei, desde que o tribunal convença-se plausível a presunção de que procedem da prática de infrações penais ou foram obtidos a partir delas. Para tanto, é necessário que o tribunal resulte com a convicção de que há uma probabilidade muito grande da origem em outras infrações penais, mesmo que não elucidadas e nem imputadas formalmente ao agente condenado por certos crimes. Entrementes, o Supremo Tribunal ressalvou que a incidência do confisco ampliado do §73d do *Strafgesetzbuch*, escorada na suposição de que aludido bem/quantia é vantagem de provável infração penal outra cometida pelo condenado, por conjecturar uma presunção de culpa, trazia (na altura) forte debate doutrinário acerca de sua conformação constitucional. Com efeito, entabulou o BGH que a elementar normativa contida no §73d, sintetizada na expressão "quando as circunstâncias justifiquem a presunção", deve ser interpretada restritivamente, a fim de manter a ferramenta de recuperação de ativos consonante com a Constituição. Daí ter concluído o Supremo Tribunal que, para o tribunal aplicar o confisco ampliado, é imprescindível o alcance de convicção lastreada em prova do processo penal de que o acusado arregimentou o bem/quantia em questão por intermédio de infração penal.

Levado o caso à apreciação do *Bundesverfassungsgericht*, restou prolatado o acórdão BVerfG 2 BvR 564/95, que reconheceu a compatibilidade do confisco ampliado

com a Constituição, refutando o argumento recursal de violação ao princípio da culpa e ao direito de propriedade. Como fundamentação, o Tribunal Constitucional, interpretando profundamente o §73d do *Strafgesetzbuch*, asseverou que a norma ali contida não representa uma pena ou algo similar a uma sanção criminal, pela razão de não imputar ao – já – condenado a prática de outra infração penal, tampouco lhe atribuir novo juízo de culpa. A interpretação "gramatical, sistemática e histórica[1058]" do §73d levou o Tribunal Constitucional a depreender objetivo de regulamentação da propriedade pelo Estado, bem como de estabilização normativa[1059]. Consectário, para o *Bundesverfassungsgericht*, o §73d almeja remediar a ilicitude de uma situação patrimonial que é – supostamente – decorrente do cometimento de infração penal geradora de benefícios econômicos. Não se extrai, do §73d, fins típicos da pena, como censurar, reprovar ou punir um comportamento caracterizador de crime, e sim remediar a perturbação ocasionada ao ordenamento jurídico pelo ganho patrimonial proveniente de uma ação delituosa. O confisco ampliado, assim, intenta evitar, no futuro, a persistência dessa perturbação ao ordenamento jurídico, ocorrida no passado.

Para além da finalidade de estabilização do ordenamento jurídico, o Tribunal Constitucional invocou ao §73d objetivo preventivo, consistente em impedir que as organizações criminosas invistam ganhos patrimoniais derivados de infrações penais em novas ações ilícitas. Estabeleceu, aí, prognóstico de periculosidade da vantagem patrimonial presumivelmente de origem criminosa, dando ao confisco ampliado alemão contornos de medida de segurança. Outrossim, o *Bundesverfassungsgericht* descortinou do §73d fim de prevenção geral complementar ao existente quando da aplicação da pena. Em suma, desenvolveu a tese de que restaria prejudicada a finalidade de prevenção geral da pena se, não obstante aplicada ao condenado, prosseguisse ele com as vantagens obtidas da infração penal. Com outras palavras, o confisco ampliado exerce finalidade de prevenção geral complementar à da sanção criminal, clarificando a "mensagem social" de que a infração penal conduz não apenas à condenação a uma sanção criminal, mas, ainda, à perda das vantagens dela geradas. Nessa moldura, desestimula-se a prática de ilícitos típicos, quer pelo risco da punição, quer pela noção de que o crime não é atividade lucrativa.

[1058] Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 93.

[1059] §60 do acórdão, do qual se transcreve trecho: "o instituto do *erweiterten Verfalls* não entra em conflito com o Princípio da Culpa porque não tem natureza punitiva ou criminal".

Com tal estofo jurídico, o Tribunal Constitucional decidiu pela compatibilidade do §73d do *Strafgesetzbuch* com o princípio da presunção de inocência[1060]. Ao possibilitar ao tribunal o confisco – ampliado – de bens que o condenado presumivelmente obteve com a prática de infrações penais, o §73d não enseja a imputação de novo ilícito típico ao condenado, nem o reconhecimento de novo juízo de culpa. Por isso, o confisco ampliado não é uma pena e nem dela consequência, de modo que sua aplicação, nas hipóteses autorizadas em lei, não malfere a presunção de inocência. Também, o Tribunal Constitucional declarou a compatibilidade da figura do confisco ampliado com o direito de propriedade, na linha de que a vantagem patrimonial de fonte criminosa não se confunde com a propriedade privada lícita; ao contrário, a percepção dessa situação desestabiliza o ordenamento jurídico ao nível da regulação da propriedade privada, cumprindo ao Estado a atuação – como na forma do §73d do *Strafgesetzbuch* – para o fim de remediá-la ou corrigi-la[1061]. Por fim, no corpo do acórdão, o Tribunal Constitucional aduziu que a relativização – ou o alívio – do ônus da prova, embutida na *erweiterte Verfall*, justifica-se no pricípio da proporcionalidade, pelo viés de que a ferramenta agressiva de recuperação de ativos faz frente à criminalidade organizada[1062].

Com clareza, portanto, exsurge do acórdão BVerfG 2 BvR 564/95, de 14 de janeiro de 2004, não somente a declaração de consonância do §73d do *Strafgesetzbuch* com a Constituição alemã (por não violar os princípios da presunção da inocência e da culpa, nem o direito à propriedade privada), mas, na mesma medida, a delimitação da natureza jurídica daquela ferramenta de recuperação de ativos.

5.6.4 Natureza jurídica da perda alargada do §73d do *Strafgesetzbuch*

Como exemplificado no acórdão BVerfG 2 BvR 564/95, o Tribunal Constitucional atribuiu natureza jurídica ao §73d do Código Penal de medida de segurança, visualizando a periculosidade de a vantagem patrimonial supostamente com fonte na atividade criminosa ser utilizada pelo condenado ou o grupo criminoso a que pertence em novas investidas ilícitas. Rechaçada pelo *Bundesverfassungsgericht*, pois, a natureza jurídica de pena (ou

[1060] §§ 82 a 85 do acórdão BVerfG 2 BvR 564/95.
[1061] §§ 86 a 92 do acórdão BVerfG 2 BvR 564/95.
[1062] Trecho sintetizado por MAUGERI, Anna Maria. (A cura di). I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato. In *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Catania: Giuffrè, 2008, p. 84.

dela efeito ou consequência), não obstante ostente o confisco ampliado aspecto de prevenção geral, mas meramente complementar ao adstrito à sanção criminal.

O tema, todavia, não é isento de controvérsias, existindo crítica por parte da doutrina, uma vez que à perda alargada valeria a mesma metamorfose trazida ao §73 pela Lei de 28 de fevereiro de 1992. Nesse modelo, sendo considerada como pena, a perda alargada colocaria em xeque sua constitucionalidade, notadamente pela afronta ao princípio da culpa e à presunção de inocência, porquanto o condenado por um crime, ao sofrer os efeitos patrimoniais para além das vantagens e produtos diretos da infração penal, estaria sendo julgado presumivelmente culpado por outros ilícitos típicos sequer elucidados e nem mesmo objeto de um processo penal[1063].

Embora se possa apontar que o *Bundesverfassungsgericht*, no acórdão BVerfG 2 BvR 564/95, deixou brechas à discussão de tópicos importantes quanto à natureza jurídica do §73d do *Strafgesetzbuch*, entende-se passível de rechaço defini-lo como uma pena ou efeito da pena. É que, com nitidez, evidencia-se que a aplicação do confisco ampliado alemão não denota uma nova imputação de ilícito típico à pessoa já condenado por determinado crime. Também, não implica a concretização de um apenamento. Não há uma presunção de culpa, e menos um apenamento sem culpa malferindo o princípio da inocência. O âmbito da presunção, à semelhança do que ocorre noutras figuras de confisco ampliado (como a perda alargada lusitana), cinge-se à procedência ilícita de bens ou patrimônio de alguém condenado por infração penal que comumente gera lucro, e que não tem uma explicação ou justificativa lícita para a origem desse tanto que possui, sendo certo que não provém de rendimento legal. A condenação anterior é um requisito ou gatilho a que se possa cogitar, teoricamente, a aplicação do confisco ampliado. Com arquitetura assim, é preciso aderir àquele entendimento do Tribunal Constitucional e concluir que o §73d não é uma sanção criminal.

Isso não quer dizer que, automaticamente, anua-se à outra face do entendimento, a saber, de que o confisco ampliado germânico é uma medida de segurança com finalidade de prevenção geral, e, ainda, com o escopo de restabelecer a normalidade do ordenamento jurídico, abalado pela vantagem patrimonial angariada com a prática (suposta) de atividade criminosa.

[1063] Citando esse debate doutrinário, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 285-286.

Numa possível argumentação, é plausível reconhecer na ferramenta do §73d do Código Penal alemão componente de prevenção geral, quiçá complementar ao mesmo efeito proveniente da pena. De fato, o confisco ampliado pode gerar temor a mais em relação à pena, principalmente em se tratando de criminalidade organizada, onde, já visto, muitas vezes a prisão é reputada como um mero risco do negócio. *A contrario sensu*, nesse nicho de criminalidade, é afetada negativamente a finalidade de prevenção geral da pena se, aplicada isoladamente, mantém o condenado (ou a organização criminosa que integra) as vantagens patrimoniais de todas as infrações penais, afora das que porventura esclarecidas e objeto de um processo penal. Com o *plus* preventivo ao nível geral, no sentido de que, independente ou para além da sanção criminal, o agente ou a organização criminosa será tolhido não apenas dos produtos e vantagens diretos das infrações penais, mas, também, de bens ou patrimônio de origem suspeita ou licitamente inexplicável, o próprio aforisma "o crime não compensa" acaba robustecido. Soa correto, enfim, endereçar ao §73d do Código Penal alemão finalidade de prevenção geral que não se confunde com a que ostenta a pena, sendo, pois, em relação a ela, complementar.

Também, é pertinente a menção de que o §73d do *Strafgesetzbuch* tem o objetivo de remediar a ilicitude de uma situação patrimonial que, por presunção fortalecida por provas, tem nascedouro no cometimento de infrações penais resultantes em proveito econômico. Indiretamente, outrossim, admite-se que, com tal escopo, o confisco ampliado presta-se mesmo à regulamentação da propriedade privada pelo Estado, evitando a manutenção de um ganho patrimonial proveniente de atividade criminosa. No ponto, então, o §73d do *Strafgesetzbuch* bem se encaixa em uma "medida" que, concomitantemente, visa à estabilização normativa, afetada pela situação patrimonial suspeita e licitamente injustificável revelada, e ao próprio regramento feito pelo Estado atinente ao direito à propriedade privada. E de lembrar que a perda alargada como uma "medida" é argumento forte que encontra eco na doutrina fora da Alemanha, tendo por alvo instrumentos de confisco ampliado por todo lado.

Tópico mais complexo, todavia, é o acato do entendimento do *Bundesverfassungsgericht* de que o confisco ampliado do §73d aproxima-se de uma medida de segurança, igualmente com o viés preventivo de tolher das organizações criminosas a possibilidade de aproveitamento das presumidas vantagens de infrações penais em novas atividades delituosas – residindo, aí, a periculosidade dessas vantagens. A despeito de, em tese, o argumento ser potencialmente correto, na mesma medida pode ser objetado quando não houver evidência de que o agente condenado integre organização

criminosa, ou, sozinho, venha a persistir na empreitada criminosa. Também, não é de todo descartável a conjectura de que a vantagem ou o patrimônio inexplicável ou incongruente com os rendimentos lícitos do condenado possa ser utilizado licitamente por ele – após o cumprimento da pena, se for o caso. Ou seja, a aceitação de que o §73d apresenta, nalguma medida, natureza jurídica de medida de segurança parece exigir a vinculação da infração penal objeto do processo penal e em relação à qual se formou o juízo de culpa com a atuação de organização criminosa ou criminalidade organizada – como, exemplificativamente, prevê o artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal.

Em conclusão, pondera-se adequado atribuir ao §73d do *Strafgesetzbuch* natureza jurídica de uma medida com objetivos de prevenção geral e para a estabilização normativa no campo do regramento do direito à propriedade privada pelo Estado.

5.7 O confisco ampliado na Holanda

Os Países Baixos, atualmente, não contam em sua legislação com mecanismo de perda alargada idêntico às figuras existentes em Portugal, na Espanha ou na Itália, e sim com instrumento de confisco ampliado semelhante ao *criminal confiscation* do Reino Unido.

Fazendo brevíssimo retrocesso histórico, no ano de 1983, houve na Holanda a introdução da *Wet Vermogenssancties*, legislação sobre sanções patrimoniais que permitia a privação ao condenado dos produtos do crime.

Uma década depois, em 1º de março de 1993, passou a ter vigência a Lei de 10 de dezembro de 1992, preconizando a possibilidade de extensão da aplicação de medidas de privação de produtos e vantagens de crimes, além de outras sanções de natureza patrimonial. Como importante alteração criada em relação à lei de 1983, o novo diploma, já com traço similar ao que verificado no Reino Unido, separou o procedimento em que discutida e julgada a perda das vantagens do crime do processo penal substantivo, atinente ao correlato ilícito típico, tendo como um dos motivos exatamente evitar o alongamento da fase em que julgada a culpa.

No procedimento autônomo gerado pela Lei de 10 de dezembro de 1992, ao juiz foi dada a competência para aplicar uma ordem de confisco com respaldo no artigo 36e do Código Penal holandês (*Wetboek van Strafrecht*). Tal norma, grosso modo, permite, a pedido da acusação, que o juiz profira decisão distinta – para além – da condenatória pelo

crime cometido, para o fim de impor ao condenado o pagamento em dinheiro ao Estado do valor equivalente ao que supostamente obteve como vantagem pela atividade ilícita, englobando o delito cometido e provado no processo penal, e eventuais outros, similares[1064]. Aí, portanto, naquela legislação, havia espaço à presunção, consubstanciada em indícios da prática de outros ilícitos típicos, dos quais o condenado teria materializado vantagem patrimonial. Com efeito, cumpria ao juiz, na hipótese, estipular o valor que reputava condizente com a presumida vantagem da atividade criminosa, impondo ao condenado ordem de pagamento em valor.

Ainda, pela legislação de 10 de dezembro de 1992, o procedimento em que aplicado o confisco ampliado tinha regramento nos artigos 511b a 511i do Código de Processo Penal, e, como apontado, tramitava posteriormente e em decorrência do processo em que apurada e julgada a culpa do condenado. À semelhança do *criminal confiscation* do Reino Unido, o procedimento de confisco de 1992 era coincidente com a fase de aplicação da pena. E, também parecido com o congênere britânico, no procedimento não havia qualquer nova imputação ou responsabilização do condenado por outra infração penal, e sim apenas a determinação da perda do valor equivalente ao que o juiz, a pedido da acusação, supunha vantagem da atividade criminosa. Com essa moldura, a ferramenta – da época – de confisco ampliado tinha por objetivo, basicamente, remediar uma situação ilegal e gerar efeito de prevenção geral, sintetizado pelo risco da perda das vantagens da atividade criminosa[1065].

Passada uma década, a Lei de 1º de setembro de 2003 trouxe algumas mudanças ao diploma de 1º de março de 1993, mas sem alterar, em essência, a possibilidade de o tribunal, atendendo requerimento da acusação, e a título de confisco ampliado, condenar o agente ao pagamento de valor para o fim de privá-lo das vantagens da atividade criminosa em que compreendida a infração penal. A Lei de 1º de setembro de 2003 fez prever que aludido pagamento, como espécie de confisco, pode ser imposto ao condenado quando demonstrado que as vantagens são originárias do crime objeto do processo, ou de infrações penais semelhantes, ou, ainda, de infrações penais puníveis com multa do 5º grau, desde que, nesta hipótese, esclareçam-se indícios suficientes de terem sido praticadas pelo

[1064] O artigo 36e, parágrafo 2º, do Código Penal holandês, estipula o conceito de delito ou delitos similares, ligando-os a infrações penais de natureza semelhante à apurada e resultante na condenação no processo penal do caso concreto – como, p. ex., tráfico de drogas, fraudes e delitos contra o patrimônio.

[1065] Vide BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 89.

condenado, de acordo com o artigo 36e do *Wetboek van Strafrecht*. Neste último caso, havendo indicativos de que a vantagem obtida supera o patamar de 12.000 euros, é desencadeada investigação financeira autônoma ao processo penal, resultando o decreto de perda se dessa investigação surtir a conclusão de ser plausível a prática de outros ilícitos típicos pelo agente, dos quais supostamente oriundas as vantagens (artigo 36e, n.º 3, do Código Penal holandês). Até por conta da plausibilidade exigida – e não de uma certeza –, é prescindível que a investigação financeira clarifique que o condenado cometeu ou concorreu a outras infrações penais, que nem mesmo precisam ser perfeitamente delimitadas, sendo suficiente, para que tenha espaço a presunção de ganho ilícito, a ausência de demonstração da origem lícita dos bens ou patrimônio do condenado.

A Lei de 1º de setembro de 2003 manteve àquela ferramenta agressiva de recuperação de ativos a similitude com o *criminal confiscation* britânico (e a diferença com os instrumentos de perda alargada previstos em Portugal, Espanha e Itália), ao assegurar que a obrigação de pagamento, imposta pelo tribunal no procedimento posterior ao processo penal em que reconhecida a culpa e firmada a condenação, pode dar lugar a uma medida de detenção por prazo máximo de três anos, salvo se provada a impossibilidade do condenado. Outrossim, noutro aspecto distinto da perda alargada lusitana, mas próximo da *erweiterte Verfall* alemã, a ferramenta legal holandesa não limita, expressamente, um lapso temporal para trás de alcance, tocando ao tribunal estipular o período em que, presumivelmente, o condenado obteve vantagem ilícita.

5.7.1 A natureza jurídica do confisco ampliado holandês

Com essas conformações, mantido um núcleo duro nas sucessivas legislações, pode-se especular que a natureza jurídica dos instrumentos de perda de vantagens na Holanda, nalguma maneira, aproxima-se de pena. Não tanto pela imposição de pagamento ao condenado (o que, por um lado, pode ser similar à sanção criminal de multa; mas, por outro, pode muito bem apenas dimensionar o *quantum* da perda, à semelhança da perda alargada de Portugal), e sim, principalmente, pela existência de verdadeira figura de conversão do pagamento em detenção. Se o não pagamento resulta privação de liberdade, ainda que por período inferior ao da sanção cominada à infração penal, soa intuitiva a definição como uma pena.

É bem verdade, noutro tanto, que a ilisão da detenção pela impossibilidade de pagamento, mais o fato da decorrência de sua imposição como fruto de uma investigação

financeira autônoma e posterior ao processo penal, são elementos que afastam a natureza penal da medida que ainda hoje vige. Além disso, muito da fundamentação abarcada pelo TEDH no acórdão Phillips contra o Reino Unido[1066] e deste então, mais o entendimento doutrinário lá corrente (embora não unânime), servem, por via transversal, dadas as compatibilidades das ferramentas, à linha de distanciamento do confisco ampliado da Holanda de uma verdadeira sanção criminal.

Não fosse o suficiente a interpretação emprestada do *criminal confiscation* britânica, o próprio confisco ampliado da Holanda foi objeto de debate e estudo, inclusive no que toca à sua natureza jurídica, pelo TEDH.

5.7.1.1 A natureza jurídica do confisco ampliado holandês pela ótica do TEDH

No acórdão *Harry Van Offeren versus Netherlands*[1067], julgado de 5 de julho de 2005, o TEDH apreciou recurso do nominado indivíduo, condenado por crimes ligados ao tráfico de drogas, consistentes no transporte de cocaína, na posse de cerca de 640g dessa droga e de substância utilizada para diluí-la. Após a condenação, o tribunal aplicou a *Van Offeren* a pena de quatro anos e seis meses de prisão, e deu início ao procedimento para a incidência do pagamento de determinada quantia em dinheiro, com amparo na ferramenta de confisco ampliado do artigo 36e do Código Penal, o que culminou concretizado. Detalhe do caso reside na observação de que *Van Offeren*, a despeito de condenado por infrações penais de tráfico de drogas, restou absolvido pelo tribunal holandês quanto a outras imputações, pela acusação de ilícitos típicos semelhantes. A partir desse panorama fático e jurídico, superadas as instâncias judiciais da Holanda, *Van Offeren* recorreu ao TEDH, invocando violação ao artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, com o argumento de que sua condenação ao pagamento de valor, advinda da ferramenta de confisco ampliado e com substrato na presunção de que cometidas por ele outras infrações penais, teve por base exatamente os ilícitos típicos pelos quais sofreu imputação em outros processos, mas, ao fecho definitivo deles, resultou absolvido. Com outros termos, *Van Offeren* escudou-se na tese de que no procedimento posterior ao processo penal em que condenado (não se insurgindo quanto à condenação, tampouco a qualquer violação de garantia naquele momento processual de formação da culpa), o tribunal malferiu a presunção de inocência, uma vez que lhe imputou e condenou pela prática de infrações penais em relação às quais

[1066] Analisado no item 4.1.2 desta tese.
[1067] Disponível em http://echr.ketse.com/doc/19581.04-en-20050705/view/.

já havia sido processado e absolvido, daí sobrando ordem de pagamento de quantia equivalente ao que supostamente arregimentou como vantagem dessas infrações.

O TEDH, na trilha do que adotado em outros julgamentos de ferramentas agressivas de confisco[1068], aduziu seus conhecidos três critérios para a finalidade de definir se o correlato procedimento de aplicação espelha uma nova imputação por ilícito típico: classificação no direito nacional; natureza; e tipo e gravidade da consequência imposta ao recorrente.

Atinente à classificação no direito nacional, o TEDH aludiu que, desde a legislação vigente em março de 1993 (Lei de 10 de dezembro de 1992), houve a separação entre o processo penal e o procedimento em que potencialmente incidente a perda das vantagens do crime, com fulcro no artigo 36e do Código Penal. Porém, a despeito da ruptura, o procedimento de confisco prosseguiu vincado ao processo, tanto que dele decorrente, inclusive havendo coincidência com o momento de aplicação da pena advinda da condenação lá decidida. Essas características, pela ótica do TEDH, fazem do procedimento de confisco uma parte da fase de fixação da pena, intrinsecamente atrelada ao processo penal. Concernente aos demais critérios, o TEDH apontou que, no procedimento de confisco, a acusação atribui ao condenado vantagem estimada pelo crime que cometeu e/ou por outros similares, mesmo que em relação a estes não haja apuração e muito menos reconhecimento de culpa. A partir daí, e com lastro numa presunção de efetiva vantagem, toca ao condenado demonstrar, na seara das probabilidades, que os benefícios intitulados produtos de crimes com estes não têm pertinência – ou, melhor, que têm fonte outra.

Com efeito, seguindo a fundamentação plasmada em Phillips contra o Reino Unido, o TEDH acabou por concluir, no ponto, que o tribunal holandês, ao fazer incidir ao já condenado – no processo penal prévio – pagamento em dinheiro ao Estado como confisco pela suposta vantagem da atividade ilícita, não lhe trouxe nova imputação ou condenou-o por outra infração penal, inexistindo mácula à presunção de inocência.

Assim, em *Harry Van Offeren versus Netherlands*, julgou o TEDH que o confisco ampliado do artigo 36e do Código Penal holandês, a despeito de ser decidido em procedimento análogo ao da fixação da sanção criminal ou da imposição de multa, não ostenta natureza jurídica de pena, não havendo, por conseguinte, na sua aplicação, afronta ao artigo 6.º. n.º 2, da CEDH.

[1068] Como em *Welch versus the United Kingdom* ou em *Phillips versus United Kingdom*, ambos adrede estudados.

Não se ignora que, no acórdão *Geerings versus Netherlands*, a decisão do TEDH foi em sentido diverso, com o reconhecimento de violação à presunção de inocência pela aplicação do confisco ampliado do artigo 36e do Código Penal holandês. No entanto, aludido caso teve contornos diversos das situações levadas àquele tribunal em *Harry Van Offeren versus Netherlands* e, mesmo, em *Phillips versus United Kingdom*. Nestes acórdãos, como pontos coincidentes, o TEDH deparou-se com as circunstâncias de Van Offeren e Phillips: a) terem sido condenados por crimes ligados ao tráfico de drogas; b) permanecerem suspeitos da prática de outras infrações criminais semelhantes; c) haverem obtido bens de procedência não esclarecida; e d) não lograrem explicar a origem de tais bens. Daí que, em ambos os casos, o TEDH chancelou plausível terem os tribunais de apelação da Holanda e do Reino Unido acatado a presunção de que tanto Van Offeren como Phillips angariaram vantagens pela atividade criminal (abarcando os crimes pelos quais condenados e/ou outros), condenando-os ao pagamento de valores àqueles Estados pelos instrumentos legais de confisco ampliado.

Já em *Geerings versus Netherlands*[1069], foram ao TEDH contingências um tanto diferentes. Geerings, primeiramente, em 20 de maio de 1998, foi condenado por um tribunal holandês pela prática de vários crimes de roubo (de caminhões e de suas cargas), consumados e tentados, de receptação e de integrar um grupo criminoso, sofrendo pena de cinco anos de prisão. Depois, em 29 de janeiro de 1999, o Tribunal de Apelação reformou a sentença, absolvendo Geerings por falta de provas em relação à maioria dos crimes a ele atribuídos, mantendo-o condenado apenas pelo cometimento de uma subtração de um caminhão com reboque e pela receptação de algumas mercadorias. Pela condenação, o Tribunal de Apelação aplicou a Geerings uma pena de trinta e seis meses de prisão, com parte (doze meses) suspensa mediante período de dois anos de liberdade vigiada. Na sequência, em 30 de março de 2001, após cursivo de procedimento de confisco, o mesmo Tribunal de Apelação ordenou a Geerings o pagamento do montante de 147.493 florins holandeses (equivalentes, na época, a quase 67.000 euros), em virtude das supostas vantagens por ele obtidas com os crimes pelos quais foi condenado. Isto é, mesmo tendo o Tribunal de Apelação absolvido Geerings pelo cometimento da maior parte das infrações penais, aduziu, ao depois, no procedimento de aplicação de confisco, haver fortes indícios (ou elementos sólidos) de sua prática e da geração de vantagens, suficientes para a imposição do pagamento da quantia de 147.493 florins holandeses. Outrossim, o Tribunal de Apelação cominou, para o caso de inadimplência, a submissão de Geerings a 490 dias

[1069] Acórdão n.º 30810/03, disponível em http://rm.coe.int.

de prisão. Tal decisão restou mantida, posteriormente, pelo Tribunal de Cassação holandês, tendo Geerings formalizado acordo com as autoridades holandesas, restando obrigado ao pagamento de 10.000 euros de forma imediata, e o restante em parcelas mensais de 150 euros.

Ainda que alcançado o acordo, Geerings recorreu ao TEDH, com o argumento primordial de violação ao princípio da presunção de inocência, já que a ordem de pagamento – pelas supostas vantagens de prováveis ilícitos típicos – teve por nascedouro os delitos pelos quais sobrou absolvido pelo Tribunal de Apelação. Ou seja, no seu discurso defensivo, Geerings advogou que o Tribunal de Apelação, ao reconhecer a existência de indícios suficientes da prática de crimes, impondo-lhe consectária obrigação de pagamento, na verdade declarou sua culpa, paradoxalmente, pelas infrações penais pelas quais havia sido absolvido. Além disso, sustentou Geerings que em nenhum momento, seja no processo penal, seja no procedimento de aplicação do confisco, foi encontrada em sua posse qualquer bem de origem desconhecida.

Com tal panorama fático, o TEDH, como não poderia deixar de ser, verificou significativas diferenças em comparação com os casos Van Offeren e Phillips. Em síntese, levou em conta que, de fato, durante o procedimento que deu lastro à imposição do pagamento de 147.493 florins holandeses, em nenhum momento clarificou-se que Geerings tivesse em sua posse bem de procedência inexplicável. Só por isso, pondera-se, já se teria argumento a fulminar a ordem de confisco aplicada pelo Tribunal de Apelação, pois inexistente o soalho à sua cogitação em tese. A ferramenta de confisco ampliado dos Países Baixos, como ocorre por todo lado, exige minimamente a demonstração de que o condenado por determinados crimes tenha possuído, nalgum momento, bem ou patrimônio sem uma origem clara. Não havendo essa demonstração, não se materializa o primeiro pilar a dar azo, se agregados outros requisitos, à conjectura daquela ferramenta de confisco. Com tais dados, evidenciadores da ausência de substrato fático, o TEDH decidiu que o confisco, imposto em decorrência de uma condenação, é inadequado para ativos que não foram localizados (ou, ao menos, não houve prova mínima nesse sentido) na posse da pessoa-alvo.

Ao lado disso, e aqui já como matéria de direito, sopesou o TEDH a circunstância de o Tribunal de Apelação ter determinado o confisco pelas supostas vantagens – nunca aparecidas – que Geerings teria angariado dos ilícitos típicos pelos quais foi absolvido pelo mesmo tribunal. Nessa arquitetura, segundo o TEDH, a prévia sentença absolutória obsta se possa considerar o arguido suspeito da prática dos crimes a ele imputados e pelos quais,

ao fim do processo penal, restou absolvido. Como corolário dessa fundamentação, para o TEDH, o Tribunal de Apelação, ao determinar o confisco ampliado de valor equivalente a bens não identificados na posse do arguido, e tendo como pano de fundo a suspeita do cometimento de ilícitos típicos pelos quais houve a imputação e a absolvição, acabou por presumir a culpa de Geerings, em afronta ao artigo 6.º, n. 2, da CEDH.

A despeito de, no caso, ter havido a condenação de Geerings por crimes de subtração e receptação, o que, ao menos em tese, perfectibilizaria o requisito prévio da condenação para autorizar a instauração do procedimento de confisco alargado, não deixa de ser instigante a tese seguida pelo TEDH, da inadequação do confisco no caso concreto. Ao que parece, a tese mais se apegou a uma interpretação da presunção de inocência do artigo 6.º, n. 2, da CEDH, no viés de que, uma vez absolvido o arguido da imputação do ilícito típico, inviável, ao depois, aduzi-lo suspeito de ter praticado a infração penal para o fim de conceber a aplicação do confisco ampliado – mediante pagamento de valor correspondente ao benefício ilícito aproveitado. É instigante porque, não houvesse a acusação e a imputação a Geerings do cometimento de ilícitos típicos de roubo, permanecendo no campo da mera suspeita, insuficiente a que fosse contra ele instaurado processo penal, quiçá tais infrações pudessem ser, ao depois, quando condenado por subtração e receptação, utilizadas para rechear a presunção da prática de outras infrações e pelas quais Geerings teria alcançado vantagens, dando guarida ao confisco ampliado. Sabe-se, a suspeita que leva a uma acusação formal, com a constituição como arguido, é mais consistente do que uma conjectura que nem a isso se presta. Pois, na espécie, o TEDH considerou a "suspeita consistente" (que pode apenas não ter redundando condenação pela dúvida razoável que sustenta o princípio do *in dubio pro reo*) aquém de respaldar o procedimento e a efetiva aplicação do confisco.

Digressão à parte, o resultado do acórdão *Geerings versus Netherlands*, com a decisão de que a ordem de pagamento, no caso concreto, implicou-lhe presunção de culpa, não significa, de nenhuma maneira, extensão àquela modalidade de confisco ampliado (em tese). Apenas, da forma como aplicado, sem a demonstração de que Geerings tenha auferido algum benefício de fonte inexplicada em certo momento, e vincando a suspeita do cometimento de outras infrações penais exatamente àquelas pelas quais Geerings foi acusado e absolvido, é que o TEDH considerou maculado o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH.

5.7.2 Conclusão acerca da natureza jurídica do confisco ampliado holandês

Na linha do que se extrai das decisões do TEDH, pode-se conceber a natureza jurídica do confisco ampliado da Holanda em tudo similar à atribuída ao *criminal confiscation* do Reino Unido.

Se, no passado, notadamente no período prévio ao acórdão Phillips contra o Reino Unido, tal definição aproximou-se de pena, pela vinculação a uma condenação criminal, pelo momento em que decidida e aplicada, e pela existência da possibilidade de conversão, gradativamente houve o distanciamento da aceitação dessa natureza jurídica. Após o TEDH proferir o acórdão Phillips contra o Reino Unido, e sedimentado que a prisão, na espécie, tem tão somente força coercitiva patrimonial – já que a impossibilidade de pagamento a impede, além da evidência de que a imposição dá-se em meio a uma investigação financeira autônoma, separada e posterior ao processo penal –, ganhou impulso a negação da ferramenta de recuperação de ativos holandesa como uma sanção criminal.

E, se o paralelo correto remete ao *criminal confiscation* britânico, a conclusão que remanesce, tal qual verificado pelo TEDH com a *confiscation order*, é a de que o artigo 36e do Código Penal holandês prevê modalidade de confisco ampliado como uma penalidade, mas sem natureza jurídica de pena.

5.8 A perda alargada no Brasil: ainda uma hipótese

O Brasil ainda carece de ferramenta legal mais musculosa de recuperação de ativos da criminalidade organizada. Esse atraso em relação a tantos outros Estados de Direito com sistemas *civil law* e *common law* é de todo injustificável: como visto, existe multiplicidade de exemplos de instrumentos de confisco ampliado, procedimentos *in rem* e outras formas mais agressivas de ataque aos ativos do crime organizado, espalhados e já utilizados, há largo tempo, por todo lado. Ou seja, sequer há escusa da ausência de parâmetros ou experiências noutros países. E a história brasileira demonstra a contumácia de episódios em que legislações estrangeiras inspiraram fortemente diplomas nacionais – apenas para citar dois exemplos, o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Penal de 1941 foram concebidos a partir, respectivamente, do Código Civil francês de 1804 (Code *Napoléon* ou *Code Civil*) e do Código de Processo Penal italiano de 1930 (*Codice Rocco*).

A ausência de justificativa para tal retardo[1070] agrava-se em vista da notória e recorrente atuação de organizações criminosas das mais variadas estirpes em terras brasileiras. O cotidiano atual brasileiro, convivente em tempo integral com as ações de organizações criminosas como o violento Primeiro Comando da Capital (PCC) ou as responsáveis pelos desvios de bilhões de reais em verbas públicas, investigadas nas fases da Operação Lava Jato[1071], torna premente a inserção no ordenamento legal e a utilização efetiva de mecanismos mais contundentes de recuperação de ativos.

O legislador brasileiro, no entanto, segue tratando essa matéria como um tabu[1072], por déficit de conhecimento, por conveniências políticas ou até mesmo como mecanismo de autodefesa[1073]. Enfim, a verdade é que, já há algum tempo, vêm sendo perdidas oportunidades para o *debut* de ferramenta mais agressiva de recuperação de ativos da criminalidade organizada na legislação brasileira.

5.8.1 Moderna legislação positivada no campo da criminalidade organizada: algumas oportunidades perdidas

Até para clarificar que a assertiva acima é, de fato, verdadeira, pertinente recortar o que há de mais atual na legislação brasileira no que toca (ou no que se aproxima) à recuperação de ativos em sua acepção moderna. Isto é, algo além dos instrumentos clássicos de perda dos instrumentos e das vantagens do crime, como os efeitos genéricos e específicos da sentença condenatória discorridos no artigo 91, inciso II, do Código Penal brasileiro[1074], cuja maior mudança recente localiza-se na possibilidade da perda de bens ou

[1070] Compartilham dessa visão LINHARES, Sólon Cícero. *Confisco de bens – Uma medida penal com efeitos civis contra a corrupção sistêmica*, 1.ª ed., São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2016., p. 164, e ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 203.

[1071] Descritas no item 1.4.1 deste trabalho.

[1072] Talvez pelo receio de que a perda alargada possa significar uma mudança de paradigma no direito penal brasileiro, como defende CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Perda alargada: mudança de paradigma no Direito Penal brasileiro. In AVILA, Gustavo Noronha de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de. *Processo Penal e Constituição.* XXV Encontro Nacional do Conpedi – Brasília/DF. Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 169.

[1073] Permite-se tal elocubração devido ao elevado número de parlamentares (deputados federais e senadores) envolvidos, investigados, processados e até condenados por infrações penais ligadas a atos de corrupção, como tem evidenciado, notadamente, a Operação Lava Jato e seus desdobramentos. Segundo notícia do site Revista Congresso em Foco, de 27 de julho de 2017, havia 238 deputados federais e senadores da anterior legislatura (2015-2018) que respondiam a algum procedimento investigatório no Supremo Tribunal Federal. Notícia disponível em http://www.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/quem-sao-e-o-que-dizem-os-238-deputados-e-senadores-investigados-no-stf/.

[1074] Art. 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que

valores – de origem lícita – em equivalência ao proveito do crime, quando este não encontrado (artigo 91, parágrafo 1º[1075], idem).

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, em flagrante evolução à Lei nº 9.034/1995 (por aquela revogada expressamente), trouxe o avanço de definir o conceito de organização criminosa (artigo 1º, parágrafo 1º[1076]) e criar tipos penais relativos à integração e à participação em grupos com tais características (artigo 2º), incluindo atos de suporte ou preparatórios a organizações terroristas (artigo 1º, parágrafo 2º, inciso II[1077]). Ainda, dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova (artigo 3º, incisos I a VIII[1078]), e o procedimento criminal a ser aplicado diante de atividade de organização criminosa (artigo 22[1079]).

Ao insculpir o diploma legal[1080], percebe-se houve preocupação pontual do legislador quanto ao produto das ações das organizações criminosas, como, por exemplo, ao prever como causa de aumento de pena "se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior" (artigo 2º, parágrafo 4º, inciso III), e ao estabelecer como hipótese de colaboração premiada (ensejando perdão judicial, redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restrição de

---

constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Os instrumentos clássicos de confisco do Código Penal brasileiro foram analisados em detalhes no item 2.2.6 desta tese.

[1075] "§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior". O parágrafo 2º assegura a viabilidade de medidas assecuratórias (previstas na legislação processual) abrangerem esses bens ou valores equivalentes para posterior decretação de perda. Já os dispositivos processuais penais que regulam as situações de perda – dos instrumentos e vantagens do crime – e de restituição de bens, valores e coisas apreendidas, constam nos artigos 119 a 124 do Código de Processo Penal, incluindo a previsão de incidente, apartado do processo principal, em havendo dúvida sobre a propriedade do que é reclamado (artigo 120, parágrafos 1º a 5º, do diploma processual).

[1076] "Considera-se organização criminosa a associação, de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional". A bem da verdade, a Lei nº 12.850/2013 adotou a definição dada no artigo 2º da Lei nº 12.694/2012 ("para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional"), com mínimas alterações.

[1077] Com redação dada pela Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016, que define terrorismo, as correlatas infrações penais e organização terrorista.

[1078] Expressamente: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração, por policiais, em atividade de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

[1079] Também quanto ao procedimento criminal dos crimes praticados por organizações criminosas, a Lei nº 12.694/2012 já possibilitava ao juiz a formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual.

[1080] Que, pode-se cotejar, em alguns tópicos se assemelha à portuguesa Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

direitos) o resultado da "recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa" (artigo 4º, inciso IV).

Porém, as disposições tendentes ao incremento da busca dos ativos das organizações criminosas pararam por aí, olvidando-se de ferramenta mais agressiva como o confisco ampliado[1081] ou a *actio in rem*.

Também relativamente recente, a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, igualmente voltada a tópicos de enfrentamento das organizações criminosas, não destoou da timidez na seara da recuperação de ativos. Como contributo na área, limitou-se, em seu artigo 2º, a acrescentar os aludidos parágrafos 1º[1082] e 2º[1083] ao artigo 91 do Código Penal, que mais se atêm à faculdade de o juiz determinar a perda de bens substitutos ou equivalentes ao produto ou proveito do crime, sendo, portanto, meras variantes dos instrumentos clássicos de confisco. Esse mesmo diploma, em seu artigo 5º, trouxe alterações ao Código de Processo Penal (inseriu o artigo 144-A), tão somente quanto à alienação antecipada de bens, voltada à sua preservação, sem inovar no campo de recuperação de ativos em si.

De dias antes, a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, foi outra em que se perdeu a oportunidade do aparecimento de ferramenta musculosa de recuperação de ativos no Brasil. Essa normativa alterou substancialmente a Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de "lavagem de dinheiro" ou ocultação de bens, direitos e valores. Para exemplificar, a Lei nº 12.683/2012 ampliou a definição de lavagem de dinheiro, passando a abranger a ocultação ou dissimulação da "natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal" (artigo 1º, caput, da Lei nº 9.613/98), alcançando, dessa forma, as contravenções penais – quando, na redação original, havia a restrição literal de "crime" como antecedente à lavagem de dinheiro. Igualmente ostentando política criminal de viés mais contundente, a Lei nº 12.683/2012 retirou o catálogo de crimes[1084] até então previsto nos incisos I a VIII do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, fulminando a limitação das infrações penais antecedentes à lavagem de dinheiro, e estendeu hipóteses de tipificação

[1081] Ainda para ilustrar o anacronismo brasileiro, lembra-se que em Portugal, desde 2002, a infração penal de associação criminosa consta no catálogo da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro (artigo 1º, letra "j"), ensejando a perda alargada ao condenado.

[1082] "Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior".

[1083] "Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda".

[1084] Que listava os seguintes ilícitos típicos: tráfico de drogas; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas; extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa; e praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

penal[1085].

Contudo, no sítio da recuperação de ativos, seguiu-se a escassez verificada na legislação brasileira. Numa síntese, na formatação da Lei nº 12.683/2012, o parlamento não ousou ir além de estampar a "localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime" como resultado passível de redução de pena por colaboração espontânea do réu (artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 9.613/98), ou de possibilitar a adoção de "medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes" (artigo 4º, idem), ou, ainda, de o juiz manter "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", mesmo que de fonte lícita (artigo 4º, parágrafo 2º), exigindo-se, para a liberação de bens, o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa (parágrafo 3º). O legislador chegou a inserir, no procedimento afeito à alienação antecipada de bens (artigo 4º-A da Lei nº 9.613/98), a previsão de autuação em apartado e com tramitação separada do processo principal (como ocorre em algumas espécies de ferramentas de recuperação de ativos); outrossim, aditou como efeito da condenação a perda "de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos na Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé" (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98); e insculpiu medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes de lavagem de dinheiro praticados no estrangeiro (artigo 8º). Mas aí se conteve.

Em suma, embora com alguma diversidade de ritos e requisitos (alguns gravosos ao réu, como a imposição de comparecimento para postular devolução, e a retenção de bens e valores de origem lícita como "compensação" ao proveito do delito, ou para pagar multas, prestações pecuniárias e custas do processo), o cerne é que o foco manteve-se sempre nos "clássicos" produtos, instrumentos e vantagens da infração penal, nada havendo de novo na esteira dos modernos meios de recuperação de ativos[1086].

[1085] Como no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, que passou a prever como crime utilizar, "na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal", com a supressão da expressão "de que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo".

[1086] Para ser rigorosamente fiel ao texto atual da Lei nº 9.613/98, definido pela Lei nº 12.683/2012, aponta-se que, por via transversa, o legislador fez prever hipótese inusitada de perda alargada, consistente na "perda dos bens não reclamados no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé" (artigo 4º-A, parágrafo 10º, inciso III, da Lei nº 9.613/98). Diz-se inusitada porque a "perda alargada", aqui, demanda a constrição "a mais" do patrimônio do réu (isto é, de bens ou valores, mesmo que de fonte lícita, estimados acima do proveito do crime) e a inércia

Igualmente como oportunidade perdida pelo legislador brasileiro, pode ser citada a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013[1087] (regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015), em que seria viável o cotejo do confisco ampliado ou de ação *in rem* quando da responsabilização administrativa[1088] e civil[1089] da pessoa jurídica, desde que concomitante à condenação criminal dos indivíduos[1090] que dela se serviram para a prática de atos[1091] contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Pondera-se que a previsão das sanções administrativas e civis (dentre as quais, explicitamente, a perda de bens) à pessoa jurídica (comumente utilizada por organizações criminosas para lavagem de dinheiro e dissimulação dos ativos da criminalidade) reforça a viabilidade, por exemplo, de que houvesse a imposição de confisco ampliado à pessoa física (mormente aos dirigentes e administradores – de direito ou de fato) condenada por crime cometido (ao depois apurado – artigo 15) nas circunstâncias descritas no artigo 5º da mesma lei. E plausível que contemplasse instrumento de *actio in rem*, aplicável como desdobramento da mencionada

---

deste (ou de terceiro) quanto a vindicar devolução, após a sentença condenatória, por período superior a 90 dias. Nada próximo, pois, do instrumento da perda alargada, pois o confisco para além do proveito do crime não se dá por presunção alguma, e sim pela soma da constrição "a maior" com a desídia do condenado em reivindicar a restituição do excesso constrito.

[1087] Que, conforme seu artigo 1º, "dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira". Também reza que "a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito" (artigo 3º, caput), assegurando a independência dessa responsabilização quanto aos indivíduos eventualmente também responsabilizados – que, incluindo os administradores, somente o serão na medida da sua culpabilidade (parágrafos 1º e 2º do artigo 3º).

[1088] Sanções administrativas trazidas pelo artigo 6º, incisos I e II, compreendendo multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica, e nunca inferior à vantagem auferida, quando possível a estimação, além de publicação extraordinária da decisão condenatória. A lei ainda prevê a possibilidade de "desconsideração da personalidade jurídica" se "utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa" (artigo 14).

[1089] Esse modo de responsabilização, também pela prática de atos previstos no art. 5º, reclama tramitação pela via judicial, com iniciativa do Estado ou do Ministério Público (artigo 19), podendo resultar o "perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé"; "suspensão ou interdição parcial de suas atividades", "dissolução compulsória da pessoa jurídica"; "proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos" (incisos I a IV do artigo 19). Pondera-se que a previsão das sanções administrativas e civis reforça a viabilidade, por exemplo, da imposição de confisco ampliado à pessoa física condenada por crime cometido (ao depois apurado – artigo 15) nas circunstâncias descritas no artigo 5º da mesma lei.

[1090] Frise-se que a Lei nº 12.846/2013 refere a independência entre as responsabilizações das pessoas jurídica e física; mas, para a cogitação dos instrumentos agressivos de recuperação de ativos no corpo dessa lei, seria imprescindível restringi-los a hipóteses em que houvesse a concomitante condenação criminal (responsabilização individual) de agente que utilizou da pessoa jurídica para o ato contra a administração pública, e dele (necessariamente, uma infração penal) angariou vantagem econômica.

[1091] Previstos nos incisos I a V do artigo 5º, os quais, em regra, também tipificam infrações penais, constantes no Código Penal ou em leis extravagantes.

busca da responsabilização civil da pessoa jurídica, tendo por foco eventuais bens sem proprietário certo, ou nome de terceiro, com indícios de que ligado a ação, por exemplo, de dirigente ou administrador, descrita no artigo 5º.

Nem mesmo na Lei 13.260, de 16 de março de 2016, que disciplina as infrações penais, as disposições investigatórias e processuais atinentes ao terrorismo[1092], o legislador brasileiro permitiu-se ousar um tanto mais no ataque aos ativos das organizações criminosas/terroristas. Pelo artigo 12, *caput*, pode o juiz, atendendo pedido do Ministério Público ou representação do delegado de polícia, havendo indícios do cometimento de infração penal vincada ao terrorismo[1093], decretar medidas assecuratórias de bens, direitos e valores do investigado ou acusado (e, inclusive, por intermédio de terceiros) "que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei". De modo que, mesmo em situações de terrorismo, ainda se restringe o Estado brasileiro à cominação da perda clássica de bens. De atentar que, conforme o artigo 12, parágrafo 2.º, o juiz deve determinar a liberação dos bens (direitos e valores) alvos de medidas assecuratórias "quando comprovada a licitude de sua origem e destinação, 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". Isto é, a prova da licitude da origem e da destinação, mais o comparecimento do investigado/réu (artigo 12, parágrafo 2.º), presta-se à cessação da medida cautelar de constrição, nenhuma relação tendo com hipótese de – refuto de – confisco ampliado, porquanto inexistente na Lei 13.260/2016.

Finalizando a perfunctória análise das possíveis chances perdidas pelo legislador, deve ser apontada a já antiga Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que tem por escopo punir atos de improbidade administrativa (tipificados, de modo não exaustivo, nos artigos 9º, 10, 10-A e 11) cometidos por agente público, servidor ou não (com definição dada pelo artigo 2º, caput[1094]), prevendo, ainda, a concorrência de terceiro (artigo 3º[1095]). O diploma, para além de discorrer sobre as punições cabíveis aos atos de improbidade (dentre as quais

[1092] Matéria sobre a qual, sobretudo nos Estados de Direito ocidentais, o direito penal tem sido empregado com máximo rigor, não raro, como visto, possibilitando o sequestro/arresto e posterior confisco de todo o patrimônio do condenado por ato de terrorismo ou pertencimento à organização terrorista.

[1093] Descritas nos artigos 2.º, 3.º, 5.º e 6.º da Lei n.º 13.260/2016.

[1094] "Art. 2°. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

[1095] Art. 3°. As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

a reparação do dano, a perda de bens e a infligência de multa, "independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica" – artigo 12), impõe que a lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, resulte o integral ressarcimento do dano (artigo 5º), com a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio em virtude de enriquecimento ilícito (artigo 6º), mediante demanda de natureza cível ajuizada pelo Ministério Público, abarcando pretensão de indisponibilidade em sede liminar (artigos 7º e 16). Como os atos de improbidade administrativa não têm natureza penal (embora possam conformar, também, infrações penais, a serem apuradas de modo autônomo), a Lei nº 8.429/1992 prevê procedimentos investigatórios administrativos (no âmbito do Ministério Público, o inquérito civil) que servem de base à propositura de ação cível (artigo 17) visando à aplicação das sanções do artigo 12, incluindo a reparação dos danos e a perda de bens (artigo 18). Com essa moldura, não é difícil conjecturar que a Lei nº 8.429/1992, por sua natureza extrapenal e de ambição de reparação de danos e perda de bens, quisesse o legislador (que a modificou algumas vezes[1096]), poderia receber disposição expressão de procedimento *in rem*, sobremodo às situações detectadas de bens desviados ou transferidos pelo agente ímprobo a terceiros, ou que não tivessem proprietário perfeitamente identificado.

5.8.2 A possível positivação da perda alargada no Brasil

Mesmo num cenário recente de constantes mudanças na legislação penal, com especial relevo na seara do enfrentamento da criminalidade organizada, não há uma perspectiva (ao menos real) da positivação de espécie de perda alargada no Brasil. Mormente após as revelações trazidas à tona pela Operação Lava Jato, o espaço de debate político nacional tem produzido mais intenções ou promessas do que, verdadeiramente, ações efetivas para incrementar a legislação com ferramentas de recuperação de ativos.

Veja-se, por exemplo: no mês de março de 2015, após a divulgação de novos dados da Operação Lava Jato, envolvendo cifras bilionárias desviadas de contratos de obras feitas pela Petrobras, culminando com as prisões preventivas de executivos de grandes

[1096] Por exemplo, pelas Leis nº 11.107/2005, nº 12.120/2009 e nº 13.019/2014. Também houve alteração determinada, de forma inusitada, pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, com indisfarçável viés de dificultar a instauração da ação tendente à imposição das sanções do artigo 12 – tanto que inseriu, no parágrafo 7º do artigo 17, um momento prévio de defesa do investigado, anterior ao recebimento da petição inicial, e, no parágrafo 8º, instituiu redação primária de que o juiz "rejeitará a ação", se convencido da inexistência do ato, da improcedência da ação ou da inadequação da via.

empreiteiras, de políticos de diversos partidos e até do tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, a então Presidente da República Dilma Rousseff, em ato com conotação visivelmente política, enviou ao Congresso Nacional projetos de leis com a meta anticorrupção. Dentre esses projetos, a recuperação de ativos aparecia, em essência, somente na pretensão de criminalização do enriquecimento ilícito de servidores públicos. Em similar, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 236, de 2012, denominado Projeto do Novo Código Penal[1097], que prevê a criminalização do enriquecimento ilícito no artigo 277 do Código Penal esboçado. Nos dois casos, a opção foi ferramenta que, adrede comentado, padece de sérios problemas quanto à sua conformação constitucional, o que não se vê como algo diverso em se cotejando a Constituição Federal brasileira de 1988.

E não precisaria maior esforço do legislador caso tivesse, genuinamente, vontade política para aprovar, no Congresso Nacional, a inserção de instrumento de confisco ampliado no ordenamento brasileiro[1098], até porque, atualmente, é possível compilar ao menos quatro procedimentos embrionários aptos a uma positivação muito breve.

5.8.2.1 A perda alargada do Projeto de Lei n.º 4.850/2016

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 4.850/2016, de 29 de março[1099], com origem nas "10 Medidas Contra a Corrupção"[1100] do Ministério Público Federal, prevendo, em seu item 10, com o título "Recuperação do lucro derivado do crime", além da ação de extinção de domínio, a criação da ferramenta legal de perda alargada no artigo 91-A do Código Penal[1101].

Textualmente, o artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 4.850/2016[1102] adita ao artigo 91 do Código Penal o subtipo 91-A, com a seguinte redação: "Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas". Pela simples leitura, pode-se identificar similitude com a essência da perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º

[1097] Disponível em www.conjur.com.br-anteprojeto-codigo-penal.pdf.
[1098] Tema abordado por RÍOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim), São Paulo, v. 24, n.º 118 (Jan.-Fev. 2016), pp. 123-158.
[1099] Disponível em www.camara.gov.br.
[1100] Mencionadas no item 2.4.4.2 deste trabalho.
[1101] Vide http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_10.pdf.
[1102] O artigo 4º do Projeto de Lei n.º 4.850/2016, sua correlata justificativa e a redação a ser dada ao artigo 91-A do Código Penal integram o Anexo I, ao fim deste trabalho.

5/2002, de 11 de janeiro, embora o objeto da perda alargada do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 não seja explicitamente mencionado como uma presumível vantagem de atividade criminosa[1103].

O catálogo das infrações penais passíveis do confisco ampliado esboçado no Projeto de Lei n.º 4.850/2016, também com indisfarçável semelhança daquele capitulado no artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, consta nos incisos I a XVI do mesmo dispositivo 91-A, abarcando: tráfico de drogas; comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais de apropriação, desvio ou utilização de bens, rendas ou serviços públicos; peculato doloso; inserção de dados falsos em sistema de informações; concussão; excesso de exação qualificado pela apropriação; facilitação de contrabando ou descaminho; enriquecimento ilícito; lavagem de dinheiro; associação criminosa; organização criminosa; estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência; contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

Os incisos I a III do § 1º definem o que compreende o patrimônio do condenado, sendo o conjunto de bens, direitos e valores: "I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio; II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação; III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino". Vê-se, sem nenhum esforço, que os incisos I a III do § 1º seguem, respectivamente, as linhas gerais das alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

O parágrafo 2° do artigo 91-A delineado assegura a viabilidade da aplicação de medidas assecuratórias e da alienação antecipada sobre bens, direitos ou valores para a garantia da manutenção do quantum da perda alargada.

[1103] A ausência de um apontamento explícito de que o patrimônio injustificado do condenado é uma presumível vantagem de atividade criminosa, ou de motivação outra que explique por que aquele patrimônio pode ser declarado perdido, será analisada no tópico adiante, concernente ao Projeto de Lei do Senado n.º 103/2016.

Já o parágrafo 3º do mesmo artigo traz importantes diferenças em relação à perda alargada de Portugal: o standard de prova, o local e o momento de decisão. Reza o dispositivo almejado ao ordenamento brasileiro pelo Projeto de Lei n.º 4.850/2016: "Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida". Melhor explicando, enquanto a perda alargada portuguesa é pretendida pela acusação no incidente enxertado no processo penal, tendo por base toda a prova nele produzida (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) e decidida na sentença condenatória (artigo 12.º, n.º 1), a congênere brasileira criada pelo Projeto de Lei n.º 4.850/2016 é objeto de procedimento instaurado a pedido do Ministério Público, até dois após a sentença condenatória definitiva, no mesmo juízo criminal mas com standard de prova civil, em que deverá ser demonstrado o patrimônio do condenado em valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou sem fonte legítima conhecida. Neste procedimento, segundo o parágrafo 4º do planejado artigo 91-A, "o condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita".

De modo que a perda alargada do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 surge como uma mistura entre a ferramenta legal da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (ou algumas das modalidades existentes na Espanha e na Itália), e aquelas previstas como confisco ampliado criminal no Reino Unido (*criminal confiscation*)[1104] e nos Estados Unidos da América (*criminal forfeiture*)[1105]. É bastante próxima da perda alargada de Portugal em seu pilar de sustentação (o mote é o patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado), no rol de infrações penais passíveis de incidência e na definição do que é patrimônio confiscável; e assemelhada aos modelos britânico e norte-americano ao deslocar o procedimento de perda para após a sentença condenatória, com standard civilístico de prova (embora no mesmo juízo criminal), e no qual toca ao condenado provar a inexistência de um patrimônio incongruente ou sua origem lícita.

Com essa conformação, a própria justificativa atrelada ao ponto do artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 alude que a perda alargada a ser inserta no artigo 91-A do

[1104] Analisada no item 5.4.3.2 deste trabalho.
[1105] Vide tópico 5.5.2.

Código Penal é uma "medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens", resguardando, assim, harmonização com o princípio da presunção de inocência. No entanto, na sequência da justificativa, o instrumento é considerado "um dos efeitos da condenação criminal" cuja finalidade precípua é fazer valer a máxima de que o crime não deve compensar[1106].

Afora essa dubiedade de trato, ora como medida, ora como efeito da condenação criminal, não se extrai da justificativa do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 (que, desde 5 de dezembro de 2017, aguarda pronunciamento do Senado Federal acerca de seu eventual prosseguimento[1107]) uma literal conceituação da natureza jurídica do confisco ampliado nele rascunhado[1108].

5.8.2.2 A perda alargada do Projeto de Lei do Senado n.º 103/2016

O Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, relatado pelo Senador Randolfe Rodrigues[1109], acrescenta o art. 91-A ao Código Penal, denominando-o de confisco alargado. A redação preconizada ao almejado art. 91-A refere que "em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas". Ou seja, a normativa segue a linha comum das ferramentas de perda alargada, de propiciar o confisco da diferença entre o patrimônio do condenado e aquele justificado por rendimentos lícitos[1110].

[1106] Disponível juntamente com a redação do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 em www.camara.gov.br.

[1107] Informações disponíveis em www.camara.gov.br.

[1108] Mesmo assim, pode-se discordar frontalmente do entendimento de Juarez Santos e June Santos, que, em viés nitidamente ideológico, aludem essa modalidade esboçada de confisco ampliado, pelo prisma político-criminal, como "uma concepção conservadora e autoritária do Sistema de Justiça Criminal. A ideologia neoliberal e a lógica de mercado que informam as propostas destacam a racionalidade de uma aparente modernização do sistema penal, mas escondem a realidade de uma radical burocratização e administrativização do poder punitivo do Estado capitalista, em prejuízo dos princípios políticos e dos direitos humanos garantidos pelo Estado Democrático de Direito"; cf. SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim IBCCrim*: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, a. 23, nº 277, 2015, pp. 23-24. Visto no item 1.5 deste trabalho, o fomento à recuperação de ativos como meta de enfrentamento à criminalidade organizada e econômico-financeira exsuge de política criminal transnacional, não atrelada a específico viés ideológico e já de longa data, fruto da percepção, em nível mundial, de que retirar o lucro do crime é, possivelmente, o meio mais eficaz de enfrentá-lo.

[1109] Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125176. Acesso em 17 junh. 2018. Tanto o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 como sua justificativa constam no Anexo II, ao fim desta tese.

[1110] Ou "outras fontes legítimas", embora sem especificação de quais fontes assim poderiam ser consideradas.

Na sequência, nos incisos I a XVI do art. 91-A, o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 traz catálogo de infrações penais potencialmente alcançadas pelo confisco ampliado. São elas: tráfico de drogas; comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; alguns crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais, previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967; peculato (nas modalidades dolosas); inserção de dados falsos em sistema de informações; concussão; excesso de exação qualificado pela apropriação; facilitação de contrabando ou descaminho; enriquecimento ilícito; lavagem de dinheiro; associação criminosa; organização criminosa; estelionato em prejuízo do erário ou de entes de previdência; contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada. Percebe-se que o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 antevê a positivação no Brasil da problemática infração penal de enriquecimento ilícito.

Já até aqui é de fácil constatação que o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 espelha-se nos instrumentos de perda alargada da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal, e do Projeto de Lei n.º 4.850/2016, na essência do que é alvo (o patrimônio injustificado do condenado) e, ainda, na estipulação do catálogo de infrações penais, algumas apenas se cometidas "de forma organizada". A parecença não destoa na consideração do que é patrimônio do condenado, isto é, o conjunto de bens, direitos e valores (parágrafo 1º do art. 91-A): "I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio; II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação; III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino".

Também na trilha da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal, e do Projeto de Lei n.º 4.850/2016, o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 entabula, no parágrafo 2º do artigo 91-A que ao suposto patrimônio injustificado, ainda na fase investigatória, poderão ser aplicadas "as medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor" – para garantia do confisco ampliado.

A dissonância com a perda alargada da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro aparece na tramitação de seu procedimento, inserido pelo Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 no parágrafo 3º do artigo 91-A (em tudo semelhante com o que discorrido no Projeto de Lei n.º 4.850/2016): "Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida".

Em continuidade, o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, como não poderia deixar de ser em se tratando de perda alargada, introjeta no parágrafo 4º do artigo 91-A a carga de prova ao condenado, que, mediante standard civilístico, "terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita", estando assegurados da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita (parágrafo 5º).

Pelo apanhado, evidencia-se que o confisco ampliado do Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 mantém, como pressupostos, a prévia condenação por crimes graves (listados em catálogo) em meio a atividade criminosa comumente geradora de lucro, daí brotando simulacro de presunção de que o patrimônio injustificado proveio dessa atividade, e ensejando ônus probatório ao condenado para elidir o que a normativa – supostamente – faz presumir.

A opção pela tramitação do procedimento do confisco ampliado após a condenação, "nos termos da legislação processual civil", a despeito de ainda no juízo criminal, evita (ou atenua) os percalços das discussões sobre eventual inversão do ônus da prova em processo penal e ferimento do princípio da presunção de inocência.

Entrementes, chama a atenção que, pelo Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, tal qual verificado no Projeto de Lei n.º 4.850/2016, não há uma previsão explícita de que o patrimônio injustificado do condenado é considerado, por presunção, produto, proveito ou vantagem de atividade criminosa. Isto é, a "diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas", que o esboçado artigo 91-A autoriza seja declarada perdida, soa como algo abstrato – talvez bem mais próximo de uma medida do que um efeito de

condenação criminal.

Mesmo assim, na justificativa[1111] do Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, o confisco alargado é conceituado como um dos efeitos da condenação criminal. Noutras palavras, um efeito da condenação criminal que recai sobre o patrimônio injustificado do condenado, mas sem uma tipificada anotação explícita do porquê – embora se subentenda. Pensa-se há uma falha a ser sanada aí.

No mais, no caminho daquilo visto atinente ao Projeto de Lei n.º 4.850/2016, o Projeto de Lei do Senado nº 103/2016 não se deteve em mergulhar no núcleo duro da natureza jurídica do confisco ampliado – adrede dito, limitando-se a tratá-lo, de passagem, como um efeito da condenação criminal.

5.8.2.3 A perda alargada do Projeto de Lei esboçado pelo autor deste trabalho para a CONAMP

A inexistência de um verdadeiro instrumento de confisco ampliado na legislação brasileira motivou o autor deste trabalho, no ano de 2015, aproveitando sua condição de membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a elaborar, por intermédio da Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, justificativa para a positivação daquela ferramenta como medida anticorrupção. Tal justificativa foi encampada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) no plano denominado "Propostas Anticorrupção – CONAMP[1112]", que não foi levado adiante, notadamente para o fim de conformar eventual Projeto de Lei, devido ao trabalho similar desenvolvido de modo independente pelo Ministério Público Federal, que culminou nas "10 Medidas Contra a Corrupção" (em que, já visto, o item 10 entabula a criação da perda alargada no artigo 91-A do Código Penal) e no consequente Projeto de Lei n.º 4.850/2016.

Para além da justificativa à pretensão da CONAMP de que a perda alargada venha a ser introjetada na legislação brasileira, o autor deste trabalho rascunhou o que pode ser o correlato Projeto de Lei, dando à ferramenta legal almejada o nome de perda ampliada, com forte inspiração na ferramenta portuguesa do artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11

[1111] Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125176. Acesso em 17 junh. 2018.

[1112] Vide "A condenação por crimes contra a Admimistração Pública e/ou de ações de organização criminosa têm o efeito de criar uma presunção de ilicitude do patrimônio do agente, possibilitando o confisco ampliado dos bens"; Propostas Anticorrupção – Conamp, item 2.2, fls. 8-12, disponível em http://www.conamp.org.br/images/estudos/medidas.anticorrup%C3%A7%%C3%A3o.pdf

de janeiro[1113].

A perda ampliada delineada a partir das Propostas Anticorrupção da CONAMP também tem lugar num industriado artigo 91-A do Código Penal, com caput assim disposto: "O juiz, após a fundamentação do mérito da ação penal, resultando decisão condenatória, como efeito especial da condenação, analisará as provas e alegações constantes no procedimento incidental de perda ampliada, para o fim de aplicá-la ao patrimônio do condenado pelas seguintes infrações penais"; estas, arroladas nas alíneas a) a j) do mesmo artigo, dentre as quais integrar organização criminosa; tráfico de drogas; lavagem de dinheiro; fraudes em licitações; delitos de responsabilidade cometidos por Prefeitos Municipais; contra a ordem tributária e econômica; peculato, concussão e prevaricação; alguns delitos patrimoniais praticados em formação de quadrilha; de exploração sexual ou de favorecimento à prostituição de menores de 18 anos.

Pelo Projeto de Lei rascunhado, o parágrafo 1.º do novel artigo 91-A do Código Penal passa a prever a figura de presunção que é marca comum das ferramentas de confisco ampliado. A saber, no caso de condenação por qualquer daquelas infrações penais do catálogo, "presume-se constituir produto ou proveito da infração penal a diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito". E o parágrafo 2.º discorre que patrimônio do réu é o conjunto dos bens e valores em moeda nacional ou estrangeira: "a) que estejam na titularidade do réu, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício na data do recebimento da denúncia ou posteriormente; b) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória ou desproporcional, nos cinco anos anteriores ao recebimento da denúncia; c) recebidos pelo réu nos cinco anos anteriores ao recebimento da denúncia, ainda que não se consiga determinar o seu destino". Complementa o parágrafo 3.º: "Consideram-se como produto ou proveito da infração penal os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens ou valores pelo réu". Ou seja, perceptível, inequivocamente, que o cogitado artigo 91-A do Código Penal, do caput até o parágrafo 3.º, tem por base a combinação entre os artigos 1.º, n.º 1, e 7.º, ambos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Já os parágrafos 4º e 5.º artigo 91-A do Código Penal espelham, grosso modo, a liquidação regulada pelo artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Literalmente: "§4.º Para a promoção da perda ampliada, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, apresentará ao juiz competente para a ação penal petição inicial de instauração de

[1113] No Anexo II, ao fim deste trabalho, constam, integralmente, a justificativa e o Projeto de Lei esboçados.

procedimento incidental de perda ampliada, na qual atribuirá o montante apurado do patrimônio do investigado ou acusado que deverá ser perdido em favor União, do Estado da Federação ou do Distrito Federal, e indicará as provas que pretende produzir. A petição inicial, instruída com cópia da denúncia, deverá trazer cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto do investigado ou acusado e aquele que é proveniente de seus rendimentos lícitos". E: "§5º. Se não for possível a atribuição do montante a ser perdido no momento do oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá apresentar ao juiz competente para a ação penal petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada até 30 dias depois do recebimento da denúncia. Ainda, se apresentada petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada com o oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá alterar a atribuição do montante a ser perdido no prazo antes referido, em havendo conhecimento superveniente de incorreção do valor".

Diversamente do confisco do Projeto de Lei n.º 4.850/2016, cujo procedimento é posterior à sentença condenatória, a perda ampliada ora analisada, tal qual a portuguesa, é objeto de incidente enxertado no processo penal, com início concomitante com o recebimento da acusação (peça, no Brasil, formalmente denominada denúncia), dali partindo a "citação do acusado para que, no prazo de 10 dias, manifeste-se sobre a pretensão de perda ampliada deduzida e indique as provas que pretende produzir" (parágrafo 7.º).

Noutro ponto de divergência com o que prevê o artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 4.850/2016 e de aproximação com os dispositivos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a produção probatória da perda ampliada dá-se no processo penal e submetida às suas regras. Pelos desenhados parágrafos 8º e 9.º do artigo 91-A do Código Penal, no incidente são admitidos todos os meios de prova produzidos no processo, mas apenas com a finalidade de esclarecer o montante apurado do patrimônio; e, a despeito de o juiz poder cotejar todos esses meios, cumpre ao acusado "provar a origem lícita dos bens pretendidos em perda ampliada, ou demonstrar que angariados no prazo superior a cinco anos antes do recebimento da denúncia" – parágrafo 9.º.

Seguindo os passos do artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o parágrafo 10º do artigo 91-A do Código Penal estipula as maneiras pelas quais o acusado pode ilidir a presunção de que seu patrimônio incongruente provém de atividade criminosa. Essas hipóteses estão nas letras a) a c) do parágrafo 10º. Textualmente, se houver prova de

que os bens ou valores: “a) resultaram de rendimentos de atividade lícita do acusado; b) estavam na titularidade do acusado há mais de cinco anos da data do recebimento da denúncia; c) foram adquiridos pelo acusado com rendimentos obtidos há mais de cinco anos da data do recebimento da denúncia”.

Por fim, no que toca à essência da ferramenta legal esboçada, segundo o parágrafo 11.º do artigo 91-A do Código Penal, não ilidida a presunção, o juiz, imediatamente após proferir a decisão condenatória no processo penal, julga o incidente e declara a perda ampliada do todo ou parte dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal. Vê-se, num aspecto que destoa da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o objeto da perda ampliada em debate são os próprios bens ou valores que constituem o patrimônio presumido como proveito ou produto do crime[1114], e não um valor a ser perdido em favor do Estado[1115]. E tudo sem prejuízo de que o Ministério Público postule judicialmente o sequestro ou o arresto dos bens e valores atribuídos ao réu como proveito ou produto da infração penal, para o fim de acautelar a perda ampliada ao final do incidente (parágrafos 14.º a 17.º do artigo 91-A do Código Penal).

Enfim, a perda ampliada arquitetada possui características muito similares às da congênere portuguesa, inclusive no que concerne à inviabilidade de gerar efeitos na ausência do requisito “condenação do réu por alguma das infrações penais do catálogo”, segundo regramento explicitado na parte inicial do parágrafo 13.º do artigo 91-A do Código Penal: “havendo sentença absolutória ou de extinção da punibilidade na ação penal, não será declarada a perda ampliada dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal”.

5.8.2.4 A perda alargada do Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Moro

De passagem, impende mencionar que, com a assunção de Sérgio Moro como Ministro da Justiça, em janeiro de 2019, após a eleição do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, foi criado o denominado “Projeto de Lei Anticrime”, prevendo uma série de modificações no Código Penal e em leis penais esparsas, notadamente no viés

[1114] O que vem explicitado no parágrafo 18.º do artigo 91-A do Código Penal: “Transitadas em julgado a sentença condenatória e a decisão de declaração de perda ampliada, o juiz, de ofício, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. O dinheiro apurado no leilão, juntamente com eventuais valores em dinheiro apreendidos durante a investigação ou no curso da ação penal ou do procedimento incidental, serão perdidos em favor do Estado-Federado ou do Distrito Federal, se a ação penal tramitou perante a Justiça Estadual correlata ou do Distrito Federal, ou da União, se ação penal de competência da Justiça Federal”.
[1115] Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

de robustecer o enfrentamento da criminalidade organizada e da corrupção[1116]. Dentre as modificações pretendidas, ambiciona-se a positivação, no artigo 91-A do Código Penal, de variação de modalidade de perda alargada.

Pela redação do pensado *caput* do artigo 91-A do Código Penal, "na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito". Como limitador às vastas possibilidades de alcance da perda alargada do *caput*, o parágrafo 1º estipula a condição da "existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa". O parágrafo segundo define o que se entende por patrimônio do condenado, sendo todos os bens "de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente" (inciso I), e "transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal" (inciso II). E o parágrafo terceiro alude que "o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio"[1117].

É bem verdade que o Projeto de Lei Anticrime sequer é, formalmente, um Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, mais se amoldando a uma elogiável pretensão do Governo Federal recém eleito de incremento do enfrentamento da criminalidade organizada e da corrupção. Talvez por isso o esboço da perda alargada que consta no Projeto de Lei Anticrime seja tão "bruto". Parece evidente que ainda deverá passar por criterioso processo de lapidação técnica quando de eventual tramitação em Projeto de Lei.

Nesse processo de lapidação, mormente seguindo a trilha dos instrumentos legais congêneres positivados alhures, provavelmente um dos pontos de atenção será o cotejo da substituição do requisito vincado ao apenamento (pena máxima superior a seis anos de reclusão[1118]) pela criação de um catálogo de infrações penais normalmente

[1116] A redação integral do "Projeto de Lei Anticrime" pode ser acessada em www.justiça.gov.br/pl-mjsp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf.
[1117] Projeto de Lei Anticrime, p. 2.
[1118] Pela norma penal esboçada, um condenado por alguns homicídios, ao ponto de ser considerado um criminoso com condutas reiteradas, poderá ser alvo da perda alargada. O que não parece guardar sentido com a política criminal transnacional de recuperação de ativos, mais se aproximando, no exemplo, da intenção de definir a perda alargada como espécie de pena pecuniária.

afeitas à criminalidade organizada e econômico-financeira, aí abrangendo os tipos penais ligados aos atos de corrupção. Outro tema a ser debatido quiçá esteja no subtipo limitador do parágrafo 1º, dadas as dificuldades da prova da "conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado"[1119]. E, certamente, a regra superficial e imprecisa do parágrafo 3º terá de ser aperfeiçoada e detalhada, pois dela não se infere ideia alguma de onde, em que momento e de que modo "o condenado poderá demosntrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio".

Crítica à parte, e embora não se tenha perspectiva de quando e se o Projeto de Lei Anticrime (ou, ao menos, o trecho que intenta criar o artigo 91-A do Código Penal) virará Projeto de Lei, é de todo elogiável que, por iniciativa do Governo Federal, a positivação da perda alargada tenha voltado ao debate político brasileiro.

5.8.3 A natureza jurídica da perda alargada a ser positivada no Brasil

Uma vez inserida a perda alargada no ordenamento legal brasileiro, com o que se trabalha ao nível de hipótese[1120], será preciso avançar na sua definição em âmbito de natureza jurídica[1121].

Neste futuro passo, a Constituição Federal de 1988 pode ser concebida como fonte de parâmetros, uma vez que prevê a perda de bens ora como pena (artigo 5º, inciso XLVI, letra b[1122]), ora como efeito da condenação, inclusive permitindo a extensão de sua consequência aos familiares do condenado criminalmente (artigo 5º, inciso

[1119] Problemática que, para efeitos da perda alargada de Portugal, será objeto do item 6.2.7 deste trabalho.

[1120] Mesmo ainda sendo meramente cogitada, a positivação da perda alargada no Brasil já enfrenta resistências no meio jurídico, não raro com a insinuação de inconstitucionalidade pela suposta violação de princípios estruturantes do processo penal. Como exemplo, vide TORRES, Fernando. O confisco alargado e o seu conflito com a constituição. *Empório do Direito.com.br*, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-confisco-alargado-e-o-seu-conflito-com-a-constituicao>. Acesso em: 17 Nov. 2017. Em posição antagônica, advogando a constitucionalidade do instrumento conjecturado, LINHARES, Solon Cícero; CARDELLI, Luiz Henrique. O confisco alargado de bens como instrumento frente à criminalidade transnacional. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 41, n.º 2 (Jul.-Dez. 2016), 2016, pp. 138-139; e VASCONCELOS, Adna Leonor Deó. A Perda Alargada enquanto instrumento de combate às organizações criminosas: A Atuação do Ministério Público Frente ao Crime Organizado. *Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará*, Fortaleza, a. 1, n.º 2 (Jul.-Dez. 2017), pp. 67-68.

[1121] Acerca do tema, notadamente com enfoque na consonância ou não do instrumento legal com os princípios processuais penais do ordenamento brasileiro, vide SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 118 (Jan.-Fev. 2016), p. 233-271.

[1122] "Inciso XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) b) perda de bens".

XLV[1123]). Na mesma medida, a legislação infraconstitucional também permite que se empreste à perda de bens o conceito de pena (por exemplo, a pena restritiva de direitos do artigo 43, inciso II, do Código Penal) ou de efeito da sentença condenatória criminal (como no já citado artigo 91, inciso II, letras a e b, do Código Penal, ou no artigo 7.º, inciso I, da Lei nº 9.613/98[1124]). Aliás, pertinente de modo restrito às hipóteses de perda clássica do Código Penal, extraem-se da doutrina posicionamentos variados, de que são um efeito da condenação de "natureza penal"[1125], "extrapenal genérico da condenação"[1126], "extrapenal da condenação de natureza civil"[1127] ou "de natureza reparatória ou preventiva"[1128], e não uma pena, com previsão constitucional, enfatizando sua relevância social[1129]. Ou, ainda, adrede mencionado, uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança", na acepção de Figueiredo Dias condizente à perda clássica do Código Penal de Portugal[1130].

Sobre a ferramenta da perda alargada, uma definição obviamente apenas será possível a partir da vigência concreta na legislação brasileira. Entrementes, vingando, por conjectura, um dos três projetos acima rascunhados, é possível antever uma aproximação com a conceituação da natureza jurídica a ser atribuída ao instrumento do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal, fonte inequívoca de

---

[1123] "Inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". Também no sentido de tratar a perda de bens como efeito da pena/condenação criminal, a Constituição Federal trouxe dispositivos específicos, prevendo a expropriação das "propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (...) sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" (artigo 243, caput), bem assim o 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" (artigo 243, parágrafo único).

[1124] Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal: I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

[1125] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 774-775.

[1126] CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, p. 39; BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Geral, V. 1, 13ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 691-693.

[1127] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal:* Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP, Volume I. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 331-332; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* Parte Geral. Vol. I. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 679.

[1128] BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 282; MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

[1129] FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no Processo Criminal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 164.

[1130] Vide item 2.2.6 deste trabalho.

inspiração de todos os projetos.

Naquelas três conformações idealizadas, a perda ampliada exige a condenação com trânsito em julgado por determinada infração penal e a existência de um patrimônio injustificado diante dos rendimentos lícitos do condenado: daí parte a presunção de o patrimônio incongruente ser vantagem ou proveniente de atividade criminosa. Em todas, incumbe ao Ministério Público fazer prova da infração penal e do que deve ser perdido ao Estado, mas com a diferença – não desprezível – de que, no confisco ampliado do Projeto de Lei n.º 4.850/2016, o procedimento tramita após a condenação do processo penal e com standard civilístico de prova[1131].

A despeito disso, parece inegável que qualquer daquelas modalidades de perda alargada se aproxima, tratando-se de natureza jurídica, da ferramenta do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que, discute-se, pode ser uma pena, efeito da pena, sanção administrativa, algo análogo a uma medida de segurança, "medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal"[1132] ou, quiçá, ter conceituação diversa.

Pelo exposto, mormente pela pluralidade de possibilidades e suas significativas diferenças, procrastina-se o aprofundamento de qual é (ou será, ou seria) a natureza jurídica da hipotética perda alargada *tupiniquim* para o capítulo 7, em que será descortinado o núcleo duro deste trabalho.

A seguir, merecem enfrentamento os meandros da ferramenta legal inspiradora da ainda fictícia brasileira, contemplada no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal.

[1131] O que, segundo Roberto Vieira, evidenciaria a natureza civil da perda alargada do Projeto de Lei n.º 4.850/2016; cf. VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de Direito Comparado do Confisco Alargado*: aportes da Perda Alargada para o Brasil. 2017. 135p. Dissertação (Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017, p. 102. De lembrar que, na perda alargada cogitada no Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Moro, ainda não há uma definição sibre em que procedimento tramitará a pretensão de confisco.

[1132] Este o entendimento de CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (abril-junho de 2011), pp. 311-312. E que já foi sustentado pelo autor deste trabalho, cf. BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16. Trimestral (Out.-Dez. 2013). pp. 53-95.

6 A PERDA ALARGADA PREVISTA NA LEI N.º 5/2002, DE 11 DE JANEIRO

6.1 Conformação e tipificação legal

O legislador português, em momento de grande turbulência mundial por conta dos atentados terroristas na cidade de Nova York, em 11 de setembro de 2001[1133], internalizou a perda alargada em diploma legal que "estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira". Ou seja, ao optar por plasmar a ferramenta na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em diploma penal com finalidade específica de enfrentamento à criminalidade organizada e econômico-financeira, a Assembleia da República, ao mesmo tempo em que observou o "direito à liberdade e segurança", previsto no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, preservou a máxima "remédios fortes para patologias graves", não banalizando os musculosos potenciais efeitos da perda alargada a toda e qualquer infração penal[1134].

Jorge Godinho aponta como nascedouro da positivação da perda alargada em Portugal as conclusões da "Comissão para a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga", constituída em 16 de fevereiro de 1998, e cujo grupo de trabalho com o tema "Enquadramento Legal e Perspectiva Internacional", tendo como relator o então Procurador-Geral Adjunto António Gomes Lourenço Martins, adentrou o tópico da inversão do ônus da prova em procedimentos tendentes à demonstração da procedência patrimonial de arguidos em processo penal (em especial, por branqueamento de capitais). Ao fim dos trabalhos, e a despeito do parecer em sentido contrário sustentado por Faria Costa, afirmativo da ofensa de princípios estruturantes do processo penal como a presunção de inocência, aludida Comissão deliberou por insistir no estudo daquele

[1133] A despeito do emblemático momento mundial, não se pode atribuir qualquer crítica ao legislador português pela positivação do confisco ampliado, àquela altura. Não se identifica tenham os atentados terroristas em solo norte-americano impulsionado ou acelerado o processo legislativo que culminou na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Ademais, para além da previsão em diplomas legais ao nível de *soft law*, modalidades de confisco ampliado já tinham espaço nos ordenamentos legais de outros Estados, inclusive em ambiente comunitário, como na Alemanha e no Reino Unido (à época, integrante da União Europeia).

[1134] Nessa linha, Figueiredo Dias, ao aludir que não podem ser quaisquer crimes a figurar naquele catálogo (e, também, no previsto no artigo 1.º do Código de Processo Penal), mas, sim, de especial gravidade, considerando, em especial, as penas cominadas em lei (DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, V. 16, nº 71, Mar.-Abr. 2008, p. 28).

inovador tema, na "tentativa de encontrar uma saída que não ofenda os 'princípios estruturantes' a que atrás se alude"[1135].

De fato, constata-se que, por iniciativa do Ministro-Adjunto do Primeiro Ministro, em 16 de Fevereiro de 1998, foi criada Comissão de Estudo com o objetivo de propor ao Governo linhas de ação para auxiliar na formulação de uma estratégia global de intervenção na área das drogas e das toxicodependências. Na Comissão, o grupo de trabalho que se ocupou do "Enquadramento Legal e Perspectiva Internacional", no item 3.2.11, analisou o objeto "Aprofundar o estudo do tema denominado da inversão do ónus da prova em matéria de branqueamento de capitais, em que uma cisão entre as instâncias criminal e cível pode constituir uma pista útil"[1136]. E, nas conclusões daquela Comissão, não obstante o referido parecer contrário de Faria Costa, houve claro posicionamento pela sequência dos estudos a uma possível conformação legal da inversão do ônus da prova para o fim de permitir o confisco dos bens com suspeita de origem criminosa, àquela altura já "uma tendência em curso (...) desde que o direito nacional consiga estabelecer uma diferença precisa entre o procedimento tendente a estabelecer a culpabilidade ou a inocência de uma pessoa (no quadro do qual deve persistir o respeito rigoroso da presunção de inocência e do princípio *in dubio pro reo*) e, por outro lado, o procedimento especial tendente explicitamente a estabelecer se a origem de um bem é lícita ou ilícita. Encontrando-se a autoridade judiciária penal em face de dois procedimentos de finalidade e natureza totalmente distintos, um *ad personam* e o segundo *ad rem*, poderá distanciar-se, neste segundo, do princípio *in dubio pro reo*"[1137]. Citando como exemplos infrações penais de tráfico de drogas e branqueamento de capitais, a Comissão pontuou que "não se pode pretender fazer recair sobre o arguido a demonstração da licitude de aquisição daqueles bens sob pena de, não o fazendo, o condenar como traficante/branqueador ou apenas como branqueador, o que feriria os mencionados princípios da presunção de inocência (...) e *in dubio* decide-se em favor do réu, neste caso, não o condenando e devolvendo-lhe os bens. Mas a hipótese que agora se coloca não é a de remeter para o processo civil, como questão prejudicial, a demonstração da origem dos bens, no que sempre seria uma questão penal, mas encontrar uma forma de continuar (ou mesmo de se iniciar) numa acção cível a

[1135] Trecho citado por GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1334-1338.
[1136] Estratégia Nacional de Luta contra a Droga. Comissão da Estratégia Nacional de Combate à Droga, pp. 09-10. A publicação integral dos estudos e das conclusões da Comissão está disponível em http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/48/ENcomissao.pdf.
[1137] Idem, p. 88.

demonstração da propriedade legítima de certos bens". Já naquela altura, a Comissão fez interessante paralelo entre a ferramenta que almejava delinear e que "se passa com a herança jacente, em que o Estado, por não serem conhecidos os sucessores, ou porque pretende contestar a legitimidade dos que se apresentam (artigo 1132º do CPC), toma as providências necessárias para assegurar a conservação dos bens e, de seguida, inicia a discussão sobre a sua regular propriedade"[1138], de modo que se poderia cogitá-la mesmo nas hipóteses de inexistência condenação (algo como uma *non conviction based confiscation*). Também foi ponderado que o repasse da questão patrimonial à seara cível tinha similitude com o regime previsto à defesa de direitos de terceiros de boa-fé do artigo 17º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, e artigo 36º-A, do Decreto-Lei n.º 15/93, em que bens apreendidos pela suspeita de constituírem produto de crime (ou conversão ou transformação desse produto) podem ser demandados por terceiro que invoca a propriedade adquirida de boa-fé, e onde se permite discussão concreta sobre a regularidade da propriedade, seja no processo-crime, seja no processo civil (devido à complexidade ou para evitar perturbação ao andamento do processo-crime). Para a Comissão, essas considerações poderiam ser tomadas como precedente à criação de uma ferramenta legal que contemplasse a inversão do ônus da prova, e, por isso, foi decidido pelo prosseguimento do estudo, coletando-se experiências de direito comparado (com nos Estados Unidos da América[1139]) para "obter uma solução que, sendo admissível em termos de sistema constitucional, auxilie a evitar esta forma inadmissível de enriquecimento dos menos escrupulosos"[1140].

Vê-se, portanto, que a perda alargada portuguesa teve pedra inaugural em meio à estratégia de combate ao tráfico de drogas (e também, ao branqueamento de capitais), em similar ao que sucedeu com diversos outros instrumentos legais musculosos de recuperação de ativos[1141]. E igualmente dessa estratégia é que houve o impulso derradeiro para que a perda alargada fosse esboçada na Proposta de Lei n.º 94/VIII (que deu ensejo à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), mais precisamente, na Resolução do Conselho de Ministros nº 46/99, de 26 de maio.

[1138] Estratégia Nacional de Luta contra a Droga. Comissão da Estratégia Nacional de Combate à Droga, p. 88. A publicação integral dos estudos e das conclusões da Comissão está disponível em http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/48/ENcomissao.pdf.

[1139] País que, como estudado no item 5.5 deste trabalho, possivelmente tem o histórico mais longevo na seara de recuperação de ativos da criminalidade.

[1140] Idem, pp. 88-89.

[1141] Notadamente, após o advento da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (1988), analisada no item 3.1.1desta tese.

Nessa Resolução, em seu item 89, intitulado "A questão da inversão do ônus da prova", foram espelhadas as correlatas conclusões da "Comissão para a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga". Num resumo, segundo o item 89 da Resolução, a dificuldade da demonstração de elementos do crime precedente ao branqueamento de capitais e a ideia de reforçar a eficácia do combate a tal infração penal trouxeram a possibilidade de recorrer-se à hipótese de inversão do ônus da prova, "como forma de forçar os suspeitos a fazerem prova da origem lícita dos seus bens", com eco em convenções internacionais, "mas sempre sem prejuízo dos princípios constitucionais vigentes nos diversos Estados signatários dessas convenções". Mesmo reconhecendo o risco de que a positivação de instrumento com tal conformação poderia contrariar o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa), a Resolução chancelou a posição da "Comissão para a Estratégia Nacional de Combate à Droga" para que o tema merecesse estudo mais aprofundado, à luz do direito comparado, sobretudo para que a inversão do ônus da prova não estabelecesse (mesmo como questão prejudicial de natureza civil) juízo de culpa ou de inocência de alguém para efeitos criminais, mas sim, num "processo cível especial, a origem licita ou ilícita de um determinado bem, para efeitos, designadamente, de comprovação da propriedade dos capitais ou bens entretanto apreendidos ou identificados em processo penal". Ou seja, a Resolução fomentou a possibilidade de envio para meios cíveis a discussão sobre a propriedade de bens apreendidos por se suspeitar que representam produto de um crime ou de conversão ou transformação, o que guardaria similitude com dispositivos já positivados (artigos 17.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, e 36.º-A do Decreto-Lei n.º 15/93), e com o âmbito cível de debate já previsto sobre a regular propriedade da herança jacente (artigo 1132.º do Código de Processo Civil)[1142].

Essas foram as fontes imediatas da criação da perda alargada em Portugal, até porque, segundo Jorge Godinho, "não são conhecidos outros trabalhos preparatórios"[1143].

Na sequência, adveio a Proposta de Lei n.º 94/VIII, na qual, no que toca à perda alargada, a Exposição de Motivos afirma: "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado poder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso

[1142] Vide Resolução do Conselho de Ministros nº 46/99, publicada no Diário da República n.º 122/1999, Série I-B, de 26 de maio de 1999, disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/316939/details/maximized.
[1143] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1337.

de uma carreira criminosa". No específico item nº 3, com o título "Perda das vantagens do crime em favor do Estado", a Proposta de Lei n.º 94/VIII indica como base ilustrativa ao instrumento pretendido a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, bem assim a existência de similares positivados na França, Itália, Irlanda e Reino Unido, com a ressalva de que a perda de bens (na verdade, do valor correspondente aos bens) exige como requisito a condenação do arguido, transitada em julgado, por um dos crimes referidos no artigo 1.º do diploma, incumbindo-lhe a prova da licitude de seus rendimentos dentro dos cinco anos da sua constituição como réu, sem que isso afete o juízo da culpabilidade do processo crime, em que ele (o arguido) mantém todos os direitos de defesa – não sendo violado, pois, o princípio constitucional da presunção da inocência. Finaliza a Exposição de Motivos o apontamento de que "não é excessivo, até tendo em conta o tipo de crimes aos quais se aplica este diploma, impor à pessoa que é condenada, nos termos referidos, o ónus de provar a licitude dos seus rendimentos"[1144].

A Proposta de Lei n.º 94/VIII foi discutida no Parlamento português em 20 de setembro de 2001, quando "houve largo consenso sobre a necessidade da medida"[1145] (da perda alargada e das demais previstas), sendo aprovada sem nenhuma alteração, daí advindo a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com a positivação da perda alargada em seu Capítulo IV, Secção I.

Fazendo um primeiro apanhado geral da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o artigo 1.º restringe sua aplicação aos ilícitos típicos de um catálogo construído com base em critérios de potencialidade de obtenção de vantagens e, ainda, por prioridades de política criminal[1146], estampado no nº 1. No dispositivo, hoje[1147] constam: a) tráfico de estupefacientes; b) terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; c) tráfico de armas; d) tráfico de influência; e) recebimento indevido de vantagem; f) corrupção ativa e passiva, incluindo nos setores público e privado, no comércio internacional e na atividade desportiva; g) peculato; h) participação econômica em negócio; i) branqueamento de capitais; j) associação criminosa; l) pornografia infantil e lenocínio de menores; m) dano a programas ou dados informáticos, sabotagem informática e tipos específicos de acessos ilegítimos a sistema informático; n)

[1144] Proposta de Lei n.º 94/VIII, disponível em http://app.parlamento.pt.
[1145] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1338.
[1146] GODINHO, op. cit. p. 1339.
[1147] Com última redação trazida pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE.

tráfico de pessoas; o) contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda; p) lenocínio; q) contrabando; r) tráfico e viciação de veículos furtados. Ainda no viés restritivo de alcance, o n.º 2 do mesmo artigo explicita que os delitos das letras p) a r) estarão afeitos aos dispositivos da Lei n.º 5/2002 apenas se cometidos "de forma organizada"[1148].

Embora se aponte ter obrado com acerto o legislador ao catalogar apenas ilícitos típicos graves como atingíveis pelas medidas musculosas da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e mesmo com os recentes aditamentos[1149], pondera-se ainda haveria espaço para alguma ampliação do rol do n.º 1 do artigo 1º. Infrações penais como jogo ilícito, furto, roubo, receptação, burla qualificada e extorsão, nem que fossem com a ressalva do n.º 2 (cometidas de forma organizada), quiçá deveriam ter sido introjetadas naquela listagem.

Digressão à parte, por certo o legislador foi e tem se mantido fiel aos traços da política criminal lincados à realidade da segurança pública lusitana, daí criando e alterando – nos últimos tempos, com bastante frequência – o catálogo que, em essência, moldura a criminalidade organizada e econômico-financeira de Portugal.

Após tratar sobre duas outras medidas especiais, consistentes em regras de derrogação de sigilos (quebra de segredo, procedimento relativo a instituições de crédito, controle de contas bancárias e obrigação de sigilo – artigos 2.º a 5.º, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) e de meios de prova (registro de voz e de imagem – artigo 6.º)[1150], em seu artigo 7.º, passa a definir em que consiste e quais as hipóteses de aplicação da perda alargada.

[1148] Augusto Silva Dias advoga a tese de que, *mutatis mutandis*, mesmo os crimes das demais alíneas do catálogo, "que são normal ou frequentemente praticados de forma organizada", podem restar alheios ao alcance das medidas agressivas da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, se provado, no caso concreto, não terem sido cometidos de forma organizada (DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 29). *Data venia*, não se pode concordar com tal entendimento, seja por contrariar a literalidade do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, seja pela grave ofensividade (em si) das infrações penais alheias à ressalva, seja, última análise, por ir de encontro à moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos, mormente após a transposição da Diretiva 2014/42/UE pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Ademais, pensa-se, quisesse o legislador restringir a aplicação das medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira às infrações penais das alíneas a) a o) somente às hipóteses em que praticadas de forma organizada, teria simplesmente estendido a ressalva do n.º 2 a todo o catálogo.

[1149] Os três últimos, decorrentes das Leis n.º 60/2013, de 23 de agosto, n.º 55/2015, de 23 de junho, e n.º 30/2017, de 30 de maio, em pequenos intervalos de tempo, o que sinaliza claramente a opção do legislador de ampliar o leque das "patologias graves" passíveis de "remédios fortes" como a perda alargada, aderindo seriamente à "premente necessidade de combater o lucro resultante da prática do crime e de intensificar a recuperação dos incontáveis ativos por ele gerados" (CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208), meta de categoria prioritária da atual política criminal de Portugal.

[1150] Vide CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 8.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, descreve que "em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito". Daí se depreendem, inequivocamente: a necessidade da condenação por crime do catálogo do artigo 1.º, n.º 1; a diretriz da política criminal transnacional de recuperação de ativos, descrita na modalidade perda de bens a favor do Estado, mas que, em verdade, materializa-se pela obrigação ao condenado de pagamento de valor; e o cotejo de uma presunção para delimitar o que é vantagem de atividade criminosa. O dispositivo do n.º 2 do artigo 7.º define o que compreende o patrimônio do arguido e estabelece limitações temporais para fins de alcance da perda alargada. Literalmente, considera patrimônio do réu o conjunto dos bens: "a) que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; b) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; c) recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino". O n.º 3 do artigo 7.º, ao considerar, "sempre, como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal"[1151], ao mesmo tempo em que distingue patrimônio passível de perda alargada das tradicionais vantagens do crime (às quais, em essência, deverão ser alvos das modalidades clássicas de confisco), explicita que, para a mensuração do patrimônio incongruente, serão levados em conta os juros, lucros e outros benefícios.

O artigo 8.º cuida da promoção da perda alargada, incumbindo ao Ministério Público a liquidação, já na acusação, do montante apurado e que deve ser perdido (n.º 1). Não sendo possível no momento da acusação, a liquidação poderá ser feita até o trigésimo dia anterior à primeira audiência de discussão e julgamento, com dedução nos autos do processo penal (n.º 2). Nesse prazo, também, é viável a alteração da liquidação (feita na acusação), desde que por conhecimento superveniente de não ser exato o valor antes determinado (n.º 3). Do recebimento da liquidação ou de sua alteração pelo tribunal, o arguido deve ser notificado imediatamente, bem assim o seu defensor (n.º 4).

[1151] A remissão tinha por alvo o artigo 111.º do Código Penal português com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março (alterada pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro), que tratava do instrumento clássico da "perda de vantagens". Após o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, o artigo 110.º passou a regrar a "perda de produtos e vantagens", ferramenta estudada no item 2.2.3 deste trabalho.

O artigo 9.º, em seu n.º 1, estabelece que, em paralelo ao cotejo de toda a prova produzida no processo penal, pelo tribunal, "pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º", admitindo "qualquer meio de prova válido em processo penal" (n.º 2). São os itens da extensa controvérsia quanto à carga probatória do arguido num procedimento enxertado no processo penal, pena de eventualmente sofrer os efeitos da perda alargada. A redação do n.º 3 do artigo 9.º elenca as hipóteses em que é ilidida a presunção de que a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e o congruente com o seu rendimento lícito constitui vantagem do crime (artigo 7.º, n.º 1). Ou seja, a presunção é rechaçada se provado que os bens são provenientes de "rendimentos de actividade lícita", "estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido", ou "foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos" nesse período de cinco anos – respectivamente, alíneas a), b) e c) do n.º 3. O n.º 4 do artigo 9.º alude à regra procedimental, tocando ao arguido refutar a liquidação ou na contestação, quando deduzida na acusação, ou no prazo de vinte dias da notificação da liquidação, se posterior à acusação. E o n.º 5 determina que a prova tendente a ilidir a presunção do artigo 7.º, n.º 1, deve ser oferecida com a defesa atinente à imputação pelo ilícito típico.

Os artigos 10.º[1152] e 11.º detêm-se no arresto (e sua modificação) de bens do arguido para a garantia do pagamento da perda alargada decorrente do artigo 7.º, n.º 1.

Já o artigo 12.º, n.º 1º, impõe que o valor (e não bens ou coisas[1153]) correspondente ao patrimônio incongruente do arguido seja declarado perdido pelo tribunal na sentença condenatória, com reflexos sobre o arresto ou a caução (n.º 2º), e sinalização de prazo para pagamento daquele valor (n.º 3º), com a inércia importando na perda dos bens arrestados (n.º 4º); ou, na ausência destes ou existindo mas com valor insuficiente, e havendo outros bens disponíveis, o Ministério Público instaurará execução, segundo o n.º 5, acrescentado pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

Todos esses tipos e subtipos serão examinados com pormenores adiante. De qualquer sorte, da superficial análise feita até aqui da perda alargada plasmada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, percebe-se, de pronto, que o legislador português optou por não seguir o modelo similar francês, que, em linhas gerais, decorre de simples inversão do ônus da prova: o confisco é resultante da condenação por determinada infração penal,

[1152] Com redação atual dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

[1153] Johan Boucht diferencia a perda alargada em concreto (baseada na perda em espécie de determinados ativos concretos – por exemplo, as previstas na Decisão-Quadro 2005/212/JAI e no modelo entabulado na Diretiva 2014/42/UE) da perda alargada em abstrato, que, como a positivada na Lei nº 5/2002, de janeiro, ataca uma cota-parte do patrimônio do condenado (BOUCHT, Johan. *The Limits of Asset Confiscation.* On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 17).

incumbindo ao arguido, no curso do processo penal, demonstrar a origem de todo ou parte de seu patrimônio, ao lado de sua defesa quanto ao ilícito típico[1154] – isto é, ferramenta que dificilmente encontraria eco na Constituição da República Portuguesa. No artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, também está presente uma presunção, mas que não é consequência pura e simples da condenação por infração penal prevista em catálogo: permanece à acusação o ônus de provar, para além do ilícito típico e sua autoria, a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional. Assim, mais próxima dos congêneres da Espanha até há pouco vigente (artigo 127.º do Código Penal) e da Itália (artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/92), a perda alargada de Portugal não implica uma literal inversão do ônus da prova em processo penal, pois ao arguido toca ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio dissonante de seus rendimentos líquidos. Dissonância que, em tese, deverá ser clarificada pelo Ministério Público; se provada, e havendo condenação, incidirão os efeitos da perda alargada, nos termos do artigo 12.º.

Como prenunciado, esses aspectos merecem estudo detido. No campo dos requisitos da perda alargada de Portugal.

6.2 Requisitos da perda alargada

6.2.1 Condenação com trânsito em julgado

Como primeiro requisito, a perda alargada portuguesa exige uma condenação (pela prática de crime listado no artigo 1.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro) com trânsito em julgado, o que respeita o artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. *A contrario sensu*, a absolvição do arguido fulmina qualquer viabilidade da aplicação da perda alargada, característica que a difere, por exemplo, dos procedimentos *in rem* e, mesmo, de modalidades de confisco ampliado positivados nas legislações da Espanha e da Itália, para os quais a condenação é prescindível. A essencialidade da condenação prévia abre espaço a um dilema: por um lado, torna a ferramenta ineficiente em muitas situações comuns à criminalidade organizada, como a utilização de pessoas jurídicas e/ou terceiros para a titulação de bens provenientes da atividade criminosa; por outro, exatamente pela restrição de alcance, protege direitos individuais, notadamente atinentes à propriedade privada.

[1154] Vide item 5.2 deste trabalho.

O requisito da condenação definitiva, como alerta Paulo Silva Marques, também se presta para afastar a incidência da perda alargada contra inimputáveis[1155]: o reconhecimento, na sentença, da mera ocorrência do ilícito típico, não é suficiente, como fez questão de deixar claro o legislador na redação do artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

Noutro ponto, a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, em nenhum momento, menciona a natureza ou a medida concreta da sanção resultante da condenação. Então, além da sanção privativa de liberdade, penas como multa e até mesmo a suspensão e a dispensa de pena não são impeditivos à perda alargada – o que, por via reflexa, permite a ilação de que o legislador a idealizou não como pena ou dela efeito.

Porém, não é uma interpretação pacificada. Augusto Silva Dias reputa que somente a condenação em pena privativa de liberdade pode autorizar a perda alargada, em respeito à adequação e à proporcionalidade[1156]. Ousa-se discordar, pois, se o legislador português pretendesse vincar a perda alargada à natureza da sanção, teria redigido o artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, da seguinte forma: "em caso de condenação à pena de prisão pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito". Não se identifica motivo para que o legislador tenha omitido a exclusiva pena de prisão como condicionante do instrumento legal. Aliás, pondera-se que aludida interpretação pode ser objetada pelo raciocínio inverso: a condenação do arguido à pena de prisão máxima cominada a determinado ilícito típico do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, autoriza o efeito da perda alargada para além do que identificado como patrimônio incongruente, sobretudo quando de valor ínfimo? A resposta é obviamente negativa. Restringir a perda alargada apenas ao patrimônio incongruente é o que se recorta da literal interpretação do artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, que não pode ser tangenciada, risco de flagrantemente pejudicar o arguido. Mas, na hipótese da condenação à pena de prisão máxima, a perda de um patrimônio incongruente insignificante não resultá desrespeito à

[1155] MARQUES, Paulo Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In *Lusíada*. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, n.º 10, 2012, p. 299, nota 14.

[1156] DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 45. No mesmo sentido, CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 125.

adequação e à proporcionalidade? Não, uma vez que o juízo da culpa e a decisão dos efeitos da perda alargada são desconectados.

Conjecturando variantes: se a condenação em multa, suspensão ou dispensa de pena[1157] possibilita a perda alargada sobre patrimônio incongruente do arguido de valor pequeno ou insignificante, então haverá adequação e proporcionalidade? Ao que consta, o entendimento que exige a condenação em prisão inclina-se ao conceito da natureza jurídica da perda alargada como pena ou efeito de pena. Em sendo assim, natural que a adequação e a proporcionalidade restem invocadas, a fim de que o confisco (que pode atingir a totalidade de um patrimônio de vulto) guarde relação de causa e efeito com a pena aplicada pela condenação. Todavia, pensa-se, não foi essa a intenção do legislador, que atuou impulsionado pela moderna política criminal transnacional na área da recuperação de ativos. Com outras palavras, ao descartar a vinculação da aplicação da perda alargada à sanção privativa de liberdade ou à fixação desta em patamar distante do mínimo legal, por exemplo, o legislador parece ter propositadamente refutado o cotejo do princípio da proporcionalidade e da relação de que a pena é a medida da culpa – isso no que se refere exclusivamente à ferramenta do artigo 7º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro. Um recado, permite-se a ilação, de não emprestar à perda alargada natureza jurídica de pena ou dela efeito.

Enfim, pela exegese da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e pela política criminal hoje espelhada na Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs ao ordenamento português a Diretiva 2014/42/UE, a natureza e a medida da pena aplicada ao condenado por crime do catálogo não devem ser condicionantes e nem influenciar a incidência ou a extensão da perda alargada. Como bem sintetiza Duarte Nunes, "nem a lei não formula qualquer exigência quanto à natureza da sanção ou quanto à sua medida concreta nem, a nosso ver, tal é imposto pelo princípio da proporcionalidade, plasmado no art. 18.º da CRP", até porque "os bens confiscados nada têm a ver com o crime pelo qual o arguido foi condenado"[1158]. Ou seja, infere-se que o requisito cinge-se à condenação criminal com trânsito em julgado. Mas não qualquer condenação.

[1157] Hipóteses nas quais, segundo Paulo Silva Marques, não seria possível a incidência da perda alargada, "dado o carácter incisivo e gravoso que o confisco repercute nos direitos patrimoniais do arguido" (MARQUES, Paulo Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In *Lusíada*. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, n.º 10, 2012, p. 299).

[1158] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), p. 13. Esse posicionamento veio reiterado em NUNES. Duarte Alberto Rodrigues.

6.2.2 Condenação por crime previsto no catálogo

O requisito da condenação definitiva é vincado a uma das infrações penais do catálogo[1159] do artigo 1.º, nº 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Como há pouco salientado, para os ilícitos típicos listados nas alíneas a) a o), a aplicação da perda alargada é possível mesmo que não se evidencie a prática de forma organizada[1160]; já para aqueles das alíneas p) a r), apenas se cometidos de forma organizada[1161]. A restrição, tanto pela própria existência do catálogo quanto pela do n.º 2 do artigo 1.º, sem dúvida, vai ao encontro da ideia de destinar "remédios forte às patologias graves"[1162].

Por outro viés, também já comentado, mesmo após cinco versões do artigo 1.º, ainda escapam daquele catálogo ilícitos típicos comuns à criminalidade organizada e econômica (e ao terrorismo)[1163], assim como outros estranhos a essa criminalidade mas igualmente geradores de vantagens ilícitas não raro vultosas[1164].

Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, pp. 18-19. Disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload.

[1159] Com redação atual dada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. Sobre as conformações das infrações penais do catálogo (ainda com a redação outrora vigente, dada pela Lei n.º 19/2008, de 21 de abril), para que sejam passíveis da incidência das medidas especials da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, vide NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), pp. 6-12.

[1160] Pensa-se que a ressalva, brotada a contrario sensu da redação do n.º 2 do artigo 1.º, pode ser excepcionada quanto ao crime de associação criminosa, que, por razões óbvias, usualmente agrega a forma organizada.

[1161] No ponto, deve-se reconhecer razão a Figueiredo Dias ao aduzir que a ausência de explicitação, pelo legislador, do que se entende por "de forma organizada", traz sérios problemas de indeterminabilidade (DIAS, Jorge de Figueiredo. O Processo Penal Português: problemas e prospectivas. In: MONTE, Mário Ferreira; et al. *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, p. 810).

[1162] Para Duarte Nunes, a distição inserta no n.º 2 do artigo 1.º tem por critério a ofensividade, "conjugada com a susceptibilidade de gerar vantagens e na consideração de que parte dessas vantagens é, normalmente, investida na continuidade da actividade criminosa (...) contudo, estes factores são, por sua vez, devidamente conjugados com os ditames do princípio da proporcionalidade" (NUNES., op. cit., p. 12).

[1163] Com a opinião de que o catálogo segue incompleto, DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 810. Na mesma linha, Duarte Nunes, que aponta o modelo norte-americano entabulado no *The Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act* (*RICO*) como exemplo de lista exaustiva de crimes normalmente cometidos por organizações criminosas; cf. NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, p. 20, nota 38. Disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload.

[1164] Segundo Damião da Cunha, a suscetibilidade de gerar grandes proveitos foi um dos fatores sopesados pelo legislador na escolha das infrações penais do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 10).

Numa rápida digressão, aduz-se não merece crítica o legislador ao ter estampado no catálogo os ilícitos típicos de terrorismo (nas modalidades de organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo), tráfico de influência, associação criminosa[1165], pornografia infantil, lenocínio de menores, dano a dados e acesso ilegítimo a sistemas informáticos, e lenocínio, a despeito de não ostentarem, como regra, a meta de lucro. Conforme abordado no item 1.4.2 deste trabalho, o terrorismo é orbitado por infrações penais patrimoniais variadas, além do branqueamento de capitais[1166], por intermédio dos quais os grupos ou células mantêm e expandem suas estruturas[1167]. E não é exagero afirmar que é comum a todos os grupos a busca por poder e dinheiro[1168]. Esse fim secundário pode valer aos demais ilícitos típicos acima referidos – que, ademais, comumente são perpetrados em estruturas de redes. Por conseguinte, seja pela meta concomitante de lucro ou proveito econômico, ou, apenas, porque é dessa forma que são mantidas as estruturas criminosas, conclui-se que o legislador português andou bem ao inserir aludidos ilícitos típicos como potenciais alvos da perda alargada[1169].

[1165] Embora a infração penal de associação criminosa seja de perigo abstrato, sua própria existência já cria um especial perigo de perturbação que viola a paz pública, sendo esse o bem jurídico protegido pela norma penal (pertencer ou colaborar com uma organização criminosa), cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 751; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal.* Tomo II. Parte Especial – Artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1157. Essa peculiaridade da infração penal de associação criminosa justifica a intervenção do direito penal num estado prévio à colocação em causa da segurança ou da tranquilidade públicas pela verificação efetiva de crimes ou atos violentos, cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Titularidade da ação penal e direção do inquérito no âmbito da criminalidade económico-financeira. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *IV Congresso de Processo Penal, I Congresso Luso-brasileiro de Criminalidade Económico-financeira*: memórias. Coimbra: Almedina, 2016, p. 96.

[1166] Não por coincidência, os recentes instrumentos normativos comunitários que versam sobre a infração penal de branqueamento de capitais, como a Diretiva 2015/849/UE (transposta em Portugal pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto) e a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de dezembro de 2016, "relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal", trazem disposições específicas acerca do enfrentamento do terrorismo e dos seus atos de financiamento.

[1167] Ou seja, mesmo sendo a organização terrorista uma infração penal de perigo abstrato, e não tendo o terrorismo escopo de produção de lucro ou resultado econômico, é de todo justificável a aplicação do confisco alargado a essas modalidades delituosas para privar as organizações de recursos econômicos.

[1168] Jorge Godinho tem posição oposta, manifestando perplexidade com a inserção dos crimes de terrorismo no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, já que a organização terrorista não tem "uma particular aptidão para gerar lucros", sendo crime de perigo abstrato e não gerador de vantagens, ao passo que o terrorismo "não é normalmente lucrativo", com seus atos se concretizando em crimes de dano; cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1339-1340. Não se pode concordar com tal perplexidade: antes pelo contrário, se os crimes ligados ao terrorismo não têm usualmente no lucro uma meta, os grupos ou organizações que deles de ocupam necessitam de aporte econômico permanente para a manutenção de suas estruturas; e, mais, inserem-se tipicamente no fenômeno da criminalidade organizada. Natural, pois, que estejam ao alcance das medidas musculosas da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[1169] E deve-se rememorar que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não cuida somente do instrumento de recuperação de ativos, e sim de outras medidas de combate à criminalidade organizada, a serem

Outras infrações penais, como tráfico de drogas, de armas ou de pessoas, recebimento indevido de vantagem, corrupção (ativa e passiva)[1170] e peculato, branqueamento de capitais, participação econômica em negócio, sabotagem informática, falsificação de moeda, contrabando e tráfico e viciação de veículos furtados[1171], por ensejarem, como regra geral, a precípua finalidade de lucro, justificam por isso (com alguma controvérsia, é verdade[1172]) estarem listadas no rol da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

6.2.3 Existência de um patrimônio (e sua definição)

Avançando nos requisitos para que se possa cotejar a incidência da perda alargada, é preciso, por obviedade, que o condenado tenha um patrimônio para ser avaliado, ou "o domínio jurídico ou fáctico do condenado sobre um patrimônio"[1173], sendo daí o nascedouro da liquidação.

---

operacionalizadas casuisticamente, tendo por base as contingências do ilícito típico do catálogo investigado no caso concreto.

[1170] O "recebimento indevido de vantagem" foi inserido no artigo 372.º, n.º 1, do Código Penal pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, que teve por nascedouro o intitulado "Pacote Anticorrupção". A Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, além da positivação desse ilícito típico e da "oferta ou promessa de vantagem" (artigo 372.º, n.º 2, do Código Penal), alterou as tipificações e agravou as penalidades das infrações penais de corrupção passiva (artigo 373.º) e corrupção ativa (artigo 374.º), assim como ampliou o prazo de prescrição do procedimento penal correlato. Segundo Paulo de Sousa Mendes, a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, previu medidas tendentes a: "potencializar a perseguição penal da corrupção, em sentido amplo, através de novos tipos de crime cujo preenchimento abdica da necessidade de relacionamento da peita ou suborno com um particular acto ou omissão do funcionário público; facilitar a perseguição penal da corrupção através da dispensa de pena em caso de auto-denúncia, criando assim condições para a punição efectiva de outros responsáveis; aumentar a eficácia da ameaça penal através do agravamento das penalidades"; cf. MENDES, Paulo de Sousa, O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro*: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 330.

[1171] "Não existe qualquer norma que incrimine especificamente esta actividade, pelo que o que está em causa é o furto ou o roubo de automóveis (cfr. arts. 203.º, 204.º e 210.º do CP), eventualmente acompanhado da prática de um crime de falsificação de documento, concretizado na aposição de matrículas falsas ou na viciação do número do chassi ou de motor (cfr. arts. 255.º, al. a), e 256.º do CP) e, posteriormente, de crime de receptação (cfr. art. 231.º do CP)"; NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), p. 7.

[1172] Rememore-se o entendimento de Augusto Silva Dias, para quem todas as infrações penais do catálogo apenas serão alcançadas pela perda alargada – e demais medidas especiais da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – em havendo prova, no caso concreto, da prática de forma organizada; cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 29.

[1173] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de

A definição do que constitui patrimônio atingível pela perda alargada está no artigo 7.º, n.º 2, letras a), b) e c), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, sendo de todo pertinente que o legislador tenha inserido tal definição no texto legal, naquilo que Hélio Rigor Rodrigues adjetiva "o carácter omnicompreensivo do conceito de 'património' da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro"[1174]. Eventual lacuna (seja pela antevisão de uma norma penal em branco, seja delegando a definição à hermenêutica jurídica) por certo traria problemas complexos à delimitação do que poderia ser considerado patrimônio ao alcance (pelo valor correspondente) da perda alargada[1175].

Como já salientado, a alínea a) trata genericamente dos bens dos quais o arguido seja o titular ou tenha o domínio e o benefício, isso na data em que constituído demandado na ação penal ou posteriormente. Ou, decalca-se da jurisprudência, "a base de partida é o património do arguido, todo ele, pois o conceito é utilizado no art. 7.º, numa perspetiva omnicompreensiva, de forma a abranger não só os bens de que o arguido seja formalmente titular (do direito de propriedade ou de outro direito real), mas também aqueles de que ele tenha o domínio de facto e de que seja beneficiário (é dizer, os bens sobre os quais exerça os poderes próprios do proprietário), à data da constituição como arguido ou posteriormente"[1176]. Assim, imóveis, móveis, automóveis, valores em contas bancárias, aplicações financeiras e seus rendimentos, bens herdados ou recebidos em doação, etc., identificados como propriedade do arguido a partir do momento em que ele assim se tornou e dali para frente, são passíveis de confisco ampliado. Porém, se, concernente aos bens intrínsecos à titularidade do arguido, como regra não haverá maior dificuldade na delimitação, o mesmo não pode ser dito em relação àqueles que a ele se ligam pelo domínio e o benefício: nas palavras de Jorge Godinho, "visam-se aqui os bens detidos formalmente por outra pessoa, singular ou colectiva, tratando-se de provar que em todo o caso os bens pertencem à esfera jurídica do arguido (...) Caberá à acusação provar que,

---

confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 313.

[1174] RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, p. 233.

[1175] João Cura Mariano estuda a situação do terceiro implicado com efeito da perda alargada – notadamente sobre os bens de terceiros contabilizados no patrimônio do arguido, segundo as alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (MARIANO, João Cura. Os bens de terceiro no regime da «perda alargada». In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 336-347). Numa dimensão mais ampla, o tema é analisado por BLANCO CORDERO, Isidoro. Modern forms of confiscation and protection of third parties. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing criminal money*: challenges and perspectives on asset recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 139-154.

[1176] Transcrição do item IV da ementa do acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 11 de junho de 2014, processo nº 1653/12.2JAPRT-A.P1, disponível em http://www.dgsi.pt.

apesar de a titularidade pertencer a outrem, o respectivo domínio e benefício – conceitos claramente usados em sentido económico-factual, com vista a expandir o âmbito de aplicação do confisco e a evitar o que seriam fáceis fugas ao mesmo – pertencem ao arguido"[1177].

O conteúdo da letra b) estende a definição de patrimônio potencialmente confiscado (como valor) aos bens que não mais estejam na propriedade ou posse do arguido desde até cinco anos antes de sua figuração nessa condição, mas apenas se transferidos gratuitamente ou por quantia (contraprestação) irrisória a terceiro (pessoa física ou jurídica). A ampliação do conceito de patrimônio, aqui, claramente almeja atribuir efeito à perda alargada nas hipóteses – muito comuns, diga-se – em que o indivíduo que atua na criminalidade organizada dissipa faticamente o proveito do crime utilizando "laranjas".

O leque largo à definição do que é patrimônio do arguido, inequivocamente, tem por escopo "minimizar a possibilidade de ocorrência de fraude, de ocultação do seu verdadeiro titular"[1178]. Contudo, o alcance ampliado não se pode restringir a ilações, gerando ao Ministério Público, normalmente com respaldo em investigação financeira ou patrimonial desenvolvida pelo Gabinete de Recuperação de Activos[1179], a incumbência extra de clarificar quais bens foram transferidos naquele lapso temporal quinquenal, por quais valores irrisórios ou mesmo a título gratuito, e para quem[1180]. Sem esse plus investigatório, mormente no que toca à transferência por valor vil ou ínfimo, ou gratuitamente, a perda alargada não poderá avançar ao bem já na posse ou propriedade do terceiro – embora nada impeça que sua contraprestação, em poder do arguido, acabe por ser confiscada com lastro no fator "incongruência" do artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

Importante ressaltar que a imprescindibilidade da prova – de que a transferência deu-se gratuitamente ou por valor irrisório – é essencial como garantia do direito do terceiro de boa fé, poupando-o de ver-se tolhido de bem que negociou licitamente com

---

[1177] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1345.

[1178] Trecho da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 11 de junho de 2014, processo nº 1653/12.2JAPRT-A.P1, disponível em http://www.dgsi.pt.

[1179] As funções do Gabinete de Recuperação de Activos e a investigação patrimonial sob sua competência serão analisadas logo adiante.

[1180] No ponto, concorda-se com João Cura Mariano que, ao analisar o procedimento da perda de bens de terceiro no regime da perda alargada portuguesa, enfatiza os diminutos meios de defesa disponíveis (MARIANO, João Cura. Os bens de terceiro no regime da «perda alargada». In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 349-359), situação bastante diferente da hoje existente na Espanha, como refere RODRIGUEZ GARCIA, Nicolas. El Decomiso de Activos Ilícitos. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017, pp. 214 e ss.

indivíduo que, no intervalo de cinco anos depois, restou constituído como arguido por prática de ilícito típico afeito à criminalidade organizada ou econômico-financeira, e, depois, culminou condenado. A despeito de a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ter silenciado acerca da situação do terceiro de boa fé, a única interpretação que sobra do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), é a de que cumpre ao Ministério Público evidenciar a má fé do destinatário do bem, e isso enseja a prova da transferência (nos cinco anos anteriores) gratuita ou por preço irrisório. Pensa-se, não há lugar à utilização da presunção do artigo 7.º, n.º 1, para pretender demonstrar que a transferência deu-se naquelas condições suspeitas; ao revés, caso a acusação não logre clarificar a gratuitade ou irrisoriedade da transmissão, a presunção será da boa fé do terceiro, obstando a perda alargada. Isto é, não se entende assistir razão a Jorge Godinho, para quem a alínea b) "parece tratar-se de uma nova presunção – a de que tais transmissões foram simuladas –, que levanta um problema de tutela de terceiros, contra os quais não parece admissível o estabelecimento de presunções, designadamente fazendo recair sobre tais terceiros o ónus de provar o *animus donandi* do autor der uma doação"[1181]: cumpre à acusação provar a transmissão e sua mensuração como vil, ínfima ou gratuita. Essa prova, somada aos requisitos condenação por crime do catálogo e existência de um patrimônio incongruente, poderá autorizar os efeitos da perda alargada nas condições da alínea b), tendo, é verdade, lastro na presunção do artigo 7.º, n.º 1.

A alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, também com o inequívoco viés agressivo do instrumento de recuperação de ativos, possibilita a perda alargada sobre bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à sua constituição, inobstante não apurado onde estejam. Esse dispositivo, ao lado de tratar como patrimônio confiscável (pelo respectivo valor) aquilo que foi doado ao arguido no prazo quinquenal anterior, gera espécie de ficção de crédito ao Estado, ao estipular o efeito da perda alargada a determinado (e identificado) bem que, de um lado, sabe-se que o arguido recebeu até cinco anos antes, mas, de outro, desconhece-se o destino no momento da declaração do pagamento de valor correspondente ao confisco. Conjectura-se exemplo: arguido que, nos cinco anos antes de ver-se demandado penalmente por infração penal do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, recebe obra de arte avaliada em um milhão de euros, e, quando da declaração da perda alargada, tal bem não é encontrado em sua posse, tampouco

[1181] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1345.

seu destino; a regra da alínea c), em sua literalidade, permite que o efeito da perda alargada atinja o valor da obra de arte doada ao arguido, ainda que nunca localizada – obviamente, desde que provada como patrimônio incongruente.

Noutro aspecto, a conjugação entre os dispositivos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º, com o artigo 12.º, n.º 1, da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, evidencia a necessidade de que todo o patrimônio do arguido seja avaliado com critérios técnicos e de forma fundamentada[1182]. Como a declaração do montante da perda alargada remete ao pagamento do valor (artigo 12.º, n.º 1) do patrimônio incongruente, que deve ser o resultado da equação patrimônio do arguido (artigo 7.º, n.º 2) menos patrimônio do arguido congruente com seu rendimento lícito (artigo 7.º, n.º 1), é imprescindível que aludida equação funde-se em avaliação "levada a cabo por especialistas na matéria, por forma até a evitar situações de injustiça decorrentes de sobreavaliação (que gera a presunção) ou da subavaliação (que impede a presunção numa situação em que deveria ter lugar) dos bens"[1183]. Praxe que não deve ser distinta nas hipóteses em que os bens não mais estejam na posse do condenado, com destino desconhecido, tendo então lugar a avaliação por estimativa, "sempre com recurso a regras da experiência comum e à intervenção de especialistas, que avaliarão os bens de acordo com o que sobre eles seja conhecido (designadamente, as suas características, estado de conservação, etc.)"[1184].

No ponto, merece ressalto, profícua a positivação, pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, do novel artigo 12.º-A da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, com a previsão da "investigação financeira ou patrimonial", que pode ser utilizada "para identificação e rastreio do património incongruente nos termos do artigo 7.º", inclusive após encerrado o inquérito, quando na situação do artigo 8.º, n.º 2, e mesmo depois da condenação, no caso do artigo 12.º, n.º 5, da mesma lei. Embora a investigação financeira ou patrimonial já constasse nos artigos 2.º a 4.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, como competência do

[1182] Sobreleva, aí, a pertinência de uma investigação especializada, de viés exclusivamente patrimonial ou financeiro, feita por funcionários com expertise na área (p. ex., como os ocupantes do Gabinete de Recuperação de Activos).

[1183] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), p. 15. No mesmo viés, CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 106.

[1184] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), p. 15.

Gabinete de Recuperação de Activos, e a despeito de não ser peremptória para dar lastro à perda alargada, de todo recomendável, sempre que possível, preste-se como instrumento de obtenção de provas e da valoração do patrimônio incongruente. Por isso, elogiável sua menção explícita na Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, bem assim de suas possíveis aplicações extraordinárias, pelo advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

Estabelecido o que é patrimônio do arguido pelas hipóteses do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o n.º 3 do mesmo artigo alude que os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens nas condições do artigo 111.º do Código Penal são considerados vantagens de atividade criminosa. De pronto, aponta-se que a redação do dispositivo está desatualizada, uma vez que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, deslocou a ferramenta do confisco clássico dos produtos e vantagens para o artigo 110.º do Código Penal[1185]. Isso superado, o regramento enseja duas interpretações (não excludentes): a mais plausível, de que estarão ao alcance da declaração da perda alargada os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens conformadores do patrimônio incongruente do arguido (que se presume vantagem de atividade criminosa pelo n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro); outra, no sentido de que pretendeu o legislador inserir na legislação especial norma destinada ao confisco clássico das vantagens do Código Penal – e, nesse caso, estaria reiterando *mens legis* que já consta na alínea b)[1186] do n.º 1 ou no n.º 3[1187] do artigo 110.º do Código Penal. Aduz-se mais plausível a primeira, porque não haveria necessidade de introjetar na lei especial dispositivo endereçado exclusivamente a mecanismo do Código Penal – que, ademais, já conta com regramentos que permitem o confisco dos juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que são vantagem direta do crime.

De qualquer sorte, a possível dualidade que brota do n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, presta-se ao lembrete da diferença conceitual entre os confiscos clássicos do Código Penal e a perda alargada, escudando-se, esta, no que é presumivelmente vantagem da atividade criminosa, e, aqueles, nos instrumentos, produtos, vantagens ou recompensas que restam provados provenientes – diretamente – da infração penal.

[1185] Vide itens 2.2.2 e 2.2.3 deste trabalho.

[1186] São vantagens confiscáveis as coisas, direitos ou vantagens que constituem vantagens econômicas, direta ou indiretamente resultantes do ilícito típico.

[1187] No caso de transformação ou reinvestimento dos produtos ou vantagens, são confiscáveis quaisquer ganhos quantificáveis desse resultado.

Enfim, o n.º 3 do artigo 7.º contribui à delimitação do que pode ser enquadrado como patrimônio do arguido potencialmente atingido pela perda alargada por ser vantagem de atividade criminosa, em adição às definições das alíneas a) a c) do n.º 2.

6.2.4 Patrimônio incongruente com o rendimento lícito do arguido

O requisito da existência de um patrimônio do arguido, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, alíneas a), b) e c), da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, pode absolutamente nada implicar ao escopo da perda alargada se não estiver ligado à incompatibilidade com os rendimentos lícitos do indivíduo constituído arguido pelo cometimento de ilícito típico do catálogo do artigo 1.º, n.º 1. Por mais vultoso que seja o patrimônio, uma vez provada sua origem pelos rendimentos lícitos – e proporcionalmente vultosos – do arguido[1188], não haverá espaço ao cotejo da perda alargada, sem prejuízo, por óbvio, da incidência de modalidade clássica de confisco como aquelas previstas no Código Penal[1189]. Mas, do contrário, na expressa inteligência do artigo 7.º, n.º 1, evidenciada "a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito", abrir-se-á a porta da presunção de que o resultado dessa operação aritmética seja "vantagem de actividade criminosa", dando azo, então, à perda alargada. Como simplifica Jorge Godinho, esse "requisito será o apuramento de uma desproporção, diferença ou 'incongruência' entre o valor do patrimônio do arguido e o seu rendimento lícito"[1190].

O patrimônio incongruente é exemplo explícito da ampliação da definição de vantagem da atividade criminosa, trazida pela moderna política criminal na área de recuperação de ativos. Ao inserir o fator "incongruência" no artigo 7.º, n.º 1, o legislador

[1188] Segundo bem observa Duarte Nunes, "na determinação dos rendimentos lícitos, caso o arguido demonstre que outros membros do seu agregado familiar (também) auferem rendimentos lícitos, haverá que levar em conta a totalidade dos rendimentos do ser agregado familiar, pois o património pode ser incongruente com o rendimento lícito do arguido, mas já o não ser se se levar em conta o rendimento dos restantes membros do seu agregado familiar (máxime do cônjuge)"; cf. NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, p. 36. Disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload.

[1189] Não parece correta a opinião de Duarte Nunes, ao arrolar como "pressuposto negativo" da perda alagada o fato de o patrimônio do arguido não ter sido obtido, no todo ou em parte, através da prática do crime do catálogo pelo qual condenado (NUNES, op. cit., pp. 37-38). Pensa-se, não se trata verdadeiramente de um pressuposto negativo, e sim da mera separação da incidência de ferramentas legais distintas: ao proveito em relação ao qual se aplica o confisco clássico do Código Penal, por ser produto ou vantagem direto do crime (e que, por razões óbvias, conformará ganho material incongruente com o rendimento lícito do condenado), não haverá espaço ao cotejo da perda alargada. E esta, como visto, só poderá ser aplicável ao patrimônio incongruente do condenado que não é produto ou vantagem direto da infração penal.

[1190] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1342.

português adotou essa ampliação, sumulada na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 94/VIII: "a presente proposta estabelece que, em caso de condenação por um dos crimes previstos no seu artigo 1.º, se aprecia a congruência entre o património do arguido e os seus rendimentos lícitos. O valor do património do arguido que seja excessivo em relação aos seus rendimentos cuja licitude fique provada no processo são (sic) declarados perdidos a favor do Estado"[1191]. Implicitamente, há o reconhecimento de que não existe prova de que aquela parte do patrimônio é vantagem direta do ilícito típico pelo qual o arguido restou condenado – pois, senão, teria incidência a perda clássica – dos produtos ou vantagens – prevista no Código Penal. Expandindo o conceito de vantagem da atividade criminosa, a incongruência abre espaço à presunção de que aquela parte do patrimônio é fruto da atividade criminosa como um todo (ou de uma provável atividade criminosa[1192]), da qual o ilícito típico elucidado é apenas um fragmento[1193].

Do estudo do que é patrimônio incongruente, recorta-se importante distinção entre a perda alargada e as infrações penais de enriquecimento ilícito ou de enriquecimento injustificado, outrora com positivação tentada em Portugal[1194]. Nestas últimas, o incremento patrimonial injustificado conforma a culpa do arguido, sem qualquer esclarecimento de ilícito típico pretérito que a ele tenha dado causa. Na perda alargada, o patrimônio injustificado, que delimita o patrimônio incongruente, conforma uma presumível vantagem da atividade criminosa em relação à qual ao menos um ilícito típico é provado, resultando daí – e somente daí – a culpa do arguido.

Não se deve olvidar que, diversamente do que ocorre noutros sistemas legais, e a despeito de intitulada como uma perda de bens, a perda alargada incide sobre o patrimônio incongruente na forma de condenação ao pagamento de valor, tornando evidente a necessidade de avaliação dos patrimônios total e incongruente do arguido, resultando da subtração desses montantes o *quantum* a ser confiscado.

Fácil antever, é na seara da produção e da distribuição do ônus da prova do que é patrimônio incongruente que residem as maiores controvérsias quanto à aplicação da perda alargada. Tópico que merecerá estudo aprofundado mais adiante.

[1191] Projeto de Lei n.º 94/VIII, Exposição de Motivos, pp. 6-7, disponível em www.app.parlamento.pt.

[1192] CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 9.

[1193] O alargamento do conceito de lucro pela moderna política criminal de recuperação de ativos vai além, atingindo até mesmo o plano subjetivo, uma vez que o patrimônio de terceiros, ligados de algum modo ao arguido, pode ser considerado vantagem da atividade criminosa e estar sujeito à perda alargada. Nesse sentido, vide MARQUES, Paulo Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In *Lusíada*. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, n.º 10, 2012, p. 295.

[1194] Assunto tratado no item 2.4.2.2 deste trabalho.

6.2.5 Restrição temporal sobre o que é patrimônio incongruente

É possível que o patrimônio do condenado por crime do catálogo, a despeito de totalmente incongruente com suas fontes lícitas de rendimentos, escape por inteiro dos efeitos da ferramenta legal, em virtude do lapso temporal de incidência trazido pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. As ressalvas feitas no artigo 7.º, n.º 2, letras b) (bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória) e c) (bens recebidos pelo arguido, ainda que com destino incerto), da aplicação condicionada ao lapso temporal de cinco anos antes da constituição como arguido, são replicadas no artigo 9.º, n.º 3, letras b) e c), como causas que ilidem a presunção que serve de base à perda alargada. Assim, ao deixar de fora do alcance da ferramenta legal o valor correspondente aos bens que estavam na titularidade do arguido há mais de cinco anos, ou foram adquiridos por ele com rendimentos obtidos nesse período, o legislador freou temporalmente, de modo peremptório, o efeito de recuperação de ativos.

Nesse palco, aliás, ajusta-se em parte com Duarte Nunes, para quem, mesmo que o arguido demonstre que os bens foram adquiridos há mais de cinco anos ou com rendimentos desse período, "poderão ser confiscados, desde que o MP prove que foram adquiridos com meios ilicitamente obtidos pelo arguido; é que, o legislador não faz qualquer referência à proveniência dos meios com que o arguido adquiriu tais bens"[1195]. O ajuste é parcial porque, da literalidade do artigo 9.º, n.º 3, a presunção é ilidida nas hipóteses das alíneas b) e c), cumprindo ao arguido esclarecer tão somente o lapso temporal de aquisição do bem ou do rendimento (no caso da aquisição posterior), e não isso mais a procedência lícita. Com outras palavras, a prova de alguma das situações das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 9.º obsta reconheça-se que o bem é vantagem da atividade criminosa e, por consequência, a aplicação da perda alargada, mesmo que o arguido não demonstre a fonte justificada em rendimento lícito seu; não se pode conjecturar que aludidas situações tragam como requisito implícito a conjugação com o teor da alínea a) do mesmo dispositivo. Contudo, e aqui se anui ao entendimento de Duarte Nunes, nada impede que tais bens sejam confiscados, caso o Ministério Público clarifique foram adquiridos com meios ilícitos, mas noutro processo penal e como resultado de aplicação

[1195] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), p. 24.

dos instrumentos clássicos de confisco do produto ou das vantagens da infração penal, previstos no Código Penal.

Há doutrina indicando que a justificativa da limitação temporal encontra abrigo no princípio da proporcionalidade, notadamente para que o arguido não tenha dificuldade insuperável de provar a origem lícita de seu patrimônio – cujo valor correspondente a acusação pretende confiscar na liquidação. Tratando não especificamente da perda alargada lusitana, mas dos instrumentos de confisco ampliado em geral, Euclides Dâmaso Simões e José Ferreira Trindade asseveram que "a limitação temporal de algumas dessas presunções visa garantir o princípio da proporcionalidade, tornando não excessivamente onerosa para o proprietário/detentor dos bens a prova da origem lícita de seu património"[1196]. No ponto, concorda-se que comentada delimitação de tempo tenha por escopo, indiretamente, componente de respeito ao princípio da proporcionalidade, naquela exata medida de não transformar em prova diabólica – ou até impossível – o mister do arguido de demonstrar a licitude da origem de bens ou patrimônio apontados – por presunção – como vantagem da atividade criminosa. O componente, *in casu*, reside apenas aí, para o fim de não tornar despropocionalmente onerosa a incumbência do arguido (como em Portugal) ou do já condenado (nas hipóteses legais do Reino Unido e da Holanda) de provar a fonte lícita – por vezes muito antedecente – da obtenção do patrimônio. Esse alerta quanto à restrição soa pertinente para que não se confunda o cotejo do princípio da proporcionalidade na relação entre o crime cometido (objeto da condenação) e a dimensão patrimonial afetada pelo instrumento de confisco ampliado – o que imerge diretamente no debate acerca de sua natureza jurídica, pois, sendo pena, efeito de pena ou sanção outra, deverá guardar respeito àquele princípio; noutras conformações, sem conotação de sanção, poderá dele ser independente.

Ao que parece, a definição em cinco anos, optada pelo legislador, foi aleatória, quiçá merecedora da crítica direcionada ao instrumento de confisco ampliado por Maugeri, para quem não houve fundamentação jurídica adequada[1197]. Frise-se, não se desconhece

[1196] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 6. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013. No mesmo sentido desse viés de aplicação do princípio da proporcionalidade, CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 107-108.

[1197] Essa é uma das críticas que Maugeri faz ao instrumento de confisco ampliado, aduzindo a inexistência de fundamento jurídico à estipulação do prazo de incidência para trás do que se pressupõe, do patrimônio do condenado, como vantagem da atividade criminosa, cf. MAUGERI, Anna Maria. (A cura di). I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato. In *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta*

que alguns autores[1198] apontam que o lapso de cinco anos foi buscado pelo legislador português no prazo de prescrição do procedimento criminal – artigo 118.º do Código Penal. No entanto, pensa-se, o liame soa equivocado, pois o artigo 118.º do Código Penal prevê multiciplicidade de prazos de prescrição (de quinze, dez, cinco e dois anos)[1199]. Além disso, e principalmente, pela evidência de que o lapso temporal quinquenal aplica-se a "crimes puníveis com pena de prisão cujo limite maior for igual ou superior a um ano, mas inferior a cinco anos"[1200], cominação abstrata que não se coaduna com a grande maioria das penas de prisão previstas aos crimes listados no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Ou seja, há, como regra, divergência entre os prazos prescricionais do procedimento criminal (variáveis, tendo por base as diversas infrações penais do catálogo) e o positivado no artigo 7.º, n.º 2, letras b) e c). Quisesse o legislador de fato apropriar-se de prazo do artigo 118.º do Código Penal, ou assim manifestaria explicitamente na lei especial, ou nela traria o comando (por exemplo, nas próprias alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 7.º) de que a restrição temporal para trás do alcance patrimonial da perda alargada acataria o correlato prazo prescricional do procedimento criminal (de quinze, dez, cinco ou dois anos); ou, alternativamente, faria inserir dispositivo atribuindo à prescrição da liquidação algum dos prazos do artigo 118.º do Código Penal ou o correspondente ao processo penal do caso concreto. Como não o fez, sobra a suspeita de que o aleatório moveu o legislador, dando alguma razão à voz crítica de Maugeri[1201].

Enfim, mesmo que paire névoa sobre a fonte do quinquênio escolhido pelo legislador, pondera-se que não fugiu à razoabilidade e, ao mesmo tempo, assegurou o princípio da proporcionalidade, pelo viés de possibilitar ao arguido a produção de prova tendente à ilisão da presunção no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Outrossim, opina-se, melhor a previsão de origem aleatória do que a ausência dela, mormente para evitar divergências, prejudiciais ou benéficas ao arguido, dependendo do entendimento do órgão julgador.

---

contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione. Catania: Giuffrè, 2008, pp. 75-76.

[1198] P. ex., CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 108, nota 219.

[1199] Respectivamente, alíneas a), b), c) e d) do n.º 1 do artigo 118.º do Código Penal.

[1200] Alínea c) do n.º 1 do artigo 118.º do Código Penal.

[1201] Recordando que existem instrumentos de confisco ampliado (como na Alemanha e na Holanda) sem a estipulação de limitação temporal, cumprindo ao juiz ou ao tribunal, diante do caso concreto, declarar o montante patrimonial presumivelmente angariado pelo condenado como vantagem da atividade criminosa.

6.2.6 Presunção de o patrimônio constituir vantagem de atividade criminosa

Preenchidos os requisitos até aqui vistos, a norma do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, traz a presunção que, pode-se afirmar, é o núcleo duro do instrumento da perda alargada. Com efeito, ao prever que "em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito", o legislador português inseriu, pela primeira vez, no processo penal, hipótese que autoriza perda de bens (pelo valor correlato) presumivelmente oriundos de atividade criminosa. Nas palavras de Hélio Rigor Rodrigues, "com a criação deste regime, o legislador introduziu no ordenamento jurídico nacional um mecanismo que, não prescindindo da vinculação com o facto ilícito (uma vez que a presume), garante a possibilidade de privar os agentes do crime das vantagens com este obtidas"[1202].

A presunção[1203] que serve de soalho aos instrumentos de confisco ampliado não destoa daquela noção atribuída pelo artigo 349.º do Código Civil português[1204], e, segundo Simões e Trindade, tem por fundamento o "princípio de que quem dá razoáveis motivos para fazer crer que se sustenta através do crime deve ser chamado a prestar contas do seu próprio patrimônio e deve ser sujeito a confisco nos limites da sua incapacidade de justificar a origem lícita do mesmo"[1205].

Um primeiro aspecto que salta aos olhos é a não exigência, na norma portuguesa, de qualquer indício de que a presumida vantagem decorra do mesmo ou de similar crime

---

[1202] RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, p. 236.

[1203] É interessante o ponto de vista de Manuel Minas: "Na verdade, a letra do artigo 7.º não estabelece apenas uma presunção, mas sim duas presunções simultâneas: presume-se, em primeiro lugar, que existe uma actividade criminosa para que, em segundo lugar, se possa presumir que o património incongruente é proveniente dessa mesma actividade criminosa"; cf. MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 19. No mesmo embalo, DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei n. 5/2002 de 11 de Janeiro*. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações. 2013. 53p. Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito Criminal, Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013, p. 21.

[1204] Gramaticamente: "Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido".

[1205] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 6. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013. Embora a menção tenha por referência o instrumento de confisco ampliado do Reino Unido, no fundo o espectro de aplicação da presunção não é muito diferente do que ocorre com a perda alargada da Lei n.º 5/2002.

pelo qual o arguido sobrou condenado no processo penal. Pelo que se infere tanto da redação do artigo 7.º, n.º 1, quanto das hipóteses de ilisão da presunção (artigo 9.º, n.º 3), o legislador não apontou a necessidade, pelo Ministério Público, de mencionar qualquer indicativo de qual teria sido a outra infração penal pela qual o condenado supostamente obteve as vantagens refletidas em seu patrimônio incongruente elucidado, ou sequer se essa outra infração penal consta ou não no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que delimita o âmbito da aplicação das medidas de combate à criminalidade, aí incluindo a perda alargada. Uma vez desvendado pelo Ministério Público o patrimônio incongruente do condenado por crime do catálogo, terá espaço a presunção do artigo 7.º, n.º 1, reputando-se o valor da incongruência como vantagem de qualquer atividade criminosa.

Até se pode elucubrar que a atividade criminosa velada necessariamente esteja ligada à prática de infração penal vincada à criminalidade organizada ou econômico-financeira (ou, mais além, ao crime cometido pelo condenado no caso concreto[1206]), pois a perda alargada insere-se num leque de medidas gravosas aplicadas a essas modalidades especiais de criminalidade. Contudo, não há condicionante explícito de que essa vinculação tenha, de alguma forma, de restar provada ou indiciada, ou que figure como elemento de convicção para que o juiz ou tribunal aplique os efeitos da perda alargada[1207]. A legislação portuguesa, no tema, distanciou-se de outras, em que a demonstração mínima do laço entre o crime pelo qual o arguido restou condenado e a atividade criminosa geradora da vantagem pretendida em confisco molda requisito imprescindível. Na Bélgica, por exemplo, a interpretação dada ao artigo *43quater*, § 2.º, daquele Código Penal, conduz à exigência de indícios sérios e concretos de que o patrimônio do condenado – apenas por determinadas infrações penais, taxativamente preconizadas em lei –, desproporcional aos seus rendimentos lícitos, proveio do cometimento do mesmo crime ou de outros iguais. Com tal contexto, e não logrando êxito o condenado em provar o contrário, o artigo *43quater*, § 2.º, do Código Penal belga autoriza a que o tribunal imponha ao condenado

[1206] É o ponto de vista de Damião da Cunha, que defende que a atividade criminosa, além de anterior ao crime – imputado no processo penal ao arguido -, deve estar vincada àquelas formas especiais de criminalidade e ao crime cometido pelo condenado: "uma vez que esta sanção se deve aplicar a determinados crimes, que o legislador expressamente previu como 'susceptíveis' de gerarem grandes proveitos, a actividade criminosa tem que se referir ao tipo de crimes previstos no catálogo e, mais ainda, em ligação com o tipo de crime por que o agente foi condenado"; cf. CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 13.

[1207] A própria necessidade – ou não – da produção de prova mínima pela acusação de uma paralela "atividade criminosa" do condenado rende bastante controvérsia, como se verá logo adiante.

ordem de pagamento como forma de confisco ampliado[1208]. Em Portugal, como visto, a própria presunção que brota da evidência do patrimônio incongruente do condenado, por si só, basta à premissa de que ele cometeu outra(s) infração(ões) criminal(is), de tipificação penal imprecisa, e da(s) qual(is) angariou a vantagem criminosa.

A presunção utilizada pelo artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, parece não diferir do conceito a ela dado pelo Código Civil português, em seu artigo 349.º: "presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar facto desconhecido". Transmudando a definição civilística ao teor do artigo 7.º, n.º 1, tem-se que os fatos conhecidos 1) alguém ser condenado por crime do catálogo, 2) esse alguém possuir patrimônio e 3) parte ou todo desse patrimônio ser incongruente com o rendimento lícito do condenado, autoriza a ilação de que a diferença entre o valor do patrimônio e o que provém de rendimento lícito firma o fato desconhecido: essa diferença (ou todo o patrimônio, caso não exista rendimento lícito) constitui vantagem de atividade criminosa.

O cotejo de uma presunção em processo penal e, sem dúvida, prejudicial ao réu, pode seduzir à comparação com o que ocorre nas já analisadas infrações penais de enriquecimento ilícito ou injustificado, nas quais, grosso modo, presume-se a prática de ilícito típico gerador do enriquecimento e, quiçá, presume-se a culpa. No entanto, há diferença substancial: a exegese do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, evidencia presunção que não se presta ao reconhecimento da culpa do arguido ou, mesmo, à assunção por ele do cometimento de outros crimes, mas tão somente ao cálculo do *quantum* a ser confiscado. E, embora ainda uma ilação, a presunção engendrada no artigo 7.º, n.º 1, possui lastro inequivocamente mais robusto – do que a fonte do enriquecimento ilícito ou injustificado –, já que se escora numa prévia condenação por ilícito típico afeito à criminalidade organizada ou econômico-financeira, previsto em catálogo e que usualmente gera vantagem ilícita, e, mais, na existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos da pessoa condenada. Assim, é significativa a distinção, pois, enquanto lá a infração penal que subjaz ao enriquecimento ilícito/injustificado não é esclarecida (ter o patrimônio aumentado sem justificativa é o bastante), na perda alargada há uma condenação criminal como nascedouro, dela partindo os efeitos de confisco ao patrimônio injustificado.

[1208] Sobre essa característica do instrumento de confisco ampliado na Bélgica, vide BEERNAERT. M. A., La loi Du 19 décembre 2002 portant extension des possibilites de saisie et de confiscation en matière pénale. *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelas, a. 2003, n. 5, p. 582.

Mesmo que o espectro da presunção que chancela a perda alargada seja sensivelmente menor daquela que ampara os crimes de enriquecimento ilícito ou injustificado, não se há como negar que dela resulta modalidade de inversão do ônus da prova. A própria legislação portuguesa discorre a respeito no artigo 350.º, n.º 1, do Código Civil, ao estabelecer que "quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz". Isto é, o Ministério Público que, no exercício do *jus puniendi*, ordinariamente é incumbido da prova no processo penal[1209], dela é dispensado no que toca à demonstração de que a diferença valorada entre o patrimônio do condenado e seus rendimentos lícitos constitui vantagem de atividade criminosa. Por conseguinte, é mister do arguido o refuto do que brota da presunção legal do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[1210], sendo-lhe possibilitado ilidi-la nos moldes do artigo 9.º, n.º 3[1211]). Para tanto, o arguido deverá esclarecer que o patrimônio – valorado – que o Estado pretende confiscar resulta de rendimento de atividade lícita (artigo 9.º, n.º 3, a)), como, por exemplo, de salário, aplicações financeiras, juros, doações ou herança; ou que já era titulado há mais de cinco anos desde que constituído arguido (artigo 9.º, n.º 3, b)); ou, por fim, que, mesmo adquirido há menos de cinco anos, teve suporte em rendimento angariado naquele período pretérito (artigo 9.º, n.º 3, c)). Também é diligência do arguido observar os prazos aludidos no artigo 9.º, n.º 4, para a feitura da defesa que visa ilidir a perda alargada, devendo, no mesmo momento processual, indicar as provas que almeja produzir (artigo 9.º, n.º 5).

Nesse ponto, emerge mais um traço da agressividade da ferramenta legal da perda alargada: o prazo de defesa do arguido é inequivocamente enxuto. Caso a liquidação seja apresentada com a acusação, deverá trazer ao processo seus argumentos defensivos e indicar provas juntamente com a contestação[1212]; vindo a liquidação depois, o prazo será de vinte dias contados da notificação (artigo 9.º, n.º 4). Não se pode ignorar que a prova da fonte lícita do patrimônio – o qual a acusação postula a perda na liquidação – pode ser até mesmo mais complexa do que a própria defesa quanto à culpa. Para piorar a situação do arguido, tudo o que envolve o refuto à perda alargada (notadamente, a linha de argumentação jurídica e o apontamento de provas) precisa ser introjetado no processo em concomitância com a defesa atinente ao ilícito típico, tornando ainda mais árdua a tarefa,

[1209] Situação da qual não se distancia a regra do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil: "Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado".
[1210] Que espelha o artigo 344.º, n.º 1, do Código Civil: "As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine"
[1211] Similar à regra do artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil "As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir".
[1212] Prazo de vinte dias, conforme o artigo 315.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

principalmente, tendo em mente que, não rechaçada a presunção, concretizar-se-á o confisco pela condenação ao pagamento de valor.

Numa leve contenção ao musculado instrumento legal, o legislador fez constar, na primeira parte do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que, ao lado da missão probatória do arguido, existirá a "consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo". O trecho remete ao alerta de que não se pode confiar mais nas regras de experiência do que na averiguação do real concreto. Embora as regras de experiência estejam colocadas no mesmo plano (e até mesmo antes), pelo Código de Processo Penal português, em relação à livre apreciação da prova[1213], o pilar principal, inegavelmente, é a livre convicção da entidade competente. E, como discorre Paulo de Sousa Mendes, jamais se deve ignorar a particularidade da prova[1214].

A ressalva, protetiva do direito individual, dá algum fôlego ao arguido, pois, a despeito de exitoso ou não na produção da prova (documental, testemunhal, pericial; enfim, qualquer meio de prova válido em processo penal), o tribunal examinará o contexto probatório como um todo para chegar à decisão da perda alargada, vazada na sentença condenatória (artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro). Pondera-se, entretanto, que a discricionariedade assegurada ao tribunal pela primeira parte do artigo 9.º, n.º 1, não pode ser interpretada como exigência de prova para além da presunção legal, tampouco como prerrogativa de produção de prova, em lugar do réu, no afã de ilidi-la. Assim como não significa possibilitar que o tribunal faça prova do que constitui o patrimônio do arguido e o que provém de seu rendimento lícito. Com outras palavras, pode – e deve – o tribunal valer-se de toda a prova produzida no processo penal[1215] – inclusive naquilo que diz respeito ao ilícito típico e à culpa do arguido – para aquilatar se presentes os requisitos da perda alargada e se a liquidação apresentada pelo Ministério Público é consonante com o patrimônio incongruente clarificado, decidindo, a partir daí, a procedência ou não (artigo 12.º, n.º 1), e o quantum (artigo 12.º, n.º 2) do confisco.

Merece atenção que, na previsão da garantia do arguido de ilidir a presunção, o legislador inseriu a expressão "é admissível qualquer meio de prova válido em processo

---

[1213] Na transcrição literal do artigo 127.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, "Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente".

[1214] Para aprofundamento do estudo da posição das regras da experiência frente à livre apreciação da prova, vide MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras da experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1012.

[1215] Até mesmo determinando diligências para complementar ou clarificar determinada prova.

penal" (artigo 9.º, n.º 2), tornando clara a opção portuguesa pela tramitação do procedimento da perda alargada imiscuído na ação penal – e, por que não, municiando a corrente doutrinária que define a perda alargada com natureza jurídica de pena, efeito de pena ou reação penal.

Essa aparente ambiguidade da perda alargada deve ter contribuído para a dificuldade de sua assimilação, num primeiro momento, etapa que Conde Correia reputa superada[1216]. É que o legislador deu-lhe traços penais e civis: o penal é autoevidente, não apenas por estar inserida no processo penal, mas, ainda, pela sua proximidade de identificação como uma reação penal (ou, mesmo, uma pena); o viés civil brota, por exemplo, da presunção legal em favor do Estado de que o patrimônio incongruente é vantagem da atividade criminosa.

Inegavelmente, a presunção que instrumentaliza a perda alargada é de natureza civil, sendo-lhe aplicadas as regras correlatas do Código Civil português. Por definição, é uma presunção legal (descrita em lei) e *juris tantum* (passível de ser ilidida). Dada a fonte civil, pode ser conceituada como a ferramenta que concatena fatos conhecidos (a base da presunção: alguém é condenado por crime que usualmente gera vantagem econômica; esse alguém tem patrimônio; parte ou todo o patrimônio desse alguém é incongruente com seu rendimento lícito) com um desconhecido (o patrimônio incongruente é vantagem de atividade criminosa), afirmando a concatenação como supostamente verdadeira sem a necessidade de evidência, mas ressalvando a viabilidade da infirmação mediante produção de prova em contrário. É, em suma, uma figura tipicamente civil, com base na probabilidade racional que busca força nas regras da experiência, e que o legislador, seguindo as inovações da moderna política criminal que norteia a recuperação de ativos, entendeu por bem em enxertar no processo penal.

Ocorre que a hibridez da presunção da perda alargada remete ao contraste entre o direito civil e o direito penal no que toca aos princípios que os regulam e as "verdades" que almejam. Naquele, grosso modo, seguidor do princípio do dispositivo ou da verdade formal, as presunções legais, embora residuais e excepcionais, transitam sem maiores problemas. No direito penal, em que, ao menos em tese, a meta é a verdade real (pelo

[1216] Para o autor, "o panorama jurídico nacional e internacional mudou radicalmente, acentuando uma premente necessidade de combater o lucro resultante da prática do crime e de intensificar a recuperação dos incontáveis activos por ele gerados. (...) Não admira, por isso, que, nos últimos tempos, despertando de uma letargia de anos, também a jurisprudência nacional tenha, finalmente, começado a aplicar o mecanismo" (CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), pp. 208-209).

princípio da investigação), o cotejo de presunção legal – flagrantemente *in pejus* ao arguido – é algo complexo. Tanto que, até o advento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o ordenamento português conviveu com a acusação suportando o ônus da prova no processo penal atinente ao exercício do *jus puniendi* pelo Estado. A lei especial trouxe a inédita transposição de uma presunção legal do direito civil ao corpo do processo penal, permitindo (cirurgicamente, é verdade) à acusação, desde que implementadas as condições (condenação por crime do catálogo e existência de um patrimônio incongruente com o rendimento lícito do condenado), escorar-se em regra da experiência para, asseverando a origem criminosa do patrimônio incongruente, pretender seu confisco ao Estado mediante pagamento de valor.

De qualquer modo, como já visto, a utilização de presunções é tônica nos modernos e musculosos instrumentos de recuperação de ativos, espalhados por todo lado, com respaldo na política criminal transnacional correlata. Recorde-se a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de março de 2012, que, em seu artigo 4.º ("poderes de confisco alargados"), n.º 1, reitera a (necessidade da) presunção, ao instituir que os Estados devem adotar medidas para permitir o confisco (total ou parcial) dos bens de pessoa condenada por uma infração penal quando "um tribunal considere, com base em fatos concretos, ser bastante mais provável que os bens em causa resultem de atividades criminosas semelhantes dessa pessoa do que de outro tipo de atividades"[1217]. Na mesma trilha e com mais ênfase, a Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, que explicita em seu artigo 5.º a "perda alargada", e insere no n.º 1 disposição semelhante àquela de 2012: "Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso"[1218]. No atual regramento português que emana da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a condenação por crime previsto no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, e o patrimônio não justificado do arguido, servem como fatos concretos hábeis a respaldarem ser bastante mais provável a origem criminosa dos

[1217] Vide item 3.4.3.2 deste trabalho.
[1218] Transposta ao ordenamento português pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, e estudada no item 3.4.3.4 desta tese.

bens inexplicados. Ou seja, Portugal, no que toca à consideração de presunção na seara de recuperação de ativos da criminalidade organizada, já atende àqueles diplomas normativos.

No ponto, Damião da Cunha esboça interessante fundamentação à opção pelo uso de presunção, ao considerar que a criminalidade organizada enseja um juízo de perigosidade, pela possível continuação das atividades criminosas, cessada (no todo ou em parte) apenas pela intervenção estatal-penal, e um juízo de probabilidade, de os fatos esclarecidos (e levados a julgamento) serem somente uma parte da atividade criminosa, havendo inviabilidade de clarificar a totalidade exatamente pela forma de atuar desse tipo de criminalidade[1219]. Noutro viés, segundo Hélio Rigor Rodrigues, a opção do legislador português pela controvertida presunção pode ter buscado motivação em dois aspectos destacados pela doutrina internacional: "a impossibilidade prática de o sistema formal de justiça conseguir provar, para além de toda a dúvida razoável, que determinados bens provém de uma determinada actividade criminosa", e "pela natureza da maioria dos crimes susceptíveis de gerar elevados proventos económicos, e pela inexistência de uma relação directa com uma vítima identificada que, de algum modo, possa auxiliar as autoridades no apuramento, não só da dimensão do produto do crime, mas também na identificação dos concretos bens que o compõe"[1220]. Justificações, ambas, que podem ser somadas à exposição de motivos da perda alargada em si, anotada na Proposta de Lei n.º 94/VIII, no sentido de que "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa".

6.2.7 Prova do envolvimento do condenado com outra atividade criminosa

Depreende-se do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que, provados o ilícito típico do catálogo e sua autoria, inexistindo excludente de culpa, conformando assim o juízo condenatório, e apurado um patrimônio do condenado incongruente com seu rendimento lícito, terá espaço a perda especial em favor do Estado. Aqueles, pois, são os requisitos que brotam da literal interpretação da norma. Com outras palavras, já acenado, lá não consta a exigência da evidência de outra atividade criminosa do condenado ou da

[1219] Cf. CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 133-134.

[1220] RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, p. 237.

prática de outra infração penal do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da qual seria resultante o patrimônio incongruente. De nenhum lugar da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, infere-se carga probatória à acusação de clarificar (ou indiciar como provável) outro ilícito típico como a fonte do patrimônio injustificado do condenado[1221].

Contudo, parte da doutrina portuguesa advoga que, para além dos requisitos explicitados no artigo 7.º, n.º 1, incumbe à acusação a prova do envolvimento do condenado com anterior atividade criminosa. Damião da Cunha, a propósito, assevera "que é ao MP que compete demonstrar a probabilidade de uma actividade criminosa, de uma actividade criminosa da mesma espécie dos crimes previstos no catálogo, por tal forma que se possa dizer que o património incongruente tem uma fonte substancialmente análoga"[1222]; noutro trecho, reitera a exigência daquele plus probatório: "deve existir pelo menos uma probabilidade de a fonte das vantagens estar em associação com um crime do catálogo"[1223]. Pedro Caiero segue similar trilha, com condicionante ainda mais específico, enumerando, como requisto da perda alargada, "a existência de uma actividade criminosa anterior do condenado, onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ao crime do processo em causa, ou que com ele tenham uma certa conexão (*v. g.*, tráfico de influência e corrupção, tráfico de estupefacientes e branqueamento)"[1224]. De sorte que, pelo breve recorte, é possível sorver três variações do suposto requisito da prova da anterior atividade criminosa: 1) a mais singela, que invoca uma mera atividade criminosa; 2) a que remete a uma atividade criminosa ligada a ilícito típico do catálogo; e 3) a de maior carga, que alude

[1221] Jorge Godinho, embora expresse gosto pelo entendimento em sentido contrário de Damião da Cunha, aduz: "Porém – e por muito que se possa simpatizar com esta exigência de conferir alguma substância à afirmação da existência de actividade criminosa anterior, ainda que não se consubstancie em actividade probatória tão exigente como para obter uma condenação, e que seguramente reduziria em muito o âmbito de aplicação do confisco 'alargado' – não cremos que tal seja a interpretação mais correcta, por manifesta falta de apoio no texto da lei" (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1342-1343).

[1222] CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 14.

[1223] CUNHA, op. cit., p. 22. Seguem a mesma trilha: MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusíada*. Direito, Lisboa, Série II, n.º 10, 2012, p. 307; e CUSTÓDIO, Eduardo Vicente da Silva. *A perda de bens na Lei nº 5/2002 enquanto medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.* 2014. 57p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 24-25.

[1224] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 313.

à evidência de atividade criminosa conexa ao ilícito típico atribuído ao arguido no processo penal (e, obviamente, também do catálogo).

O reclamo da prova do envolvimento do condenado com outras infrações penais não é exclusividade apenas de vozes portuguesas. Na Espanha, antes das reformas legislativas de 2003, 2010 e 2015, que mudaram substancialmente a conformação dos instrumentos de *comiso* ampliado, predominava a corrente jurisprudencial da necessidade de prova – se não direta, ao menos indiciária – de que o condenado possuía vinculação com atividades criminosas pretéritas e similares a que reconhecida sua culpa. Numa altura, Zaragoza Aguado chegou a listar indícios que seriam de grande importância não apenas ao prévio envolvimento do condenado noutras ações criminosas, mas, outrossim, da própria procedência ilícita dos bens ou patrimônio pretendidos em confisco ampliado: "declarações policiais que atestem os contatos, reuniões, movimentos ou em geral qualquer ato que, ainda que em um momento somente constituíram uma suspeita racional, com o descobrimento da operação ajuizada, adquirem nova virtualidade e força; as intervenções telefônicas ou os registros domiciliares frequentemente fornecidos a outras operações anteriores à ajuizada, mas ainda não elucidadas, mas que precisamente por isso geraram vantagens incorporados ao patrimônio do delinquente"[1225].

Não se pode objetar que os argumentos semelhantes de Damião da Cunha, Pedro Caeiro e Zaragoza Aguado (numa analogia ao que se aplica ao ordenamento português), dentre outros[1226], são deveras razoáveis. O patrimônio reputado incongruente do indivíduo condenado por um dos crimes do catálogo do artigo 1.°, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, inequivocamente, não é vantagem da infração penal objeto do processo penal em que resultante a condenação – caso contrário, bastaria aplicar instrumento clássico de confisco (do produto ou das vantagens da infração penal) previsto no Código Penal. Logo, o patrimônio visado pela liquidação é, por exclusão e presumidamente, fruto de uma atividade criminosa passada (anterior ao ilícito típico imputado no processo penal) do condenado.

[1225] ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en Derecho Comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madri, n.º 10 (Las últimas reformas penales II), 2006, p. 32.

[1226] Como SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 42. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.; e MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 30.

Para robustecer um tanto mais tal entendimento, vê-se que pode encontrar eco até mesmo na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII (nascedouro da Lei n.° 5/2002, de 11 de janeiro), no trecho: "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respectivos proventos (...)"[1227]. A própria redação do artigo 7.°, n.º 1, da Lei n.° 5/2002, de 11 de janeiro, reza, explicitamente, que "presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito"; por conseguinte, não é desarrazoado retirar *mens legis* da exigência da demonstração mínima da atividade criminosa anterior do condenado, o que, ademais, seria condizente à retroação do cálculo das vantagens patrimoniais a um momento anterior ao da prática da infração penal da qual resultante a condenação do arguido.

Permeando esse raciocínio, e atribuindo à perda alargada a conformação de uma sanção, Damião da Cunha, nas suas primeiras impressões sobre o então novel regime especial introjetado pelo Capítulo IV da Lei n.° 5/2002, de 11 de janeiro, conclui que, para a viabilidade de sua aplicação, exige-se a soma dos fatores: a) condenação do arguido por um dos crimes previstos no catálogo do artigo 1.°, n. 1º; b) existência de um patrimônio incongruente; e c) a afirmação de uma atividade criminosa pretérita do arguido – todos com incumbência a cargo da acusação. Para aquele autor, nessa moldura, seria cabível a perda alargada mesmo que com a prova de um único crime (o resultante da condenação), quando plausível a existência de uma atividade criminosa de difícil investigação, inviabilizando a prova de vários tipos de crimes. A atividade criminosa pretérita, a despeito de não provada "para além da dúvida razoável" (suficiente para a condenação), ao menos deverá ser chancelada por intermédio da demonstração de indícios ou elementos que indiquem plausível ou muito provável a ocorrência de ilícitos típicos anteriores semelhantes ao que resultou a condenação do arguido no processo penal correlato[1228].

Concorda-se, sem dúvida, que o alcance dessa prova (ou da demonstração por indícios) reforça muito a presunção legal de que a diferença entre o valor do patrimônio do

[1227] O Projeto de Lei n.º 94/VIII está disponível em www.app.parlamento.pt.
[1228] CUNHA, José Manuel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, pp. 7-23.

condenado e seus rendimentos lícitos constitui vantagem de atividade criminosa. Ocorre que a condição plus não tem previsão na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, sendo incontestável que, fosse intenção do legislador exigi-la (em similar ao verificado no *criminal confiscation* do Reino Unido[1229] ou no crime de enriquecimento ilícito francês[1230]), teria inserido redação distinta ao artigo 7.º, n.º 1, nele agregando expressão complementar à primeira parte. Numa ilação: "Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º *e havendo indícios/provas mínimas do envolvimento do condenado com anterior actividade criminosa (qualquer/relativa a alguma infração penal do catálogo/consonante com infração penal idêntica ou conexa a do processo penal)*[1231], e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito".

Ademais, é ausente esse requisito em outras ferramentas legais de perda alargada, como nas atualmente vigentes nos ordenamentos da Itália[1232] e da Espanha[1233], bem assim nos modernos instrumentos preconizados por diplomas normativos sobre a recuperação de ativos da criminalidade organizada[1234] com incidência na União Europeia.

Não bastasse o que exsurge da leitura gramatical do artigo 7.º, n.º 1, é perceptível que a imprescindibilidade daquele requisito supralegal, mais do que frear a agressividade da perda alargada (instrumento concebido para ser musculoso), tende a enfraquecê-la radicalmente no "direito vivo", consubstanciando um retrocesso: "exigir a demonstração de uma atividade criminosa pregressa da mesma natureza, significa, no fundo, repristinar, por via interpretativa, a prova da relação entre o património incongruente e um qualquer crime pretérito, que o legislador omitiu. Impor esta comprovação adicional, ainda que difusa e sujeita a menores exigências probatórias, será, na prática, anular o mecanismo, quebrando a sua eficácia na luta contra o enriquecimento ilícito"[1235]. Vai-se além: deixando o subjetivismo de lado, a prova (ou os fortes indícios) do anterior envolvimento

[1229] Vide item 5.4.3.2 deste trabalho.
[1230] Analisado nos itens 2.4.2.1 e 5.2 desta tese.
[1231] Trecho em hipótese.
[1232] Vide item 5.3
[1233] Item 5.1.
[1234] Em especial, pela Diretiva 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, estudada no item 3.4.3.4.
[1235] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 220; e em *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 110.

do condenado com atividade criminosa e/ou infrações penais similares, no mais das vezes, teria amparo em investigações ou processamentos criminais pretéritos, notadamente por ilícitos típicos do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Como efeito disso, o condenado teria espécie de salvo-conduto em relação à perda alargada quando de sua primeira condenação por ilícito típico do catálogo, já que ausente a prova ou os fortes indícios de seu envolvimento com infrações penais similares. Situação que, pensa-se, não pode ser admitida, até porque totalmente contrária à moderna política criminal de recuperação de ativos.

E nem mesmo pode ser aceito o argumento de que a prova (ou os indícios) do anterior envolvimento do indivíduo em atividade criminosa não implica na demonstração de prévia condenação criminal definitiva[1236]: permanece a difícil definição do que é "envolvimento" e o lastro em subjetivismo, gerando simulacro de prova diabólica ao Ministério Público. É que, vingando o entendimento, cria-se à acusação o mister de provar/ indiciar algo que não conduziu a uma condenação, mas que talvez tenha dado guarida a outro processo criminal ou investigação, procedimento do qual se busca o empréstimo do suporte probatório – por menor que seja – para daí recortar suposta evidência da atividade criminosa passada. Com esse desenho, difícil escapar da assertiva de Conde Correia, para quem "provar uma atividade criminosa semelhante é, na maior parte dos casos, impossível"[1237].

Parte da doutrina que elenca o requisito supralegal escuda-se na evitação de injustiças. Essa cautela justifica, por exemplo, a posição de Augusto Silva Dias, ao atribuir que a presunção de que parte do patrimônio é vantagem da atividade criminosa exige a prova de que o arguido cometeu o ilícito típico na forma organizada e a articulação dessa prova com o gênero de atividade que o condenado realizava[1238]. Não há dúvida de que a brecha para injustiças existe. Tome-se por hipótese alguém condenado por peculato, numa primeira vez, e que recebeu um automóvel Ferrari avaliado em um milhão de euros, meses

[1236] Não há qualquer sentido em exigir-se prova de outra condenação criminal pretérita do arguido. Pela simples razão de que, existindo uma condenação definitiva por crime cometido antes (do que é objeto do processo penal e dá lastro à liquidação com pretensão de perda alargada), por certo a perda das vantagens terá decorrido diretamente da aplicação do instrumento clássico de confisco do Código Penal. Cotejar os efeitos da perda alargada sobre as vantagens daquele primeiro crime caracterizaria, inclusive, *bis in idem*, pois suportaria o condenado dupla incidência de mecanismos de perda de bens, por um mesmo crime, em procedimentos distintos.

[1237] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 220.

[1238] DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 45, nota 45.

antes de ser constituído como arguido, como presente de um parente milionário. Se o condenado não tiver rendimento congruente com a aquisição da Ferrari e, por algum motivo, não lograr demonstrar que a recebeu por deliberação pura e simples de seu parente rico, sofrerá sobre o valor do automóvel – que nenhuma relação teve com o crime de peculato – os efeitos da perda alargada.

Porém, pensa-se que a chance de uma injustiça assim diminui sensivelmente caso se adote o entendimento de que cumpre ao Ministério Público, já na investigação[1239], a prova do patrimônio do arguido e daquilo que é incongruente com seu rendimento, com a ênfase de que a prova do patrimônio deve indicar tudo o que provém de fonte lícita, mesmo que não necessariamente do rendimento. Por outro lado, a probabilidade do resultado injusto aumenta se se defende que o Ministério Público não tem nenhum ônus de prova acerca do patrimônio do arguido, podendo simplesmente buscar os efeitos da perda alargada, na liquidação, sobre tudo o que o condenado não se esmerar em provar a fonte lícita. Transpondo ao exemplo acima, adotada aquela primeira linha interpretativa, cumprirá ao Ministério Público, identificando o automóvel Ferrari como patrimônio do arguido, investigar sua procedência e esclarecer a benevolência do parente rico; optada a segunda, ao arguido tocará, no todo e por si só, na fase de defesa da liquidação, provar de onde saiu a Ferrari, já que bem incongruente com seu rendimento lícito.

Enfim, sobremodo com a exegese de que, para o fim da aplicação da perda alargada, é da acusação o ônus da prova do patrimônio do arguido e de sua parte incongruente, sustenta-se descabida a exigência do requisito supralegal da evidência do envolvimento do condenado em atividade criminosa pretérita (de qualquer espécie)[1240]. Conforme Paulo Silva Marques, refutando aquele condicionante não previsto no artigo 7.º, n.º 1, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, "a solução perfilhada no quadro normativo do diploma legal parece ir no sentido negativo, desonerando, assim, a acusação de qualquer ónus de demonstrar essa anterior actividade criminosa"[1241]. No mesmo caminho, Duarte Nunes lista cinco argumentos à inexigibilidade da demonstração da atividade criminosa precedente: a) a inexistência de apoio na lei; b) o que se extrai das regras da experiência comum (notadamente de que, em crimes permanentes, apenas uma parte da "história" é

[1239] Preferencialmente, uma investigação patrimonial ou finaceira realizada pelo Gabinete de Recuperação de Activos.
[1240] É a posição de ROCHA, Gonçalo José Almeida Marques. *O arresto e os terceiros na perda de bens a favor do Estado, na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.* 2015. 51p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Criminal), Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015, p. 18.
[1241] MARQUES, Paulo Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In *Lusíada*. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, n.º 10, 2012, p. 306.

apurada em julgamento); c) evitar a geração de *diabolica probatio* ao Ministério Público; d) a ausência de condenação anterior do arguido não significa que ele não exercia atividade criminosa e dela auferia vantagens; e e) não há violação à Constituição da República, pois o arguido não tem ônus excessivo, já que ele é a pessoa mais indicada para justificar a proveniência lícita de seu patrimônio[1242].

Em arremate, lembra-se que a interpretação da inexigibilidade de clarificar uma atividade criminosa pretérita do condenado foi adotada pelo Tribunal Constitucional português no acórdão n.º 392/2015[1243], que Conde Correia, com inteira razão, rotula como "um marco fundamental (...) da problemática do confisco alargado"[1244].

6.3 Delimitação da carga probatória da acusação e do arguido

Já visto exaustivamente, para que se cogite a aplicação da perda alargada, incumbe à acusação fazer prova[1245] da autoria, da materialidade e da culpa do arguido ao qual imputado, no processo penal, ilícito típico do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Não há qualquer variante de interpretação de que a presunção plasmada no artigo 7.º, nº 1, de alguma forma, possa isentar o Ministério Público de sua ordinária missão, como órgão do Estado no exercício do *jus puniendi*, do ônus da prova da culpa. Debate desse jaez, que poderia se estabelecer, por exemplo, no âmbito de uma infração penal de enriquecimento ilícito ou injustificado, não tem lugar em relação à perda alargada. Outrossim, é atribuição do Ministério Público liquidar o montante a ser perdido a favor do Estado (artigo 8.º, n.º 1), o que consiste, sinteticamente, em apresentar cálculo demonstrativo da diferença entre o valor do patrimônio descoberto e aquele que é proveniente dos rendimentos lícitos do réu (artigo 7.º, n.º 1, parte final).

[1242] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), pp. 17-18.

[1243] Analisado no item 4.2.2 deste trabalho. A mesma interpretação se infere dos acórdãos n.ºs 101/2015 e 476/2015, estudados nos itens 4.2.1 e 4.2.3, respectivamente.

[1244] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 211

[1245] Calcada, obviamente, numa investigação criminal. A lógica da investigação criminal e os princípios e critérios jurídico-constitucionais que a presidem são estutados por PALMA, Maria Fernands, O problema do dolo na investigação criminal. In: PALMA, Maria Fernanda; et al. (Coords.). Direito da investigação criminal e da prova. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 7-18.

Mas, e quanto à prova do patrimônio, em si, do arguido? A questão soa pertinente porque a interpretação literal dos artigos 7.º e 9.º da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, pode levar à conclusão de que ao Ministério Público é lícito pretender simplesmente liquidar a totalidade do patrimônio do arguido: se este não provar que o todo (ou alguma parte) de seu patrimônio provém de rendimento lícito, ou foi adquirido há mais de cinco anos contados da data de sua constituição como arguido, ou com rendimentos angariados nesse período pretérito, a presunção legal, pela exegese literal, autoriza que a perda alargada alcance tudo. Com outras palavras, o Ministério Público, nas hipóteses de condenação por ilícito típico do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, pode singelamente pretender confiscar valor equivalente a todo o patrimônio do condenado, tocando a este, com exclusividade, tentar obstar, total ou parcialmente, a aplicação do remédio forte.

Essa é a interpretação de Damião da Cunha, em tom crítico: "o que o MP liquida na acusação é todo o património do arguido (condenado), porque, tanto nas regras da prova, mas sobretudo na Exposição de motivos, o que se presume é que, de facto, todo o património tem origem criminosa – e é com base nesta presunção que o MP tem que operar, para efeitos de liquidação"[1246]. Acompanha-a Duarte Nunes, ainda mais enfático, ao afirmar que a própria lei, de forma indireta, aponta que "se presume é que todo o património detectado tem proveniência ilícita, assim como foi adquirido nos últimos cinco anos contados da data da constituição do arguido enquanto tal e com os rendimentos (presumidos ilícitos) auferidos nesse mesmo período"[1247].

Entrementes, pondera-se, o entendimento não é correto. Mais adequado é retirar da conjugação dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em consonância com a Constituição da República Portuguesa, a exegese de que incumbe ao Ministério Público apurar a totalidade do patrimônio do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência – ou não – de rendimentos/fontes lícitos, demonstrando, na liquidação, como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente[1248],

---

[1246] CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 30.

[1247] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), p. 22.

[1248] Não se esquecendo que o uso de uma presunção implica máxima cautela. A presunção, em maior ou menor medida, origina-se de regra da experiência. Mesmo que se atenha à perda alargada e não à prova do ilícito típico, pensa-se vale aqui o alerta de Paulo de Sousa Mendes: "o juiz não pode, pois, confiar nas regras da experiência mais do que na própria averiguação do real-concreto, sob pena de voltar, de forma encapotada, ao velho sistema de prova legal, o qual se baseava, afinal de contas, em meras ficções de prova".

é vantagem da atividade criminosa. A política criminal de recuperação de ativos que subjaz à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não pode ser confundida com metas expropriatórias a qualquer custo, já que o foco deve ser a busca do aforisma "o crime não compensa". Noutro aspecto, não há dúvida de que impor ao Ministério Público o ônus de delimitar o patrimônio incongruente – e não apenas pretender o confisco do valor de todo o patrimônio do arguido – é mais consonante com a garantia constitucional do direito à propriedade, previsto no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Ademais, conjecturar a retirada por completo da carga probatória do Ministério Público no que toca ao aspecto patrimonial do arguido significa tornar inócua a investigação patrimonial ou financeira que deve dar lastro à liquidação e à pretensão da perda alargada.

Assim, advoga-se que o Ministério Público, para além da culpa do arguido pelo crime do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, deve demonstrar, já na fase do inquérito[1249] e, preferencialmente, por intermédio de investigação especializada e autônoma[1250], o que abrange os patrimônios total e incongruente do arguido. É a partir da investigação patrimonial ou financeira que o Ministério Público poderá liquidar o montante a ser perdido, pelo cálculo aritmético "valor do patrimônio" menos "valor congruente com rendimentos lícitos" é igual a "valor do patrimônio incongruente". Anui-se, enfim, à posição sumulada por Paulo Pinto de Albuquerque: "o MP deve apurar no inquérito e descrever na acusação ou na adenda à acusação prevista no artigo 8.º, n.º 2, o valor do 'património' do arguido (com indicação especificada dos concretos bens e valores apurados), o valor do seu rendimento líquido nesse período (com indicação especificada do período em que foi obtido) e o valor do património congruente com o seu rendimento lícito, tendo em conta que no juízo de congruência se deve atender, por um lado, às despesas suportadas pelo arguido e, por outro, aos juros, lucros e outros benefícios decorrentes do seu rendimento e patrimônio lícitos"[1251].

Cf. MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras da experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1011.

[1249] Embora, pelo sistema legal português, o mister investigatório seja incumbência do Ministério Público, o ato pode ser delegado a órgão de polícia criminal, conforme artigo 270.º do Código de Processo Penal.

[1250] Como a apuraração do patrimônio incongruente é meta acessória ao inquérito (que, em essência, tem por escopo investigar o ilícito típico e sua autoria, visando dar lastro à ação e à responsabilização criminal), é pertinente que seja objeto de uma investigação não apenas especializada, mas, também, autônoma. Nessa linha, SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal.* Vol. III. 3.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2009, pp. 74-75.

[1251] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 335. No mesmo rumo, SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira.

Seja qual for o entendimento adotado das duas vertentes acima abordadas, no ponto da proveniência ilícita do patrimônio, atuando a acusação com apoio em presunção e com carga probatória diminuída (ou sem ela, se se emprestar literalidade à conjugação dos artigos 7.º e 9.º da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro), não se pode negar que há inversão do ônus da prova – em similar à hipótese do artigo 344.º, n.º 1, do Código Civil português.

É algo como "o preço a ser pago", diante do fenômeno da intensificação em nível mundial das atividades da criminalidade organizada, na relação do Estado com o cidadão envolvido com esse tipo de ação ilícita. Escorado num juízo de perigosidade e na suposta continuação das atividades criminosas, mais na premissa de que a interrupção enseja agressiva intervenção patrimonial, o Estado, assumindo-se incapaz de elucidar todos os meandros dos ilícitos típicos cometidos, vale-se da presunção de que o trazido à tona é apenas uma fração. Com efeito, o Estado, para avançar sobre patrimônio – não necessariamente ilícito – do condenado, agarra-se em pontual inversão do ônus da prova, positivada em ferramentas legais como a perda alargada.

Diz-se pontual porque a inversão do ônus da prova reside, em essência, no aspecto do cabimento e do *quantum* da perda alargada – e nunca relativamente à culpa do arguido. Isto é, como será melhor explorado adiante, não se tem uma efetiva inversão do ônus da prova em processo penal, no sentido de retirar do Ministério Público o mister de elucidar o ilícito típico (existência e autoria) e a culpa do arguido, tampouco de infligir a este a prova de sua inocência. Claro que essa ressalva acaba relativizada dependendo da natureza jurídica que se atribui à perda alargada: se pena, efeito de pena ou reação penal qualquer, estar-se-á passando ao réu, no processo penal, o encargo de barrar ou atenuar espécie de medida da culpa ou efeito dela[1252]; mas se despida de conotação penal (por exemplo, uma medida de segurança, uma sanção administrativa ou uma medida administrativa), a inversão do ônus da prova, a despeito de alocada em procedimento inerente ao processo penal (e assim é em Portugal, pelo regramento da liquidação), restringir-se-á ao instrumento não penal. Nessa última moldura, não há uma real violação ao princípio do

---

Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 32. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[1252] É a posição de Jorge Godinho: "A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, contém pois uma presunção com vista à aplicação de uma reacção penal, rompendo deliberadamente com os princípios em que assenta o restante do ordenamento processual penal vigente" (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1318).

nemo tenetur se detegere, porquanto o arguido nada tem de alegar quanto ao ilícito típico a que responde ou a qualquer outro, e sim apenas em relação ao patrimônio incongruente.

Numa súmula, pela exegese dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, caso o Ministério Público desincumba-se de sua carga probatória, conformando a base – um tanto suportada pela presunção – de que parte ou todo o patrimônio do arguido proveio de fonte ilícita, resta a este ilidir a presunção, na esteira das hipóteses elencadas nas letras a) a c) do n.º 3 do artigo 9.º[1253].

Questão interessante surge quando da remanescência de dúvida do confronto entre a presunção e hipótese de refuto do n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Ilustra-se com a pergunta: caso o arguido logre gerar no julgador apenas dúvida – e não certeza – após o exercício da faculdade de ilidir a presunção, a perda alargada deve ser resolvida *pro reo* ou *pro societate*? Como já visto, pode-se afirmar que o princípio *in dubio pro reo*, no que se atém à culpa do arguido, não sofre mácula quando da aplicação da perda alargada, pois ela não afeta o juízo acerca do ilícito típico – e, por óbvio, da culpa. Para além da culpa, tem-se que, na alçada da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, em tudo o que o ônus da prova é da acusação, vale o mesmo princípio. Consectário, a incerteza sobre os requisitos da condenação e a existência ou o *quantum* do patrimônio do arguido (nas situações das letras a) a c) do n.º 2 do artigo 7.º) deve ser resolvida em favor do condenado.

Contudo, pondera-se, o rumo é distinto no que tange à ilisão da presunção, uma vez que toca ao arguido clarificar alguma das situações das letras a) a c) do n.º 3 do artigo 9.º: restando dúvida, deve aproveitar ao Estado, dando azo à perda alargada[1254]. Essa é a interpretação consonante com as regras do ônus da prova e da presunção, contidas nos artigos 342.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 344.º, n.º 1, ambos do Código Civil português. Das aludidas normas extrai-se que, se o comando geral remete o ônus da prova a quem alega o direito, havendo presunção legal, inverte-se a regra. Transmudando à perda alargada, pode-se sustentar que, exaurido o ônus da prova da acusação, e tendo lugar a presunção de que todo

[1253] Com a ressalva óbvia de que, caso o Ministério Público faça prova de que o patrimônio proveio diretamente da atividade criminosa consubstanciada no crime pelo qual o arguido foi condenado, não haverá lugar a que este possa invocar as causas temporais de ilisão da presunção do artigo 9.º, n.º 3, alíneas b) e c), pois o confisco do patrimônio (no caso, leia-se produto ou vantagem do crime) decorrerá das ferramentas clássicas do Código Penal, e não da incidência da perda alargada. Nesse sentido, DUARTE, Jorge Dias. Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 23, nº 89, Trimestral (Jan.-Mar. 2002), p. 153; e BRAVO, Jorge dos Reis. Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. *Polícia e Justiça*, Coimbra, Série III, n.º 8, semestral (Jul.-Dez. 2006), p. 129.

[1254] No sentido de que a dúvida sobre a proveniência ilícita dos bens do condenado deve ser resolvida em favor da acusação, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 24 de Outubro de 2006, Processo n.º 06P3163.

ou parte do patrimônio do arguido tem fonte ilícita, cumpre a este provar o contrário, e não apenas criar dúvida a respeito[1255]. Na assertiva de Duarte Nunes, "um *non liquet* acerca da real origem dos bens será resolvido em desfavor do arguido (...) sendo insuficiente uma prova que apenas gere uma dúvida razoável no espírito do julgador, como sucede no processo penal, por força do princípio *in dubio pro reo*"[1256].

Reconhece-se, todavia, que o tema é controverso. Para Salvatore Scalia, tratando do confisco ampliado italiano[1257] (que guarda similitude com o instrumento português), o arguido não precisa demonstrar, mas apenas explicar (o que seria um *minus*) ao tribunal a proveniência lícita do patrimônio incongruente[1258]. Ou seja, por esse entendimento, se o arguido explicar a fonte do patrimônio suspeito, mas ainda assim deixar dúvidas ao tribunal em relação a concretização de alguma das situações das letras a) a c) do n.º 3 do artigo 9.º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, será suficiente para obstar a aplicação da perda alargada. O grande problema desse entendimento é misturar a defesa que o arguido faz atinente ao ilícito típico que lhe é imputado (onde tem carga probatória zero, direito ao silêncio e presunção de inocência) com a que se vinca à perda alargada – que, embora inserida no processo penal, tem regramentos próprios. Mais uma vez, a tendência de escolha de um ou outro entendimento passa pela definição da natureza jurídica da perda alargada: considerada pena ou efeito de pena, quiçá se tenha de resolver a dúvida quanto à ilisão da presunção em favor do réu (em especial, pelos princípios reinantes do processo penal da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*); se despida de natureza de reação penal, poder-se-á adotar as regras que cuidam do ônus da prova e seus reflexos diante de presunção legal, plasmados na legislação civil, concluindo-se pelo confisco.

[1255] Com o entendimento de que cumpre ao arguido provar a origem lícita do patrimônio, aproveitando a dúvida em favor da perda alargada, MARTINS, Lourenço. Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico. Revista do Ministério Público, ano 28, jul-set, n.º 111, p 51.

[1256] Embora o autor também considere plausível que o arguido, em explicando a procedência lícita de seu patrimônio, em vez de prová-la cabalmente, possa gerar no tribunal a convicção de não aplicar a perda alargada (NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada.* Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), pp. 23-24). Também no sentido de que a dúvida, nessa hipótese, enseja decisão em desfavor do condenado, MARTINS, A. J. Lourenço. Luta contra o tráfico de drogas. Necessidades da investigação e sistema garantístico. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 2007, nº 111, 2007, p. 51; e MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusíada*. Direito, Lisboa, Série II, n.º 10, 2012, p. 306.

[1257] Vide tópico 5.3.5.

[1258] Cf. SCALIA, Salvatore. Il contrasto al fenómeno del riciclaggio. Il sequestro e la confisca dei beni nella legislazione italiana e nella prassi. In: FERRE OLIVE, Juan Carlos; et al. *Blanqueo de Dinero e Corrupción en el Sistema Bancario:* Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 218.

No ponto, inclina-se pela posição referendada pelo Tribunal Constitucional português nos acórdãos n.ºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015. Recortando-se trecho desta última decisão, assentou a Corte Suprema que "a criação de uma presunção legal de conexão não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado"[1259]. Na sequência, houve a complementação de que "as presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte"[1260], reconhecendo, aquela Corte, que a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, amolda "um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada"[1261]. Parece claro, pois, que, mais do que chancelar a constitucionalidade da perda alargada, o Tribunal Constitucional atribuiu ao arguido o ônus da prova (e não de uma mera explicação) da existência de alguma das situações ilidentes da presunção, insculpidas no artigo 9.º, n.º 3, alíneas a) a c), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Corolário, se a acusação faz prova da culpa do arguido por crime do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, acarretando sua condenação, bem assim de que ele possui determinado patrimônio incongruente com seu rendimento lícito, e, por outro lado, o arguido/condenado falha no seu mister de provar a existência de hipótese legal de refuto da presunção de que aquele patrimônio incongruente é vantagem da atividade criminosa, a solução deve, em tese, dar-se pela aplicação da perda alargada: "a entender-se de outra forma, estar-se-ia não só levar a cabo uma interpretação *contra legem* como se estaria a por em causa a própria razão de ser da consagração legal de um regime, o qual (…) não viola a Constituição"[1262].

Pertinente ressaltar, num último adendo, que para o desfecho do procedimento da liquidação, em soma ao papel probatório da acusação e do arguido, conforme a expressa

---

[1259] Item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, p. 32.075, disponível em http://www.dre.pt.

[1260] Idem.

[1261] Item 2 da fundamentação do acórdão n.º 476/2015, constante no Diário da República n.º 271/2015, 2.ª Série, de 5 de novembro de 2015, pp. 32.075-32.076.

[1262] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), pp. 23-24.

redação do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o tribunal pode levar em consideração toda a prova produzida no processo[1263]. No tema, Jorge Godinho desenvolve o raciocínio de que os poderes do tribunal estão adstritos à prova produzida pelo Ministério Público e pelo arguido, sendo-lhe vedado indagar, de ofício, a origem dos bens integrantes do reputado patrimônio incongruente. Outrossim, ao rememorar que "o estabelecimento de presunções é incompatível com um processo penal orientado pela busca da verdade material e pela livre apreciação da prova", comenta que "o facto de se partir de uma presunção é uma clara indicação de que a estruturação do procedimento não segue os moldes normais do processo penal"[1264]. Entrementes, entende-se que a própria conclusão de Jorge Godinho conduz ao desacerto de seu raciocinio: a liquidação não se guia pelos moldes normais do processo penal, estando apenas nele enxertado. Daí a razão para o cabimento da presunção e da repartição do ônus da prova entre acusação e arguido. Por consequência, e recordando que a essência da ferramenta de recuperação de ativos está na meta de que "o crime não compense" e não numa singela pretensão expropriatória (que, mal utilizada, pode ferir o direito constitucional à propriedade), argumenta-se não há óbice a que no procedimento (que contempla uma presunção e não é um processo penal) estabeleça-se compatibilidade com a busca da verdade material, com a livre apreciação da prova e, quiçá, com o poder de o tribunal eventualmente agir oficiosamente ou valer-se das regras da experiência comum para aquilatar elementos de convicção quanto ao cabimento da perda alargada e seu alcance[1265].

Enfim, permite-se retirar do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a exegese de que o tribunal não é um mero espectador do embate probatório entre Ministério

---

[1263] Quanto à abrangência do termo "processo", parece incontestável que o foco maior do tribunal, ao julgar a aplicação da perda alargada, será a prova produzida na liquidação, onde o debate em torno do patrimônio incongruente do arguido tem palco. Porém, como a liquidação é procedimento enxertado no processo penal, pela ausência de uma especificação na norma do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e considerando o fato de que a perda alargada é decidida na sentença condenatória, a conclusão que sobra é da possibilidade de o tribunal analisar, também, a prova produzida no processo penal – para julgar o cabimento ou não (e, se sim, o valor) do confisco ampliado.

[1264] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1344.

[1265] "Mesmo no processo civil ou no processo administrativo, onde vigora a repartição do ónus da prova e em que a existência de presunções legais não é assim de tão rara verificação, o juiz pode, oficiosamente, determinar a inquirição de testemunhas (cfr. arts. 526.º do CPC) e até realizar ou ordenar outras diligências cuja realização entenda necessária ao apuramento da verdade (cfr. arts. 6.º, n.º 2, do CPC e 7.ºA, n.º 2, e 90.º, n.º 3, do CPTA, de que o art. 526.º do CPC – aplicável ao processo administrativo por via do art. 1.º do CPTA é um afloramento)", cf. NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus 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. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017, p. 50. 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: 08 Dez. 2018.

Público e arguido e do efeito da presunção do artigo 7.º, n.º 1, podendo não só se debruçar sobre toda a prova produzida no "processo" (liquidação e proceso penal), mas até determinar diligências complementares de ofício e invocar as regras da experiência no ato de julgar a perda alargada.

6.4 A investigação do patrimônio do arguido

Partindo da premissa de que é da acusação o ônus de evidenciar no que consiste o patrimônio do arguido a ser presumido como vantagem da atividade criminosa, por intermédio de investigação especializada, insta mencionar que, em acato à moderna política criminal transnacional de recuperação de ativos, Portugal dispõe, desde 2011, de legislação específica regrando a matéria.

A Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro[1266], prevê a existência de um Gabinete de Recuperação de Activos[1267], criado e com atribuição investigatória financeira e patrimonial, tendo por finalidade identificar, localizar e apreender bens ou produtos relacionados com ilícitos

[1266] A Decisão n.º 2007/845/JAI, "relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados-Membros no domínio da detecção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com a crise", dentre outros comandos, em seu artigo 1.º, n.º 1, determina aos Estados-Membros a criação ou designação de "um gabinete nacional de recuperação de bens, para efeitos de facilitar a detecção e identificação dos produtos e outros bens relacionados com o crime susceptíveis de serem objecto de uma ordem de congelamento, apreensão ou perda emitida por uma autoridade judiciária competente no decurso de um processo penal ou, tanto quanto possível ao abrigo da legislação nacional do Estado-Membro em causa, durante um processo civil". Outrossim, regula a cooperação entre esses gabinetes (artigo 2.º) e o intercâmbio de informações (artigos 3.º e 4.º) e de boas práticas (artigo 6.º), sem prejuízo das demais disposições existentes em matéria de cooperação (artigo 7.º). Decisão n.º 2007/845/JAI está disponível em https://eur-lex.europa.eu.

[1267] Raul Brito Coelho aduz que, faticamente, o Gabinete de Recuperação de Activos de Portugal passou a funcionar apenas em meados de outubro de 2012: "No dia 24 de junho de 2011 foi publicado em DR a Lei 45/2011 que criou o GRA e o Gabinete de Administração de Bens (GAB). Todavia, o GRA não iniciou logo atividade porquanto ficou dependente da publicação de uma Portaria que fixasse a sua composição e respetiva coordenação, nos termos do art.º 5.º n.º 2 daquele diploma. Em 3 de Setembro de 2012 foi publicada a Portaria n.º 269/2012 com aquele desiderato. Através do Despacho n.º 15497/2012 do Diretor Nacional da Polícia Judiciária, de 10 de Outubro, publicado na 2ª série do DR, em 5 de Dezembro, foram nomeados os elementos da PJ, AT e IRN para integrarem aquela estrutura inicial. Por sua vez o Coordenador do GRA foi nomeado através do Despacho n.º 14827/2012, da Ministra da Justiça, de 9 de Novembro, publicado na 2ª série do DR, em 20 de Novembro, com efeitos a 17 de Outubro. Podemos assim concluir que formalmente em meados de Outubro de 2012 o GRA iniciou atividade"; cf. COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 17, nota 33. O Gabinete de Recuperação de Activos é tema abordado por MASCARENHAS, Orlando. Recuperação de Ativos: Novas Tendências e Desafios. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 293-296; e, antes mesmo de sua existência em Portugal, já era festejado por SIMÕES, Euclides Dâmaso. A Proposta de Lei Sobre o Gabinete de Recuperação de Ativos (Um Passo no Caminho Certo). *Revista do CEJ*, Lisboa, 2.º semestre, n.º 14, 2010, pp. 183 e ss..

típicos, nos níveis interno e internacional[1268], cooperar com órgãos similares de outros Estados e recolher dados sobre tais atividades (artigo 3.º, n.ºs 1 e 2).

De frisar que, com a vigência da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE e deu azo a tornar a política criminal de recuperação de ativos ainda mais agressiva, o Gabinete de Recuperação de Ativos teve incrementado seu leque de prerrogativas e funções. Por exemplo, foram criadas ou aprimoradas atividades de: a) recolhimento e partilhamento de dados em cooperação internacional (artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho); b) acesso às informações detidas por organismos nacionais ou internacionais, nos mesmos termos dos órgãos de polícia encarregados da investigação criminal (artigo 8.º, n.º 1); c) alcance à base de dados de contas do artigo 81.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (artigo 8.º, n.º 5); e d) cooperação com intercâmbio de informações, dados e boas práticas ao nível policial com gabinetes similares de outros Estados (artigo 9.º, n.º 1).

Além do Gabinete de Recuperação de Ativos, aludida lei regula a instalação do Gabinete de Administração de Bens (artigo 10.º, n.º 1), com competência não apenas de administrar, mas, ainda, avaliar e vender antecipadamente bens apreendidos ou recuperados[1269].

O Gabinete de Recuperação de Activos tem como competência um regime geral, que lhe permite proceder à investigação financeira ou[1270] patrimonial, por determinação do Ministério Público, quanto a bens ou produtos vinculados a infrações penais com sanção de prisão igual ou superior a três anos, ou quando o valor estimado desses bens ou produtos supere mil unidades de conta[1271]. O artigo 2.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, menciona expressamente que o Gabinete de Recuperação de Ativos "é criado na dependência da Polícia Judiciária", contrariando, por exemplo, a conclusão do Projecto Fenix que

[1268] Parece não haver dúvida de que a finalidade precípua da investigação patrimonial é, nos termos legais, "proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes a nível interno e internacional" (COELHO, op. cit., p. 50).

[1269] A importância e as funções do Gabinete de Administração de Bens serão retomadas adiante, no tópico destinado a aferir a relação custo-benefício da existência dos instrumentos de recuperação de ativos como a perda alargada.

[1270] Presume-se tenha o legislador obrado com mero descuido ao inserir na lei a conjunção "ou", em vez de "e", pois soa óbvio que o Gabinete de Recuperação de Ativos tem a prerrogativa das duas modalidades de investigação, inclusive concomitantes, dependendo do caso concreto – última análise, é o que determinará a opção por uma, outra ou ambas as modalidades de investigação. Nesse sentido, COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 58.

[1271] Artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho.

recomenda tal tutela ao órgão estatal com atribuição do exercício da ação penal[1272] (usualmente, o Ministério Público), situação geradora de críticas[1273].

Noutro tanto, o artigo 4.º, n.º 6, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, referindo-se expressamente ao artigo 8.º da Lei nº. 5/2002, de 11 de janeiro, preconiza que a investigação financeira ou patrimonial pode realizar-se depois de encerrado o inquérito[1274] (respeitados os marcos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2), e, excepcionalmente, até mesmo após a condenação, conforme a última parte do artigo 12.º-A[1275] deste diploma. Ou seja, ordinariamente, já no ato da acusação, tanto o inquérito (obviamente) quanto a investigação patrimonial ou financeira deverão estar concluídos para dar azo à liquidação do montante apurado a ser perdido (artigo 8.º, n.º 1); excepcionalmente, a liquidação pode ser efetuada até 30 dias antes da primeira audiência de discussão e julgamento (artigo 8.º, n.º 2). Há, ainda, a autorização legal para a alteração da liquidação apresentada com a acusação, desde que aconteça conhecimento superveniente da incorreção do valor atribuído, e respeitado trintídio anterior à primeira audiência (artigo 8.º, n.º 3). Não acatados os prazos e as peculiaridades dos n.º 1 a 3 do artigo 8.º, a conclusão é de que,

---

[1272] O Projecto Fenix foi estudado no item 3.5 deste trabalho.

[1273] Pactuam dessa crítica RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 21; e João Conde Correia, para quem o "órgão não é mais um departamento da Polícia Judiciária, mas uma nova instância transversal, baseado na articulação de todas aquelas entidades" (CORREIA, João Conde. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. *Revista Investigação Criminal*, Lisboa, nº 1 (Out. 2017), p. 52). Também em tom crítico, mas se referindo ao direito espanhol (mais precisamente, à então vigente *Ley* 5/2010, que concebeu a Oficina de Localização de Ativos sob o regime da Polícia Judicial), FERNÁNDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos. *Revista de Derecho Penal*. Madri, a. 2011, n.º 34, 2011, p. 116.

[1274] Paulo Silva Marques retira da redação do artigo 4.º, n.º 6 ("A investigação financeira ou patrimonial pode realizar-se, para efeitos do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, depois de encerrado o inquérito"), da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, a interpretação mandamental de que a investigação "deve ser" realizada depois do inquérito (MARQUES, Paulo Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In *Lusíada*. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, n.º 10, 2012, p. 300). Diverge-se, recortando da norma a faculdade a que investigação "possa ser" implementada após o inquérito. Essa interpretação soa mais adequada porque o artigo 4.º, n.º 6, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, alude ao n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, isto é, ao caso excepcional em que a liquidação não é apresentada com a acusação, e sim em prazo sequente. Logo, nessa hipótese, a investigação patrimonial "pode ser realizada" depois do inquérito. Ademais, se o Ministério Público pode optar por não se valer da investigação do Gabinete de Recuperação de Activos para apurar e liquidar o que reputa ser o patrimônio incongruente do arguido, preferindo utilizar dados colhidos no próprio inquérito, soaria um *nonsense* a vedação a que, em concomitância ao inquérito, valesse-se de uma investigação especializada (patrimonial) daquele Gabinete para chegar ao montante a ser liquidado. Por fim, até mesmo em termos práticos é de todo recomendável que, em paralelo ao inquérito, o Gabinete realize a investigação financeira, para que, com celeridade, ambos estejam concluídos, possibilitando a acusação e a liquidação no mesmo momento (regra geral imposta pelo n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

[1275] O artigo 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, inserido pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a despeito do *nomen juris* "Investigação financeira ou patrimonial", em verdade apenas trata da possibilidade dessa investigação ocorrer após o inquérito (no caso do artigo 8.º, n.º 2) ou mesmo depois da condenação, mas apenas para a hipótese da execução do artigo 12.º, n.º 5.

afora na hipótese da última parte do artigo 12.º-A[1276], estará sepultada a pretensão de perda alargada. Outrossim, o trigésimo dia anterior à audiência de discussão e julgamento é, em qualquer siuação, o marco derradeiro a eventual alteração da liquidação, o que se apresenta consonante com o exercício da ampla defesa pelo arguido. Sobreleva, como visto, a importância da investigação patrimonial ou financeira, porquanto é a partir dela – embora não exclusivamente – que a acusação procederá à liquidação do valor consentâneo ao montante patrimonial a ser perdido, na esteira do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. A conjugação dos textos das Leis n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e n.º 45/2011, de 24 de junho, parece não trazer dúvida quanto à recomendação de que, tendo por alvo a promoção da perda alargada, a investigação do patrimônio do arguido (tanto do todo como do incongruente) seja especializada e autônoma.

Todavia, essa importância não pode ser confundida com a imposição de que, peremptoriamente, toda e qualquer investigação de fim patrimonial ligada a uma infração penal do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, seja adstrita à alçada do Gabinete de Recuperação de Activos. Anui-se, no ponto, ao entendimento em tom de alerta de Conde Correia, no sentido de que o confisco ampliado deve ter espaço sempre que preenchidos os requisitos legais[1277], ainda que o Gabinete de Recuperação de Activos não intervenha: "na generalidade dos casos cotidianos, uma vez que aquele tem pressupostos de intervenção relativamente exigentes, a recuperação ocorre sem a sua intervenção, devendo o Ministério Público proceder às investigações patrimoniais e financeiras necessárias para o efeito"[1278]. Pondera-se que a moderna política criminal de recuperação de ativos conforta uma dúplice meta, consistente tanto na qualificação do sistema legal-estatal como um todo (aí abarcando a criação de estruturas especializadas na investigação patrimonial e financeira e na gestão de bens), como na pulverização dos procedimentos musculosos de confisco para que se incorporem na rotina funcional de todos os que neles atuam, conformando o incremento do aspecto quantitativo.

[1276] A novel possibilidade de a investigação financeira ou patrimonial poder estender-se para após a condenação, e a inexistência de um regramento específico (por exemplo, sobre regime processual ou meios de prova), fazem Jorge dos Reis Bravo ponderar a "reformulação e autonomização normativa, eventualmente em diploma próprio, do conjunto de questões de índole substantiva e processual dos temas gerais do confisco"; cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Investigação Financeira ou Patrimonial Postecipada: Um Lugar Estranho no Sistema de Recuperação de Ativos. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 331-332.

[1277] Pormenorizados no item 6.2, retro.

[1278] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 209, nota 4.

Ainda nessa toada, é interessante pontuar que a Lei n.º 72/2015, de 20 de julho, ao lado de definir em Portugal os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio 2015-2017, e de explicitar em seu artigo 12.º a recuperação de ativos como meio essencial de enfrentamento dos "fenômenos criminais de prevenção prioritária", parece ter insinuado, em sua exposição de motivos inserta no anexo a que alude o artigo 14.º ("fundamentos das prioridades e orientações da política criminal"), que a investigação patrimonial ou financeira seria mister prioritário do Gabinete de Recuperação de Activos[1279]. Depois, em similar, a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, versante sobre os mesmos contornos da política criminal portuguesa para o biênio 2017-2019, após listar os "crimes de investigação prioritária" (artigo 3.º[1280]), direcionou comando de ser "prioritária a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a desenvolver pelo Gabinete de Recuperação de Ativos" (artigo 16.º, n.º 1), mais uma vez dando a entender a imprescindibilidade da atuação desse Gabinete na investigação do patrimônio incongruente do arguido.

Na verdade, pensa-se que o excerto correto dos trechos das duas legislações acima citadas indica a recomendação de que o Gabinete de Recuperação de Activos proceda à investigação patrimonial ou financeira nos casos envolvendo grandes organizações criminosas ou, ao menos, atividades de criminalidade organizada com suspeita de geração de vultosas vantagens ilícitas. Com outras palavras, a intenção do legislador, nos dois casos, soa ter sido exatamente contrária a uma priorização – ou exclusividade – de que toda e qualquer investigação financeira fique a cargo do Gabinete de Recuperação de Activos. Em paralelo, e isso se depreende da simples evidência da inserção da recuperação de ativos como prioridade de política criminal em Portugal nos últimos biênios, pode-se extrair dos mesmos textos legais a meta de difundir a praxe da investigação patrimonial, mesmo que simplificada, quando formalmente se iniciar a apuração de infração penal prevista no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

De qualquer sorte, mesmo sendo possível ao Ministério Público prescindir da atuação do Gabinete de Recuperação de Activos para descortinar o patrimônio

[1279] Em suma, após mencionar que "os instrumentos penais tradicionais têm-se revelado insuficientes para prevenir e combater eficazmente a proliferação de atividades criminosas", aquela fundamentação assenta que "torna-se imperioso provar esses agentes criminosos dos bens e valores obtidos, para o que o Gabinete de Recuperação de Activos deve ser instrumento privilegiado".

[1280] Dos quais se podem destacar, como comumente praticados por organizações criminosas, o terrorismo e crimes côngeneres (alínea a); o tráfico de pessoas (alínea d); os crimes contra a vida e a integridade física de agentes de autoridade (alínea e); a cibercriminalidade (alínea g); a extorsão (alínea i); a corrupção e os delitos conexos (alínea j); a criminalidade económico-financeira, em especial o branqueamento de capitais (alínea k); e os crimes fiscais, contra a segurança social e contra o sistema de saúde (alínea l).

incongruente do arguido, não há dúvida de que todo o aparato criado pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, evoluído com as modificações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, vai fortemente ao encontro da prioridade elegida como política criminal em Portugal para o biênio 2017-2019 pela Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto. Tal aparato, em suma, permite "a realização das (por vezes) complexas investigações patrimoniais e financeiras indispensáveis à identificação, à liquidação e ao arresto do património incongruente. Em termos organizativos, estão, agora reunidas as condições materiais e humanas imprescindíveis para transformar a recuperação de ativos numa mera rotina processual"[1281].

6.5 O arresto como garantia à efetividade da perda alargada

O Ministério Público, uma vez concluída a investigação patrimonial (realizada por si ou pelo Gabinete de Recuperação de Activos), terá elementos para liquidar o montante da incongruência a ser declarado perdido. No ponto de efetivo avanço sobre o patrimônio, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, deixa clara a opção do legislador pela liquidação de valores (o montante equivalente ao patrimônio incongruente – artigo 8.º, n. 1), e não da perda de bens[1282], embora estes possam ser objeto de arresto para garantir o pagamento dos valores (artigo 10.º, n.ºs 1 e 2).

A modalidade de arresto[1283] insculpida no artigo 10.º reforça o viés agressivo contra a criminalidade organizada e econômico-financeira da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro,

[1281] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 209.

[1282] Não deixa de transparecer alguma contradição o fato de o Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ter como título "Perda de bens a favor do Estado", e o procedimento correlato da perda alargada pretender, precipuamente, impor ao codenado o pagamento de um valor. Contudo, como visto nos modelos de confisco ampliado de outros países (Capítulo 5 deste trabalho), a opção pela condenação do arguido ao pagamento de um montante, em vez da literal perda de bens, não é exclusividade de Portugal. No aspecto, notadamente pelo que se infere explícita e inequivocamente do texto legal, não há controvérsia na doutrina ou na jurisprudência quanto ao foco primordial da perda alargada lusitana. Para ilustrar a linha jurispudencial: "A perda de bens determinada pelo artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não incide propriamente sobre bens determinados, mas sobre o valor correspondente à diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito" (trecho do item I do sumário do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de junho de 2014, processo n.º 1653/12.2JAPRT-A.P1, disponível em http://www.dgsi.pt). No mesmo sentido: "o montante da incongruência do património deverá ser um valor líquido" (CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 109).

[1283] Sobre o arresto previsto na lei especial, vide ROCHA, Gonçalo José Almeida Marques. *O arresto e os terceiros na perda de bens a favor do Estado, na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.* 2015. 51p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Criminal), Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015, pp. 26-34; e ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. Da natureza processual penal do arresto preventivo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 27, nº 1 (Jan.-Abr. 2017), pp. 141-142.

mormente após as alterações dadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio[1284]. Antevendo que a pretensão de liquidação formulada pelo Ministério Público numa das situações do artigo 8.º pode naturalmente fazer surtir no arguido a intenção de dispersão ou dissipação do patrimônio (pela iminência de ser reputado como vantagem da atividade criminosa, em havendo a condenação no processo penal), o legislador, para prevenir que no momento da execução da perda alargada pouco ou nada exista (redundando numa "uma decisão platónica, uma simples vitória de Pirro"[1285]), inseriu na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a faculdade de ser decretado o arresto de bens para garantia do pagamento do montante a ser perdido (artigo 10.º, n.º 1)[1286].

O formato musculoso desse arresto especial sobra ainda mais evidente da redação do artigo 10.º, n.º 3, ao franquear ao juiz[1287] o decreto do arresto de bens do arguido (a pedido do Ministério Público, "a todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência" – n.º 2 do mesmo artigo), "independentemente da verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 do artigo 227.º do Código de Processo Penal, se existirem fortes indícios da prática do crime". Obviamente que, ao lado dessa condicionante explicitada, o arresto da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não prescinde do acato aos princípios que regem as demais medidas de garantia patrimonial, como da necessidade, adequação, subsidiariedade, precariedade e proporcionalidade. Mas não há necessidade de clarificação de um *periculum in mora* substancial[1288].

Veja-se que, pelas regras do Código de Processo Penal, no que toca às medidas de garantia patrimonial[1289], ordinariamente, deve ser perseguida pelo Ministério Público a

---

[1284] Diploma que também modificou os artigos 227.º e 228.º do Código de Processo Penal, que regram, respectivamente, as hipóteses de cabimento de caução econômica e arresto preventivo. Acerca desses institutos do pergaminho processual penal, vide SANTIAGO, Rodrigo. As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa, et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1521-1554.

[1285] CORREIA, João Conde. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Outubro de 2014. O arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime. *Julgar Online*. 2014, p. 17. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/10/Arresto-instrumentos-e-produto-da-atividade-criminosa-Julgar1.pdf>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

[1286] Instrumento consonante com a medida de "congelamento" preconizada em nível comunitário europeu pela Diretiva 2014/42/UE.

[1287] "O CPP determina que a medida de garantia patrimonial seja sempre aplicada por despacho do juiz (do juiz de instrução ou do juiz de julgamento, consoante a fase processual). Durante o inquérito, a requerimento do Ministério Público e depois desta fase, a requerimento do Ministério Público ou oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade („„)"; cf. ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. Da natureza processual penal do arresto preventivo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 27, nº 1 (Jan.-Abr. 2017), p. 138.

[1288] Vide CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 187.

[1289] Para uma visão das diferenças entre os mecanismos legais de apreensão (dos instrumentos, produtos, recompensas ou vantagens da prática do crime), medidas de garantia patrimonial (caução econômica e arresto preventivo) e arresto para fins de assegurar a perda alargada, vide, por todos, CORREIA, João Conde.

caução econômica por parte do arguido, o que reclama o "fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias" (artigo 227.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) "do pagamento da pena pecuária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime" (alínea a)), ou "da perda dos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico ou do pagamento do valor a estes correspondente" (alínea b)). Caso a caução econômica tenha sido fixada e não prestada, o Código de Processo Penal autoriza o arresto preventivo sem a necessidade de prova do "fundado receio de perda da garantia patrimonial" (artigo 228.º, n.º 1). Ou seja, nessa situação, incidente sobre a criminalidade genericamente considerada[1290], o arresto preventivo[1291] figura(va) como subsidiário à caução econômica.

É bem verdade que, a partir do advento da Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, consolidou-se o entendimento de que o arresto preventivo perdeu aquela natureza supletiva ou subsidiária da caução econômica, dela se tornando independente[1292]. Mesmo assim, o arresto preventivo plasmado na primeira parte do artigo 228.º, n.º 1, Código de Processo Penal, que tem espaço "nos termos da lei do processo civil", exige a conformação dos seguintes requisitos: a) provável existência do crédito; b) comprovado e justificado receio de perda de garantia patrimonial; c) acato aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade; d) prévia constituição como arguido; e c) inexistam causas de isenção ou extinção da responsabilidade criminal"[1293]. Comparando a normatividade do Código de Processo Penal, referente ao arresto preventivo direcionado à criminalidade genericamente considerada, com o arresto do artigo 10.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (que reclama, em regra, apenas "fortes indícios da prática do crime", além de indicativos do patrimônio incongruente), salta aos olhos o quão mais agressivo é este último, destinado ao

---

Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 25, nº. 1-4, Jan.-Dez. 2015, pp. 532-543.

[1290] Isto é, aquela que não compreende a criminalidade organizada e econômico-financeira que é objeto da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[1291] Sobre o conceito de arresto preventivo, vide ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. Da natureza processual penal do arresto preventivo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 27, nº 1 (Jan.-Abr. 2017), p. 145.

[1292] "Na actual redacção do art. 228.º, n.º 1, do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 58/98 de 25AGO, a medida de garantia patrimonial de arresto preventivo, já não tem natureza subsidiária ou supletiva relativamente à caução econômica, podendo ser decretada nos termos da lei civil a requerimento do Ministério Público ou do lesado", cf. trecho do sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de novembro de 2009, Processo n.º 3944/08.8TDLSB-B.L1-5, disponível em http://www.dgsi.pt. No mesmo sentido, ANDRADE; ANTUNES, op. cit., p. 141.

[1293] Síntese ecoada na jurisprudência e que, por exemplo, pode ser inferida da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de abril de 2016, Processo n.º 324/14.0TELSB-Q.L1-5, disponível em http://www.dgsi.pt.

ataque da criminalidade organizada e econômico-financeira[1294]. Numa súmula, o "arresto para a perda alargada insere-se noutro universo axiológico. Já não está em causa (...) garantir o confisco do valor da vantagem decorrente da prática de um crime, mas apenas assegurar a perda do valor do património incongruente do arguido, *rectius*, daquele património que não é compatível com os seus rendimentos lícitos"[1295].

Deve-se atentar, entrementes, que a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, introduziu no artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, mais uma situação passível de ensejar o arresto: por um lado, aditivando à medida ainda maior agressividade; mas, por outro, condicionando-a, excepcionalmente, àquele requisito ordinário do artigo 227.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Pela nova redação do artigo 10.º, n.º 2, o tribunal poderá atender ao pedido do Ministério Público e decretar o arresto de bens, no montante da incongruência, "ainda antes da própria liquidação", porém apenas se verificados, cumulativamente, os requisitos "fundado receio de diminuição de garantias" e "fortes indícios da prática do crime". A inovação gerada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, explicitada no texto legal, parece ter exaurido controvérsia outrora existente, já que parcela da doutrina, tendo por base a anterior redação do artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não admitia ser plausível o arresto antes da liquidação – e da acusação[1296].

Merece elogio o legislador ao dirimir a dúvida que brotava do artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, antes da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio. A guarida à interpretação de restrição do arresto ao momento da acusação – ou após – aumentava, exponencialmente, a chance de o arguido dissipar bens e patrimônio que, logo adiante,

---

[1294] E que pode, inclusive, alcançar bens titulados por terceiros, como na hipótese do artigo 7.º, n.º 2, letra b), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[1295] CORREIA, João Conde. Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 25, nº. 1-4, Jan.-Dez. 2015, p. 538.

[1296] "O arresto (...) não pode, contudo, ser requerido pelo MP e decretado pelo juiz antes da acusação. O n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002 dispõe que o arresto incide sobre o valor apurado como vantagem resultante da actividade criminosa. Ora, esse apuramento tem lugar aquando da liquidação pelo MP (ou por entidade por ele coordenada) na acusação. A expressão 'a todo o tempo' deve reportar-se, assim, a todo o tempo após a acusação", cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 46. No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 603. Em sentido contrário, mesmo antes da alteração gerada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, ao artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, Conde Correia sempre atribuiu à expressão "a todo tempo" acepção ampla, a ponto de permitir o arresto já na fase do inquérito, em similar ao que ocorre no sistema alemão, até para manter sua natureza de medida de garantia patrimonial e, de fato, prestar-se à efetividade da perda alargada: "enquanto medida de garantia patrimonial, o procedimento não terá qualquer eficácia prática se for relegado para a acusação ou outro momento posterior. Se o arresto não depende da prévia constituição como arguido, como é que pode depender da prévia dedução da acusação?" (CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 187).

poderiam vir a ser considerados vantagem de atividade criminosa. Essa brecha à inefetividade da perda alargada por certo contrastava com a moderna política criminal que norteia a recuperação de ativos da criminalidade organizada, e que hoje é prioridade em Portugal, pela Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto.

Menção elogiosa à parte, com o advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, a exegese das normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, indica a viabilidade do arresto de bens, no estimado valor da incongruência patrimonial do investigado ou arguido, até mesmo antes da liquidação e da acusação, mas desde que diante de indícios robustos do cometimento da infração penal[1297] (do catálogo do artigo 1.º, n.º 1) e de um motivado e demonstrado risco de diminuição de garantias (isto é, de um *periculum in mora* substancial); ou, a qualquer tempo, no ato ou depois da liquidação, bastando, então, a clarificação dos fortes indícios da prática de algum daqueles ilícitos típicos do catálogo[1298].

Como reflexo dessa interpretação, no "direito vivo", sendo elucidada pelo Ministério Público, ainda no curso da investigação patrimonial, a provável tentativa do investigado – como autor de infração penal do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em relação à qual apurados indícios – de livrar-se de bens com suspeita de consubstanciarem patrimônio incongruente com seus rendimentos lícitos, já se terá estofo à postulação do arresto de todos os bens correspondentes ao montante do patrimônio a ser presumido como vantagem de atividade criminosa. Outrossim, a acusação tem na lei a faculdade de, durante o processo penal (e a correlata tramitação da liquidação), pedir a adequação do arresto, para mais ou para menos, para manter a equivalência com o

[1297] Situação que pode enveredar ao tema da separação dos objetos da investigação patrimonial e do inquérito policial, e até que ponto, por exemplo, informações de cunho patrimonial obtidas na primeira, mas com reflexos à elucidação da existência ou da autoria do ilícito típico, podem ser utilizadas no segundo para dar lastro à acusação. Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira abordam contexto diverso, mas não totalmente distinto, da existência de procedimentos administrativos prévios ao inquérito policial para confirmar ou infirmar a suspeita da prática de ilícitos típicos, notadamente pelo viés da constitucionalidade e da legalidade – de municiar o inquérito penal com elementos recolhidos em procedimentos administrativos (DIAS, Augusto Silva; PEREIRA, Rui Soares. *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas* - Preliminares no Processo Penal. Lisboa: Almedina, 2018). Pensa-se, não há dúvida de que, em determinadas situações, a investigação patrimonial pode clarificar elementos hábeis à demonstração do ilícito típico, assim como pelo inquérito policial é possível o descortinamento de evidências de um patrimônio do investigado de fonte inexplicada por seus rendimentos lícitos, sem que isso fira a Constituição da República Portuguesa ou importe em ilegalidade. Mas o debate quiçá possa tomar corpo em se considerando a investigação patrimonial como um procedimento administrativo, o que está umbilicalmente ligado à definição da natureza jurídica da perda alargada.

[1298] Sobre os requisitos dessa modalidade de arresto, vide COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 160.

que pretende em termos de perda alargada (artigo 11.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro).

Outro tópico em que quiçá ainda remanesça alguma controvérsia pela falta de clareza da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, repousa no alcance do arresto sobre bens titulados ou possuídos por terceiros. Já visto que a lei especial, na alínea b) do n.º 2 do artigo 7.º, ampliou a definição de patrimônio incongruente (potencialmente, vantagem de atividade criminosa) aos bens que o arguido transferiu gratuitamente ou por contraprestação irrisória a terceiro, nos cinco anos antes de sua figuração na condição de demandado criminalmente. Também foi adrede citada a evidente *mens legis* dessa norma, com o escopo de colocar ao alcance da perda alargada as vantagens de atividade criminosa dissipadas com a utilização de "laranjas". Do contexto, surge a questão: é possível ser decretado o arresto de bens de terceiro?

Como silenciam a respeito a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil, há uma natural sedução pela resposta negativa[1299], à míngua de base legal a uma medida cautelar patrimonial invasiva e fortemente restritiva de um suposto direito à propriedade. Todavia, obtempera-se que, a partir do momento em que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, explicitamente, conceitua como possível vantagem de atividade criminosa o patrimônio transferido pelo arguido nas nebulosas condições da alínea b) do n.º 2 do artigo 7.º, estende aos bens que compõem tal patrimônio o alcance do arresto preventivo. É esta a posição que se tem recortado da jurisprudência portuguesa mais recente: "sendo o arresto um meio de conservação da garantia patrimonial dos credores que consiste numa apreensão judicial de bens, só pode ser decretado sobre bens que estão, ou estiveram, na titularidade do requerido da diligência. Para que possa ser decretado sobre bens de terceiro têm de estar indiciado que o requerido do arresto, inicialmente proprietário dos mesmos, os transmitiu para terceiro, a título gratuito ou quase gratuito, para diminuir a garantia dos credores. No caso do arresto preventivo requerido ao abrigo do disposto nos arts. 10º e 11º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o requerente está dispensado de invocar o justo receio exigido pela lei processual civil, mas tem sempre de seguir os restantes preceitos legais, no que concerne à titularidade dos bens a arrestar"[1300].

[1299] CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 147.

[1300] Itens 5, 6 e 7 do sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de julho de 2018, Processo n.º 122/13.8TELSB-AR.L1-9, disponível em http://www.dgsi.pt.

De frisar, porém, que para viabilizar a medida cautelar sobre bens de terceiro, deverá o Ministério Público ir bastante além de trazer à tona os fortes indícios da prática de infração penal do catálogo pelo investigado/arguido, apontando evidências da desproporção do patrimônio com seu rendimento legal, e de que bens ou parte desse patrimônio foram transferidos gratuitamente ou por preço vil a terceiro, num interregno máximo de cinco anos antes.

O posicionamento que permite que o arresto do artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, atinja bens de terceiros, embora reforce a tonificação musculada das medidas trazidas pela lei especial, induvidosamente, é o que vai ao encontro da prioridade da política criminal de Portugal, na esteira da Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto.

Noutro aspecto atinente ao arresto anticriminalidade organizada e econômico-financeira, não se ignora que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, também prevê a caução econômica; contudo, em mais um sinal da característica da agressividade, e ao contrário do que se via no panorama passado quanto às regras correlatas do Código de Processo Penal, a caução econômica acaba tendo caráter subsidiário em relação ao arresto, fazendo cessá-lo na hipótese do artigo 11.º, n.º 1. Com outras palavras, enquanto, pelo Código de Processo Penal, tem-se a regra de a caução econômica preceder ao arresto preventivo, pelo procedimento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a caução econômica tem lugar após o arresto e para o fim de fazer cessar seus efeitos.

É inequívoco que a sentença absolutória fulmina o arresto ou a caução econômica (artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), pela supressão de requisito *sine quan non* da perda alargada. Rumo diverso, se do julgamento do processo penal resultar sentença condenatória, será decidida a perda alargada (artigo 12.º, n.º 1), com eventual adequação do arresto ou da caução (n.º 2). Havendo o pagamento do valor apontado como o condizente ao confisco ampliado nos dez dias sequentes ao trânsito em julgado da sentença condenatória, o arresto é extinto; à míngua de pagamento, os bens arrestados são perdidos a favor do Estado (artigo 12.º, n.ºs 3 e 4).

6.6 A execução de bens do condenado e a perda dos instrumentos da infração penal do catálogo

Dando vazão à moderna política criminal de recuperação de ativos, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, inseriu o n.º 5 ao artigo 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro,

com o incontestável propósito da retirada da esfera patrimonial do condenado de toda e qualquer vantagem supostamente auferida da atividade criminosa.

Pelo novel subtipo, não havendo bens arrestados, ou se arrestados em valor inferior ao montante do patrimônio incongruente que dimensiona a perda alargada, e existindo outros bens do condenado, o Ministério Público instaura execução[1301]. Aludido propósito (que, resumidamente, busca recolocar o condenado na posição patrimonial anterior ao crime e à suposta atividade criminosa paralela) é de tão forma evidenciado que, para ser alcançado, o legislador positivou inovadora exceção, permitindo que a investigação patrimonial ou financeira venha a ser realizada mesmo depois do trânsito em julgado da condenação, respeitados os prazos de prescrição do artigo 112.º-A do Código Penal português[1302] – em síntese, a investigação patrimonial e a decorrente execução deverão acatar o prazo prescricional da pena ou da medida de segurança aplicada ao condenado no processo penal, ou, se não aplicada nenhuma delas, do procedimento criminal.

Guardadas as devidas proporções, a brecha aberta pelo artigo 12.º, n.º 5, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que pavimenta o caminho a que a busca de efeitos da perda alargada avance para após a sentença condenatória, pode trazer à memória o *criminal confiscation* do Reino Unido[1303]. No entanto, como se vê da comparação entre os dois procedimentos, a semelhança restringe-se apenas ao momento posterior em que gerados os efeitos da perda alargada. Basta pontuar que a execução serôdia do artigo 12.º, n.º 5, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, presta-se a que se dê efetividade à perda alargada já decidida na liquidação enxertada no processo penal, ao passo que, no procedimento do *criminal confiscation*, toda a tramitação, com produção probatória de standard civilístico e decisão *on the balance of probabilities,* ocorre em momento posterior, por vezes noutro tribunal.

Além do artigo 12.º, n.º 5, e sempre com o perfil agressivo que permeia as medidas da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, inseriu naquele diploma uma especial "perda de instrumentos" de ilícito típico do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, "ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem

[1301] O dispositivo vai ao encontro do artigo 9.º da Diretiva 2014/42/UE, que trata da "perda e execução efetivas" e determina aos Estados-Membros a adoção de medidas para a "deteção e o rastreio de bens a congelar e cuja perda deva ser decidida, mesmo após condenação definitiva por infração penal (...), e asseguram a execução efetiva da decisão de perda, caso esta tenha sido proferida". A Diretiva 2014/42/UE foi analisada no item 3.4.3.4 deste trabalho.

[1302] Também introjetado no ordenamento pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

[1303] Como visto no item 5.4.3.2, esse confisco ampliado criminal é decidido por uma *Crown Court* após sentença condenatória advinda de processo tramitado perante esse mesmo tribunal, ou pela remessa, por um *Magistrates' Court*, da sentença condenatória por este proferida.

públicas, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos"[1304].

De pronto, chama atenção a diferença substancial entre a redação do artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e o dispositivo que regra a perda dos instrumentos do Código Penal[1305], o qual prossegue visando aos objetos que serviram ou seriam destinados a servir para a prática do ilícito típico, tendo natureza eminentemente preventiva[1306]. Com efeito, por intermédio da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, o legislador fragmentou o sistema da perda dos instrumentos, como segue: pertinente aos ilícitos típicos afeitos à criminalidade em geral, os instrumentos deverão ser perdidos quando "puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos"; e, às infrações penais do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, "ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos". Gize-se que, embora o artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, faça referência simplesmente ao catálogo do artigo 1.º, pensa-se que essa remissão deve ser conjugada com o n.º 2 do artigo 1.º, de modo que a perda "especial" dos instrumentos deverá ter aplicação ordinária às infrações penais das alíneas a) a o) do catálogo, e, às das alíneas p) a r), apenas se cometidas de forma organizada.

Ressalva à parte, o artigo 12.º-B, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ao invocar a incidência da perda dos instrumentos prevista no Código Penal – ou na legislação especial – "em tudo o que não contrariar o dispositivo do número anterior", torna claro que seus efeitos prescindem da responsabilização criminal, da apuração da autoria do ilícito típico ou do início da ação penal, e podem atingir terceiros. De recordar que, pela ferramenta clássica hoje positivada no Código Penal (que também foi alterada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio), "ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz"[1307], há espaço à perda dos instrumentos. Outrossim, pelo artigo 12.º-B, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, aproveita à perda dos instrumentos do n.º 1 a substituição regrada pelo artigo 109.º, n.º 3, do Código Penal: isto é, quando inviável a

[1304] Artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.
[1305] Artigo 109.º do Código Penal português.
[1306] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 615-629.
[1307] Artigo 109.º, n.º 2, do Código Penal português.

apreensão/apropriação em espécie, pode ser imposto – à pessoa que em algum momento após a apuração do ilícito típico teve a posse, detenção ou propriedade do instrumento – o pagamento ao Estado do respectivo valor, com a limitação do artigo 112.º.

Por outro lado, dada a tipologia diametralmente oposta da perda de instrumentos do artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, põe-se em xeque atribua-lhe a natureza jurídica de "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"[1308]. É certo que, tal qual a congênere do Código Penal, não é uma pena acessória, efeito da pena ou da condenação, nem uma medida de segurança (pois não se fundamenta na perigosidade do agente); mas, também, não se amolda a uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança", talhada por Figueiredo Dias[1309]. Como adrede estudado, essa moldura tem valia porque a perda dos instrumentos do ilícito típico do Código Penal baseia-se na prevenção do perigo[1310] da prática de novas infrações penais e no princípio da proporcionalidade[1311], com algum teor sancionatório; transmudando à perda dos instrumentos do artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em que, explicitamente, afirma-se prescindível a perigosidade, não há como dela inferir componente análogo à medida de segurança.

Aliás, pensa-se difícil sustentar, juridicamente, com suposto lastro no artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a perda de instrumento de infração penal do catálogo sem qualquer perigosidade ou risco numa situação de absolvição do arguido. Nesse caso, a perda não se justificaria pela perigosidade e nem pelo princípio da proporcionalidade, tampouco por critério sancionatório. Ousa-se depreender do artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a possibilidade de perda de instrumentos sem perigosidade ou risco quando houver sentença condenatória, absorvendo-se, daí, ao menos um critério sancionatório. E, inexistindo condenação, então o confisco dos instrumentos somente terá lugar na demonstração mínima de perigosidade ou risco.

Num entendimento assim, permite-se, inclusive, resgatar à perda dos instrumentos do artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, natureza jurídica similar àquela atribuída à congênere do Código Penal: no caso de condenação, sobrelevando o viés

---

[1308] Entendimento, dentre outros, de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 628.

[1309] Definição dada antes do advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, mas que, como visto no item 2.2.5 deste trabalho, pode ser mantida à ferramenta da perda clássica dos instrumentos, mesmo com as recentes alterações.

[1310] Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 455, anotação 12.

[1311] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português.* Parte geral II – As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 623.

sancionatório, e mantendo o aspecto preventivo, real (na presença de perigosidade) ou em tese (sem perigosidade); diante de absolvição, ressaltando o perfil análogo à da medida de segurança, mas para tanto com demonstração mínima de perigosidade. Com o raciocínio exposto (e suas necessárias adequações ao caso concreto), soa até viável socorrer-se da definição dada por Figueiredo Dias também à perda dos instrumentos do artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, como "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança", aglutinando componentes de prevenção e de sanção não penal.

Do contrário, abstraindo o raciocínio industriado, restará considerar o artigo 12.º-B, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, como simulacro de um procedimento *in rem*, com alguma semelhança com a perda dos instrumentos autorizada pelo regime do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro – peculiaridade que, para Raul Brito Coelho, traz dúvida quanto à finalidade político-criminalmente da disposição[1312].

6.7 Caminhos à efetividade da perda alargada no "direito vivo"

Pelo panorama retratado até aqui, delineando as ferramentas legais à disposição do Estado português para atacar o lucro da criminalidade organizada e econômico-financeira, pode-se apontar que, no "direito vivo", é de todo recomendável "a (re)definição das estratégias patrimoniais ou financeiras de combate à criminalidade econômico-financeira e organizada"[1313]. E com essa estratégia[1314], que o Ministério Público, na liquidação ou mesmo antes dela, postule o arresto de bens do investigado/arguido na medida equivalente ao patrimônio indiciado incongruente com seus rendimentos lícitos, a fim de dar guarida à futura efetividade da perda alargada[1315] – em se confirmando seus requisitos ao fim da

[1312] COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 91.

[1313] BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 44. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

[1314] Que obviamente envolve, antes, a superação do déficit de formação e de qualificação dos atores do Estado que lidam com a ferramenta de recuperação de ativos, além do implemento de ações especializadas na área económico-financeira e de uma gestão de objetivos – aspectos que serão retomados no item 6.10 deste trabalho.

[1315] Uma atenta leitura dos aspectos processuais das medidas de garantia patrimonial que orbitam a liquidação da perda alargada, após as significativas alterações geradas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, é feita por BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz. A Transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio (Aspetos Processuais Penais). In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO,

liquidação e do processo penal. Tudo sem prejuízo de que, não existindo a possibilidade de arresto, ou se em patamar inferior ao montante declarado perdido, parta o Ministério Público para a execução a que alude o n.º 5 ao artigo 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[1316].

Também, mormente tendo por foco a prioridade de política criminal vigente em Portugal, importa não olvidar da viabilidade de cumulação dos efeitos de variadas ferramentas legais de confisco: num mesmo processo em que o indivíduo é condenado por crime do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que atrai os efeitos das medidas musculosas da lei especial, é perfeitamente possível que sofra, sucessivamente, o ônus da perda de instrumentos, produtos, recompensas ou vantagens diretamente ligados à prática do crime (com amparo nos instrumentos clássicos do Código Penal ou da própria Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[1317]), e do confisco do valor atribuído como perda alargada – ou dos bens arrestados para garantia, não havendo o pagamento. E, reitera-se, nas situações do artigo 12.º, n.º 5, esse mesmo indivíduo pode ser demandado em execução relativa a outros bens seus para a quitação total do montante da perda alargada[1318].

Aliás, no que toca ao valor a ser pago efetivamente pelo condenado a título de perda alargada, pondera-se não haver espaço ao cotejo da aplicação do artigo 112.º, n.º 2.º, do Código Penal, que trata da redução equitativa do valor do confisco (dos instrumentos, produto, vantagens ou recompensa da infração penal) diante da situação socioeconômica da pessoa em causa[1319]. No aspecto, não se deve esquecer que a perda alargada insere-se nas medidas de enfrentamento da criminalidade organizada e económico-financeira, de perigosidade e/ou com consequências graves, em que o lucro é, como regra geral, o fim precípuo. Ademais, não há previsão legal, tanto no Código Penal como na Lei n.º 5/2002,

---

Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 185-264.

[1316] Quanto ao funcionamento do procedimento de perda alargada, MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, pp. 21-23.

[1317] Artigo 12.º-B da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[1318] Cf. CORREIA, João Conde. Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 25, nº. 1-4, Jan.-Dez. 2015, p. 542.

[1319] Nesse sentido, CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 139. Com entendimento contrário, defendendo a possibilidade de redução equitativa do valor a confiscar pela perda alargada, GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1348.

de 11 de janeiro, à atenuação dos efeitos da perda alargada em vista das condições econômicas do arguido, salientando que ambos os diplomas tiveram alterações recentes, provocadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio[1320]. E, para culminar, soaria até mesmo como um contrassenso reduzir o confisco do patrimônio incongruente do condenado, que é considerado vantagem de atividade criminosa, tendo amparo nas suas condições financeiras, já que isso importaria permitir que o condenado mantivesse consigo parcela da vantagem da criminalidade organizada ou económico-financeira.

Mesmo havendo essa variedade de instrumentos positivados no ordenamento português para que o Ministério Público obtenha nos tribunais efeitos reais de perda alargada, e a despeito de possivelmente estar em curso um processo de reversão[1321], a antipatia que o confisco parece carregar por seu histórico remoto de abusos e violações de direitos, somado à dificuldade de assimilação da moderna política criminal de recuperação de ativos, seguem inibindo a banalização da ferramenta legal na prática forense. No assunto, opina Conde Correia, "o maior problema do confisco ou, na tradicional denominação portuguesa, da perda, não resulta (...) da letra da lei e da salutar política criminal que há muito lhe está subjacente, mas do atavismo da *praxis* quotidiana, centrada no passado, que ignora o presente e teme o futuro"[1322].

De qualquer sorte, é pouco provável que não se tenham avanços sensíveis no campo da recuperação de ativos da criminalidade organizada em Portugal nos próximos anos. Mesmo os membros do Ministério Público mais resistentes a mudanças não poderão permanecer indiferentes aos comandos inequívocos de diplomas normativos como as recentes Leis n.º 30/2017, de 30 de maio, e n.º 96/2017, de 23 de agosto, que impõem o incremento da meta de que "o crime não compense".

6.8 O momento da decisão sobre o mérito e o *quantum* da perda alargada

Como visto no Capítulo 5 deste trabalho, longe está de haver uma uniformidade quanto ao sítio e ao momento de decisão dos diversos modelos de perda alargada. Há

[1320] Ou seja, quisesse estender a atenuação prevista no Código Penal à perda alargada, o legislador poderia ter se valido da recente legislação que, na matéria, trouxe significativas mudanças.

[1321] Como sustenta CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), pp. 208-209.

[1322] CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online.* Jan. 2017, p. 13. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170123-ARTIGO-JULGAR-Confisco-e-pretens%C3%A3o-da-Autoridade-Tribut%C3%A1ria-J-Conde-Correia-e-H%C3%A9lio-R-Rodrigues.pdf> Acesso em: 13 Ago. 2017.

ferramentas legais de recuperação de ativos que são decididas no âmbito de um processo penal, na sua sequência ou em seara distinta, civil ou administrativa. Mas a opção adotada em Portugal sempre foi inequivocamente clara: o alcance do confisco ampliado integrará a sentença condenatória pelo crime do catálogo, na dicção do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

O exame da pretensão da perda alargada num procedimento enxertado no processo penal, iniciado com a propositura da acusação e após investigação especializada (patrimonial ou financeira), para o fim da concretização da moderna política criminal de recuperação de ativos, tem pontos positivos e negativos.

Por um lado, a tramitação adesivada ao processo penal favorece ao arguido, que tem o amplo leque das garantias processuais penais para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar o montante do patrimônio e/ou a liquidação pretendida pelo Estado por seu órgão acusatório. Além disso, um mesmo tribunal julga o ilícito típico do catálogo e os requisitos da perda alargada, evitando possíveis decisões dissonantes proferidas acerca de substratos fático e probatório com pontos coincidentes. Por outro, não é desarrazoado perceber que a perda alargada incutida na ação penal gera discussão sobre inversão do ônus da prova em processo penal e possível mácula ao *nemo tenetur se detegere* e à presunção de inocência[1323], já que o arguido deve ilidir a presunção – de ilicitude de seu patrimônio injustificado – no mesmo momento/ambiente em que se defende da imputação pelo ilícito típico, com o risco de que a opção pelo silêncio preste-se à conclusão jurídica de que parte ou todo o patrimônio é vantagem da atividade criminosa.

Essas contingências, como era de se esperar, dividem opiniões. Para exemplificar, Augusto Silva Dias defende que a perda alargada "seja objecto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretado na sentença condenatória"[1324]. Em rumo oposto, Jorge Godinho faz crítica ferrenha à coincidência de local e momento em que apreciadas a perda alargada e a culpa do arguido, notadamente pelas distinções dos critérios decisórios em relação à prova do processo penal[1325] e da liquidação, daí inferindo uma "série de violações do princípio da presunção de

[1323] Temas que serão estudados logo adiante.

[1324] Cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 41.

[1325] Em que destaca três aspectos básicos: "a) o arguido presume-se inocente, salvo produção de prova em contrário; b) o arguido não tem qualquer ónus de carrear provas para o processo, e o seu silêncio não o pode prejudicar; c) em caso de non liquet, a solução a adoptar pelo tribunal deve ser favorável ao arguido: *in dubio pro reo*" (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1358).

inocência"[1326]. É a mesma trilha seguida por Blanco Cordero, fazendo referência ao *comiso ampliado* da Espanha: *"una adecuada articulación del comiso ampliado, que respete los Derechos humanos y que resulte eficaz, precisa de una apropriada regulación y de la previsión de un proceso distinto (accesorio o autônomo) del penal principal en el que se puedan resolver las espinosas cuestiones ligadas a la privación del patrimônio criminal"*[1327].

É verdade que, além de assim estarem previstas em ordenamentos como do Reino Unido, da Holanda e dos Estados Unidos da América, a autonomização de mecanismos de recuperação de ativos tem eco em diplomas normativos comunitários como a Diretiva 2014/42/UE[1328]. E não se pode ignorar que é uma opção que amplia o rol de ritos, formas e momentos, e, por conseguinte, pode propiciar maior eficiência. Nos âmbitos europeu e internacional, a autonomização tem possibilitado a cogitação de instrumentos mais musculosos de recuperação de ativos, inclusive sem uma sentença condenatória, como o *decomiso sin condena* do *artículo 127 ter* do Código Penal espanhol ou os procedimentos *in rem* previstos no Reino Unido e nos Estados Unidos da América. Também, é em procedimentos de confisco divorciados do processo penal que são enfrentadas com maior facilidade as hipóteses de produtos ou vantagens de ilícitos típicos detidos por terceiros.

Frente a essas noções, para o fim de uma melhor eficiência na retirada do lucro da criminalidade organizada e econômico-financeira, quiçá o legislador português devesse debater a autonomização do procedimento da perda alargada ou, no mínimo, sua tramitação em incidente concomitante ao processo penal, mas mantendo nesse sítio a decisão acerca da perda – a ser consignada na sentença ou no acórdão após a fundamentação condenatória do ilícito típico atribuído ao arguido. Numa conjecturada formatação, em havendo condenação por crime do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e aplicada a pena ao arguido, cumpriria ao juiz/tribunal declarar a perda alargada com base na prova e nas alegações colhidas no incidente – que, em caso de absolvição, seria julgado prejudicado: "pensa-se que a permanência da perda alargada atrelada ao processo penal (como no sistema legal português) não a torna menos útil ou eficiente. No entanto, sua tramitação em incidente paralelo e concomitante ao processo

[1326] GODINHO, op. cit., p. 1359. Na mesma trilha, CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, pp. 48-50.

[1327] BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 106.

[1328] Por exemplo, em seu artigo 4.º, n.º 2, determina que os Estados-Membros adotem medidas para possibilitar e perda de instrumentos ou produtos de infração penal mesmo sem a condenação do arguido.

penal (e não no próprio, como prevê a Lei n.º 5/2002) pode evitar percalços e até permitir resultados melhores na meta de recuperação de ativos"[1329].

Mais ainda: poderia o legislador português, impulsionado pela política criminal atual que rege a recuperação de ativos e que é prioridade em Portugal, cogitar a inserção no ordenamento legal de um procedimento *in rem*, adequado aos princípios e às garantias insculpidos na Constituição da República[1330].

Certamente, são meras elucubrações, a permanecerem num segundo plano, e sempre merecedoras da crítica de supor-se a via singela da alteração legislativa como tentativa de dar efetividade e eficiência a determinada meta estatal, sendo preferível concretizar adequadamente no "direito vivo" as normas vigentes[1331] – que, em Portugal, como estudado até aqui, já são bastante musculosas, mormente depois das modificações e inovações ocasionadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

Entrementes, o tema do momento da decisão do mérito e do *quantum* da perda alargada será retomado no último Capítulo desta tese, após a tentativa de definição de sua natureza jurídica. Na sequência, avança-se ao exame das críticas comumente endereçadas à perda alargada por potencialmente ferir princípios e/ou prejudicar direitos e garantias individuais.

6.9 A perda alargada fere princípios do processo penal ou garantias individuais?

A ferramenta legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, à semelhança do que se verifica alhures com os modernos instrumentos de recuperação de ativos, está longe de "navegar em águas tranquilas". Principalmente no período imediatamente seguinte à vigência da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, surgiram na doutrina e na jurisprudência de Portugal incisivas críticas à perda alargada, em especial por supostamente violar direitos e garantias individuais, inclusive de quilate constitucional.

O contexto crítico abarca o questionamento da opção pelos Estados, impulsionados por uma política criminal transnacional criada e reiterada já há alguns anos em diplomas

[1329] BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16. Trimestral (Out.-Dez. 2013), p. 89.
[1330] Sobre o tema, vide BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16. Trimestral (Out.-Dez. 2013), pp. 86-87.
[1331] Cf. Pedro Caeiro, "evitando assim a solução mais fácil e mais barata sempre à disposição do Estado, que os tempos certamente estimulam: editar, sofregadamente, outra lei, sem procurar explorar e potenciar as virtualidades que as leis existentes oferecem" (CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 268).

normativos internacionais e comunitários, de se valerem de "remédios fortes demais" contra determinados nichos de criminalidade[1332], muitas vezes escorados em presunções, relegando a um plano inferior o mister outrora peremptório do total ônus da prova da acusação para o exercício do *jus puniendi* e a aplicação de seus efeitos ao indivíduo. Como consequência, segundo correntes críticas, alguns princípios estruturantes do processo penal estariam sendo maculados, e, a reboque, direitos e garantias individuais. Nas palavras de Jorge Godinho, "o perigo representado pela criminalidade organizada é enfatizado com vista a sustentar a necessidade de admitir derrogações a princípios garantistas ditos 'clássicos'"[1333].

Noutro enfoque, há vozes que debatem a relação custo-benefício de instrumentos de recuperação de ativos como a perda alargada, mormente na busca da evidência de que investimentos maciços pelo Estado – por exemplo, constituindo Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens, como os implementados pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho – geram o esperado retorno aos cofres públicos, para além de qualquer finalidade preventiva ou de que "o crime não compense".

Sumulado o panorama crítico, passa-se ao recorte dos temas que mais têm vindo à tona nesse campo.

6.9.1 A perda alargada viola o direito à propriedade privada?

Analisando-se perfunctoriamente o procedimento previsto na Secção I do Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, mormente se com vistas às tradicionais regras constitucionais e civilísticas de proteção à propriedade privada, sobra bastante plausível a crítica de que a perda alargada viola esse direito[1334], remotamente tido como algo próximo do sagrado. Isso porque, na aplicação da perda alargada, alguém – a despeito de condenado por ilícito típico que usualmente gera lucro – vê-se tolhido de parte ou todo seu patrimônio com base não na evidência de que proveio da atividade ilícita, mas, apenas, numa

[1332] Por excelência, a criminalidade organizada com fim de lucro e a econômico-financeira.

[1333] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1361.

[1334] Na lição de Canotilho e Vital Moreira, o direito à propriedade privada alcança a propriedade sobre coisas móveis e imóveis, além da propriedade científica, literária ou artística, e outros direitos de valor patrimonial, abrangendo quatro componentes: liberdade de adquirir bens, de usar e fruir os bens de que se é proprietário e de os transmitir, e o direito a não ser privado deles; cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa:* anotada, artigos 1.º ao 107.º. Volume I, 4.ed. rev. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 802. Na mesma toada, MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada.* Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1239 e ss.

presunção legal. A crítica quiçá alcance maior eco em se considerando que, de fato, o instrumento de recuperação de ativos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, pode atingir patrimônio licitamente obtido pelo condenado, bastando, por exemplo, que ele falhe no manejo das hipóteses de ilisão – da presunção de que seu patrimônio injustificado é vantagem de atividade criminosa – do artigo 9.º, n.º 3, do mesmo diploma legal.

Todavia, tal jaez crítico mais se sustenta em havendo a descontextualização tanto do que hoje se afirma como direito à propriedade privada quanto da moderna política criminal transnacional que subjaz aos modernos instrumentos de recuperação de ativos. Porque há uma verdade inescapável: "confiscar os *proceeds* do crime apenas procura repor a situação patrimonial anterior à sua prática (*suun cuique tribuere*) demonstrando que ele nunca é título legítimo de aquisição"[1335]. Essa assertiva imerge no campo do direito de propriedade privada e seus limites, nomeadamente diante de indicativos de atividade de criminalidade organizada ou econômico-financeira.

6.9.1.1 O direito de propriedade privada e seus limites

Há muito está pacificado que a propriedade, ao lado de constituir um direito fundamental de quilate constitucional[1336], tem função social insculpida no mesmo nível[1337]. Miguel Nogueira de Brito, embora no ponto se referindo à expropriação (preconizada no artigo 62.º, n.º 2, da Constituição), clarifica que o direito à propriedade (e aqui se está a tratar da propriedade lícita) não é absoluto[1338], sendo passível a intervenção do Estado, em

[1335] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 213.

[1336] Artigo 62.º da Constituição da República de Portugal. Mesmo que se localize dentre os direitos e deveres econômicos (e não nos direitos, liberdades e garantias), o direito de propriedade tem natureza, força jurídica e estrutura de um direito fundamental de defesa – vide "O direito de propriedade na jurisprudência do Tribunal Constitucional". Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal. Lisboa, 08 a 10 de outubro de 2009, Relatório do Tribunal Constitucional Português - Rel. Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, pp. 3-4. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf.

[1337] O conteúdo e os limites da propriedade, concretizando sua função social, estão inseridos explicitamente na expressão "nos termos da Constituição", no fecho do Artigo 62.º, n.º 1, da Constituição da República de Portugal.

[1338] No aspecto, e tratando de instrumento de confisco em matéria penal, recorda Domingos de Sá que, ainda na época da versão originária do Código Penal de Portugal, o Tribunal Constitucional, no ano de 1987, pronunciou-se sobre a constitucionalidade do art.º 108.º, que, inserto no Titulo VII ("Da perda de coisas ou direitos relacionados com o crime"), regrava a perda dos objetos pertencentes a terceiro. No acórdão publicado no Diário da República de 24/09/87, o Tribunal Constitucional assentou que "o direito de propriedade privada é sacrificado em homenagem aos valores de segurança das pessoas, da moral ou da ordem pública, que constituem o alicerce de um estado de direito democrático, em consonância, de resto, com o carácter não absoluto daquele direito constitucional fundamental. (...)", exsurgindo a conclusão de que "o art.º 108.º do Código Penal não é inconstitucional nomeadamente por violação do art.º 62º da Constituição"; SÁ, Domingos Silva Carvalho de. Objectos: Perdimento e Confisco. *Maia Jurídica:* Revista

hipóteses legais e restritas, no que toca ao seu conteúdo e limites. Textualmente: "a compreensão da garantia constitucional da propriedade, prevista no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição, como uma garantia de concretas posições jurídicas definidas pelo legislador tem como resultado que a intervenção deste último, na determinação do conteúdo e limites da propriedade, se situa, sempre, simultaneamente a montante e a jusante do direito fundamental de propriedade. A montante, na medida em que é ao legislador que cabe definir as posições jurídicas suscetíveis de serem qualificadas como propriedade em sentido constitucional; a jusante, porquanto, uma vez qualificada uma certa posição jurídica como propriedade nesse sentido, não é livre ao legislador a sua redefinição, nos termos já expostos"[1339]. O autor, completando o pensamento, emenda que a expropriação, efetuada por lei ou com base na lei, "é sempre uma intervenção apenas a jusante do direito fundamental de propriedade, isto é, sobre uma posição jurídica definida pelo legislador, e por ele já socialmente vinculada, se for o caso, qualificada como propriedade em sentido constitucional. Neste sentido, a expropriação consiste na eliminação – não a mera restrição – de um direito fundamental de propriedade, enquanto a determinação do conteúdo e limites não configura uma intervenção no direito fundamental, mas antes se integra no processo que conduz à definição da posição jurídica a cuja manutenção o respectivo titular tem um direito fundamental"[1340].

Guardadas as proporções, o raciocínio vale – em similar – à modalidade de confisco decorrente da perda alargada: se a garantia constitucional à propriedade privada inequivocamente de fonte lícita pode ser extinta (bem mais do que uma mera restrição) por ato do Estado pelas vias legais da expropriação ou requisição, desde que presente a utilidade pública e com a consequente indenização, por que a garantia à propriedade privada de origem presumivelmente ilícita não poderia ser atingida pelo instrumento legal da perda alargada, que agrega o incontestável interesse público de enfrentar a criminalidade organizada e econômico-financeira?

Na interpretação do pensamento de Miguel Nogueira de Brito, pensa-se que a compreensão da garantia constitucional da propriedade, isto é, a determinação do conteúdo

---

de Direito, a. III, n.º 2, Jul.-Dez. 2005, p. 38. Naquela época e na mesma toada, o Tribunal Constitucional português julgou que "o direito de propriedade está longe de ser ilimitado e a apreensão de objectos em processo penal nos casos referidos não pode deixar de considerar-se como um limite imanente desse direito" (acórdão n.º 7/87, proferido no Processo 302/86, publicado no Diário da República n.º 33/1987, 1º Suplemento, Série I, de 1987-02-09).

[1339] BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional*. Tese de Doutoramento (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - Direito Constitucional), Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006, p. 756.

[1340] BRITO, op. cit., p. 756.

e limites da propriedade (o que fica a montante, vincula-se às posições jurídicas suscetíveis de serem qualificadas como propriedade em sentido constitucional e está para além da possibilidade de redefinição pelo legislador), necessariamente está conectada à propriedade lícita[1341]. E, pela Constituição da República e por lei, a garantia do exercício do direito à propriedade lícita pode ceder ao interesse público, pelos instrumentos da expropriação ou da requisição, e mediante indenização.

Transmudando-se às hipóteses do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, já se parte da premissa de que não há evidência de propriedade lícita – pois, houvesse, ou a investigação (do Gabinete de Recuperação de Activos ou do Ministério Público) não indiciaria nenhum patrimônio incongruente, ou, mesmo se indiciado, cessaria logo adiante qualquer viabilidade da pretensão de confisco pela exitosa ação de ilisão do arguido, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 9.º[1342]. Para piorar, a propriedade de que não se sabe a fonte é titulada ou possuída por pessoa cujos rendimentos lícitos não a justificam. E, tornando tudo ainda mais obscuro, a propriedade de que não se sabe a fonte é titulada ou possuída por pessoa cujos rendimentos lícitos não a justificam e que restou condenada criminalmente por infração penal usualmente geradora de lucro e ligada à criminalidade organizada ou econômico-financeira.

Com efeito, permite-se afirmar que o patrimônio posto em xeque pela pretensão de perda alargada não se pode confundir com a propriedade lícita cujo exercício é previsto como garantia constitucional pelo artigo 62.º da Constituição da República de Portugal[1343]. Assim, não há mácula à garantia constitucional da propriedade privada, porque o patrimônio incongruente e de fonte presumivelmente de atividade criminosa, de quem

---

[1341] Posicionamento respaldado pelo TEDH: "O Tribunal aceita o caráter relativo do direito de propriedade, o qual só deve merecer a tutela da ordem jurídica quando decorra de uma forma de aquisição legítima e legalmente prevista" (SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A actio in rem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016, p. 8. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.).

[1342] Pelo dispositivo, a presunção é ilidida se o arguido faz prova de que o apontado patrimônio incongruente resultou de rendimento de atividade lícita.

[1343] Enfim, "o direito de propriedade não é absoluto, e há de ceder ante outros interesses públicos relevantes. O art. 62º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, garante a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão *inter vivos* ou *post mortem*, nos termos previstos na referida Carta Constitucional. Nesse sentido, sua legitimidade e oposição somente pode ser pautada em face de terceiros quando demonstrada sua origem lícita, decorrente de um processo de aquisição de propriedade plasmado em princípios constitucionais e legais"; cf. MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do Direito (e sua conformidade com os princípios inspiradores do Processo Civil e com os primados constitucionais). *Julgar Online*. Set. 2014, p. 9. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-sistema-civil-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-como-instrumento-de-efetividade-da-realiza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-Karla-Padilha-Rebelo-Marques.pdf> Acesso em: 26 Out. 2016.

sofreu condenação por infração penal no espectro da criminalidade organizada ou econômico-financeira, refoge ao conteúdo e aos limites da garantia acobertada por aquela proteção constitucional[1344]. Numa acepção simplista, "porque o crime não é título aquisitivo de propriedade"[1345]. De modo que tem razão Karla Marques ao aludir que "ainda mais ilegítima será a propriedade quando, no caso concreto, suscitada a suspeita da origem inidônea de determinado bem ou valor, seu detentor ou eventual terceiro que se habilite nos autos não consiga demonstrar de modo minimamente satisfatório que tal bem haja advindo de uma atividade lícita qualquer, ou por herança ou doação ou outro meio juridicamente adequado de aquisição de propriedade"[1346].

Se é lícito ao Estado invocar papel de intervenção, quando há interesse público, afetando propriedade lícita garantida constitucionalmente, com muito mais razão o mesmo Estado, como interventor ou regulador, pode e deve fiscalizar a origem e adotar medidas de interesse público (anticriminalidade organizada e econômico-financeira) para o fim de, judicialmente, obter a perda em seu favor de valor correspondente a patrimônio, bens ou propriedades presumivelmente de fonte criminosa[1347].

Outrossim, os fatores conjugados a) não há demonstração de propriedade lícita, b) incongruência entre os rendimentos lícitos e o patrimônio, e c) condenação por crime grave prestam-se à justificativa não só de que a propriedade (bens, patrimônio) potencialmente atingida não tem o amparo da garantia do artigo 62.º da Constituição da República, mas, ainda, de que a perda alargada, por ser instrumento em tudo diferente da expropriação e da requisição, não se coaduna com qualquer hipótese de indenização.

[1344] A própria definição da política criminal como "recuperação de ativos" presta-se a clarear que não há ofensa ao direito da propriedade privada: "o conceito de 'recuperação' espelha uma certa função creditícia assumida pela actividade do Estado na formulação da perda de bens resultantes das vantagens do crime. Possui a virtualidade de anunciar que os bens que integram o incremento patrimonial resultante da actividade criminosa pertencem à sociedade, não são do criminoso (..) Os bens são 'recuperados' porque a titularidade legítima apenas é restabelecida com a declaração de perda", cf. RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira:* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 13.

[1345] RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, p. 39.

[1346] MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do Direito (e sua conformidade com os princípios inspiradores do Processo Civil e com os primados constitucionais). *Julgar Online*. Set. 2014, p. 10. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-sistema-civil-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-como-instrumento-de-efetividade-da-realiza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-Karla-Padilha-Rebelo-Marques.pdf> Acesso em: 26 Out. 2016.

[1347] O que se concretiza pelo artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

6.9.1.2 O interesse público que subjaz à perda alargada

Em paralelo à consideração de que o patrimônio incongruente, alvo da perda alargada, não se escuda na garantia constitucional à propriedade, retoma-se um dos pilares que dá sustentação à moderna política criminal transnacional anticriminalidade organizada com fim de lucro: a necessidade de "remédios fortes contra patologias graves".

O panorama mundial atual criou – e, como visto nos Capítulos 3, 4 e 5 deste trabalho, legal e juridicamente ampara – aos Estados a opção de exigir de determinados indivíduos (no caso português, já tendo contra si uma condenação por crime de feição da criminalidade organizada ou econômico-financeira e usualmente gerador de lucro) conduta ativa elidente do que a suspeita faz crer. Por todo lado, têm os Estados (Portugal não é diferente), em situações específicas, cotejado em seus ordenamentos procedimentos que se alinham ao brocardo "quem cabritos vende e cabras não tem, de algum lugar lhe vem", para, excepcionalmente, cobrar de cidadãos envolvidos com atividade criminosas que justifiquem a origem dos bens que possuem, notadamente aqueles incongruentes com seus rendimentos lícitos.

Por trás disso tudo está o interesse público, sintetizado pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, na expressão que a adjetiva pelo propósito de "combate à criminalidade organizada".

Também, é o interesse público que catalisa avanços na seara da recuperação de ativos que justifica a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, definir como "objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019", dentre outros, "a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crime"[1348].

E esse interesse público, hoje difundido como legitimador da aludida moderna política criminal transnacional, pode ser invocado para trazer à baila o debate do princípio da proporcionalidade na relação da "perda alargada" com seus efeitos sobre suposto direito à propriedade privada.

[1348] Trecho inicial do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto.

6.9.1.3 A ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade – suposto direito à propriedade privada *versus* enfrentamento da criminalidade organizada

Mesmo em se admitindo que a propriedade do patrimônio incongruente do arguido, pretendida para efeitos de perda a favor do Estado numa liquidação do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, possa estar de alguma forma abrigada pela correlata garantia constitucional, ainda assim há espaço à devida atenção a todo o peculiar contexto e aos bens jurídicos envolvidos/postos em perigo, quando no tabuleiro está, de um lado, um suposto direito à propriedade privada, e, do outro, uma medida legal musculada de enfrentamento da criminalidade organizada e econômico-financeira.

O direito português tipifica, com quilate constitucional, a garantia do direito à propriedade privada; outrossim, por intermédio da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, prevê medidas de combate à criminidade organizada, dentre as quais a perda alargada, com efeitos diretos e de exclusão do – suposto – direito de alguém sobre determinado patrimônio. Esse "conflito" gerado enseja a possibilidade de valoração da conhecida Teoria da Ponderação[1349] (*Abwägungslehre*), que, aplicando o princípio da proporcionalidade[1350], concretiza o interesse prevalente no caso concreto – insiste-se, em se considerando, na teoria, o exercício de propriedade do patrimônio incongruente como relação jurídica protegida pela garantia constitucional – ilação com a qual se discorda. A ponderação de interesses, que a doutrina norte-americana intitula *balancing*[1351], consiste no método que almeja estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se inter-relacionam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico[1352]. São ponderados, por conseguinte, bens, princípios ou interesses, segundo os elementos que se encontrem em conflito na situação concreta – *in casu*, um alegado direito à propriedade *versus* uma pretensão de perda em favor do Estado pela suspeita da origem ilícita dessa propriedade.

Em todo processo da ponderação é necessário ser observado o postulado da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade

---

[1349] Também denominada Teoria da Ponderação de Interesses.

[1350] Princípio transversal à ordem jurídica de Portugal, aplicável a todas as situações em que esteja em causa uma restrição de direitos fundamentais, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa:* anotada, artigos 1.º ao 107.º. Volume I, 4.ed. rev. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 381.

[1351] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 645.

[1352] Cf. BINENBOJM *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109.

em sentido estrito)[1353]. É a proporcionalidade que servirá de guia ao aplicador do direito, de modo que se tenha a máxima realização dos interesses em causa, com o menor sacrifício possível de cada um deles. No exercício da ponderação, é preciso detectar, num primeiro momento, a efetiva existência do conflito. Aparentemente, no embate entre uma pretensão de perda alargada (objeto de uma liquidação concomitante a um processo penal em que se acusa o dono de patrimônio incongruente de cometer infração penal ligada à criminalidade organizada) e um defendido direito à propriedade que a acusação reputa patrimônio incongruente (e, pela lei, uma presumível vantagem de atividade criminosa), existe um conflito de interesses. Superada essa etapa, então se passa à ponderação de interesses propriamente dita, onde se devem comprimir reciprocamente os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando um ponto ótimo, em que "a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro"[1354].

Não se ignora que, a despeito de a Teoria da Ponderação de Interesses ser amplamente adotada pela jurisprudência e chancelada pela doutrina, ainda é destinatária de críticas[1355]. Inobstante isso, entende-se que a ponderação de interesses é por vezes cabível e – quiçá ainda hoje – a melhor técnica para a resolução de conflitos (de interesses), dada a coexistência de inúmeros direitos fundamentais e princípios constitucionais de igual importância e relevância, a exigirem as suas compatibilizações pelo julgador no caso concreto. Conforme Jorge Reis Novais, "não há alternativa – ou, pelo menos não há

[1353] Cf. BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 348. Numa síntese, a adequação ou idoneidade exige que a medida adotada pelo poder público seja apropriada e consonante com seus fins legais; a necessidade ou exigibilidade impõe que a medida adotada seja a de menor ônus ao cidadão dentre as possíveis para o alcance daqueles fins; e a proporcionalidade *stricto sensu* enseja a demonstração *in concreto* de que o sacrifício dos direitos protegidos pela aplicação das medidas não é deveras excessivo. Para aprofundamento do tema, são essenciais CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 269 e ss.; e NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 736 e ss.

[1354] SARMENTO *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.102. Na mesma linha, NOVAIS, op. cit., pp. 741 e ss.

[1355] Dentre as principais críticas, destacam-se: 1) há esvaziamento dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico, na medida em que a ponderação de interesses torna-os relativos e subordinados a uma espécie de "reserva de ponderação" (entendimento sustentado por Peter Lerche, Richard Thoma e Hugo Black); 2) há inconsistência metodológica na ponderação de interesses, ante a ausência de critérios racionais e objetivos de decisão, possibilitando margem exagerada de discricionariedade ao julgador na escolha dos princípios prevalentes no caso concreto (posição de Friedrich Muller); 3) a ponderação de interesses transfere do legislador para o julgador o poder de realizar opções políticas em relação aos bens jurídicos e valores a serem prestigiados nas colisões entre princípios constitucionais, conferindo poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo (crítica de Jürgen Habermas). Cf. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses Públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 141-143.

alternativa preferível – à ponderação de interesses"[1356], quando está em causa a solução de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais, rebatendo fundamentadamente as críticas formuladas[1357].

Pois bem, como na medição de forças entre a pretensão de perda a favor do Estado e um invocado direito à propriedade contendem os interesses individuais e o do Estado (ou melhor, o interesse eminentemente público de prevenir e reprimir a atividade da criminalidade organizada), pode-se conjecturar eventual solução com o auxílio da Teoria da Ponderação[1358]. Mesmo que aludido conflito não ocorra num processo penal (palco por excelência de cogitação da Teoria da Ponderação), e sim na liquidação, não se pode olvidar que, pelo sistema procedimental português previsto pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a liquidação tramita enxertada no processo penal.

Assim, a Teoria da Ponderação, aplicável à espécie, pode partir da ideia de que a presunção de que o patrimônio incongruente do arguido é vantagem de atividade criminosa (artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) não é absoluta, nem mesmo nas situações em que o arguido, por algum motivo, não faz prova (artigo 9.º, n.º 3) tendente a ilidir a presunção. Veja-se que, por coincidência ou não, o legislador deixou momento e espaço para a valoração das forças da presunção e dos meios de prova (para efeito da perda alargada), ao instituir que o tribunal considerará, nos termos gerais, toda a prova produzida no processo (artigo 9.º, n.º 1). Ou seja, despindo-se da simplicidade do acato de uma prova predefinida, consubstanciada pela força da presunção, o juiz ou o tribunal, diante do caso concreto, pode emprestar uma ponderação valorativa entre o interesse individual e o da persecução de perda imersa no processo penal.

Consectário da ponderação, tem-se por viável que o tribunal, no caso concreto, dando valoração maior ao interesse individual, decida[1359] que a prova do "processo"[1360] (mesmo a despeito da inércia do arguido quanto à demonstração da origem lícita de seu

---

[1356] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 694.

[1357] Vide NOVAIS, op. cit., pp. 693-816. Para exemplificar, o âmbito das proibições de prova tem sido fértil na procura de soluções ancoradas na Teoria da Ponderação de Interesses, até porque as proibições de prova constituem instrumentos de defesa de direitos fundamentais individuais contra a atividade persecutória estadual.

[1358] Dentre os defensores desta teoria, citam-se ROGALL e ROXIN; e, na jurisprudência alemã, constam relevantes exemplos de aplicação dessa teoria. Cf. MATA-MOUROS, Mária de Fátima. *Juiz das Liberdades:* desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 316. Vide ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht* – Ein Studienbuch. 27.ed. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2012, pp. 172-173.

[1359] Na fase do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[1360] Visto adrede, como no artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não há uma especificação de que "toda a prova produzida no processo" refere-se apenas à liquidação, pensa-se não há óbice a que o tribunal, no ato de decidir a perda alargada, debruce-se também sobre a prova produzida no processo penal.

patrimônio, e diante da presunção de que aquilo que é incongruente é vantagem da atividade criminosa) não é suficiente à declaração de efeitos da perda alargada, dando prevalência ao direito da propriedade. Por outro lado, também plausível que o tribunal, embora entendendo que o patrimônio incongruente do arguido insere-se na garantia constitucional da propriedade privada, no cotejo entre a prevalência das forças da presunção ou da prova não cabal da origem lícita produzida pelo arguido, julgue procedente a pretensão da perda alargada, tornando prevalente o interesse estatal anticriminalidade organizada. O tribunal, numa ou noutra hipótese, deve considerar, na ponderação, todas as circunstâncias e interesses envolvidos no caso, refletidos na prova e na presunção legal, e não só a gravidade do crime do catálogo pelo qual o arguido foi condenado.

É certo que, no balanço levado a cabo na ponderação, estando em lados opostos um suposto direito à propriedade privada e a pretensão estatal de perda alargada, dificilmente se atingirá o almejado ponto ótimo, com a restrição mínima indispensável de cada interesse. No mais das vezes, nesse campo, prevalecendo um dos interesses, pretere-se o outro. Mas a ponderação que dá suporte ao princípio da proporcionalidade pode, num caso concreto, restringir parcialmente os efeitos de uma declaração de perda alargada pelo tribunal, por exemplo, com a conclusão de que nem todo o patrimônio apontado como incongruente deve ser reputado vantagem de atividade criminosa.

Enfim, em se optando pelo entendimento de que o patrimônio injustificado do arguido pela prática de infração penal do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, tem algum amparo na garantia constitucional da propriedade privada, recorta-se a plausibilidade do cotejo da Teoria da Ponderação e do princípio da proporcionalidade frente a uma pretensão de perda alargada. Mas, de qualquer modo, o *balancing* necessariamente deverá levar em conta as contingências negativas desse suposto exercício de propriedade, bem assim, na outra banda, o sobrelevo do interesse público – de enfrentamento à criminalidade organizada e econômico-financeira – que serve de soalho à perda alargada[1361].

[1361] Nesse cotejo de forças opostas, infere-se adequada a conclusão alcançada por Raul Brito Coelho: "o direito de propriedade privada tem obrigatoriamente de ter proteção legal. A sua inclusão na lei fundamental não o transforma num direito absoluto. Mas devemos estar atentos contra os possíveis abusos (...) As conjunturas difíceis em cada momento histórico na sociedade não poderão ditar a violação da propriedade privada ao ponto de transformar ter riqueza num crime. Esta parece ser uma das fronteiras que o Estado não deverá ultrapassar sob pena de violar a dignidade da pessoa humana. A recuperação de ativos confinada à defesa do estado de direito não está inviabilizada e recomenda-se. Não podemos continuar a ser coniventes com o lucro do crime, as vantagens da prática de ilícitos, com o património adquirido à custa da violação das normas da sociedade, sob pena do Estado estar a pôr em causa a sua própria sobrevivência, o próprio Estado

Por todo o exposto, pondera-se descabida a alegação de violação do direito à propriedade privada na seara de aplicação da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Absorvendo da conjugação dos artigos 7.º e 9.º, em consonância com a Constituição da República Portuguesa, que incumbe ao Ministério Público provar não apenas a totalidade do patrimônio do arguido, mas, ainda, o que constitui, presumivelmente, vantagem de atividade criminosa (isto é, o patrimônio incongruente), já se afasta boa dose do risco de que a perda alargada venha a atingir propriedade lícita. Some-se a isso, como exaustivamente analisado, tem o arguido plena possibilidade de fazer prova de uma das hipóteses das alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 9.º, ilidindo qualquer presunção e resguardando sua propriedade privada[1362]. Não fosse o bastante, é cediço que o tribunal pode levar em consideração toda a prova produzida no processo e, alhures sustentado, até eventualmente agir oficiosamente ou valer-se das regras da experiência comum para angariar elementos de convicção à decisão da perda alargada. Em arremate, nesse final momento decisório, o tribunal tem à disposição a Teoria da Ponderação e o princípio da proporcionalidade. Todos esses fatores enfatizam que a aplicação da perda alargada, mediante o procedimento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não macula a garantia constitucional do direito à propriedade, previsto no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa[1363].

Deve-se recordar, por fim, no tema, que o TEDH tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso dos bens, justificadas pelo interesse geral, na esteira do artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à CEDH[1364].

---

de Direito"; cf. COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 16.

[1362] O manancial de possibilidades de o arguido ilidir a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, enfatiza que, abstratamente, não se pode conceber risco de violação ao princípio da proporcionalidade pelos aspectos da adequação e/ou da necessidade. Esse entendimento, aliás, consta na fundamentação dos acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015, do Tribunal Constitucional português, estudados nos itens 4.2.2 e 4.2.3 desta tese.

[1363] Nesse sentido, CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 120-121; e DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei n. 5/2002 de 11 de Janeiro*. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações. 2013. 53p. Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito Criminal, Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013, p. 34.

[1364] Entendimento sinalizado, por exemplo, nos acórdãos Philips contra o Reino Unido, de 5 de Julho de 2001; Raimondo contra Itália, de 22 de Fevereiro de 1994; Prisco contra Itália, de 15 de Junho de 1999; Arcuri e outros contra Itália, de 5 de Julho de 2001; Riela e outros contra Itália, de 4 de Setembro de 2001; e Bongiorno e outros contra Itália, de 5 de Janeiro de 2010. No acórdão Leone contra Itália, de 2 de Fevereiro

6.9.2 A perda alargada gera a inversão do ônus da prova em processo penal?

Como acenado no item 6.3, supra, há entendimento doutrinário[1365] e jurisprudencial[1366] de que a perda alargada inverte o ônus da prova em processo penal. E o tema da prova em processo penal, sabe-se, é – e deve ser – algo sempre tratado com a máxima cautela, pois, afinal, o direito processual penal é um verdadeiro direito constitucional aplicado[1367]. Aliás, mesmo a existência de um verdadeiro ônus da prova em processo penal não é tema pacificado[1368].

---

de 2010, houve a ressalva de que o confisco não se pode basear numa mera suspeita. Todos esses acórdãos do TEDH estão disponíveis em http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN.

[1365] CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 144-145; GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1336-1338; DUARTE, Jorge Dias. Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 23, nº 89, Trimestral (Jan.-Mar. 2002), pp. 151 e ss.; e BRAVO, Jorge dos Reis. Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. *Polícia e Justiça*, Coimbra, Série III, n.º 8, semestral (Jul.-Dez. 2006), pp. 128 e ss.

[1366] Frise-se, em decisões anteriores ao pronunciamento uníssono do Tribunal Constitucional, pela inexistência de inconstitucionalidade na perda alargada, vazado nos acórdãos n.ºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015. Como exemplo de decisão anterior em que reconhecida a inversão do ônus da prova, tem-se o acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 24 de Outubro de 2006, Processo n.º 06P3163 (Relator Santos Carvalho). Inusitado que, no acórdão, para além da chancela da inversão do ônus da prova, paradoxalmente, a dúvida sobre a proveniência ilícita dos bens do condenado foi resolvida em favor da acusação, com a declaração da perda alargada. Disponível em http://www.dgsi.pt.

[1367] Cf. HENKEL *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 12; e HENKEL *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* (Clássicos Jurídicos). 1.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 74. No mesmo sentido, ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal - "Direito Constitucional Aplicado". In: MONTE, Mário Ferreira; et al. *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, p. 745; e MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 137.

[1368] Figueiredo Dias alude que o processo penal não é um processo de partes, já que o Ministério Público, na condição de órgão acusador, não tem interesse na condenação do arguido, e sim na defesa da legalidade democrática, meta que enseja o dever de objetividade a seus membros. Com efeito, a absolvição (ou a impronúncia) não é uma decisão desfavorável ao Ministério Público, que não possui interesse contraposto ao do arguido, como sucede no processo civil (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* (Clássicos Jurídicos). 1.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 212-213). Adotando tal entendimento, e tendo por foco a perda alargada, Duarte Nunes entabula a singela conclusão de que "inexistindo ónus da prova em processo penal não é possível qualquer inversão do ónus da prova em desfavor do arguido em processo penal", cf. NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado, p. 35. Embora não se questione o ensinamento de Figueiredo Dias, é forçoso reconhecer que a conjugação dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, gera um ônus probatório

O assunto já era controvertido antes mesmo do advento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, diploma que, conforme comentado no item 6.1 deste trabalho, teve como uma de suas fontes imediatas as conclusões da "Comissão para a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga", de 16 de fevereiro de 1998, geradas do grupo de trabalho com o tema "Enquadramento Legal e Perspectiva Internacional". Esse grupo debruçou-se sobre a inversão do ônus da prova em procedimentos legais para a demonstração da procedência patrimonial de arguidos em processo penal, analisando, inclusive, parecer elaborado por José de Faria Costa quanto à inversão do ônus da prova em arquétipo processual penal tendente a evidenciar a proveniência de bens objeto de branqueamento de capitais. No parecer, Faria Costa asseverou que atribuir ao arguido o ônus de provar a proveniência lícita de seus bens, num processo penal, contraria o principio constitucional da presunção de inocência[1369]. A despeito disso, aquela Comissão decidiu dar prosseguimento ao estudo do tema que, mais adiante, conformou a Proposta de Lei n.º 94/VIII, dando ensejo à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[1370].

Pois, se antes da vigência da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o tema suscitava debate, não poderia transitar isento de críticas e objeções quando positivada a perda alargada, potencialmente geradora de efeitos concretos sobre o patrimônio de origem injustificada de indivíduos condenados por infração penal do catálogo do artigo 1.º, n.º 1. Até porque, é inegável, por qualquer ângulo que se observe, a perda alargada prevê a inversão do ônus da prova.

Recapitulando, o estopim da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, resume-se na prova da existência e autoria de infração penal do catálogo e da culpa do arguido, redundando sua condenação, conjugada com a demonstração de um patrimônio

---

ao arguido no procedimento (liquidação) enxertado no processo penal, dando margem à discussão de que há um ônus de prova ao arguido no processo penal, potencialmente violador, p. ex., do princípio da presunção de inocência.

[1369] Literalmente: "da convergência do principio da investigação com a presunção de inocência, resulta a inexistência de uma repartição do ónus probatório no processo penal; qualquer situação de dúvida insanável quanto a uma questão de facto terá, pois, de ser resolvida em sentido favorável ao arguido (in dúbio pro reo). Assim não podendo falar-se em auto-responsabilidade probatória das "partes" quanto aos factos que lhes aproveitam, muito menos se poderá considerar a possibilidade de uma inversão do ónus da prova. Sob pena de, fazendo recair sobre o arguido o ónus da proveniência lícita dos bens, estarmos a contrariar o principio constitucional da presunção de inocência (...) o que nos permite concluir que, não podendo o Estado passar por cima de princípios tão estruturantes como a presunção de inocência, com as consequências que dela decorrem, a eficácia ao combate à criminalidade grave terá, pelo menos quanto a este especifico problema, de radicar no envolvimento de outras instancias, nomeadamente sociais, culturais e económicas". Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, pp. 87-88, http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/48/ENcomissao.pdf**".**

[1370] Vide GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1334-1338.

incongruente – pela diferença entre o valor do patrimônio total descoberto e o proveniente dos rendimentos lícitos do arguido. Encaixadas essas peças, a acusação terá exaurido sua carga probatória[1371]. A última peça faltante à montagem do quebra-cabeça que dá suporte à perda alargada está na lei, mais precisamente na presunção legal do artigo 7.º, n.º 1, não ilidida pelo arguido na forma do artigo 9.º, n.º 3. Ou seja, superadas as três etapas (duas como encargo da acusação/Ministério Público, uma como ilação legal), e não se olvidando que "a prova é particularística, sempre"[1372], o condenado, como regra, sofrerá os efeitos da perda alargada, a levantar-lhe parte ou a totalidade[1373] do "seu" patrimônio.

Com outras palavras, desincumbindo-se o Ministério Público das suas duas etapas de tarefa probatória, o sequente elo com a presunção autoriza a concretização do confisco ampliado, salvo se houver atuação elidente do arguido. Quanto à proveniência ilícita do patrimônio, como é o arguido que deve refutar a presunção legal, sobra incontestável a inversão do ônus da prova, no ponto.

E, somado tudo à constatação – também inelutável – de que a tramitação e o julgamento do procedimento (liquidação) da perda alargada, na legislação portuguesa, são ínsitos ao processo penal, tem-se por muito crível afirmar a "inversão do ônus da prova em processo penal".

A *quaestio*, porém, não se deve cingir a essa singela assertiva, notadamente para colimar a perda alargada como uma ferramenta legal violadora de garantias constitucionais. A inversão do ônus da prova, já acenado, atém-se tão somente ao cabimento e ao montante da perda alargada, em nada afetando o juízo da culpa do arguido.

Ao impor ao arguido prove que seu patrimônio tem origem condizente com seu rendimento lícito (ou tem fonte, mesmo que incerta, de mais de cinco anos da data da constituição como arguido), risco de ser atingido pelo que decorre da presunção legal, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, delimita a inversão do ônus da prova exclusivamente ao campo da defesa do iminente desfalque patrimonial. Desfalque que, frisa-se à exaustão,

---

[1371] Adotando-se o entendimento de que é prescindível à acusação fazer prova do envolvimento do arguido com outras atividades criminosas, conforme discorrido no item 6.2.7 deste trabalho.

[1372] MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras da experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1011.

[1373] Insiste-se que, a despeito de defender-se o argumento de que é inviável ao Ministério Público pretender liquidar simplesmente a totalidade do patrimônio do arguido, mediante a suposição de que o todo é vantagem de atividade criminosa (isto é, dando-se elasticidade tal à presunção que retire da acusação qualquer carga probatória vincada ao patrimônio do arguido), é, sim, possível, a perda de todo o patrimônio, desde que o órgão do Estado demonstre e traga evidência razoável de que o réu não possui – nenhum – rendimento lícito: assim, todo o patrimônio poderá ser considerado incongruente, e, por conseguinte, vantagem de atividade criminosa, passível do alcance da perda alargada.

não advém meramente da presunção, mas de sua soma às etapas probatórias prévias, impostas e vencidas pelo Ministério Público.

Como não há inversão do ônus da prova que, por exemplo, possibilite ao Ministério Público descurar de evidenciar o ilícito típico ou a culpa do arguido (que segue tendo plena presunção de sua inocência), forçoso concluir que o instrumento de recuperação de ativos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não afeta o âmago do processo penal como instrumento de aplicação, pelo Estado, do *jus puniendi*. Daí por que se pode conceber a específica (*a latere*) inversão do ônus da prova, no procedimento enxertado no processo penal (e não no processo penal propriamente dito), trazida pela presunção da lei especial, sem que isso macule qualquer garantia do arguido ou princípio constitucional.

Grande parte da problemática de a perda alargada fazer surtir inversão do ônus da prova ganha ou perde força diante da definição de sua natureza jurídica. Surge certo que, considerada como pena ou dela efeito (isto é, uma reação penal), ecoam mais fortes os argumentos de violação da presunção da inocência, do *in dubio pro reo* e do *nemo tenetur se detegere*, diante da estipulação de que o arguido deve empreender esforço, no curso do processo penal, para evitar ou minorar-lhe sanção de criminal ou efeito da sanção. Em contraste, perde força o argumento de que aludida inversão enseja inconstitucionalidade em se tratando a ferramenta da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com natureza jurídica não penal.

Essa mesma discussão liga-se à outra: da pertinência de a perda alargada ser pretendida, analisada e julgada dentro do processo penal, como prevê a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ou fora dele, em procedimento autônomo, quiçá com meio de prova civilístico, palco em que a utilização de presunção legal resulta "bem menos barulho", até porque já contemplada, há muito, na correlata legislação ordinária[1374]. Recorde-se que o próprio Faria Costa, ainda naquele longínquo parecer lançado à "Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga", no ano de 1998, não obstante a crítica ferrenha à inversão do ônus da prova no processo penal, ressalvou a viabilidade de presumir-se a origem ilícita de bens ou patrimônio num procedimento de natureza diversa, não penal[1375].

[1374] Vide, e. g., os artigos 342.º a 351.º do Código Civil português.

[1375] Transcreve-se trecho: "uma outra hipótese residiria em considerarmos a questão da origem do património uma questão prejudicial não penal, que poderia ser conhecida pelo tribunal competente em razão da matéria, de acordo com as regras aplicáveis nesse ramo do direito. No entanto, de acordo com o art. 23º do DL nº 15/93, de 22.01, a proveniência dos bens só será considerada ilícita se resultar de um crime de tráfico. Pelo que, para além de não estarmos perante uma questão de natureza não penal, qualquer decisão obtida no processo cível será inútil e, logo, dilatória, já que o preenchimento do tipo de branqueamento não prescinde

Do exposto, resulta que a perda alargada traz consigo uma inversão do ônus da prova, mas no incidente enxertado no processo penal (e não propriamente no processo penal), sem qualquer reflexo ao debate do ilícito típico ou ao juízo da culpa.

Não se deve olvidar que a legitimação desse modelo específico de inversão do ônus da prova foi chancelada pelo TEDH em *Phillips versus United Kingdom*, quando julgou a consonância com a CEDH da *confiscation order* do *Drug Trafficking Act* de 1994, e reiterada em *Gogitidze and others versus Georgia*, de 12 de maio de 2015[1376]. Na mesma toada é o que tem sido determinado aos Estados-Membros da União Europeia em vários diplomas normativos, já há mais de década. Para rememorar, a Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI, enquanto no artigo 2.º, n.º 1, previu aos Estados a adoção de medidas para declarar perdidos os instrumentos e produtos de certas infrações penais, no artigo 3.º, n.º 2, trouxe a imposição de que, com tais medidas, os Estados permitam a perda em hipóteses com explícita flexibilização do ônus da prova[1377]. A Diretiva 2014/42/UE, no considerando 21, cogitou o confisco sem "a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso", bastando "que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades"[1378]. E, sem variação, o Tribunal Constitucional português, no acórdão nº 392/2015[1379], invocando a moderna política criminal de recuperação de ativos advinda daqueles diplomas normativos, reconheceu consonante com a Constituição da República a inversão do ônus da prova, mesmo que no procedimento enxertado no processo penal, porque restrita à procedência dos bens ou patrimônio de pessoa condenada por crimes específicos, vincados à criminalidade organizada. Na decisão, ainda, foi enfatizado o acerto do legislador ao positivar a presunção do artigo 7.º, n.º 1, até porque "não resulta num ónus excessivo para o condenado, uma vez que a ilisão da presunção será efetuada

---

da prova do tráfico". Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, p. 87, disponível em http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/48/ENcom.

[1376] Mesmo que, no caso, o TEDH tenha se debruçado sobre *actio in rem* prevista no Estado da Georgia, consta naquela decisão que "o ónus da prova da origem legítima do património presumidamente ilícito (ou incongruente na terminologia nacional) pode ser legitimamente atribuído a quem é o seu detentor num procedimento não criminal, como o de natureza civil *in rem*" (SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A actio in rem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016, p. 5. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017).

[1377] A Decisão-Quadro 2005/212/JAI foi estudada no item 3.4.2.3 desta tese.

[1378] A Diretiva 2014/42/UE foi tema do tópico 3.4.3.4 deste trabalho.

[1379] Proferido no processo n.º 665/15. Acórdão publicado no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, pp. 27.438-27.444. Disponível em http://www.dre.pt.

através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado"[1380], ao passo que "a tutela da parte 'prejudicada' pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada"[1381].

Assim, pondera-se que, notadamente depois da posição firmada pelo Tribunal Constitucional português nos acórdãos nºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015, do advento da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, e do que a Lei nº 96/2017, de 23 de agosto, define como "objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019", a inversão do ônus da prova que se subsume à perda alargada não atinge o objeto precípuo do processo penal e, portanto, não dá guarida, no ponto, a alguma objeção jurídico-constitucional[1382].

6.9.3 A perda alargada cria presunção da culpa (violação dos princípios da culpa, da presunção da inocência e do *nemo tenetur se detegere*)?

Aproveitando parte da análise que rechaçou a inversão do ônus da prova em processo penal, pode-se recortar não se sustenta[1383] a crítica de que a perda alargada viola o princípio da culpa[1384], a presunção da inocência[1385] e o *nemo tenetur se detegere*[1386].

[1380] Transcrição literal de trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.
[1381] Idem.
[1382] Com esse entendimento, CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 115-121.
[1383] Reiterando, à saciedade, que é nessa linha (de não violação dos "princípios estruturantes do processo penal") o cerne da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, do Tribunal Constitucional português.
[1384] No sentido de que há violação, vide GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1350-1351.
[1385] Sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência, por todos, vide CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa:* anotada, artigos 1.º ao 107.º. Volume I, 4.ed. rev. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 518. O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e no artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, e não deve ser confundido com a presunção inerente à perda alargada, de que todo ou parte do patrimônio do condenado constitui vantagem de atividade criminosa. A despeito disso, parcela da doutrina sustenta que na aplicação da perda alargada há ofensa à presunção da inocência: GODINHO, op. cit. pp. 1358-1359; CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, pp. 42-48; e MATOS, Maria José Dos Santos. *A perda de bens na Lei n.º 5/2002, a sua problemática natureza jurídica*. 2014. 60p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito), Escola de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014, pp. 42-43 (a mesma

O *nulla poena sine culpa* é intocado no procedimento inserto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que, ao fim, pode acarretar o confisco de valor correspondente ao patrimônio (todo ou parte) do condenado. O exame e o juízo da culpa[1387] seguem exclusivos à ação penal em que ao arguido é imputada a prática de ilícito típico do elenco do artigo 1.º, n.º 1. Se, no processo penal, o Ministério Público, com carga probatória exclusiva, lograr demonstrar as elementares do ilícito típico e sua autoria, lá estará provada a culpa do arguido, da qual decorrerá o juízo condenatório e a aplicação da pena cominada. Essa condenação, para o fim da aplicação da perda alargada, presta-se apenas como um dos requisitos do artigo 7.º, n.º 1. Portanto, se o juízo da culpa é alheio ao procedimento da perda alargada (liquidação), servindo somente como um dos condicionantes à sua viabilidade legal, não se há falar em violação ao princípio da culpa.

Reconhece-se, todavia, ganha fôlego a tese de que a perda alargada fere o princípio da culpa se lhe for atribuída natureza jurídica de reação penal, principal ou acessória[1388]. É que, em determinadas hipóteses, a perda alargada pode soar flagrantemente

---

autora repisa o entendimento em MATOS, Maria José dos Santos. *Perda de bens na Lei nº 5/2002:* requiem pelo Estado de Direito. Porto: Edições Esgotadas, 2017). Em relação à perda alargada esboçada pelo Projeto de Lei n.º 4.850/2016, no Brasil, Juarez Santos e June Santos consideram-na "em contradição com o princípio da presunção de inocência e seu corolário *in dubio pro reo*"; cf. SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim IBCCrim*: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, a. 23, nº 277, 2015, pp. 23-24.

[1386] "O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova", cf. MENDES, PAULO DE SOUSA. O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência. *Julgar Online*, n.º 9, 2009, p. 15. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/11/011-028-O-dever-de-colabora%C3%A7%C3%A3o-e-as-garantias-de-defesa.pdf>. Acesso em: 24 Jan. 2013. No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 121; e DIAS, Augusto Silva. O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a. 1, n.º 1 (janeiro-março 2010), pp. 242-243. Paulo Marques é um dos que defende a violação do *nemo tenetur se detegere*: "Parece que a imposição ao arguido do dever de carrear prova, *rectius* proferir declarações que lhe podem ser desfavoráveis, para efeitos de obstar ao confisco, viola este direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido constitucionalmente previstas, *máxime* no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa"; cf. MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusíada*. Direito, Lisboa, Série II, n.º 10, 2012, p. 305. No mesmo rumo, MATOS, op. cit., pp.43-48; e COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, pp. 176-177.

[1387] Esse tema, abarcando os problemas atuais da culpa como fundamento da responsabilidade penal, é enfrentado com profundidade por PALMA, Maria Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2005, pp. 13-32.

[1388] Na lição de Maria Fernanda Palma, "o crime é necessariamente um facto e não apenas uma atitude, um estado de espírito ou uma intenção. O crime é um facto porque tem de exibir primariamente uma objectividade indiscutível, uma tradução no mundo exterior sobre a qual seja exercível um juízo afirmativo de verdade, de certeza" (PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal:* Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 4.ed. Lisboa: AAFDL, 2019). Transmudando à perda alargada, forçoso admitir que pode ter aplicação diante de uma atividade criminosa sobre a qual não se exerce "um juízo afirmativo de verdade, de certeza", porquanto decorrente de uma presunção legal. Logo, o trato da perda alargada como pena ou efeito de pena resulta contexto em que parece difícil escapar da violação do princípio da culpa.

desproporcional à culpa do arguido. Ilustra-se: indivíduo condenado por ilícito típico de peculato (artigo 1.º, n.º 1, letra g), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), gerador de dano no valor total de dez mil euros, acaba tolhido de um patrimônio incongruente de um milhão de euros por força da perda alargada, pois malsucedido em fazer prova da origem lícita desse montante – ao teor do que lhe exige a combinação dos artigos 7.º e 9.º. Veja-se que, no exemplo, considerando a perda alargada como uma reação penal, haverá abismal desproporcionalidade entre a culpa (pelo peculato com dano de dez mil euros) e uma reação penal imposta do confisco de um milhão de euros. O mesmo vale em relação à comentada inversão do ônus da prova: aceitando-se a definição da perda alargada como reação penal, ter-se-á a situação de divisão de carga probatória com o arguido para que ele ilida a presunção do artigo 7.º, n.º 1 – caso contrário, sofrerá a aplicação de uma pena ou efeito da pena. Por outro ângulo, absorvendo da perda alargada natureza jurídica de medida ou, mesmo, de sanção, mas sem conotação penal (v. g., de natureza administrativa), sequer eventual ausência de proporcionalidade poderá ser objetada à sua consonância com o princípio da culpa.

Similar raciocínio vale ao princípio da presunção de inocência[1389], previsto no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Jorge Godinho, em incisiva crítica, alude que "o confisco 'alargado' com base em presunções e com inversão do ônus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção de inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o *non liquet* contra o arguido"[1390]. Pondera-se, porém, que

[1389] Aludido princípio, em verdade, não contempla uma presunção em sentido técnico, uma vez que não há uma ilação da qual a lei ou o juiz retira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido. Na lição de Germano Marques da Silva, a presunção de inocência é uma regra política decorrente do valor da pessoa humana na organização da sociedade, consagrada como regra constitucional e que se aplica ao tratamento do arguido no processo penal, além de servir como princípio de prova, porquanto cumpre à acusação a prova da culpa do arguido, que não possui carga probatória alguma de sua inocência; cf. SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal I*. Noções gerais, elementos do processo penal. 6.ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2010, pp. 307 e ss.. O mesmo autor aprofunda o estudo desse princípio em SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português*. Noções e Princípios Gerais. Sujeitos Processuais. Responsabilidade Civil conexa com a Criminal. Objeto do Processo. 2.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 51-57. Ainda sobre o tema, VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2005, pp. 83 e 91 e ss.; e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 170 e 173.

[1390] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1359. Manuel Minas acompanha esse raciocínio: "consideramos que o confisco alargado atinge o núcleo essencial da presunção da inocência, uma vez que, ao presumir que o património incongruente provém de uma alegada actividade criminosa, a Lei n.º 5/2002 atingiu o ponto central da presunção da inocência, que consiste em tratar o arguido como inocente até ao transito em julgado da condenação. A partir do momento em que o juiz

nada disso ocorre, não se sustentando a crítica: a presunção de inocência não é afetada, pela motivação acima exposta – o juízo da culpa é tarefa exclusiva do processo penal. Isto é, a presunção de inocência sequer deve ser cotejada quando da aplicação da perda alargada.

Frise-se: mesmo que se eleja natureza jurídica de pena ou efeito de pena à perda alargada, o princípio da presunção da inocência seguirá inviolado, porquanto já terá ocorrido sua ilidência por ocasião da condenação criminal[1391] – lembrando-se que a ferramenta de recuperação de ativos só produz efeitos com o trânsito em julgado da condenação. Sendo mais claro, a despeito de existir a liquidação em curso, onde se assenta a pretensão da perda alargada sobre patrimônio do arguido, é restritamente no processo penal que se julga a culpa do arguido, com a manutenção de todas as garantias penais constitucionais (notadamente, da presunção de inocência, que se prestará para absolver o arguido mesmo em havendo dúvida). E a absolvição no processo penal fulminará qualquer sucesso à liquidação e à aplicação do confisco alargado.

Em suma, assentado que perda alargada não interfere no juízo do ilícito típico e da culpa do arguido, tampouco pressupõe culpa ou assunção da prática de outros crimes, o princípio da presunção de inocência (e seu corolário[1392] *in dubio pro reo*, vigente na fase do julgamento do processo penal[1393]) resulta intacto. E referido princípio não se choca com a presunção – a ser adicionada com os requisitos da condenação e da existência de um patrimônio incongruente – de que todo ou parte do patrimônio do condenado constitui vantagem de atividade criminosa.

Então, não assiste razão a Jorge Godinho ao imputar à perda alargada uma série de violações ao princípio da presunção da inocência. Diversamente, não há presunção da existência dos pressupostos que dão base à perda alargada: ela exige, concreta e

---

extrai a culpabilidade do arguido do simples facto da existência de património incongruente, o núcleo essencial do princípio da presunção da inocência é atingido"; MINAS MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, pp. 37-37.

[1391] Como visto no item 4.1.2 desta tese, decidiu o TEDH, no acórdão Philips contra o Reino Unido, de 5 de Julho de 2001, que, a partir da conclusão de que o arguido praticou um crime, restando apenas a definição da pena, o princípio da inocência não mais tem aplicação (disponível em http://www.echr.coe.int).

[1392] Tanto o princípio *in dubio pro reo* quanto a proibição da inversão do ônus da prova em processo penal são corolários do princípio da presunção de inocência, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa:* anotada, artigos 1.º ao 107.º. Volume I, 4.ed. rev. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 518-519.

[1393] A articulação entre o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*, na fase de julgamento do processo penal, exige (em havendo condenação) "a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena" (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa:* anotada, artigos 1.º ao 107.º. Volume I, 4.ed. rev. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 519).

provadamente, a formação e o juízo da culpa (com radical obediência às garantias processuais penais), além da demonstração de um patrimônio do condenado (na altura da aplicação do confisco, já não mais se trata de mero arguido) incompatível com seu rendimento lícito. Não distribui ônus da prova ao arguido em nada do que se refere à culpa ou a qualquer evidência que diga respeito ao ilícito típico, e sim apenas quanto ao patrimônio desproporcional, demonstrado em relação a quem está condenado por crime afeito à criminalidade organizada ou econômico-financeira, e usualmente gerador de lucro. Não suprime o direito ao silêncio (no que tange à culpa), seguindo o arguido sem carga probatória quanto à acusação que sofre, e com a faculdade de calar, sem que isso contra ele produza evidência em termos do ilícito típico. O silêncio, ao depois, atinente ao patrimônio incongruente, cederá espaço à presunção legal da origem ilícita, bastando ao arguido, para obstar a perda alargada, a indicação da fonte lícita ou temporal (para mais de cinco anos antes da constituição como tal). E a perda alargada não resolve o *non liquet* contra o arguido, pois, expressamente, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, exige a condenação como condição *sine qua non* à cogitação do confisco ampliado. Enfim, com o máximo respeito, o brocardo sintetizado por Jorge Godinho (*nulla confiscatio sine probatio*[1394]) desserve como rotulagem pejorativa à perda alargada portuguesa.

Faz-se a ressalva, entrementes, como adrede abordado[1395], quanto à controvérsia de o princípio *in dubio pro reo* ter lugar na hipótese em que a ilisão da presunção do artigo 7.º, n.º 1, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, resulta dúvida: insiste-se na resposta negativa. Para evitar tautologia, numa síntese dos argumentos alhures invocados, a perda alargada traduz a opção do legislador que, apegado às regras da experiência comum, presume[1396] que o patrimônio incongruente de quem é condenado por crimes graves e geradores de vantagem ilícita tem origem no cometimento de outros crimes. E, o mais importante: a possível inversão do *in dubio pro reo*, no caso, não se atém ao processo penal ou ao juízo da culpa, e sim ao julgamento da liquidação e aos efeitos patrimoniais (cabimento e dimensão) da perda alargada a ser aplicada ao indivíduo condenado criminalmente – ou seja, em momento onde já cogitados e rechaçados, na ação penal, a presunção da inocência e o *in dubio pro reo*.

[1394] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1363.

[1395] No tópico 6.3, em que estudada a delimitação da carga probatória da acusação e do arguido para fins da aplicação do confisco ampliado português.

[1396] Sobre o alcance das presunções, vide SILVA, Germano Marques da. "Artigo 32.º". In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada:* Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 356-357.

Avançando ao princípio do *nemo tenetur se detegere*[1397], que constitui uma das garantias de defesa do réu[1398], tudo o que foi escrito até aqui também se presta à assunção de que, quanto à existência do ilícito típico, sua autoria e a culpa, o arguido prossegue com a plenitude de optar pelo silêncio e em nenhum momento é chamado a fazer prova, sobretudo contra si[1399]. Em procedimento diverso (na liquidação), no qual revelada pela acusação a pretensão da perda alargada pela existência de um patrimônio não justificado licitamente, o que pode dar azo à presunção de ser considerado vantagem de atividade criminosa, o arguido terá a faculdade de provar uma das hipóteses ilidentes do artigo 9.º, n.º 3, alíneas a) a c), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[1400]. Naquilo que diz respeito ao exercício do *jus puniendi* pelo Estado, a lei especial manteve intacto o *nemo tenetur se detegere*. O direito ao silêncio, pilar da estrutura acusatória do processo[1401] e garantia de defesa[1402] do arguido, implicitamente previsto na Constituição da República Portuguesa[1403], não resta maculado[1404].

Ainda no tema, outro enfoque é pertinente: mesmo quando chamado à produção de prova (já que o silêncio poderá ceder à presunção e autorizar a perda alargada), na defesa

---

[1397] Para análise do princípio à luz da doutrina portuguesa, vide DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 9-17.

[1398] MENDES, Paulo de Sousa. Os direitos e deveres do arguido. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da (Orgs). *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches.* Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 819.

[1399] Acerca das garantias do agente suspeito, arguido ou detido, incluive ao nível do interrogatório, vide MENDES, Paulo de Sousa. Estatuto do arguido e posição processual da vítima. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 17, n.º 4 (Out.-Dez. 2007), pp. 601-612.

[1400] O rito previsto ao procedimento da liquidação também evidencia que não há mácula ao princípio do acusatório, como sintetiza Conde Correia: "o Ministério Público deverá (...) liquidar na acusação ou em ato posterior equivalente o montante do património incongruente (...), bem como os demais pressupostos materiais do confisco alargado, definindo os limites da subsequente intervenção judicial e possibilitando o integral exercício do contraditório. O objecto do processo, o 'pedaço de vida' submetido a julgamento, está claramente delimitado e não pode ser ultrapassado" (CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 120).

[1401] Na trilha da doutrina majoritária, o *nemo tenetur se ipsum accusare* louva-se nas garantias de defesa, na presunção de inocência e no direito a um processo equitativo. Por todos, vide DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova.* Lisboa: Almedina, 2009, pp. 40 e ss.

[1402] Sobre a prerrogativa contra a auto-incriminação no direito português da atualidade, vide MESQUITA, Paulo Dá. *A Prova do Crime e o Que se Disse antes do Julgamento.* Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 553-582.

[1403] DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 14-15.

[1404] Em posição antagônica, Manuel Minas: "O artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 restringe este princípio quando estabelece uma presunção que obriga o arguido a pronunciar-se para que possa ilidir a mesma, sendo que no caso de o arguido se remeter ao silêncio todos os seus bens lhe serão retirados, ou seja, o silêncio tem aqui um efeito cominatório pleno. Apesar de esta restrição apenas se relacionar directamente com os efeitos patrimoniais do confisco alargado, indirectamente ela pode ter influência no juízo sobre a prática do ilícito, uma vez que o arguido poderá ter que revelar factos incriminatórios" (MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 41).

da liquidação, procedimento alheio à discussão da culpa, o arguido a fará em seu favor, para demonstrar a origem lícita do patrimônio ou sua fonte de mais de cinco anos. Não fará, em tese, prova contra si.

E outro aspecto igualmente pode ser invocado: o princípio do *nemo tenetur se detegere* não é absoluto[1405], sendo relativamente comum nos sistemas legais por todo lado a imposição de deveres de colaboração em procedimentos (e não num processo penal) de inspeção ou de supervisão, notadamente de âmbito fiscal[1406], inclusive sancionatórios[1407].

Admite-se que a situação da liquidação no bojo do processo penal, com debates paralelos da acusação pelo ilícito típico e da pretensão de perda alargada, culminando com o julgamento sequencial (culpa-confisco) na sentença condenatória, abre a porta à discussão de violação do direito ao silêncio. Todavia, no mais das vezes, a discussão tende a ser estéril, já que a obrigação de falar do arguido estará adstrita exclusivamente à procedência do patrimônio apontado injustificado. Mas, se, em determinadas ocasiões, para demonstrar a origem lícita do patrimônio e ilidir a presunção, o arguido tiver de fornecer elementos de prova de sua culpa, sobra difícil tangenciar a assertiva de ferimento do *nemo tenetur se detegere*. Essa problemática pode reforçar a pertinência de cogitar o deslocamento do procedimento da perda alargada de dentro do processo penal, autonomizando-o, mesmo que concomitante e ainda julgado pelo mesmo tribunal[1408].

Deixando ao largo essa questão, parece certo que a musculada ferramenta do artigo 7.º, n.º 1, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em similar ao que ocorre com várias outras

---

[1405] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, p. 58. Disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload.

[1406] Para exemplificar, Augusto Silva Dias, analisando a imposição dos deveres de cooperação do artigo 7.º e ss. do Decreto-Lei n.º 29/2008, conclui não resulta dali violação do direito à não auto-inculpação; cf. DIAS, Augusto Silva. Têm os deveres de cooperação do art. 7.º e ss. do DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais? In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro*: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 449.

[1407] Paulo de Sousa Mendes aborda o tema da incidência do *nemo tenetur* como garantia do direito sancionatório público: "já a própria Lei da Concorrência parece fazer excepção à prerrogativa de não auto-incriminação no âmbito dos processos sancionatórios da competência da AdC, na medida em que impõe antes um dever de colaboração às empresas. Mas não será que temos de considerar tal prerrogativa como uma garantia indeclinável de qualquer espécie de direito sancionatório público, tanto mais que a Constituição sujeita os processos de contra-ordenação e demais processos sancionatórios às garantias do processo penal (art. 32.º, n.º 10, CRP)?" MENDES, Paulo de Sousa. O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência. *Julgar Online*, n.º 9, 2009, p. 16. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/11/011-028-O-dever-de-colabora%C3%A7%C3%A3o-e-as-garantias-de-defesa.pdf> Acesso em: 24 Jan. 2013.

[1408] Esse assunto será retomado no último capítulo deste trabalho, após a definição da natureza jurídica da perda alargada.

congêneres, positivadas na União Europeia, não malfere a CEDH[1409]. Outrossim, limitando o exame a Portugal, anui-se à posição atual do Tribunal Constitucional, de que "a presunção legal estabelecida nos artigos 7.º e 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não viola o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido ao silêncio, nem a estrutura acusatória do processo penal"[1410]. De fato, na esteira do entendimento doutrinário dominante e mais recente[1411], na defesa à liquidação, a necessidade de o arguido provar que a incongruência do seu patrimônio com seus rendimentos é explicada por origem lícita ou anterior a cinco anos não se choca com a presunção de inocência, tampouco com o direito ao silêncio ou com o princípio do processo equitativo[1412], pois não há autoincriminação ou produção probatória para o julgamento do processo penal, tornando inviolado o princípio da culpa.

6.9.4 A perda alargada sinaliza a "banalização dos remédios fortes"?

A perda alargada é uma das ferramentas de recuperação de ativos que encorpa a política criminal adotada pelos Estados para evitar que a criminalidade organizada com fim de lucro compense. Hoje, há praticamente um consenso de que, sem prejuízo da responsabilização criminal dos indivíduos que atuam com o crime organizado, é preciso

[1409] Nesse sentido, BALSAMO, Antonio. Le misure di prevenzione patrimonial, gli orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo e gli strumenti della collaborazione giudiziaria internacionale. In: BALSAMO, Antonio; CONTRAFATTO, Vania; NICASTRO, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizatta*. Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 271-272.

[1410] Transcrição literal de trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.

[1411] Vide, p. ex., CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 319-320; CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 116-119; DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei n. 5/2002 de 11 de Janeiro*. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações. 2013. 53p. Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito Criminal, Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013, pp. 34-35; e NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008 (não publicado), pp. 33-37.

[1412] Como não se trata de um princípio autônomo, e sim, em boa medida, da síntese dos demais princípios fundamentais do direito processual penal, compreendendo a exigência de igualdade material nas posições processuais do acusador e do acusado (possibilitando a este a defesa da acusação), a imparcialidade do juiz e a lealdade processual (SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. 5.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008, pp. 67 e 69), vale aqui toda a argumentação discorrida para assentar a consonância do confisco ampliado com aqueles princípios fundamentais. Ou, numa súmula, não há ferimento ao princípio do processo equitativo pelo uso de presunção legal na perda alargada, uma vez que conta o arguido com o amplo direito de produzir prova tendente a ilidi-la.

retirar-lhe os ativos que se prestam tanto à compensação financeira dos agentes quanto à manutenção e/ou à ampliação da estrutura empresarial ilícita. Por isso, seguir a pista do dinheiro (*follow the money*) retrata meta imprescindível para o enfrentamento sério da criminalidade organizada.

Se não existe dissidência nessa premissa, o mesmo não pode ser dito quanto às formas desenvolvidas ou impulsionadas pela moderna política criminal que almeja descapitalizar o crime. No ponto, soa como maior e mais genérica a crítica de que os Estados têm se valido cada vez mais dos instrumentos legais musculosos de recuperação de ativos como um desvio ao problema de sua "desorganização" em fazer frente à criminalidade organizada. Com outros termos, em vez de os Estados avançarem seus aparatos investigatórios e persecutórios, ao ponto de ordinariamente lograrem esclarecer a totalidade das estruturas da criminalidade organizada (desencadeando, daí, a responsabilização pela culpa dos agentes e a perda clássica das vantagens da atividade criminosa), escolhem, com cada vez mais intensidade, inserir em suas legislações mecanismos invasivos (não raro enxertados num processo penal), notadamente no que toca à utilização de presunções e à atenuação da carga probatória da acusação, e, por conseguinte, potencialmente violadores de garantias e direitos individuais[1413]. E, como alerta Pedro Caeiro, "o Estado não pode prevalecer-se, para a detecção e apreensão das vantagens, dos meios de obtenção de prova do processo penal sem subordinar a sua acção às garantias aí previstas"[1414].

Não há como objetar à tendência de "seguir o dinheiro", até porque ela espelha a mais moderna política criminal não apenas em Portugal[1415] e no continente europeu, mas sim como um fenômeno mundial, já que a criminalidade organizada do século XXI não respeita soberanias ou fronteiras[1416]. Em igual maneira, é difícil contrapor o argumento de que um Estado (Democrático de Direito) não pode, na suposta busca do equilíbrio de forças com um inimigo poderoso, compensar sua pouca eficiência com a supressão de garantias processuais e direitos fundamentais. E, na mesma medida, não há como negar que as atividades das mais diversas facções da criminalidade organizada, por todo o

[1413] Temática objeto de profundo estudo em PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal.* Reimp. Coimbra: Almedina, 2011.
[1414] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 312.
[1415] A Lei nº 96/2017, de 23 de agosto, define em seu artigo 16.º a recuperação de ativos como um dos objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019.
[1416] Vide item 1.2 deste trabalho.

planeta, geram bem mais do que prejuízos econômicos de cifras incalculáveis (não raro desviados de suas finalidades legais de contraprestação estatal como o fornecimento de saúde, educação ou segurança, sobretudo aos nichos mais vulneráveis das populações): resultam, também, riscos à própria manutenção dos regimes estatais das liberdades e garantias. Com efeito, em última análise, são os cidadãos – e as sociedades que integram – os mais afetados pela criminalidade organizada. Logo, os Estados, simplesmente se conformando com sua incapacidade perante o crime organizado, estarão, por via direta, abrindo mão da proteção dos cidadãos. Ou seja, não há essa opção. E, se uma das formas mais eficientes de atacar a criminalidade organizada é retirar-lhe o lucro, conclui-se pela pertinência da adesão à política criminal que subjaz aos modernos instrumentos de recuperação de ativos.

O dilema que surge entre a necessidade da utilização de ferramentas legais musculadas e o risco da violação de princípios estruturantes do processo penal (com o potencial ferimento de direitos individuais, inclusive de terceiros[1417]) só pode ser mitigado com a restrição dos "remédios fortes às patologias graves". É por aí que passa o caminho para "encontrar soluções que, com as elevadas exigências garantísticas das sociedades democráticas do séc. XXI, dêem resposta eficaz aos desafios que a criminalidade grave e organizada hoje coloca[1418].

Pode-se dizer que isso já ocorre em Portugal, tendo por base a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, mesmo com os incrementos na seara de recuperação de ativos trazidos pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

Em primeiro lugar, como adrede explorado, em especial com esteio nas decisões do Tribunal Constitucional proferidas no ano de 2015[1419], a perda alargada não malfere os princípios pilares do processo penal, tampouco as garantias individuais do arguido. Em segundo, o legislador, ao restringir o cotejo da perda alargada a poucos ilícitos típicos (usualmente associados à criminalidade organizada e geradores de lucro, e previstos explicitamente em catálogo), bem assim ao condicioná-la à condenação do arguido e à descoberta de um patrimônio incongruente com seu rendimento lícito, não parece ter

[1417] Nas palavras de Beccaria, de fazer "sofrer aos inocentes a pena do réu", arrastando a família para a infâmia e "a miséria pelos delitos de um chefe" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 111-112).

[1418] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 37. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[1419] A referência é aos acórdãos n.º 101/2015, 392/2015 e 476/2015.

descurado do alerta de que os remédios fortes devem ser administrados com cuidado[1420]. Terceiro, com o advento da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, Portugal passou a contar com o Gabinete de Recuperação de Activos, tendo como função precípua a realização de investigação patrimonial e financeira; e, é cediço, uma investigação especializada tende a ser mais eficiente para a precisão do que pode ser considerado patrimônio incongruente, legitimador da pretensão do confisco ampliado. Em quarto lugar, de um comparativo rápido com os ordenamentos dos Estados analisados no Capítulo 5, em que previstos instrumentos musculados de recuperação de ativos[1421], infere-se que a legislação portuguesa permanece como a mais contida.

De modo que o aparato legal existente em Portugal restringe a potencial incidência do confisco ampliado ao pior nicho de criminalidade (respeitando o aforisma "remédios fortes às patologias graves") e permite a qualificação da obtenção de meios de prova do patrimônio suspeito, minimizando, por conseguinte, os riscos de violações de direitos, mormente quanto à propriedade privada.

Com esse apanhado, vê-se não vinga a insinuação de que a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro representa a banalização dos instrumentos de recuperação de ativos agressivos.

Ao encontro dessa assertiva, deve-se recordar que, por duas vezes, o Tribunal Constitucional português barrou a positivação de ilícitos típicos de enriquecimento ilícito e enriquecimento injustificado, mediante declaração preventiva de inconstitucionalidade[1422]. E, recentemente, mesmo com a transposição da Diretiva 2014/42/UE pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, não se avançou na criação de outras ferramentas legais musculadas ou na ampliação significativa dos efeitos da perda alargada[1423]. Ou seja, em oposição a uma banalização, o que se depreende do panorama atual de Portugal é um rígido cuidado na dosagem dos remédios fortes, ora ao nível legislativo, ora no controle da constitucionalidade.

[1420] Vide CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 320.

[1421] Portanto, não aplicável ao Brasil, que ainda tipifica apenas instrumentos clássicos de confisco, na linha do observado no item 5.8.

[1422] Conforme acórdão nº 179/2012, de 4 de Abril, e acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015, ambos estudados no tópico 2.4.2.2 deste trabalho.

[1423] Como ocorreu, p. ex., na Espanha, pela *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de março, segundo detalhado no item 5.1.4.

6.10 A perda alargada pelo viés meramente econômico

A Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII, berço da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, sintetiza a finalidade da perda alargada no trecho: "a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado poder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa". Assim, obviedade quase ululante, a meta comum a todo procedimento de recuperação de ativos é de que o crime não compense economicamente. Já aqui, percebe-se um viés econômico da perda alargada, consubstanciado em retirar do condenado e devolver ao Estado o valor de uma suposta vantagem de atividade criminosa, representada pelo patrimônio injustificado. Vê-se, a meta não é gerar um prejuízo patrimonial ao condenado ou afetar seu direito à propriedade (e nem resultar lucro ao Estado), mas sim recolocá-lo na posição patrimonial anterior à obtenção da vantagem da atividade criminosa.

Positivada a perda alargada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com aquela finalidade, é evidente que, a partir de sua vigência, passa o Estado a almejar sua imediata aplicação "no direito vivo", para que traga ao erário os ativos que, ilicitamente, estão detidos por condenados ligados à criminalidade organizada ou econômico-financeira. Logo, pelo comentado caratér econômico, espera-se que a utilização de uma ferramenta como a perda alargada, para além de enfatizar que o *crime doesn't pay*, seja superavitária ao Estado[1424]. O que é algo desafiador[1425].

O fenômeno verificado em Portugal na sequência imediata à entrada em vigor da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em que a perda alargada manteve-se "esquecida, de tal forma que durante os seus primeiros anos de vida muito poucos ousaram promover e aplicar o mecanismo"[1426], bem ilustra que, para os Estados lograrem efetividade aos modernos instrumentos legais de recuperação de ativos, necessitam aparelhar

[1424] Na indagação de Ricardo Saadi e Diogo Machado, "como bem gerenciar os ativos apreendidos ou confiscados?" SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2, Mai.-Ago. 2017, p. 498.
[1425] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Sistemas de administración de bienes de América Latina y Guía para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado.* Washington: OEA Documentos Oficiales, 2011, p. 95.
[1426] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208.

adequadamente seus órgãos de atuação[1427], o que demanda o aporte de verba pública, qualificação profissional e, também, vontade política.

Esse aparelhamento, a despeito de serôdio, aconteceu em Portugal, com a criação dos Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens, pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho. Como comparação, evento similar ocorreu na Itália, onde, no Título III do Decreto Legislativo n.º 159/2011, denominado *Codice Antimafia*, constam as regras de administração, gestão e destino dos bens apreendidos e confiscados por força das medidas preventivas patrimoniais ou de um processo penal pelos crimes referidos no artigo 51, parágrafo 3-bis, do Código de Processo Penal, e no artigo 12 sexies do Decreto-Lei de 08 de junho de 1992, n. 306 – abarcando, portanto, os valores e bens perdidos como efeito de confisco ampliado. Ou seja, à semelhança do Gabinete de Administração de Bens de Portugal, a Itália conta com a "Agência Nacional para a administração e o destino de bens apreendidos e confiscados do crime organizado", que auxilia o administrador judicial dos bens antes do confisco e, depois, passa a administrá-los diretamente, inclusive com atos de disposição e destino[1428]. Essa agência, para monitorar o reflexo econômico ao Estado italiano em virtude das medidas preventivas e da aplicação do confisco ampliado, por deliberação de seu Conselho de Administração, dentre outras funções, estabelece orientação e diretrizes sobre a administração, alocação e destino dos bens apreendidos e confiscados; programa a dotação de bens em antecipação de confisco; aprova os planos gerais de alienação de bens confiscados, bem assim o orçamento e as contas finais; pode exigir a modificação da utilização dos bens confiscados; acompanha a utilização dos bens, em entidades públicas e privadas, de acordo com as medidas de atribuição e de destino; e pode revogar a ordem de cessão e destino, em caso de falha ou uso irregular dos bens[1429].

É certo que tanto para o escopo precípuo do confisco das vantagens das atividades da criminalidade organizada, quanto a que todo o sistema que disso se ocupa seja superavitário aos Estados[1430], não basta a previsão legal ou uma implementação protocolar

---

[1427] É o que alude a Diretiva 2014/42/UE, em seu artigo 10.º, n.º 1, referente à administração dos bens congelados e declarados perdidos.

[1428] A Agência Nacional para a administração e o destino de bens apreendidos e confiscados do crime organizado tem funções detalhadas no artigo 110 do *Codice Antimafia* italiano de 2011, estudado no item 5.3.3.

[1429] Artigo 112, n.º 4, do *Codice Antimafia* de 2011.

[1430] Na América Latina, a Organização dos Estados Americanos criou o Projeto de Bens Confiscados na América Latina (Projeto BIDAL – sigla derivada da língua espanhola), com a adesão do Brasil em 2014. O Projeto BIDAL é "um programa de assistência técnica que sugere mecanismos de aprimoramento do sistema de identificação, localização e administração de ativos de origem ilícita sob o poder do Estado. O Projeto tem por escopo estabelecer normas de governança e transparência na gestão dos bens, para que sejam administrados de modo a alcançar efetividade produtiva, com diretrizes sobre pontos críticos para o sucesso, tanto do ponto de vista organizacional quanto do fundamento normativo-legal que sustentará uma

dos gabinetes de recuperação de ativos e de administração de bens: "é necessário que o Estado dote estes gabinetes de meios humanos especializados em diferentes áreas bem como de todos os instrumentos que estes necessitem para desempenho das funções"[1431], que por vezes podem englobar a administração de fazendas ou hotéis e negócios com animais, aeronaves, embarcações, carros, joias e equipamentos eletrônicos, além de ativos financeiros[1432].

No ponto, para além do que a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, desde seu advento, preconiza ao Gabinete de Administração de Bens, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, trouxe sensíveis avanços[1433], nomeadamente ao exercício da atribuição de administração e gestão dos bens[1434] apreendidos, recuperados ou declarados perdidos ao Estado, seja por intermédio de processos nacionais, seja por meio de cooperação judiciária internacional[1435], abrangendo a avaliação de bens[1436] e a determinação de venda, afetação a finalidade pública ou socialmente útil conexa com a administração da justiça, ou destruição. Também, foi pela lei que transpôs a Diretiva 2014/42/UE que o artigo 17.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, passou a prever a forma atual de destinação dos bens recuperados ou declarados perdidos ao Estado com decisão transitada em julgado, isto é, acatando-se o fim específico determinado na decisão, ou, se ausente, procedendo-se à afetação (à finalidade pública ou socialmente útil) ou à venda, com repartição do valor angariado nos moldes do n.º 5 do mesmo artigo. De mencionar, ainda, que cumpre ao

---

administração responsável desses ativos (...) A grande contribuição do Projeto BIDAL reside em aproveitar a experiência de vários outros países para identificar as melhores práticas de que já se lançou mão para administrar bens de origem ilícita com ferramentas de vanguarda"; cf. SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2, Mai.-Ago. 2017, p. 502. Além disso, no Brasil, atualmente, por iniciativa da ENCCLA, existe o Sistema Nacional de Bens Apreendidos (SNBA), base de dados de âmbito nacional onde constam informações acerca dos bens apreendidos em processos/procedimentos penais.

[1431] RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 18.

[1432] SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2, Mai.-Ago. 2017, p. 499.

[1433] Pelo novo tipo do artigo 10.º, n.º 3, alíneas a) a f), Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, são competências do Gabinete de Administração de Bens, em suma, proteger, conservar e gerir bens recuperados ou à guarda do Estado, determinar a venda, a afectação ao serviço público ou a destruição desses bens, e assegurar a destinação dos bens recuperados ou perdidos a favor do Estado.

[1434] Com valor acima das 50 unidade de conta, ou de qualquer valor, sendo veículo automóvel, embarcação ou aeronave (artigo 11.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho).

[1435] Pela atual redação do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, o Gabinete de Administração de Bens integra o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P.

[1436] Ato cuja decisão de homologação comporta reclamação ao juiz competente, segundo o artigo 12.º, n.º 3, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho. Para os atos de avaliação e administração, o Gabinete de Administração de Bens pode solicitar a colaboração de outras entidades (artigo 11.º-A, n.º 1) e ter amplo acesso à informação (artigo 11.º-B, n.º 1).

Gabinete de Administração de Bens fornecer ao Gabinete de Recuperação de Activos os dados estatísticos resultantes da atividade deste[1437].

Em paralelo ao incremento estrutural e operacional de gabinetes especializados, soa inegável que a "lucratividade" das ferramentas modernas de confisco ampliado depende da assimilação, pelos atores do sistema estatal (notadamente, integrantes dos próprios gabinetes, da Polícia Judiciária e do Ministério Público), de seu uso ordinário e pulverizado nas hipóteses autorizadas legalmente – como no caso da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro[1438]. Mesmo se reconhecendo que, aprioristicamente, é difícil antever como dar-se-á a aplicação de determinado instrumento legal inovador de recuperação de ativos, o que depende de uma série de circunstâncias, o testemunho de Conde Correia atesta que, em Portugal, por alguns anos, a perda alargada permaneceu como "uma mera curiosidade jurídica sem qualquer aplicação consistente"[1439].

Noutro aspecto, até mesmo quando já eventualmente bem assimilado pelo "direito vivo", sempre é complexo prever que montantes, ao fim de determinado período, serão revertidos ao Estado como resultado do "remédio forte". A ilação a que se permite vai no sentido de que, quiçá como o verificado em Portugal por um bom tempo, é muito forte a probabilidade de que a positivação de um instrumento de perda alargada e a criação das estruturas especializadas de investigação patrimonial e apreensão, administração e destinação de bens e valores, gerem déficit aos Estados em curto e médio prazo, até uma esperada reversão ao patamar superavitário.

De qualquer sorte, pensa-se, na conjuntura atual de Portugal, em que vigente a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, há mais de década e meia, com as declarações reiteradas da Corte Suprema da constitucionalidade da perda alargada, a sedimentação dos Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho,

[1437] Artigo 10.º, n.º 6, c/c artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho.

[1438] Jorge dos Reis Bravo faz análise mais aprofundada do tema, abrangendo a questão da gestão de recursos humanos e técnicos para o fim de uma maior efetividade concreta no esclarecimento e sancionamento de comportamentos criminosos afeitos à criminalidade económico-financeira (BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, pp. 30 e ss. e p. 44. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015. Pondera-se que os apontamentos feitos em relação ao déficit de formação (e de qualificação) dos atores do Estado, mormente dos agentes peritos, da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário, e suas possíveis soluções (como a gestão de objetivos, a especialização na área económico-financeira, a superação dos métodos de investigação da criminalidade clássica e de valoração e avaliação da prova, a adoção de "boas práticas" e a redefinição de estratégias patrimoniais ou financeiras) valem em igual medida no que toca à utilização adequada e proativa dos modernos instrumentos de recuperação de ativos.

[1439] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208.

a transposição da Diretiva 2014/42/UE pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, e o quilate de política criminal prioritária dado à recuperação de ativos pelo segundo biênio consecutivo, conclui-se descabido o cotejo de que toda essa engrenagem ocasione prejuízo financeiro ao Estado. Vale-se, mais uma vez, da opinião de Conde Correia, na linha de que todo esse contexto atual de Portugal, que acompanha o panorama jurídico comunitário e internacional, fez despertar a jurisprudência nacional para a aplicação da perda alargada: "a timidez inicial parece estar a ser substituída pelo entusiasmo atual: é, repetimos, essencial demonstrar que o crime não compensa"[1440].

Ademais, não se pode perder de vista que um resultado econômico positivo ao Estado, da relação investimento para possibilitar a aplicação da perda alargada *versus* montante angariado pelos efeitos concretos da ferramenta legal, se não deve ser desprezível, por outro lado, nem de longe é o mais importante. Tanto que, no âmbito comunitário europeu, a adesão pelos Estados-Membros à positivação e à aplicação de ferramentas de confisco ampliado não é uma opção, e sim uma obrigação, como se depreende, por excelência, da Diretiva 2014/42/UE. Não é por acaso que a recuperação de ativos foi guindada à classe de prioridade de política criminal em Portugal em 2015, e assim prosseguirá ao menos até 2019.

Nesse caminho, que hoje pode ser rotulado como irreversível, cumpre aos órgãos do Estado com atribuição de persecução penal intensificar aos seus agentes a exigência de utilização rápida e eficiente, preferencialmente ainda no curso da investigação (patrimonial), dos meios de apreensão de bens e de arresto (artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), acautelando um concreto efeito jurídico do confisco ampliado. A afirmação da política criminal de recuperação de ativos como um hábito dos atores da praxe forense, nomeadamente pelos agentes investigadores e promotores da persecução penal anticriminalidade organizada e econômico-financeira, é o que gerará resultados reais cada vez mais impactantes tanto para descapitalizar a mais nefasta das criminalidades e evidenciar que "o crime não compensa", quanto para trazer ao Estado cifras que seriam normalmente irrecuperáveis pelos instrumentos clássicos de confisco.

Outrossim, após a apreensão ou o acautelamento de bens, o exercício adequado de atos de administração e gestão[1441], prerrogativas hoje explicitadas ao Gabinete de

[1440] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 208.

[1441] Como estudo prático de *managing assets subject confiscation*, BRUN, Jean-Pierre. et al. *Asset Recovery Handbook:* A guide for Practitioners. Washington: The World Bank, 2011, pp. 91-102.

Administração de Bens pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em especial com os incrementos alavancados pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, e por outras vias operacionais[1442], constitui requisito imprescindível àquela tríplice meta anticriminalidade reditícia[1443].

Não parece haver dúvida de que os gabinetes de recuperação de ativos e de administração de bens são "bons negócios" aos Estados, na esteira do que sustentam Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Reis Rodrigues: "os recursos investidos nos gabinetes de recuperação de activos e de administração de bens não representam uma simples despesa, mas um verdadeiro investimento, que certamente conduzirá aos resultados almejados"[1444]. Resultados, insiste-se, que devem transcender a um esperado retorno financeiro do investimento do Estado no aparato de recuperação de ativos, e sim ter por meta o aforisma de que o crime não compense, quer pela retirada do lucro da atividade criminosa, quer pela desarticulação – pela via da descapitalização – de suas organizações.

6.11 A perda alargada e o confisco geral de bens

Como adrede visto[1445], nas Ordenações Portuguesas o confisco de bens assumiu seu pior papel. Naquela altura, mesmo com a existência de regras que conceituavam o confisco como consequência penal para crimes de ganância ou que visavam o enriquecimento

---

[1442] Por exemplo, como o protocolo adotado pelo Estado de Portugal, ao final do ano de 2017, autorizando que bens apreendidos, recuperados ou perdidos a favor do Estado, no âmbito de processos criminais nacionais, ou de cooperação judiciária internacional, possam ser vendidos na internet, por intermédio da página de leilões online "e-leilões", segundo notícia veiculada em https://justica.gov.pt/Noticias/Bens-apreendidos-vao-ser-vendidos-online-no-portal-eleiloesvao-ser-vendidos-online-no-portal-e-leiloes, em 29 de março de 2019. Acesso em: 25 Abr. 2019. A ilustração desse moderno e ágil procedimento de venda consta nas notícias cujos *links* seguem, todas do dia 29 de março de 2019, que informam as vendas de automóveis Ferrari, Mercedes Benz e Audi pelo Gabinete de Recuperação de Activos, por e-leilões: https://igfej.justica.gov.pt/Noticias-do-IGFEJ/Venda-no-portal-E-leiloes-de-viatura-Ferrari; https://igfej.justica.gov.pt/Noticias-do-IGFEJ/Venda-no-portal-E-leiloes-de-viatura-Mercedes-Benz-Classe-CL; e https://igfej.justica.gov.pt/Noticias-do-IGFEJ/Venda-no-portal-E-leiloes-de-viatura-Audi. Acesso em: 25 Abr. 2019.

[1443] Dentre as providências possíveis, destaca-se a adoção de atos tendentes à manutenção do valor dos ativos apreendidos/confiscados, notadamente pela agilização da alienação (até mesmo antecipada) e consequente conversão em dinheiro: "a guarda desses bens gera um ônus excessivo e duradouro ao Estado, o que reforça o imperativo de manutenção do valor producente desses ativos em longo prazo. Do ponto de vista utilitário e econômico, soa desarrazoado manter objetos apreendidos em depósitos por muito tempo. As despesas são inúmeras e somam desde os custos financeiros de aluguel do depósito até a própria manutenção dos bens, sempre sujeitos à desvalorização quando não utilizados"; cf. SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2, Mai.-Ago. 2017, p. 499.

[1444] RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 18.

[1445] Tópico 2.1.1 deste trabalho.

ilícito, a ferramenta legal mais se prestava a finalidades político-econômicas do Governo, notadamente nos casos de condenação por crimes políticos: nos delitos de lesa-majestade, o confisco atingia todos os bens do condenado, que eram destinados à Coroa do Reino. Depois, quando da criação da Inquisição nacional portuguesa, o confisco foi utilizado para retirada dos bens dos "cristãos-novos, que constituíam uma nova fonte de recursos a acrescentar aos tradicionais rendimentos feudais" [1446]. Em suma, na história remota, até ter sua proibição inserida em cartas constitucionais, o confisco caracterizou-se como um mecanismo de expropriação de bens e patrimônio para enriquecer os Estados.

Já nos dias de hoje, uma das recomendações do Projecto Fênix[1447] sugere a execução universal do patrimônio do condenado[1448], inclusive com o arresto de bens de origem lícita para garantir o que potencialmente será perdido[1449], o que abre a porta à cogitação da liquidação de todo o patrimônio do condenado. Na mesma trilha, segundo sinalizado em mais de uma vez neste trabalho, é perfeitamente possível que os efeitos da perda alargada alcancem a totalidade do patrimônio do condenado[1450], bastando, em síntese, que todo o seu patrimônio, angariado num período passsado de cinco anos desde sua constituição como arguido, reste considerado injustificado – por exemplo, pela ausência de qualquer rendimento lícito ou fonte explicada.

Numa moldura assim, sendo viável liquidar a totalidade do patrimônio do condenado, estar-se-ia ressuscitando uma modalidade de confisco geral de bens? Paradoxalmente, a resposta pode ser sim ou não.

Sim, pois, no resultado meramente econômico, a odiosa figura pretérita do confisco geral de bens pode ser rememorada quando a aplicação da perda alargada implicar o pagamento de valor correspondente a todo o patrimônio identificado do condenado[1451]. E a única hipótese de perda integral do patrimônio do condenado reside na conclusão, amparada pela presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de que

---

[1446] SARAIVA, António José. *Inquisição e Cristãos-Novos.* Lisboa: Editorial Estampa, 1985, p. 46.
[1447] Vide item 3.5 desta tese.
[1448] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "D" (Recomendações), item 15, p. 26.
[1449] Fenix, produtos – final, Outubro de 2011, letra "C" (Boas Práticas), item 2.7.3, p. 24.
[1450] Como refere Hélio Rodrigues, o confisco das vantagens é insensível até mesmo "relativamente à insolvência", tendo em vista "os valores protegidos por cada um destes institutos" (RODRIGUES, Hélio Rigor. Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, p. 467).
[1451] Jorge Godinho chega a adjetivar o confisco ampliado como a reintrodução do confisco geral; cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1355-1356.

tudo é vantagem de atividade criminosa. Ou seja, o "confisco geral"[1452] será efeito da extensão – casuística – da perda alargada, diante da ilação de que tudo o que pertence ao condenado foi obtido da atividade criminosa. Então, há mera semelhança com o confisco geral do passado, aplicado como pena (normalmente desproporcional) e gerador de flagrantes injustiças.

Em todo o resto, a resposta é negativa. Primeiramente, não se pode olvidar que a perda alargada incide sobre o patrimônio do condenado incongruente com seu rendimento lícito, o que, como estudado, não tem a proteção do direito à propriedade privada[1453]. Segundo, como aqui defendido, cumpre à acusação a prova não apenas do que é patrimônio do arguido, e sim daquilo que é incongruente com seu rendimento lícito[1454]. Terceiro, o arguido, no curso da liquidação, tem amplitude de meios de prova para demonstrar que o patrimônio reputado incongruente tem uma justificativa lícita, ilidindo os efeitos da presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e fulminando qualquer possibilidade de sofrer algum tipo de condenação ao pagamento de valor ou confisco de bens. E, por último, já aventado, a perda alargada parece não se amoldar à natureza jurídica de uma pena[1455], o que lhe retira a parecença com aquela reação penal remota, que se destacou pelos abusos e injustiças.

Enfim, delimitados detidamente o confisco geral de bens do passado e a ferramenta legal da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, sobra a conclusão de que são totalmente diferentes, embora, numa hipótese, possam ter efeitos coincidentes. Como resume Duarte Nunes, "o confisco geral nada tem a ver como o confisco 'alargado', pois, neste último não está em causa uma ablação sem qualquer critério, 'cega' (isto é, independentemente de serem de proveniência lícita ou ilícita), mas sim a ablação do património ilicitamente obtido pelo arguido e que, por razões de ordenação dos bens adequada ao Direito e até de prevenção criminal (...), não podem ficar nas suas mãos"[1456].

Finalizada a análise do instrumento musculoso de recuperação de ativos previsto no ordenamento português, avança-se ao núcleo duro deste trabalho: a definição da natureza jurídica da perda alargada.

[1452] Na verdade, a condenação ao pagamento do valor correspondente à totalidade do patrimônio elucidado.
[1453] Vide tópico 6.9.1 deste trabalho.
[1454] Itens 6.3 e 6.4 desta tese.
[1455] Assunto que será aprofundado no próximo capítulo.
[1456] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, p. 59. Disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload.

7 DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA PERDA ALARGADA

7.1 Delimitação da complexidade da controvérsia

Literalmente, a perda alargada, regrada nos artigos 7.º a 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, consta no Capítulo IV do diploma, denominado "Perda de bens a favor do Estado". E, pela redação do artigo 7.º, n.º 1, a modalidade especial de "perda de bens a favor do Estado" tem por meta alcançar uma presumida "vantagem de atividade criminosa". Consectário, pode-se aduzir que a perda alargada é uma especial perda das vantagens de atividade criminosa[1457].

Rememorando o debatido no tópico 2.2.5 deste trabalho, ainda não há um consenso nem mesmo quanto à definição da natureza jurídica da perda das vantagens do artigo 110.º do Código Penal português[1458]. Lá, discorreu-se que essa modalidade de perda clássica tem sido classificada, por exemplo, como "pena acessória", "mais próxima da pena do que da medida de segurança" ou "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança", optando-se por algo próximo da definição de Hélio Rodrigues, isto é, "uma medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita" ou "uma quarta via ou quarto degrau nas reações que o Estado pode assumir contra os crimes, a par das penas, das medidas de segurança e da reparação da vítima"[1459] – com a ressalva de ter ou não natureza civil.

Pois, se dimensionar o que é o confisco clássico das vantagens do artigo 110.º do Código Penal não é das tarefas mais fáceis, transmudando o debate à perda alargada, a complexidade aumenta[1460]. Uma evidência disso reside na constatação de que a fórmula utilizada pelo legislador português na concepção da ferramenta legal tipificada no artigo

---

[1457] Embora Johan Boucht classifique como perda alargada todas as formas penais de confisco que vão além dos produtos gerados por certos crimes (BOUCHT, Johan. *The Limits of Asset Confiscation.* On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 16), a definição da natureza jurídica aqui almejada não tem tamanha dimensão, mais se ocupando das ferramentas de confisco ampliado como as previstas, por exemplo, na Decisão-Quadro 2005/212/JAI, no modelo da Diretiva 2014/42/EU e na Lei nº 5/2002, de janeiro.

[1458] Após as modificações trazidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpôs a Diretiva 2014/42/UE ao ordenamento português.

[1459] RODRIGUES, Hélio Rigor. Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 430-431.

[1460] Sobre essa complexidade, vide BOUCHT, Johan. Extended confiscation: criminal assets or criminal owners? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing criminal money*: challenges and perspectives on asset recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 117-137.

7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não é absoluta. Com outros termos, e já visto quando da análise de outros ordenamentos[1461], não há apenas um modelo de perda alargada.

A ferramenta legal da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, guarda similitude com a preconizada pela Diretiva 2014/42/UE, diploma que, ao tratar da perda alargada em seu artigo 5.º, n.º 1, concebe-na "caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso"[1462]. Porém, retrocedendo um pouco mais, da Decisão-Quadro 2005/212/JAI colhem-se outras definições possíveis de confisco ampliado, a serem positivadas pelos Estados-Membros: "quando um tribunal nacional, com base em fatos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º1 que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie"[1463]; "quando um tribunal nacional, com base em fatos específicos estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada durante um período anterior à condenação pelo ilícito referido no n.º1 do presente artigo que seja considerado razoável pelo tribunal dadas as circunstâncias do caso em espécie"[1464]; e, naquela que mais se aproxima da perda alargada de Portugal, "quando for determinado que o valor dos bens é desproporcionado em relação aos rendimentos legítimos da pessoa condenada e um tribunal nacional, com base em fatos específicos, estiver plenamente persuadido de que os bens em questão foram obtidos a partir da atividade criminosa da pessoa condenada"[1465].

[1461] Capítulo 5 desta tese.

[1462] É bem verdade que a Diretiva 2014/42/UE remete a uma ferramenta típica de perda de bens (compreendendo a totalidade ou parte do patrimônio), e não a um pagamento de valor, e com efeitos precípuos sobre um condenado por infração penal que possa ocasionar, direta ou indiretamente, um benefício econômico – ao passo que, no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não constam, exclusivamente, infrações penais geradoras de lucro. Pois, a despeito da contingência tão criticada no instrumento positivado em Portugal, por redundar na designação "ordem de pagamento" e não "perda de bens", não sendo, portanto, uma concreta perda de bens (nesse sentido, CUNHA, José M. Damião. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económica-financeira*: a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002. Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 25-27; e CORREIA, João Conde. O confisco e a «fixação» do enriquecimento ilícito. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 257-267), isso não o desnatura como uma espécie de perda alargada, notadamente pela essência de considerar como presumível vantagem de atividade criminosa o patrimônio injustificado do condenado, no que se aproxima da figura do Artigo 3.º, n.º 2, letra "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

[1463] Artigo 3.º, n.º 2, letra "a", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

[1464] Artigo 3.º, n.º 2, letra "b", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

[1465] Artigo 3.º, n.º 2, letra "c", da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

Ainda, ilustrando a variedade dos possíveis regramentos de modelos de confisco ampliado, o plano *Stolen Asset Recovery (StAR) Iniciative*[1466] listou as diferenças de quatro espécies de instrumentos previstos pela Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 2003, abrangendo o confisco criminal, o confisco sem condenação (*non conviction based asset forfeiture*), o confisco no processo civil e confisco civil como parte do processo penal. Desses, restringindo o exame aos que de alguma maneira têm traços comuns com a perda alargada portuguesa, há o confisco criminal, sendo parte de sentença condenatória criminal proferida num processo penal, com standard de prova para além da dúvida razoável, de iniciativa da acusação pública e almejando a perda do direito do réu sobre a propriedade; e o confisco civil como parte do processo penal, normalmente decidido na sentença condenatória criminal (que nem sempre é peremptória) ou na sua sequência, num processo penal, com standard de prova por íntima convicção, de iniciativa privada ou pública, objetivando a restituição de danos[1467].

Diante da diversificação de possibilidades, é recomendável que se delimite sobre qual moldura de perda alargada se pretende definir a natureza jurídica. Uma delas, obviamente, é a ferramenta legal da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Todavia, não apenas ela: pensa-se, é possível desenvolver estudo comum a todos os instrumentos legais de confisco ampliado com a mesma essência de conformação, a saber, de considerar vantagem de atividade criminosa bens ou patrimônio sem justificativa nos rendimentos/fontes lícitos de pessoa condenada por determinados crimes graves, normalmente afeitos à criminalidade organizada ou econômico-financeira. Ou seja, a despeito das variações acerca do sítio em que decidido (se num processo penal ou em procedimento autônomo), do *standard* probatório (processual penal ou civilístico; *beyond a reasonable doubt*, *on the balance of probabilities* ou *by preponderance of evidence*) e do momento de aplicação (na sentença condenatória; no mesmo juízo criminal, mas depois; ou noutra seara judicial/jurisdicional), é plausível recortar uma natureza jurídica comum, por exemplo, da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, do *comiso* ampliado de Espanha[1468], da *confisca allargata* italiana[1469], do *criminal confiscation* do Reino

[1466] Vide item 3.3 deste trabalho.
[1467] *Stolen Asset Recovery: towards a global architecture for asset recovery*. Washington: The World Bank, 2010, pp. 14-18, disponível em https://www.star.worldbank.org. Breve desenvolvimento explicativo sobre cada uma dessas figuras de recuperação de ativos consta também em BRUN, Jean-Pierre. et al. *Asset Recovery Handbook:* A guide for Practitioners. Washington: The World Bank, 2011, pp. 9-13.
[1468] Artigo 127 bis, n.º 1, do Código Penal espanhol.
[1469] Artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992, com as alterações dadas pela Lei n.º 161/2017.

Unido[1470], do *criminal forfeiture* dos Estados Unidos da América, da *erweiterte Verfal* do §73d do *Strafgesetzbuch* alemão, e até dos tipos de confisco ampliado esboçados no Brasil[1471].

Considerando as semelhanças ontológicas entre todos esses instrumentos de confisco ampliado, podem-se cogitar, a todos eles, as naturezas jurídicas debatidas pela doutrina portuguesa e comunitária, por exemplo, como "pena"[1472], "efeito da pena"[1473], "sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal"[1474], "reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança"[1475] e "medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal" [1476]. Nem mesmo se pode descartar, peremptoriamente, tenha a perda alargada natureza jurídica consonante com o instrumento clássico do confisco das vantagens da infração penal. Como lembra corretamente Manuel Minas, "os diversos autores que se pronunciaram sobre este tema conseguem situar a figura do confisco alargado em três sectores do Direito totalmente distintos: o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal"[1477].

Por outro lado, aquela conformação comum, na esteira do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE, é suficiente para situar o confisco ampliado, no máximo, na posição de consequência jurídica de determinados ilícitos típicos (em Portugal e alhures, como regra, vincado à criminalidade organizada ou econômico-financeira), excluindo, de pronto, o cotejo da natureza jurídica no plano da ilicitude material – como ocorre, por exemplo, nas infrações penais de enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado.

[1470] Previsto no *Proceeds of Crime Act* de 2002.

[1471] Vide tópico 5.8.2.

[1472] Cf. FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e techniche sanzionatorie:* Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno". Padova: Cedam, 1997, pp. 63 e ss., tendo por enfoque o instrumento positivado na Itália. Contra, refutando-o como pena, vide MUNOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal:* Parte General. 9.ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 606-607; e MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal:* Parte General, 10.ed. Barcelona: Reppertor, 2015, p. 767.

[1473] DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 39.

[1474] Cf. CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 134.

[1475] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1348.

[1476] Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 311-312.

[1477] MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português.* 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 32.

Com esse introito, passa-se à análise de cada uma das possibilidades – e de eventuais outras – de definição da natureza jurídica da perda alargada.

7.2 A perda alargada é uma pena?

Como abordado no Capítulo 2 deste trabalho, o confisco figurou, em muitos momentos da história e por todo lado, como uma sanção criminal, uma pena propriamente dita, não raro injusta e desproporcional[1478]. Não por coincidência, diversas modalidades de confisco de bens de particulares pelo Estado[1479] enfrentaram períodos de proibição, inclusive ao nível constitucional, como ocorreu em Portugal[1480]. Depois de muito tempo, quando finalmente readmitidos nos ordenamentos legais, foram inseridos no âmbito penal os instrumentos clássicos da perda das vantagens e dos produtos do crime, umbilicalmente ligados e decorrentes da infração penal imputada a alguém que, ao fim de um processo penal, teve a culpa reconhecida e sobrou condenado[1481]. Comumente, os instrumentos clássicos de confisco são considerados consequências acessórias da condenação, com natureza jurídica de efeito da pena ou de medida de segurança, ou, mas especificamente, de "pena acessória", "mais próxima da pena do que da medida de segurança" ou "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"[1482].

Modernas ferramentas de recuperação de ativos como a prevista no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, invariavelmente são tipificadas como meios especiais de perda das vantagens de atividades criminosas graves, nomeadamente afeitas à criminalidade organizada ou econômico-financeira. No entanto, distanciando-se das

---

[1478] Desde a *consecratio* do direito romano, que gerava o banimento do condenado e a apreensão de todos os seus bens (NUNZIATA, Massimo. *La Confisca nel Códice Penale Italiano:* Un'analisi critica per la riforma. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 38), passando pelo período sequente, no qual o confisco permaneceu servindo como pena principal nos crimes de lesa-majestade e como acessório da pena de morte. Já nas Ordenações Portuguesas, o confisco figurava como consequência penal para crimes de ganância e políticos, podendo alcançar todos os bens do condenado (vide itens 2.1.1 e 2.1.2 desta tese).

[1479] Segundo Jean Pradel, analisando o sistema francês, o confisco é uma pena por eclipse (PRADEL, Jean. *Droit Pénal Général*. Paris: Cujas, 1994, p. 644).

[1480] Vide tópico 2.1.3.

[1481] Sendo esta a regra geral dos instrumentos clássicos de confisco do direito penal, embora, atualmente, já existam ferramentas tipificadas em códigos penais (v. g., de Portugal e Espanha) que prescindem da condenação e que podem atingir terceiros.

[1482] Nas acima referidas definições de CUNHA, João Manoel Damião da. *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II, 1999, p. 7; CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 307; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português.* Parte geral II – As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 628.

conformações dos instrumentos clássicos de confisco, as ferramentas legais de perda alargada têm leque de abrangência bem mais amplo, além de poderem atingir todo o patrimônio de alguém condenado – patrimônio este que, paradoxalmente, é presumivelmente declarado vantagem de atividade criminosa, mas, faticamente, não é provado como uma direta vantagem da infração penal da qual resultou a condenação criminal do arguido e indicado proprietário. Com outras palavras, enquanto a perda das vantagens da infração penal como instrumento clássico normalmente provém do juízo da culpa, este figura apenas como um requisito para que, agregados outros, seja plausível cogitar a aplicação da perda alargada. Essa desvinculação direta com o juízo da culpa e a prova de que o bem ou patrimônio decorre da infração penal acentua os riscos de injustiças: a perda alargada pode gerar efeitos desastrosos a um (suposto) direito de propriedade da pessoa condenada, sequer se atendo a uma proporcionalidade entre o crime objeto da condenação, a pena aplicada pelo juízo da culpa e as reais vantagens angariadas da infração penal elucidada no processo penal (que permanecem atreladas à aplicação ordinária do correlato instrumento clássico de confisco).

Com a constatação dessa dimensão potencialmente muito danosa ao indivíduo condenado penalmente, inclusive não se descartando a hipótese de algo similar ao confisco geral de bens, não surpreende que Luigi Fornari, debruçando-se sobre modalidade de confisco ampliado então previsto na Itália, que tem pontos em comum com o congênere da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o tenha definido como uma verdadeira pena[1483], naqueles sentido e limites evidenciados, por todos, por Claus Roxin[1484].

Também, o TEDH, no vestusto acórdão Welch contra o Reino Unido[1485], chegou a considerar a *confiscation order* como uma pena, embora apenas para impedir, no caso concreto, efeitos retroativos. Rememorando os pontos essenciais daquele julgamento, o TEDH reanalisou os parâmetros usados desde o acórdão Engel e outros contra a Holanda (de 1976[1486]) para inferir a natureza de pena de uma medida frente à CEDH: a) se decorre da condenação por uma infração penal; b) sua natureza, objetivo e qualificação no direito

[1483] FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e techniche sanzionatorie:* Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno". Padova: Cedam, 1997, pp. 63 e ss.
[1484] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal.* Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, IV, V, VI, VII e VIII), Maria Fernanda Palma (texto IX) e Ana Isabel de Figueiredo (texto X). 3.ed. Lisboa: Vega, 2004, pp. 15-89. Tratando do tema dos fins das penas e os princípios constitucionais do direito penal, vide PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal.* Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. 4.ed. Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 51-68.
[1485] Esse julgamento foi objeto do item 4.1.1 deste trabalho, e está disponível em http://www.rm.coe.int.
[1486] TEDH, *Engel and others v. Netherlands*, 8 *June* 1976, n. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5370/72, disponível em http://www.rm.coe.int.

interno; c) o procedimento para sua aplicação e execução; e d) sua gravidade. Com essas premissas, a *confiscation order* da *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 foi rotulada uma pena, já que: a) exigia a condenação do arguido pela prática de crime relacionado às drogas ilícitas; b) tinha por objetivo superar as dificuldades na aplicação de medidas de confisco clássico nas infrações ligadas às drogas, criando aos tribunais poderes mais amplos de ordens de confisco, mas ainda tendo uma natureza preventiva (evitar a utilização de bens em futuras outras infrações de tráfico de drogas e que o crime se afirmasse como uma atividade lucrativa), bem assim um componente punitivo, agregando elementos que integram a noção de pena; c) o procedimento era o mesmo em que definidos o *quantum* e a forma de cumprimento da sanção penal; e d) a gravidade podia ser reputada consentânea com alguns tipos de pena, a despeito da existência de medidas não penais com consequências igualmente gravosas. A conclusão que se seguiu à fundamentação foi no sentido de que a *confiscation order* aplicada a Welch configurou uma pena, gerando, portanto, violação ao artigo 7º, parágrafo 2.º, da CEDH[1487], por conta de seus efeitos retroativos naquele caso concreto.

Transpondo rapidamente os pilares construídos pelo TEDH e usados em Welch contra o Reino Unido ao confisco ampliado da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não é nada desarrazoado apontar que, também: a) exige a condenação do arguido (mas por infração penal do catálogo); b) tem por objetivo superar as dificuldades na aplicação de medidas de confisco clássico, criando aos tribunais leque mais amplo, com natureza preventiva (evitar a utilização de bens em futuras outras infrações e que o crime não compense) e punitiva; c) é aplicada num procedimento enxertado no processo penal; e d) ostenta gravidade por vezes até maior do que a própria pena. A perda alargada, pelo longevo perfil delineado pelo TEDH, tem parecença de uma pena[1488].

Nessa mesma trilha, na Bélgica, Beernaert, referindo-se ao artigo 43quater, § 2.º, daquele Código Penal, que contempla modalidade de confisco ampliado ao agente condenado (por crimes taxativamente previstos em catálogo) que possua patrimônio desproporcional aos seus rendimentos lícitos (com indícios de procedência na prática do

---

[1487] §35 do acórdão *Welch v. United Kingdom*. No §33 do acórdão, o TEDH detalhou a linha condutora à conclusão de que a ferramenta *sub judice* era uma pena: a) as presunções legais eram de que os bens na posse ou domínio do condenado por tráfico de drogas, nos seis anos anteriores de sua constituição como arguido, provinham da atuação criminosa, salvo prova em contrário do próprio arguido; b) a *confiscation order* visava ao produto do tráfico de drogas e não se limitava a um benefício ou enriquecimento efetivo; c) o tribunal, ao fixar o alcance do confisco, podia levar em conta o grau de culpa do condenado, bem assim de aplicar, a ele, a prisão em caso de inadimplemento do valor da *confiscation order*.

[1488] E assim a considera CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, p. 97.

crime, ou de outro igual), reputa-o como uma pena, não somente pelo crime do qual formado o juízo da culpa, mas, ainda, de infrações penais anteriores, não submetidas a um processo penal e sem reconhecimento de culpa, abarcando, inclusive, eventuais ilícitos típicos prescritos[1489].

O confisco ampliado no arquétipo de uma verdadeira pena pode se enquadrar no contexto de consequência próximo a de um direito penal administrativo[1490], cuja conformação há muito já era criticada por Figueiredo Dias: "o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia perniciosa mas difícil de evitar, de por o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social. E é o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal *extravagante* (...) Direito, este que é, em sentido próprio, *direito penal administrativo*: no preciso sentido de que sanciona, com *penas*, a violação de ordenações da *Administração* e se apresenta assim como um *direito administrativo*, senão segundo a competência, por certo segundo a matéria"[1491]. Na definição de Goldschmidt, o direito penal administrativo é "o conjunto dos preceitos através dos quais a Administração do Estado, a que se confiou a promoção do bem público ou estadual, prescreve, dentro da esfera de autorização jurídico-estadual, na forma de preceitos jurídicos, uma pena como sanção administrativa para a contravenção de um preceito administrativo típico"[1492]. Numa ideia, o confisco ampliado identificado como pena quiçá seja simulacro da consequência peculiar que deriva de contra-ordenação: uma espécie de coima, consubstanciada no pagamento de valor, pela evidência de o condenado pela prática de crime grave, comumente atrelado à criminalidade organizada, possuir patrimônio incongruente com seus rendimentos lícitos. A propriedade/posse de um patrimônio injustificado pelo condenado, nesses termos, configura algo à semelhança de uma infração de direito penal administrativo (uma contra-ordenação), cuja sanção (ainda penal) enseja o pagamento de valor correspondente à monta patrimonial desproporcional e inexplicada.

[1489] BEERNAERT. M. A., La loi Du 19 décembre 2002 portant extension des possibilites de saisie et de confiscation en matière pénale. *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelas, a. 2003, n. 5, p. 582.

[1490] O Direito Penal Administrativo, em sua evolução histórica, é explicado didaticamente por ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação. In: CORREIA, Eduardo. et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 78-88.

[1491] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal secundário. In: CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 37.

[1492] GOLDSCHMIDT, J. Das Verwaltungsstrafrecht. Berlin: Carl Heymans, 1902, p. 577, apud ANDRADE, op. cit., p. 88.

Evidentemente, deve-se deixar de lado, numa montagem assim, a distinção de conteúdo de ilícito material entre crime e contra-ordenação[1493], até porque o lastro que dá margem à perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, pode ser tudo menos um ilícito típico positivado. Caso fosse assim, a existência de um patrimônio inexplicado do condenado por crime do catálogo não seria uma presumível vantagem da atividade criminosa, e sim uma ilicitude material em si, quiçá como um crime de enriquecimento ilícito ou injustificado. Sobra, então, cotejar aludida situação patrimonial suspeita como simulacro de contra-ordenação, cuja sanção penal-administrativa ou peculiar coima (também aqui com o pecado de desprezar as substanciais diferenças entre pena e coima) conduz à condenação ao pagamento de valor.

Por outro caminho, também se pode endereçar à perda alargada natureza de pena em se admitindo semelhança com uma ferramenta de confisco geral de bens, como a *confiscation général* prevista em França (artigo 229-49 do *Code Pénal*)[1494]. O confisco geral de bens, recorda Conde Correia, "é uma pena (acessória ou mesmo principal) contra o património que atinge os condenados por determinados crimes graves, independentemente da origem criminosa dos bens a confiscar: a ligação entre a coisa e o crime é irrelevante"[1495]. Obviamente, existem significativas distinções entre a perda alargada e o confisco geral de bens, notadamente porque aquela se pauta e gera efeitos sobre o patrimônio injustificado do condenado, dentro de uma limitação temporal, fatores totalmente insignificantes à pena de confisco geral, que não distingue o que tem ou não fonte lícita, tampouco o momento em que passou à esfera patrimonial do condenado. Noutro enfoque, porém, o confisco ampliado e o confisco geral podem ter pontos em comum, nem que seja quanto ao efeito sobre o patrimônio descoberto do condenado[1496], ou a ambos não se aterem a uma relação direta do patrimônio a ser confiscado como produto

[1493] Na vetusta lição de Schmidt, "o conteúdo material da ilicitude do delito é determinado pelos danos palpáveis e mensuráveis sofridos por um bem jurídico", ao passo que as contra-ordenações não ferem qualquer bem jurídico"; SCHMIDT, Eberhard. *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht.* Tübingen: J. C. Mohr, 1950, pp. 26 e 27.

[1494] Além desse dispositivo, na França, como estudado no item 5.2, a *confiscation* do artigo 131-21 do Código Penal, em infrações penais mais graves, como contra a humanidade ou de tráfico de pessoas, permite o confisco geral do patrimônio do condenado. Chama a atenção que, ao lado dessas modalidades de penas de confisco geral, também há a viabilidade da perda de todo o patrimônio do condenado pela *confiscation*, nas condenações por crimes com pena não inferior a cinco anos de prisão e que resultam vantagem financeira (direta ou indireta), se não houver a demonstração da origem lícita pelo condenado – ou seja, numa conformação mais próxima à figura da perda alargada.

[1495] CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 46.

[1496] Como analisado no tópico 6.11, não há óbice a que a perda alargada corresponda à integralidade do patrimônio do condenado, bastando que este não tenha nenhuma fonte lícita que explique um patrimônio total angariado no período de cinco anos antes de sua constituição como arguido.

ou vantagem do crime[1497], ou, anda, ao desprezo a uma fiel proporcionalidade entre a infração penal e uma apontada sua consequência[1498].

Enfim, ao menos tendo por foco essas nuances, não se pode descartar, peremptoriamente, a cogitação de ser a perda alargada uma pena: de fato, ambas têm alguns evidentes traços comuns.

7.2.1 A perda alargada e a pena possuem finalidade de prevenção e se subsumem ao princípio da subsidiariedade

É indiscutível extrair-se componente de prevenção negativa, geral e especial, das ferramentas de recuperação de ativos como a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. No aspecto, segundo Sousa Mendes, "todas as espécies de sanções jurídicas – desde a indemnização até à pena de prisão – cumprem uma função dissuasória ou preventiva"[1499]. Em complemento, tratando especificamente da sanção criminal, Figueiredo Dias é enfático ao afirmar que "toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial"[1500]. Tem-se, daí, possível ponto de convergência, porquanto viável identificar os critérios de prevenção – geral e especial – intrínsecos à finalidade do confisco ampliado.

Veja-se: mesmo em se descartando a natureza jurídica de pena, é forçoso reconhecer que a perda alargada ostenta aspecto de prevenção negativa, geral (na linha de evitar que outras pessoas cogitem enveredar à criminalidade como meio de obtenção de vantagens patrimoniais) e especial (retirando do condenado a vantagem das outras atividades criminosas nas quais, ao lado do crime em que reconhecida sua culpa, supostamente atuou ou participou). Nessa linha, Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade discorrem que um dos – três – objetivos da perda ou confisco é "de acetuar os

---

[1497] No confisco ampliado, o patrimônio incongruente é considerado vantagem de atividade criminosa por presunção, e não por prova de uma relação direta. E, no confisco geral, o efeito abarca todo o patrimônio do condenado, desimportando sua fonte (se lícita ou não).

[1498] O *quantum* do confisco ampliado guarda relação com o montante do patrimônio do condenado, incongruente com seu rendimento lícito, e não com a culpa ou a gravidade do crime, podendo, pois, ser desproporcional a esses fatores. Em similar, o confisco geral tem seu grau de medida atrelado ao patrimônio do condenado, não respeitando, necessariamente, uma proporcionalidade entre a culpa ou o crime e sua consequência.

[1499] MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 311.

[1500] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal.* Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 84.

intuitos de prevenção geral e especial, através da demonstração de que o crime não rende benefícios"[1501] – a almejada concretização de que o crime não compense.

O mesmo pode ser dito no que tange à pena, por sua inequívoca finalidade preventiva. Baron de Pufendorf já tratava a prevenção como o verdadeiro fim das penas: "para esse efeito é necessário que aquele que cometeu o Crime se corrija; ou que os outros pelo seu exemplo sejam desviados de cometer fatos semelhantes; ou que o Culpado seja neutralizado a ponto de já não poder fazer mal seja a quem for"[1502]. Conceito que não mudou com o tempo, como atesta Sousa Mendes, ao concluir que "o fim das penas criminais é a dissuasão da prática de futuros crimes por parte de indivíduos anti-sociais (a chamada prevenção negativa, geral e especial)"[1503].

Então, infere-se, no que toca à finalidade de prevenção negativa (e nas suas duas faces, geral e especial), a pena e a perda alargada se aproximam; há, pois, nesse terreno, incontestável semelhança. Mas a existência de um fim coincidente é o bastante para fazer da perda alargada uma pena?

Adiando-se a – negativa – resposta, ainda é viável enfatizar outro ponto de atração entre pena e instrumentos de recuperação de ativos como a perda alargada: a submissão ao princípio da subsidiariedade. Mais uma vez, é pertinente socorrer-se da doutrina de Sousa Mendes para a síntese conceitual do aludido princípio: "a pena criminal é a arma mais forte de quantas o legislador tem dependuradas no mostruário das sanções jurídicas. A cominação da pena criminal devia, pois, obedecer a rigorosos critérios de oportunidade e eficácia sociais: o *princípio da subsidiariedade do direito penal*"[1504].

O mesmo fenômeno da obediência estrita ao princípio da subsidiariedade deve incidir tanto à perda alargada como a outras ferramentas legais congêneres de recuperação de ativos, por razões fáceis de elencar. É que, como exaustivamente abordado, os instrumentos de confisco ampliado, por todo lado, não são reputados gratuitamente como musculosos ou remédios fortes: atacam e potencialmente desfalcam o patrimônio do

---

[1501] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 3. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

[1502] Na tradução francesa: *"Pour cet effet, il faut ou que celui, qui a comis le Crime, se corrige; ou que les autres soient détornés par son exemple d'en commettre de pareils; ou que Le Coupable soit mis hors d'état de nuire désormais à qui que ce soit"* [PUFENDORF, Samuel. Le droit de la nature et des gens, ou systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique par le Baron de Pufendorf, traduit du Latin par Jean Barbeyrac. Vols. I e II, Basle: Emanuel Thourneisen, 1771, Vol. II, p. 468 (Liv. VIII, Chap. III, § IX)], apud MENDES, *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 262.

[1503] MENDES, op. cit., p. 425.

[1504] MENDES, op. cit., p. 309.

individuo condenado por determinados crimes graves, tendo por base a presunção de que outras atividades criminosas foram cometidas e geraram vantagens; comumente. Até por isso que, também visto, frequentemente enfrentam críticas contundentes e variadas, indo desde a suposta violação da presunção de inocência, do princípio da culpa, do *nemo tenetur se detegere* e do direito à propriedade, até a inversão do ônus da prova em processo penal[1505]. Em suma, por sua agressividade e força quanto aos efeitos, a despeito de ser ou não uma sanção (e, sendo, de natureza penal ou não), a perda alargada, sem grande esforço, insere-se no rol dos remédios fortes de que dispõe o legislador. Natural, portanto, que se espere sua submissão ao princípio da subsidiariedade.

E essa submissão tem se verificado. Basta lembrar que a perda alargada de Portugal, nas taxativas normas da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, insere-se nas medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, com espectro de aplicação a poucas infrações penais, explicitadas em catálogo (artigo 1.º, n.º 1). Assim igualmente acontece em Espanha, França, Itália, Reino Unido, Estados Unidos da América, Alemanha e Países Baixos[1506]. Por outro lado, o enfrentamento da criminalidade organizada, não só em terras lusitanas, e sim no mundo todo, vai ao encontro de uma idealizada pacificação social (abalada pelo efeitos altamente perniciosos do crime organizado), sendo as metas de que o crime não compense e da descapitalização das estruturas criminosas consonantes com critérios de oportunidade e – possível – eficácia sociais. Eis que, complementadas entre si essas faces, pode-se conceber a amoldagem dos instrumentos de confisco ampliado ao princípio da subsidiariedade.

Contudo, o fato de que tanto a perda alargada quanto a pena obedecem ao princípio da subsidiariedade faz da primeira algo de mesma natureza jurídica do que a segunda? Não há suspense na resposta, já antecipada como negativa. Basicamente, porque nem tudo o que, juridicamente, ostenta alguma finalidade de prevenção negativa e de alguma forma se submete ao princípio da subsidiariedade, é uma pena criminal. Outras sanções jurídicas (como, p. ex., a expropriação civil de bens ou a indenização pelo dano civil) ou, mesmo, medidas sem um componente punitivo, podem conter tais características. A lição de Sousa Mendes, no ponto, é autoexplicativa: se "todas as espécies de sanções jurídicas – desde a indemnização até à pena de prisão – cumprem uma função dissuasória ou preventiva"[1507], obviamente nem tudo o que possui algum fim preventivo é pena. Já quanto ao princípio da

[1505] Temas que mereceram atenção no item 6.9 desta tese.
[1506] Ferramentas de confisco ampliado estudadas no Capítulo 5.
[1507] MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 311.

subsidiariedade, vale raciocínio similar: incide sobre as diversas formas de penas da seara criminal, não há dúvida, mas, também, a outros instrumentos ou sanções jurídicas – do direito penal ou não –, notadamente, aqueles musculados, dentre os possíveis de cogitação pelo legislador, aos quais a perda alargada se alinha.

Pelo exposto, não se pode atribuir ao confisco ampliado a natureza jurídica de pena somente porque ambos agregam a finalidade de prevenção negativa, geral e especial, bem como se curvam ao princípio da subsidiariedade.

7.2.2 A perda alargada pena afronta o garantismo penal?

Numa rápida definição, Sousa Mendes lembra que "o garantismo penal – ou melhor: a *garantia dos direitos* individuais defronte do poder punitivo do Estado – consubstancia-se no chamado princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)"[1508]. Pois, se a perda alargada é uma pena sem um crime – porquanto decorre da suposta prática de outras atividades criminosas para além da resultante na condenação, atividades estas não esclarecidas sequer ao ponto de redundarem numa imputação e muito menos num juízo de culpa –, como depreender assegurados o princípio da legalidade e o próprio garantismo penal[1509]?

Sabe-se, ademais, que o garantismo penal não se subsume apenas ao acato do princípio da legalidade em sua aura formal. O complemento essencial não é olvidado por Sousa Mendes, ao anotar que àquela submissão formal (de que o crime e a pena constem na lei do Estado) deve ser agregada a "limitação do direito de punir às situações em que o sacrifício das liberdades individuais operado através das próprias sanções penais encontra a sua justificação na necessidade de se assegurar em último recurso as condições sociais de revelação das potencialidades dos indivíduos (*princípio da necessidad*e ou *da máxima restrição das penas*)[1510]. Fazendo o liame, até se pode conjecturar que, frente ao fenômeno da criminalidade organizada e seus efeitos nefastos, os instrumentos de recuperação de ativos – tendentes às metas tanto de que o crime não compense quanto de descapitalização das estruturas criminosas empresariais – encontram eco no princípio da necessidade.

[1508] MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 258.
[1509] Pode-se até considerar a perda alargada pena ainda mais gravosa ao *nullum crimen, nulla poena sine lege* do que a infração penal de enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado, que ao menos revela uma relação supostamente direta entre um instrumento de recuperação de ativos ao nível da ilicitude material e o confisco do que se reputa sua vantagem ou produto.
[1510] MENDES, op. cit., p. 258.

Porém, desse raciocínio até a legitimação de que o confisco de todo o patrimônio – literalmente ou em valor equiparado – meramente suspeito de ter fonte ilícita, de alguém condenado e que já recebeu sanção criminal (normalmente de prisão, prevista, por exemplo, como regra, aos crimes do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), é uma pena que atende ao princípio da necessidade, resta uma grande distância.

É muito difícil conceber a perda alargada entabulada como uma pena consonante com "a máxima restrição das penas", seja pelo alcance limitado ao todo no que toca ao patrimônio de alguém (frise-se, condenado por crime grave e usualmente ínsito à atividade da criminalidade organizada), seja porque não restrita, ao menos pelo viés da proporcionalidade, às vantagens do crime pelo qual reconhecida a culpa, seja pela evidência de que não é – de tal crime – uma relação de causa e consequência.

Logo, a consideração da natureza jurídica da perda alargada como uma pena soa aviltante ao garantismo penal em sua expressão mais famosa, sintetizada pelo princípio da legalidade, na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, atribuída a Paul Johann Anselm von Feurbach (1775-1883)[1511].

7.2.3 A perda alargada pena viola princípios estruturantes do processo penal?

Outra possível consequência de considerar o confisco ampliado como pena reside na constatação de violação dos princípios da culpa e da presunção de inocência, além da inversão do ônus da prova em processo penal[1512]. Isso porque, para admitir a perda alargada como pena, é necessário também considerar pena aquilo que se presume, por exemplo, no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, isto é, que constitui "vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito". Ou seja, a pena de confisco ampliado decorre da presumida culpa do arguido, uma vez não apurada a relação direta entre o crime pelo qual condenado e os bens pretendidos como perda em favor do Estado. E, é cediço, o sentido da pena é e sempre deve ser indissociável do crime[1513].

[1511] MENDES, Paulo de Sousa. *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 258.

[1512] É a tônica da obra de MATOS, Maria José dos Santos. *Perda de bens na Lei nº 5/2002:* requiem pelo Estado de Direito. Porto: Edições Esgotadas, 2017, que, sem exagero, intenta sepultar a perda alargada como concebida pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

[1513] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal.* Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. 4.ed. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 51.

No ponto, vale lembrar o ensinamento de Maria Fernanda Palma, ao referir a necessidade de o aplicador do direito penal testar todas as circunstâncias que possam servir de obstáculo à responsabilidade do agente, afastando a culpa quando não há alternativa: "uma ordem jurídica não pode justificar a restrição da liberdade e a censura pessoal pelo facto proibido sem assegurar um espaço de desculpa e não responsabilidade"[1514]. Se a culpa, na perda alargada pena, é presumida, que espaço para a evidência da desculpa ou da não responsabilidade terá o arguido?

Além disso, a perda alargada como sanção penal, ao que tudo indica, viola a presunção de inocência, já que aplicada ao condenado sem que a acusação prove que o objeto do confisco é vantagem do crime pelo qual foi condenado. E pena da perda alargada acarreta a inversão do ônus da prova no objeto precípuo do processo penal, tocando ao arguido a carga de evidenciar sua inocência e, assim, impedir uma sanção criminal – cominada, em última análise, com consequência de uma presunção.

São, portanto, graves e difíceis de superar os problemas jurídicos. Mas não é pela gravidade ou por temor de reflexos possíveis de inconstitucionalidade (ou inconformidade com a CEDH) que se deve, de pronto, descartar a pena como a natureza jurídica da perda alargada.

7.2.4 Fundamentos comuns ao TEDH e ao Tribunal Constitucional português no sentido de que a perda alargada não é uma sanção penal

Como ponto de partida, a despeito da inexistência de uma jurisprudência universal acerca das várias ferramentas de confisco ampliado espalhadas nos ordenamentos dos Estados-Membros da União Europeia, podem-se buscar, nas decisões do TEDH[1515] e nas mais recentes do Tribunal Constitucional português[1516], fundamentos que distanciam a perda alargada de uma pena. Como denominador comum a essas decisões, extrai-se o fundamento de que as modalidades de confisco ampliado não ferem os princípios da culpa e da presunção de inocência.

Na linha do que delimitado no julgamento Phillips contra o Reino Unido, e até bem antes[1517], interpretando o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, o TEDH tem afiançado que o

[1514] PALMA, Maria Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 132.
[1515] Vide item 4.1.
[1516] Analisadas no item 4.2.
[1517] Fundamentação exposta pelo TEDH no acórdão Messegué e Jabardo contra Espanha, 6 de dezembro de 1988, n. 10590/83, §77, disponível em www.echr.coe.int.

princípio da presunção de inocência somente tem incidência em favor da pessoa contra quem se atribui, em processo penal, a prática de ilícito típico. Isto é, tal pessoa deve ser considerada literalmente inocente, como se nenhuma infração penal tivesse cometido, até que a acusação apresente provas suficientes para que um tribunal imparcial, num processo penal, julgue-a culpada e a condene. O mesmo princípio, ainda, enseja que juízes e integrantes de tribunais não tenham qualquer ideia preconcebida sobre a culpa do arguido, bem assim que não se antecipe juízo acerca da culpa antes da decisão final proferida no processo penal[1518]. Pois, tendo em conta essa definição da presunção de inocência, forçoso reconhecer que a perda alargada não macula o princípio que invoca tal garantia, tampouco o princípio da culpa: porque no confisco ampliado a presunção da procedência ilícita do patrimônio injustificado não atribui ao arguido a prática de nenhum outro ilícito típico, nem gera-lhe o risco de receber outra sanção de natureza penal. Além disso, a condenação por crime grave e comumente gerador de lucro, que funciona como um dos requisitos de admissibilidade da perda alargada, é julgada no processo penal, em que respeitada a presunção de inocência. Ou seja, quando do debate acerca da perda alargada em seu procedimento específico (em Portugal, a liquidação enxertada no processo penal, e não um novo processo penal), a "culpa" do condenado está formada. Assim, também o princípio da culpa sobra intacto.

Quiçá essa fundamentação torne-se mais complexa tendo por base não a perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e sim, por exemplo, os instrumentos de confisco ampliado do Reino Unido (antes, a *confiscation order*; atualmente, a *criminal confiscation*[1519]). É que a perda alargada portuguesa é apreciada e decidida na liquidação, procedimento enxertado e concomitante ao processo penal, ao passo que a fixação do confisco ampliado e seu *quantum*, no Reino Unido, dá-se em momento posterior ao julgamento da culpa, e simultaneamente à definição da aplicação da pena. Além disso, em hipótese alguma o inadimplemento do pagamento do valor determinado por força do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, pode conduzir à prisão do condenado ou a um acréscimo do tempo de prisão imposto como pena. Já no Reino Unido, desde a vigência da *confiscation order*, é facultado ao tribunal infligir ao condenado um período de prisão – sem interferência na pena privativa de liberdade decorrente do juízo da culpa – em não havendo o pagamento do valor atribuído

[1518] TEDH, Messegué e Jabardo contra Espanha, 6 de dezembro de 1988, n. 10590/83, §77, disponível em http://www.echr.coe.int.
[1519] Vide tópico 5.4 desta tese.

como equivalente ao presumível proveito do crime, no lapso temporal estipulado. Assim, se algumas características da figura de confisco ampliado existente no Reino Unido dão margem à cogitação de que seja uma pena ou efeito da pena, instrumentos de recuperação de ativos com a perda alargada de Portugal soam, de plano, menos propensos a tais definições. Vale lembrar, entrementes, que em *Phillips versus United Kingdom*, o TEDH deteve-se exatamente na *confiscation order* britânica (do *Drug Trafficking Act* de 1994), enfrentando, dentre outros, o argumento de violação do princípio da presunção de inocência pela suposição de o confisco representar uma nova acusação, resultando a conclusão de que, embora sendo equivalente a uma penalidade no sentido preconizado pela CEDH, não se tratava de uma sanção penal e nem contrariava aquele princípio[1520].

Noutro aspecto, a inversão do ônus da prova, característica comum, em maior ou menor medida, das ferramentas de confisco ampliado, tem sido chancelada pelo TEDH como consonante com a CEDH, o que, *a contrario sensu*, acaba por rechaçar a natureza jurídica de pena. Pensa-se, não poderia ser diferente, pois se recolhe das várias espécies de confisco ampliado a feição de que a carga probatória que se atém à culpa do arguido em momento algum é relativizada, diminuída ou dividida. Segue sendo mister exclusivo da acusação o ônus da prova concernente ao juízo da culpa, e é tão-somente no processo penal em que se debate e julga a infração penal: cumpre ao Ministério Público provar a culpa, beneficiando-se o arguido da dúvida pela presunção de inocência, mesmo se optar pelo silêncio e pela inércia, não produzindo prova alguma. Todavia, no procedimento cujo objeto é a perda alargada (mesmo quando enxertado no processo penal), tem lugar a presunção de que o patrimônio do arguido, não explicado em fonte lícita, provém de sua atividade ilícita, desde que, como requisito, advenha o juízo de formação da sua culpa – condenação – no processo penal. Em procedimentos como a liquidação do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o Estado-acusação segue com carga probatória, mas de jaez distinto, no sentido de provar a existência de um patrimônio do arguido e de que todo ou parte é incongruente com seu rendimento lícito; o ônus de prova do arguido inicia apenas aqui, a saber: evidenciado um patrimônio incongruente, deve ele produzir elementos de ilisão à presunção da procedência ilícita, pela clarificação seja da fonte lícita, seja de que proveniente de período anterior a cinco anos da constituição como arguido.

Em suma, como o TEDH tem reconhecido desde o acórdão Phillips contra o Reino Unido, há uma distribuição do ônus da prova, mas não no processo penal e muito menos no que se vinca à culpa. Nas palavras de Cordero Blanco, “existen algunas situaciones en las

[1520] O exame pormenorizado do acórdão *Phillips versus the United Kingdom* foi objeto do tópico 4.1.2.

que el TEDH admite que la carga de la prueba no recaiga exclusivamente en la acusación, siendo una de ellas la imposición del comiso de los bienes de origen delictivo"[1521]. Ao fazer essa ressalva, o TEDH parece ser definitivo em divorciar instrumentos de confisco ampliado como o da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro da natureza jurídica de pena, até porque é inconcebível que aquele tribunal relativize ou divida o ônus da prova tendente à aplicação de uma pena, algo intrinsecamente amarrado ao juízo da culpa. Recorrendo-se mais uma vez a Cordero Blanco na interpretação das decisões do TEDH acerca de ferramentas de confisco ampliado: "en esta materia se puede invertir la carga de la prueba cuando se trata del comiso de los bienes que sean el producto del delito, algo que el proprietario de los bienes debe rebatir, o si no se quiere llegar tan lejos, se puede reducir el nivel de la prueba a un cálculo de probabilidades, en lugar del criterio habitual en materia penal que exige una prueba de la culpabilidad fuera de toda duda razonable"[1522].

Também, sem ignorar que há margem à controvérsia, pode-se afirmar que os parâmetros utilizados pelo TEDH desde o acórdão Engel e outros contra a Holanda[1523] para indicar se um instrumento legal tem natureza penal frente à CEDH tendem a afastar o confisco ampliado da natureza jurídica de pena[1524]. Aqueles parâmetros[1525], repetidos no acórdão Welch contra o Reino Unido[1526], se confrontados com os requisitos ordinariamente previstos às ferramentas de confisco ampliado, remetem a pontos que podem indicar semelhanças ("decorrer" de condenação criminal, ter procedimento para aplicação vincado a um processo penal e ser potencialmente grave quanto aos efeitos), mas, na mesma medida, dissonâncias essenciais. Veja-se que a perda alargada, em verdade, não decorre de uma relação direta da condenação criminal, que serve somente como um dos requisitos. O objetivo comum dos meios de confisco ampliado é recolocar o condenado – por crimes graves e geradores de lucro – na posição patrimonial anterior às atividades criminosas presumivelmente cometidas, sendo qualificado nos ordenamentos internos de modo variado, mas muito raramente como uma pena. A despeito de ser objeto de procedimento,

---

[1521] Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 82.

[1522] BLANCO CORDERO, op. cit., p. 82.

[1523] TEDH, *Engel and others v. Netherlands*, 8 *June* 1976, n. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5370/72, disponível em http://www.rm.coe.int.

[1524] O exame dos aludidos parâmetros, especificamente em relação à perda alargada de Portugal, será objeto do item seguinte deste trabalho.

[1525] Listados no item 7.2, retro, e que, inclusive, podem convergir à visão de parecença da perda alargada com a pena.

[1526] Vide item 4.1.1 deste trabalho.

nalguns casos, enxertado num processo penal (como em Portugal, na Espanha e na Itália), já visto que não se confunde com o exame e o juízo da culpa ou com qualquer tópico concernente ao direito penal material, focos precípuos do processo penal. E, pela ótica da gravidade, se é factível poder ter efeito patrimonial severo ao condenado, por outro lado, diante de infração penal de intensa censurabilidade, pode resultar consequência ínfima ou nenhuma ao agente cuja culpa foi reconhecida.

A fundamentação que exsurge das decisões do TEDH, com mais ênfase desde Phillips contra o Reino Unido, vai ao encontro do posicionamento mais recente do Tribunal Constitucional português[1527], na linha de não atribuir à perda alargada a natureza jurídica de pena.

Para exemplificar, o acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional português, julgado de mais densa fundamentação no que toca ao apreço da constitucionalidade da perda alargada, evidenciou que a presunção legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não implica nova imputação penal ao arguido ou risco de sanção, restringindo-se a possibilitar o confisco pela suspeita da origem ilícita; ainda, que escopo do instrumento é de restaurar uma ordem patrimonial segundo o direito, figurando a condenação criminal como mero requisito. Assim, e já que somente após perfectibilizada a condenação é que aquela presunção pode ser considerada no procedimento em que se discute a existência de um patrimônio do réu, inexplicado em fonte lícita, mas sem nenhum juízo de censura ou de culpa em termos ético-jurídicos, concluiu o Tribunal Constitucional que a perda alargada não tem natureza jurídica de pena.

Com efeito, pode-se asseverar que, se buscada como fonte a jurisprudência do TEDH e do Tribunal Constitucional português, será difícil sustentar o entendimento de que o confisco ampliado é uma pena.

7.2.5 Os parâmetros criados pelo TEDH para caracterizar se há acusação em matéria penal não se coadunam com a liquidação do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro

O TEDH, nos acórdãos Engel e outros contra a Holanda e Welch contra o Reino Unido, além de ilustrar os parâmetros que, por sua ótica, definem se determinado instrumento legal tem natureza jurídica de pena em face da CEDH, em paralelo, listou o

[1527] Vide acórdãos nºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015, analisados, respectivamente, nos itens 4.2.1, 4.2.2 e 4.2.3.

que considera os três requisitos básicos a evidenciar se um procedimento legal comporta acusação em matéria penal: a classificação no direito interno; sua natureza; e o tipo e a gravidade da consequência imposta ao arguido/condenado.

Quanto ao primeiro aspecto, a despeito da controvérsia que ainda remanesce na doutrina, é possível asseverar que o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não é classificado no direito interno de Portugal como uma pena. Não apenas porque, recentemente, o Tribunal Constitucional adotou tal entendimento[1528], mas, sobremodo, pela evidência de que nem a liquidação do artigo 8.º implica uma nova acusação contra o arguido, e nem a aplicação dos efeitos da perda alargada constitui a imposição de uma nova sanção criminal, seja decorrente do crime pelo qual o arguido resultou condenado, seja por qualquer outro. Explicitado à saciedade neste trabalho, na liquidação não há debate ou juízo acerca da culpa, e sim a apuração da existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do arguido, dando espaço à presunção de que tal patrimônio constitui vantagem da atividade criminosa, caso o arguido não a ilida. Já a acusação em matéria penal e o juízo da culpa permanecem, exclusivamente, no âmbito do processo penal – em que o procedimento da liquidação está enxertado –, prestando-se a condenação pelo crime do catálogo como espécie de "requisito-gatilho", a partir do qual torna-se plausível a aplicação da perda alargada.

As características mais marcantes que podem dar azo à classificação da perda alargada no direito interno português como uma acusação em matéria penal (e, ao efeito propriamento dito do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, como uma pena) parecem não se dissociar da concomitância da liquidação com o processo penal e do fato de ela estar nele enxertado. Em verdade, deve-se admitir que não é singelo o inovador (ao direito português) mister trazido ao arguido pelo artigo 9.º, n.ºs 1 a 5, consubstanciado em, ao mesmo tempo, defender-se da acusação em matéria penal pelo ilícito típico do catálogo do artigo 1º, n.º 1, inclusive com eventual estratégia de valer-se do direito ao silêncio, sem carga probatória, e, ao lado, atuar proativamente, manifestando-se com relação ao reputado patrimônio incongruente e produzindo prova de que tem fonte lícita ou proveio há mais de cinco anos de sua constituição como réu. Quiçá essa complexidade pudesse ser remediada se, mediante alteração legislativa, a liquidação deixasse, em Portugal, de ser simultânea e incorporada ao processo penal; porém, mesmo permanecendo aonde estabelece o artigo 8.º,

[1528] Vide acórdãos nºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional, todos refutando a perda alargada como uma pena.

isso não pode, por si só, sustentar a afirmação de que o procedimento é um novo processo penal e a perda alargada é uma nova pena.

Pensa-se, na mesma toada que deu base à fundamentação do acórdão nº 392/2015 do Tribunal Constitucional, é preciso reconhecer que no procedimento do artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não há acusação em matéria penal, desservindo, no ponto, a classificação da perda alargada como uma pena ou algo decorrente exclusivamente do juízo da culpa[1529]. Aliás, o acórdão nº 392/2015 do Tribunal Constitucional escancara que o viés da perda alargada portuguesa "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"[1530].

Atinente ao segundo critério adotado pelo TEDH, igualmente não se infere da perda alargada a natureza de uma pena. Muito do raciocínio acima desenvolvido vale aqui, uma vez que, afastada da liquidação a característica de uma nova acusação em matéria penal, soa quase como corolário lógico divorciar da consequência do procedimento (a declaração de perda do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) a natureza de pena. Mesmo assim, calha lembrar que há vozes na doutrina –inclusive, com eco no pretérito acórdão do TEDH Welch contra o Reino Unido – considerando a perda largada como uma pena, sem que para isso se atribua à liquidação uma acusação pelo cometimento de outro ilícito típico. A despeito disso, e se ainda está pendente uma definição precisa da natureza jurídica da perda alargada[1531], é possível, anuindo à interpretação dada pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos nºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015, ao menos refutá-la como

[1529] Para legitimar essa assertiva, pode-se recordar a interpretação dada pelo TEDH ao confisco ampliado britânico (antes, *confiscation order*, e, mais recentemente, *criminal confiscation*) após o acórdão *Phillips versus Reino Unido*. Mesmo lá sendo possível o decreto da prisão do condenado em caso de inadimplemento do pagamento do valor gerado da ordem de confisco, algo impensado e, portanto, totalmente vedado à perda alargada lusitana, aquele confisco ampliado não é classificado com natureza jurídica de pena, mormente com fulcro no argumento de que a demanda de confisco não implica, de forma alguma, na imputação de um novo ilícito típico. É certo, porém, que pesa, para que se mantenha essa linha de entendimento, o fato de as resoluções de confisco, no direito britânico, ocorrerem intrinsecamente ao procedimento de imposição de pena ao condenado, que tramita posteriormente ao processo penal do qual resultante a condenação. A peculiaridade de não comportar uma nova acusação e ser tratado juntamente com o procedimento que cuida da aplicação da pena propriamente dita (resultante diretamente do juízo da culpa), em similar à determinação de uma sanção de multa ou do tempo de cumprimento da pena, foi o suficiente para que o TEDH, desde *Phillips versus Reino Unido* (vide §34 do acórdão, com ênfase, no caso concreto, na não incidência do princípio da presunção de inocência na ferramenta da *confiscation order* da legislação de 1994), passasse a afastar do confisco ampliado criminal daquele Estado a natureza de pena. Essa temática foi abordada no item 4.1.2 desta tese.

[1530] Trecho do acordão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional português, analisado no tópico 4.2.2.

[1531] Tanto que reside aí o objeto principal deste trabalho.

uma pena. E, afastada como uma pena, deixa-se ao desenrolar deste trabalho a meta do encontro de uma conceituação definitiva quanto à sua natureza jurídica.

Como último traço arrolado pelo TEDH, observa-se que o tipo e a gravidade da consequência imposta pela perda alargada podem dar-lhe molduras variadas, dependendo do ponto de vista. Inclusive, de uma verdadeira pena.

Embora sedimentado que, para que o tribunal declare o valor que deve ser perdido em favor do Estado (artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), não há nova imputação de ilícito típico, tampouco novel censura concernente à culpa do já condenado pela prática de crime do catálogo, é inequívoco que a perda alargada é sempre potencialmente geradora de efeitos gravíssimos, não raro desproporcionais à gravidade do crime pelo qual o agente foi condenado. Diferentemente das modalidades de confisco clássico como as previstas no Código Penal, a perda alargada não atinge meramente bens ou patrimônio diretamente ligados ao crime pelo qual o arguido restou condenado. Com a conformação trazida no Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e à semelhança de outras figuras de confisco ampliado disseminadas pela Europa e pelo mundo, a perda alargada permite efeitos muito além dos alcançados pela ordinária perda dos produtos e vantagens da infração penal.

Serve o exemplo de agente condenado por único crime de tráfico de armas, recebendo, daí, pena privativa de liberdade mínima cominada. Entretanto, estando aludida infração penal prevista no catálogo do artigo 1.º, n.º 1, alínea c), é cabível a incidência das normas do Capítulo IV da lei especial, sem a necessidade de prova de que praticada de forma organizada (artigo 1.º, n.º 2). Como efeito disso, o Ministério Público, no caso, junto com a acusação, após investigar o patrimônio do agente e desvendar que ele possuía cerca de 1.000.000,00 de euros quando constituído arguido, mas renda lícita capaz de justificar a posse de 1/10 desse montante, liquida a diferença de 900.000,00 euros como devendo ser perdido a favor do Estado. Ao fim da liquidação, o arguido, não conseguindo fazer prova apta a ilidir a presunção da procedência ilícita daquela quantia, vê-se compelido, por declaração do tribunal, a pagá-la como perda alargada. Vê-se, do exemplo, flagrante desproporcionalidade entre o crime pelo qual o agente foi condenado (com juízo de culpa em patamar brando, tanto que resultante no apenamento mínimo) e a envergadura da declaração da perda alargada, captando cerca de 90% do patrimônio detido pelo condenado – efeito talvez mais gravoso do que a pena corporal.

O exemplo acima pode ser incrementado com tintas de ainda maior dramaticidade, em se cogitando que o arguido, por déficit na defesa patrocinada por seu advogado no

curso da liquidação, deixa de fazer prova de que os 900.000,00 euros, apontados pela acusação como patrimônio incongruente, na verdade foram obtidos como herança ou de atividade comercial ocorrida há mais de cinco anos de sua constituição como arguido pelo ilícito típico de tráfico de armas. Na hipótese, em havendo a declaração da perda alargada de 90% do patrimônio do condenado, mais do que despropocionalidade ou extrema gravidade da medida, estaria ela imbuída de flagrante injustiça.

Por esses contornos, factíveis, não se há como negar que a perda alargada pode resultar consequências extremamente graves ao condenado, até mesmo mais danosas do que a própria pena originada do juízo da culpa pelo crime cometido.

A gravidade, critério estabelecido pelo TEDH, então, poderia atrair a perda alargada a uma aproximação à natureza de pena. Ocorre que tal elucubração decorre de uma visão fragmentada da perda alargada, pelo viés singelo de que, se capaz de gerar tamanhos efeitos ao condenado, gravíssimos e até desproporcionais ao juízo da culpa, só pode ser o que de pior o Estado está autorizado a infligir ao cidadão: uma sanção criminal. Mas o mesmo raciocínio, apenas inverso, também se presta para afastar a perda alargada da natureza jurídica de uma pena: exatamente por ser potencialmente grave ou gravíssima – tão somente em âmbito patrimonial –, e/ou inequivocamente desproporcional ao juízo da culpa, é que a perda alargada não é uma sanção criminal.

7.2.6 A ressalva inicial do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, dissocia a perda alargada de uma pena

Especificamente ao ordenamento português, outro ponto digno de reflexão, que redunda no enfraquecimento da cogitação da perda alargada como pena, cinge-se à possibilidade de o tribunal considerar, "nos termos gerais, toda a prova produzida no processo" (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) para o fim de fazer incidir os efeitos do instrumento de recuperação de ativos. Ao que parece, aludida ressalva, contida ao início da norma que trata da prova acerca do patrimônio injustificado do arguido (e que pode conduzir à declaração de efeitos de perda alargada), vai ao encontro do direito a um juízo justo, previsto como garantia no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

Aliás, esse tema foi abordado no acórdão Phillips contra o Reino Unido, relativamente à *confiscation order* então vigente na legislação britânica, tendo o TEDH julgado que, embora o princípio ou o direito a um juízo justo tenha espaço no procedimento de aplicação de confisco (naquela legislação, posterior ao processo penal e

coincidente com a fase de fixação da pena), não ocorreu violação no caso concreto. Fundamentou o TEDH, em suma, que a existência da presunção legal – de que parcela do patrimônio de Phillips, condenado por crime ligado ao tráfico de drogas, provinha de atividade criminosa –, por si só, não acarreta ferimento ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, que não conforma um direito absoluto; pois, como anota Branco Cordero, *"ya que todo sistema jurídico conoce presunciones de hecho o derecho a las cuales el Convenio no pone obstáculo, siempre y cuando los Estados contratantes no superen algunos límites que tienen en cuenta la gravedad de lo que está en juego y preserven el derecho de defensa"*[1532]. Outrossim, reconheceu o TEDH que, naquele caso *sub judice*, Phillips teve assegurada a ampla garantia de ilidir a presunção, mediante a produção de provas suficientes para pelo menos gerar dúvida ao tribunal – hipótese em que, sem atingir, *on the balance of probabilities*, lastro à presunção, acabaria por não aplicar a modalidade de confisco ampliado. Nesse contexto, decidiu o TEDH que a *Crown Court*, ao aplicar a *confiscation order*, preservou o princípio ou o direito a um juízo justo[1533].

Transpondo a fundamentação àquela altura vazada pelo TEDH à perda alargada lusitana, é de todo plausível aduzir que o grifo inserto no começo do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, faz eco ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. De modo que, a despeito da força que brota da presunção do artigo 7.º, n.º 1, e mesmo havendo inércia ou insucesso do arguido em ilidi-la com sua carga probatória, é lícito ao tribunal observar a prova do processo penal e da liquidação para o fim de decidir pela aplicação e pela dimensão dos efeitos da perda alargada.

E a ressalva de proteção legal, ao lado de refletir garantia insculpida na CEDH, acaba se tornando mais um entrave à conceituação da perda alargada como uma pena. Isso porque, fosse uma pena, incumbiria ao tribunal fixá-la dentro dos parâmetros legais. Até mesmo poderia o tribunal determinar sua não aplicação, dentro das restritas situações legais; mas, afora tais situações, não poderia o tribunal negar-lhe aplicação pelo cotejo "de toda a prova produzida no processo", após firmado o juízo da culpa. E na perda alargada isso é possível, sobrando, então, ponto de distinção com a natureza jurídica de pena.

[1532] BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 85.

[1533] Todas as vicissitudes do acórdão do TEDH Phillips contra o Reino Unido foram analisadas no tópico 4.1.2.

7.2.7 A perda alargada não tem vinculação direta com a condenação e nem guarda relação de proporcionalidade com o crime cometido

Atribuir natureza jurídica de sanção penal à perda alargada esbarra na constatação de que ela decorre da descoberta de um patrimônio desproporcional com o rendimento de quem resulta condenado por ilícito típico que, corriqueiramente, gera vantagem econômica: com outros termos, o confisco ampliado não é aplicado em virtude da condenação (ou da culpa) por certo crime, que serve apenas como um dos requisitos.

Para espelhar a inconsistência de conceituar o instrumento de recuperação de ativos como pena, recorre-se a mais um exemplo hipotético: dois arguidos, João e José, são condenados pelo ilícito típico de peculato, em concurso de pessoas, num mesmo processo penal. Em relação a João, o Ministério Público apura patrimônio de um milhão de euros e rendimentos lícitos que justificam quinhentos mil euros; quanto a José, é descoberto patrimônio de quinhentos mil euros e rendimento lícito que suporta esse montante. Ao fim do processo, julgando o tribunal a existência de culpas equivalentes, João e José são condenados em penas privativas de liberdade idênticas, mas João, não logrando êxito em justificar a origem lícita de quinhentos mil euros de seu patrimônio, sofre os efeitos da perda alargada nesse montante, ao passo que José sequer tem que se defender de pretensão patrimonial qualquer do Ministério Público, pois ausente liquidação direcionada contra ele porque não descortinado um patrimônio incongruente com seu rendimento lícito. No caso, em que reconhecidas as culpas equivalentes de João e José, ambos sofrendo a mesma pena privativa de liberdade pela prática de igual ilícito típico, pensa-se não há como justificar, juridicamente, por que João sofreu a grave "pena" extra consistente em ter de pagar quinhentos mil euros, correspondentes ao seu patrimônio incongruente. Sendo a perda alargada uma pena, tem-se flagrante injustiça.

Outra situação conjecturada expõe ainda mais o equívoco de tratar a ferramenta legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, como pena. Os mesmos João e José são condenados por peculato, após processados conjuntamente, em virtude do concurso de pessoas. Atinente a João, vêm à tona patrimônio de um milhão de euros e rendimentos lícitos que justificam quinhentos mil euros; e José tem evidenciado patrimônio de quinhentos mil euros, com rendimento lícito que suporta esse montante. Porém, o tribunal, pelo caderno probatório da ação penal, depreende que José planejava e liderava todas as ações ilegais, mantendo contatos, acertando valores e marcando as datas e locais da concretização dos atos de recebimento de dinheiro; João, por sua vez, obedecia às

ordens de José e mais se prestava a auxiliá-lo nos atos concretos de recebimento de dinheiro. Com efeito, o tribunal, reconhecendo a José culpa sobremaneira maior do que a de João, condena aquele ao dobro da pena corporal aplicada a este. Mas, em similar à primeira hipótese, João, por inerte ou incapaz de demonstrar a fonte lícita de quinhentos mil euros de seu patrimônio, sofre os efeitos da perda alargada, ao passo que José não recebe nenhuma medida de confisco ampliado de bens. Nesse segundo exemplo, há exponencial aumento da injustiça: José, com culpa reconhecidamente maior, não sofre a "pena da perda alargada"; João, de menor culpa, é condenado à pena extra do confisco ampliado (em verdade, do pagamento) de quinhentos mil euros.

Os exemplos enfatizam que, para a cogitação da perda alargada, não se considera a gravidade do ilícito típico ou a culpa do agente, não existindo proporcionalidade daí para com o efeito do confisco a ser operado. Conceber o confisco ampliado como pena implica aceitar que o indivíduo condenado acabe arcando com uma segunda sanção, não cominada no preceito secundário da infração penal e desproporcional à sua culpa.

Em conclusão: a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, assim como os instrumentos legais de confisco ampliado que reputam vantagem de atividade criminosa os bens ou patrimônio sem justificativa nos rendimentos lícitos de pessoa condenada por determinados crimes graves, não têm natureza jurídica de pena.

7.3 A perda alargada é um efeito da pena?

Reprisando o historiado no Capítulo 2, com a evolução do direito romano, instrumentos de confisco como o *publicatio bonorum* e o *fiscus* passaram a ser utilizados para a devolução dos bens ao povo e ao fisco, respectivamente. Na altura, o *publicatio bonorum* era visto como um efeito da condenação, e, o *fiscus*, como consequência de uma apreensão oficial[1534]. Depois, já na Idade Média, o confisco seguiu previsto como consequência colateral para os crimes mais graves (como os apenados com a morte), culminando para escopos cada vez mais econômicos e políticos nos Estados absolutos[1535]. E, mais recentemente, as codificações penais consolidaram ferramentas legais clássicas de confisco, tendo por alvo instrumentos, produtos, vantagens e recompensas da infração penal. Essas modalidades de confisco, embora consideradas por Figueiredo Dias como

[1534] BRASIELLO, Ugo. Confisca, Diritto Romano. In: AA. VV. *Novíssimo Digesto Italiano, IV*. Torino: Utet, 1974, p. 35.
[1535] Cf. ALMEIDA, Cândido Mendes. *Auxiliar Jurídico:* Apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 120.

uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança"[1536] (rechaçando-se, por exclusão, o conceito de efeito de pena[1537]), também são reputadas como "pena acessória"[1538], algo "mais próximo das penas do que da medida de segurança"[1539] ou "uma medida de não tolerância com uma situação patrimonial ontologicamente ilícita, tendente a impedir um lucro ilícito"[1540]; e, no Brasil, constam na Constituição Federal e no Código Penal como "efeito da condenação", sendo assim definidas, com variantes, por grande parcela da doutrina[1541].

Pois, tendo a perda alargada, ao menos finalisticamente, meta análoga a dos instrumentos clássicos de confisco das vantagens da infração penal, além de ambos serem positivados em legislações penais, e potencialmente vincados a uma condenação criminal, não surpreende que se cogite o confisco ampliado como efeito da condenação ou da pena. Para exemplificar, González Cussac, na Espanha, tratando do *comiso ampliado* aludido pela Decisão Quadro 2005/212/JAI, que deu impulso à *Ley Orgánica* 5/2010 (diploma que introduziu, no artigo 127, n.º 1, do Código Penal, essa moldura de recuperação de ativos), considera-o como uma pena acessória, merecendo acomodação pela doutrina em nicho similar aonde se encontram os instrumentos clássicos de confisco. Até por guardar tal

---

[1536] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 638.

[1537] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 452, nota 2.

[1538] CUNHA, João Manoel Damião da. *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 7.

[1539] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 307.

[1540] RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, pp. 202-204; e assim também em RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 47-53.

[1541] Efeito "de natureza penal", segundo ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 774-775; "extrapenal genérico da condenação", CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006, p. 39; e BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Geral, V. 1, 13ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 691-693. Efeito "extrapenal da condenação de natureza civil": MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal:* Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP, Volume I. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 331-332; e PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* Parte Geral. Vol. I. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 679. Efeito "de natureza reparatória ou preventiva", cf. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 282; e MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

natureza, há, segundo tal autor, dificuldade de amoldar o *comiso ampliado* naquela altura esboçado com o princípio da inocência, porquanto não se tem conhecimento da infração penal subjacente à objeto da condenação e que teria levado o condenado à obtenção de vantagens ilícitas[1542]. Noutro exemplo possível, nos Estados Unidos da América, o *criminal forfeiture* tem sido intitulado uma consequência da condenação, com caráter punitivo simultâneo ao controle da propriedade, direcionado exclusivamente ao condenado proprietário do objeto do confisco[1543].

Na doutrina portuguesa, colhe-se de Augusto Silva Dias a síntese do entendimento de que a perda alargada é um efeito da pena, com natureza eminentemente penal, de consequência patrimonial e não automática, já que "cumpre finalidades político-criminais idênticas à da perda de bens e vantagens relacionados com a prática do crime: reforçar na consciência coletiva o lema de que o crime não compensa e evitar que o patrimônio obtido de forma criminosa organizada seja utilizado para cometer novos crimes ou para ser 'investido' na economia legal"[1544]. Percebe-se daí boa parte da lição de Figueiredo Dias, que visualiza o caráter penal nos efeitos das penas, que, contudo, não têm a natureza das penas por não ostentarem "o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios daquelas"[1545]. Por isso é que Figueiredo Dias divorcia os efeitos das penas das circunstâncias ligadas à culpa, aqueles se justificando "unicamente em exigências de prevenção (nomeadamente de segurança geral e individual)"[1546].

[1542] O autor também defende que o *comiso ampliado* fere (mas em menor medida do que a presunção da inocência) o princípio *ne bis in idem* e a regra da coisa julgada. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Decomiso y embargo de bienes. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madri, a. 60, nº Extraordinário 2015 (Ejemplar dedicado a: la armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa), 2006, p. 16.

[1543] DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015, pp. 15-16. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.

[1544] DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 39. À semelhança, Jorge dos Reis Bravo: "a verdade é que, materializando-se o pedido de liquidação num 'enxerto', em que se visa, não tributar um rendimento ou património subtraído à competente liquidação tributária – podendo até dar-se o caso de se encontrar regularmente declarado e tributado -, a sua natureza será mais a de um efeito penal, e não apenas administrativa-fiscal"; cf. BRAVO, Jorge dos Reis. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus, p. 44. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015. Também na mesma trilha, MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusíada*. Direito, Lisboa, Série II, n.º 10, 2012, p. 314.

[1545] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 93.

[1546] DIAS, op. cit., p. 177. Para o aprofundamento do estudo das finalidades e legitimação da pena criminal, é essencial a leitura de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal.* Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 43-85.

Pondera-se, há argumentos pertinentes para capitular uma perda alargada como a do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, na concepção de efeito de pena. Como explorado adrede, ao refutá-la uma verdadeira pena, viu-se que a perda alargada ostenta traços de prevenção, geral e especial; e, com frequência, o procedimento que dela trata orbita ou se insere num processo penal. Em Portugal, aquela concepção parece ser ainda mais clara. A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, arrola a perda alargada como uma das "medidas de combate à criminalidade organizada", trazidas pela legislação especial em acato à política criminal transnacional que tenta enfrentar essa modalidade de atividade criminosa. Seu foco, numa súmula, é o alcance das supostas vantagens de atividade criminosa (artigo 7.º, n.º 1). Os meios de prova passíveis de uso são os válidos em processo penal (artigo 9.º, n.º 2). A defesa à liquidação, em regra, deve ser concomitante à contestação da imputação do ilícito típico e a culpa (artigo 9.º, n.º 4). Há previsão de arresto preventivo, como medida de garantia patrimonial, com remissão às regras correlatas do Código de Processo Penal (artigo 10.º, n.ºs 1 e 4). E a declaração da perda alargada é vazada na sentença condenatória (artigo 12.º, n.º 1). Além disso, para que possa ser aplicada, exige a condenação por ilícito típico do catálogo, que sinaliza a visão de criminalidade organizada ou econômico-financeira para o legislador português. Mesmo que, contextualmente, a condenação figure como requisito da perda alargada, não se pode negar que uma está ligada à outra, não se descartando, de pronto, uma relação de causa e efeito. Somando-se a tudo, é inelutável que o confisco ampliado traz ínsito espectro punitivo, que atinge potencialmente não apenas o patrimônio ou os bens do condenado, mas, quiçá, o direito à propriedade privada, que tem previsão constitucional[1547]. Para culminar, a perda alargada portuguesa não tem lugar em havendo a absolvição do arguido, ou em qualquer hipótese em que não reconhecida sua culpa[1548].

No entanto, apesar de todas as características, que de fato podem seduzir ao argumento de que o confisco ampliado é um efeito de pena, parece certo que isso não corresponde à adequada exegese da musculada ferramenta de recuperação de ativos.

O fundamento principal – e, ousa-se dizer, definitivo – para rechaçar o enquadramento como efeito de pena está na insuperável evidência de que a aplicação da perda alargada não é decorrência direta da responsabilização penal do arguido, tampouco

[1547] O confronto entre a prerrogativa do Estado de determinar efeitos de perda alargada e o direito à propriedade privada foi objeto do tópico 6.9.1.

[1548] No que difere de outros instrumentos de confisco ampliado, como as medidas de prevenção patrimoniais do *Codice Antimafia* de 2011 da Itália ou as hipóteses de *decomiso sin condena* e de *decomiso de bienes de tercero* da Espanha.

se prende ao juízo de censura ou de culpabilidade, em termos ético-jurídicos, objeto da sentença condenatória[1549]. Fosse assim, retomando-se o mecanismo do ordenamento português, advindo condenação por crime do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, com a consequente imposição de pena, cumpriria ao tribunal aplicar os efeitos da perda alargada como corolário do juízo de censura ou de culpabilidade, quiçá pouco importando a apuração da existência de um patrimônio incongruente pelo condenado. Daí que a adoção desse entendimento conduz a brete semelhante a considerar a perda alargada como pena (ou como modalidade de confisco geral de bens), não havendo saída, por exemplo, diante dos princípios da proporcionalidade e da culpa, e, nas hipóteses de confisco ampliado admitidos sem uma condenação ou com efeitos a terceiros, também em face da presunção de inocência e do *nulla poena sine crimine*.

No ponto, abordando noções tanto de pena como de efeito de pena, Conde Correia desenvolve interessante raciocínio, ao inferir que, "para ter caráter sancionatório, a perda alargada teria, assim, de ir mais além e atingir o património congruente do arguido, *id est*, aquilo que, segundo as circunstâncias da vida, é razoável que ele possa ter. Só assim seria uma verdadeira penalização, restritiva do próprio direito de propriedade"[1550]. De fato, não se pode conceber que a atuação estatal de recolocar o condenado na posição patrimonial que tinha antes do cometimento da infração penal, retirando-lhe o que é incongruente com seu rendimento lícito e presumivelmente vantagem de atividade criminosa, amolde-se a uma pena ou seu efeito. Ademais, se todo o esforço concentrado numa investigação patrimonial ou financeira para verificar a existência de ganhos desproporcionais aos rendimentos lícitos do arguido tiver por escopo um efeito de pena, não haverá como escapar de que essa consequência deve guardar vinculação – e proporcionalidade – com a sanção criminal imposta. O que refoge tanto à política criminal que subjaz à perda alargada quanto à sua aplicação no direito vivo, porquanto, é cediço, desimporta uma vinculação ou proporcionalidade à pena concretizada ao condenado.

A conclusão que sobra é de que, não sendo uma "resposta" atrelada ao juízo de censura ou de culpa, e despida de qualquer relação que obedeça alguma proporção com a

[1549] Aliás, o que também vale aos instrumentos clássicos de confisco de bens, que não estão submetidos, em nenhum caso, ao princípio da culpa (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 453, nota 3).

[1550] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 213.

pena aplicada ao condenado, a perda alargada não tem natureza jurídica de efeito de pena – ou, mesmo, de qualquer tipo de reação penal, o que se passa a analisar.

7.4 A perda alargada é uma reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança?

Como antes visto, Figueiredo Dias conceitua os instrumentos clássicos de confisco de Portugal, aí incluindo a perda do produto e das vantagens da infração penal, como uma "providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança"[1551]; ou, nas palavras de Jorge Godinho, reportando-se ao cofisco das vantagens, uma "reacção penal análoga a uma medida de segurança", a ser decretada "independentemente da culpa ou da imputabilidade do agente, dependendo apenas da verificação de um ilícito típico que tenha gerado vantagens"[1552].

Partindo dessa premissa teórica, Jorge Godinho constrói espécie de natureza jurídica híbrida[1553] à perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Para tanto, num primeiro plano, aponta que o sistema em que inserido o confisco ampliado na lei especial é excepcional (por atribuir, mediante uma presunção, o que é vantagem de atividade criminosa) e coexiste com o sistema geral previsto às ferramentas clássicas de confisco do Código Penal, com a diferença principal de que, naquele, o ilícito típico subjacente carece de prova. Devido a essa relação e às demais semelhanças entre os sistemas, Jorge Godinho não hesita em afirmar que "o confisco ampliado é uma reacção penal de natureza substantiva"[1554], mas, em virtude daquela excepcionalidade, uma reação penal sem fato, naquilo que a doutrina italiana designa *reato di mero sospetto*, cuja punição incide sobre "um estado (*in casu*, a posse de bens) não danoso nem perigoso para qualquer bem

[1551] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 638.
[1552] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1349.
[1553] A junção de conceitos para a conformação de natureza jurídica dualista não é uma inovação de Jorge Godinho, e nem mesmo de Figueiredo Dias. Eduardo Correia, reportando-se aos instrumentos clássicos de confisco, alega tratar-se de "uma mistura, em proporções difíceis de definir, de medida preventiva e de reacção penal" (*Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal.* Parte Geral. Tomo I. Lisboa: AAFDL, 1965, p. 198). Leal-Henriques e Simas Santos, também se referindo à perda clássica de objetos, emprega definição dualista, ao reputá-la com um caráter quase penal em relação ao autor ou concorrente à infração penal e a quem pertence o objeto no momento da sentença, e uma face de medida de segurança "quando é imposta sem ter em conta a questão da propriedade ou da má procedência" (LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas. *Código Penal Anotado:* Parte Geral. 3.ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002, p. 1112).
[1554] GODINHO, op. cit., p. 1348.

jurídico, com base na suspeita da prática de outros factos ilícitos, e aplica-se em virtude da dificuldade ou impossibilidade de prova dos crimes cuja prática se suspeita"[1555]. Numa segunda etapa, para o fim de inferir a hibridez da perda alargada, Jorge Godinho, percebendo que não se amolda a uma pena (pela falta de conexão com a culpa), então nela agrega características de política criminal, em identidade ao confisco clássico das vantagens da infração penal (ressalvada a especificidade de ser prescindível a prova da infração penal): uma, retrospectiva, de visar à recomposição da ordem jurídica violada, retirando do agente os ganhos patrimoniais que não deveriam ter sido obtidos; outra, prospectiva, de potencialmente ser análoga a uma medida de segurança, compreendendo a perigosidade do patrimônio pelo risco do emprego seja noutras atividades da criminalidade organizada, seja na economia lícita. Juntadas as pontas, mas não sem antes criticar que há vício essencial nessas finalidades político-criminais, porquanto meramente potenciais, Jorge Godinho concebe a perda alargada como uma reação penal de suspeita, podendo quiçá contar com o criticado componente análogo a de uma medida de segurança[1556]. Vê-se, pois, que Jorge Godinho, em verdade, considera a perda alargada como uma reação penal atípica, e, a contragosto, "tolera" que dela se recorte condição análoga à medida de segurança, para aceitar tenha a mesma natureza jurídica que Figueiredo Dias alude ao confisco clássico das vantagens da infração penal.

Em caminho aparentemente similar, Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade observam traços de medida de segurança à perda alargada, atribuindo-lhe, para além do objetivo de prevenção geral e especial, outros dois: "evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes, propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indenização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime"; e "reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas actividades empresariais"[1557]. Em suma, pelo raciocínio, depreendem-se

[1555] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1350.
[1556] GODINHO, op. cit., p. 1351.
[1557] SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, p. 2. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013. É o mesmo rumo tomado por Manuel Minas, que vê no confisco ampliado uma medida de segurança: "na verdade, consideramos que o confisco alargado tem a natureza de medida de segurança, uma vez que é aplicado a um agente com base na perigosidade inerente a um estado patrimonial contrário ao Direito, nomeadamente a posse de património proveniente da prática de factos ilícitos"; cf. MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português.* 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 33.

dos objetivos de impedir o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novas infrações penais e de atenuar os riscos de concorrência desleal no mercado características típicas de medida de segurança. Contingências suficientes à visão de uma perigosidade inerente ao patrimônio inexplicado de alguém condenado por crimes graves e normalmente geradores de lucro, autorizadora da declaração judicial de perda de bens ou, como no caso português, da imposição ao pagamento de valor correspondente ao que apurado desproporcional aos rendimentos lícitos.

Com desenho parecido é a posição de Maria Matos, brotada de sua análise do que considera os fins eminentemente penais do confisco alargado, enunciados na Proposta de Lei n.º 94/VIII, além dos seus requisitos previstos na decorrente Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, notadamente a exigência de condenação criminal. Por tudo isso, conclui ela pela natureza penal da perda alargada, mas não um *tertium generis*: "mantemos que a qualificação jurídica devida ao caso se deverá manter entre a dicotomia dos dois gêneros"[1558], entre a sanção criminal e a medida de segurança, porém mais próxima daquela[1559].

O posicionamento que trata o confisco ampliado como uma ferramenta híbrida, um tanto reação penal, outro tanto algo próximo à medida de segurança[1560], amolda-se à verdade de que a condenação por determinado ilícito típico é usualmente um requisito (em Portugal, explicitado ao início do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), mas não a causa precípua, como decorre da relação da pena (ou de algum efeito seu) com a culpa. A exegese feita atribui que a condenação pode fazer incidir instrumento clássico de confisco, ao passo que a perda alargada tem espaço pela suposição de que o mesmo arguido cometeu outros ilícitos típicos (não provados, daí porque a prescindibilidade da demonstração da culpa), estes sim possíveis causas da verificação do patrimônio

[1558] MATOS, Maria José Dos Santos. *A perda de bens na Lei n.º 5/2002, a sua problemática natureza jurídica*. 2014. 60p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito), Escola de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014, p. 18.

[1559] "Se afastamos a qualificação no sentido de se tratar de uma medida de segurança, por não haver argumento legal decisivo que nos leve a tal, resta-nos como conclusão que de uma pena se tratará" (MATOS, op. cit., p. 18).

[1560] Entendimento que, com variações, é cogitado por CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 134; RODRIGUES, Helio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, pp. 188 e 191 e ss.; SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"? *Scientia Iuridica*, Braga, t. 63, n.º 334 (Jan.-Abr. 2014), p. 99; e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 315.

incongruente com os rendimentos lícitos do condenado. Esse estado de coisas, desde que se abstraia a genuína adjetivação "reação penal", sustenta a viabilidade da aplicação da perda alargada mesmo quando não provada a culpa do agente, o que até abre a brecha para a cotejo das hipóteses com efeitos a terceiros ou, mesmo, sem uma condenação.

Mas o entendimento, naquilo que enfatiza a qualidade de reação penal, não deixa de aproximar a perda alargada do crime de enriquecimento ilícito ou injustificado, ao apontar que o patrimônio incongruente decorre de ilícitos típicos outros, não apurados, sendo prescindível a clarificação da culpa do agente em relação a eles. É certo que tal nexo, diversamente do que ocorre nas figuras penais típicas de enriquecimento ilícito, não conforma uma ilicitude material (do aumento patrimonial, por si só): porém, a perda alargada situa-se como consequência de uma infração penal presumivelmente cometida, o que se dessume pela condenação do arguido por certo crime (no mais das vezes, grave, resultante em lucro e afeito à atividade de criminalidade organizada). O patrimônio incongruente é o elo entre a prática de outro(s) ilícito(s) típico(s), pelo arguido, e o aumento patrimonial em relação a seu rendimento lícito apurado. Esse elo, vincando, p. ex., a exegese com a dicção explícita do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, reside na presunção lá inserida, que, já visto à exaustão, cumpre ao arguido ilidir (artigo 9.º).

De tudo, resta, pela interpretação em estudo, é do arguido o ônus da prova de que não cometeu o(s) outro(s) ilícito(s) típico(s) que gerou(aram) o patrimônio incongruente com sua fonte lícita de rendimento. O que, vale dizer, encena uma inversão do ônus da prova em matéria penal propriamente dita (ou de natureza substantiva), estando a acusação lastreada em presunção legal, e tocando exclusivamente ao arguido elucidar que não cometeu infração penal geradora da riqueza de fonte incerta. Apenas por aí, já se pode concluir que toda e qualquer linha de entendimento que repute ao confisco ampliado a pecha de reação penal tem base frágil; e, aceitá-la, implica na constatação, aprioristicamente, da provável inconstitucionalidade da ferramenta legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Mas não é só: também o segundo traço, como algo (uma reação penal) análogo a uma medida de segurança, traz o questionamento sobre o efetivo perigo (potencial, que seja) do patrimônio injustificado, cuja vinculação com a prática de crime(s) reside numa presunção. Pondera-se inaplicável, *v. g.*, o mesmo critério dado à natureza jurídica da perda clássica de vantagens do Código Penal português, pois nesta a perigosidade pode ser aceita

num patamar abstrato[1561], uma vez que a geração da riqueza ilícita é, sem qualquer presunção, vantagem direta de infração pena. Na perda alargada, a necessidade do uso de um liame presuntivo entre a infração penal e a vantagem enfraquece a verificação da perigosidade e, assim, sua similitude a uma medida de segurança.

Enfim, ao lado de não estar adstrita ao juízo da culpa ou vinculada à pena (ou à sua dimensão, com ausência absoluta de exigência de uma proporcionalidade), dados que divorciam a perda alargada das naturezas de pena, efeito de pena ou reação penal outra (em suma, de uma "reação penal de natureza substantiva"), igualmente desserve-lhe o parentesco ou a analogia a uma medida de segurança. No ponto, adere-se ao entendimento vazado pelo Tribunal Constitucional português no acórdão n.º 392/2015, no sentido de que a perda alargada (fundada na determinação da existência de ganhos patrimoniais presumivelmente vindos de atividade criminosa), em paralelo a não estar abarcada ou adstrita à culpa ou à pena, não se prende a um "juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes, mas numa constatação de uma situação em que o valor do patrimônio 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"[1562].

Id est, a perda alargada não é uma reação penal e nem algo próximo[1563] ao ponto de se poder indicá-la, em analogia, como uma medida de segurança.

[1561] E, mesmo assim, duvidoso, pois se parte da premissa de que a vantagem do crime será utilizada pelo condenado na prática de novos ilícitos – não necessariamente, de novas infrações penais. Não há como mensurar tal possibilidade, e, de outro lado, pode-se cotejar plausível que o condenado simplesmente não utilize a vantagem obtida com o crime pelo qual condenado em nenhuma outra atividade ilícita. O fundamento mais acertado parece residir na necessidade ético-jurídica de recolocar o condenado na condição patrimonial que possuía antes do cometimento da infração penal, vetor de presunção geral e especial, irmanado com o aforisma de que "o crime não compense".

[1562] Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional português, analisado no item 4.2.2 deste trabalho.

[1563] Duarte Nunes conceitua a perda alargada como "uma medida de cariz não penal semelhante a uma medida de segurança que visa, em primeira linha, o restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito e apenas de forma meramente reflexa a prevenção da prática de futuros crimes ao impedir o agente de utilizar esses bens na continuação ou dissimulação da atividade criminosa", cf. NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, p. 15; disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload. A despeito de se concordar com a cogitação da perda alargada como uma medida (o que será detalhado logo adiante), pelo raciocínio acima exposto, não se a concebe como algo similar ou semelhante a uma medida de segurança.

7.5 A perda alargada é uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal?

Damião da Cunha absorve da perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a essência de uma sanção, que encerra um duplo juízo de probabilidade: uma no passado, pela "forte percepção de que os factos submetidos a julgamento traduzem apenas 'parte' de todos os eventuais ilícitos que o agente terá praticado, mas que não fazem parte da acusação, porque não foi possível uma prova concludente para os fazer julgar"; e outra no futuro, porquanto "na maioria destes crimes, é possível alicerçar um juízo de 'perigosidade', no sentido de provável continuidade da actividade criminosa. Ou seja, que, caso os órgãos de polícia criminal não tivessem intervindo naquele momento (em regra, detendo o(s) arguido(s)), existiria a forte probabilidade de o agente continuar a sua actividade criminosa"[1564]. Com esse perfil, e enfatizando que cumpre à acusação a prova daquela prognose para o futuro e para o passado, Damião da Cunha conceitua o confisco ampliado português como uma "sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal"[1565], atribuindo-lhe conformação não penal, por não ser consequência de um ilícito típico.

Como antes revelado, assiste razão ao argumento de que o confisco ampliado (com tipificação equivalente à positivada em Portugal) não é, juridicamente, uma consequência de qualquer ilícito típico. Tomando-se como exemplo o instrumento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, vê-se que a condenação por ilícito típico do catálogo é um dos requisitos para a possibilidade de aplicação da perda alargada. E afastar do confisco ampliado a natureza jurídica de reação penal tem um resultado importante: seu distanciamento da culpa e de uma censura ético-jurídica, substratos da pena. A perda alargada, com uma conformação assim, ainda prossegue sendo um mal ou sofrimento infligido pelo Estado ao indivíduo, mas tendo por soalho, nas palavras de Eduardo Correia, uma mera censura

[1564] CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 19.

[1565] CUNHA, op. cit., p. 20. Ao que parece, segue o mesmo roteiro Eduardo Custódio, que, embora primeiramente aluda à perda alargada o adjetivo de "medida", logo adiante se corrige: "consideramo-la uma sanção administrativa, desde logo, porque esta sanção não está diretamente relacionada com o crime pelo qual o arguido terá de ser condenado para a sua aplicação"; cf. CUSTÓDIO, Eduardo Vicente da Silva. *A perda de bens na Lei nº 5/2002 enquanto medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. 2014. 57p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 12.

social, e não uma censura ético-jurídica vincada ao direito criminal, donde afastada, por conseguinte, a cogitação de uma medida privativa de liberdade[1566].

Vai ao encontro da tese que refuta a natureza jurídica de reação penal a lembrança de que a perda alargada portuguesa (assim como as vigentes na Espanha e na Itália, por exemplo) não admite, em nenhuma hipótese, a substituição ou a conversão em prisão, mesmo em havendo a frustração absoluta da imposição do confisco, seja pelo não pagamento do valor correspondente ao apurado patrimônio inexplicado do condenado, seja pela inexistência de bens arrestados que possam ser adjudicados pelo Estado em virtude da inadimplência. Diferentemente, entretanto, do que se verifica no confisco ampliado britânico (*criminal confiscation*), em que, como visto, o inadimplemento imotivado pode dar lugar à cominação de mais um período de prisão ao condenado[1567].

Também, o rechaço da natureza jurídica de reação penal não gera problema de inconstitucionalidade e/ou de contrariedade à CEDH, aparentemente sem solução quando da cogitação das modalidades de confisco ampliado sem uma condenação criminal e/ou com geração de efeitos sobre o patrimônio de terceiros, como hoje previstas na Espanha.

Contudo, a definição de Damião da Cunha pode ser objetada, de plano, pela inexistência, verdadeiramente, de uma sanção. Demonstrado à exaustão, a perda alargada não é uma resposta pelo cometimento da infração penal, nem consequência do juízo da culpa, tampouco pena, efeito de pena ou reação penal. Não é, outrossim, uma sanção não penal, administrativa ou cível, o que importaria numa relação de causa e efeito com um ilícito administrativo ou civil, necessariamente adstrita ao acato do princípio da proporcionalidade.

Portanto, com essas hipóteses excludentes, retira-se o soalho à afirmação do confisco ampliado como uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal.

[1566] "As reacções administrativas exteriorizam-se, de qualquer forma, num mal ou sofrimento que se inflige aos particulares. Na medida, porém, que esse sofrimento envolve uma mera censura social, não deverá traduzir-se naquelas formas de punição em que se exprime a censura ético-jurídica do direito criminal. Delas devem estar, pois, excluídas todas as medidas privativas de liberdade, como a prisão, até porque, considerado o valor que sacrificam, têm uma significação eminentemente ética". CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 13.

[1567] Vide tópico 5.4 este trabalho.

7.6 A perda alargada é uma sanção cível objeto de uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa?

Com algumas variações às teorias que emprestam à perda alargada natureza jurídica não penal, mas ainda como sanção, coleta-se a que a atribui o conceito de "sanção cível objeto de uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa".

Essa linha foi adotada em Portugal na fundamentação do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1, proferido pelo Tribunal da Relação do Porto em 17 de julho de 2015[1568]. O acórdão debruçou-se sobre ação penal julgada parcialmente procedente por juiz da 1ª Secção Criminal da Instância Central do Porto, que, dentre outros comandos sentenciais, condenou um dos arguidos, nominado B, como coautor material de um crime de tráfico de estupefacientes agravado, a uma pena de dez anos de prisão, além de, nos termos dos artigos 7.º, 8.º, n.º 1, e 12.º, n.º 1, todos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a sofrer os efeitos de declaração de perda alargada em favor do Estado, em procedimento de liquidação, da quantia de 401.722,22€ (euros), correspondente ao valor do patrimônio incongruente com seu rendimento lícito[1569].

Ligando o caso *sub judice* naquele acórdão com o que se estuda neste trabalho, o diferencial reside no trato dado tanto à liquidação prevista no artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, quanto à pretensão de perda alargada do artigo 7.º, n.º 1.

No acórdão, enfrentando os argumentos do condenado de que a perda alargada "padece de inconstitucionalidade por atentar com vários princípios constitucionais, designadamente a presunção de inocência"[1570], e inverter o ônus da prova em processo penal, o que justificaria os "tribunais quase não terem deitado mão a este instituto"[1571], bem assim as contrarrazões do Ministério Público, na síntese de que a perda de bens "mais não é do que uma consequência da condenação pela prática do crime e decorrente da liquidação"[1572], o tribunal enveredou à construção da tese jurídica de estar diante de uma sanção cível, objeto de ação declarativa de condenação no pagamento de quantia pecuniária certa.

[1568] Disponível em http://www.pt/d.
[1569] Item 16 do do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.
[1570] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.
[1571] Idem.
[1572] Idem.

Conforme exposto na fundamentação do acórdão, na parte atinente à 885ª questão recorrida, a liquidação e a perda alargada podem ter uma mesma definição: assim, o incidente do processo penal denominado "liquidação do ativo incongruente" ou "liquidação do patrimônio incongruente" ou "perda alargada de bens" ou "perda ampliada de bens", tendo em vista "as categorias ou figuras não só penais processuais penais mas também civis processuais civis existentes na Ordem Jurídica nacional", consiste "numa singela ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa"[1573], prevista no artigo 10.º, n.º 2, inciso II, n.º 3, alínea b, do Código de Processo Civil português.

O raciocínio para se chegar a essa conclusão, plasmado no acórdão, é razoável: o artigo 12, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, refere que na sentença condenatória, "o tribunal declara o valor que deve ser perdido, nos termos do artigo 7º". Ou seja, a declaração de perda diz respeito a um valor, e não a bens imóveis ou móveis concretos, apontando-se, já aí, um "indevido enfoque doutrinal numa perda alargada ou ampliada de bens"[1574]. O valor objeto de perda é o sinalado pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, nos artigos 7º, n.º 1 (valor da diferença entre o patrimônio do arguido e seu rendimento lícito), e 10º, n.º 1 (bens do arguido arrestados para garantia do pagamento daquele valor); isto é, apenas em caso de inadimplemento do pagamento, no prazo de 10 dias depois do trânsito em julgado da sentença, é que acabam perdidos a favor do Estado os bens arrestados (inteligência do artigo 12, n.ºs 1 a 4). Portanto, a liquidação nada mais é do que uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa, incidente do processo penal em que apurado e julgado o ilícito típico do catálogo imputado ao arguido.

No acórdão, como reforço de argumento, o procedimento de liquidação foi comparado ao incidente do processo penal em que pedida indenização civil fundada na prática de um crime. Ambos, segundo o acórdão, são definidos pela ação penal (da qual resulta a aplicação de uma pena ou medida de segurança), servindo ela como espécie de requisito. Outrossim, o pedido de indenização civil fundado na prática de um crime é, em regra[1575], deduzido no processo penal respectivo. E, também em ambos (rotulados de "ação cível enxertada" ou "ação cível por adesão" à ação penal), há uma distorção ou adaptação das regras de processo civil em função do processo penal. Com essas características, a

[1573] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.
[1574] Idem.
[1575] O Código de Processo Penal, nos artigos 71º e 72º, lista as hipóteses em que o pedido tramita em separado, perante o tribunal civil.

liquidação é uma "ação própria, com regras substantivas e processuais específicas ainda que em processo penal enquanto uma ação autônoma da ação penal, mercê dos seus distintos objetos ainda que uma ação dependente da ação penal pelo fato do Legislador ter optado por uma tramitação concomitante em processo penal"[1576]. Por tudo isso, a "ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa", que é a liquidação, não é inconstitucional, por não malferir nenhuma garantia processual penal.

O acórdão ainda mencionou que a opção da Lei n.º 5/2012, de 11 de janeiro, pela tramitação conjunta e concomitante das ações penal e cível, teve por escopo a economia processual, evitando-se a duplicação de processos e com "economia de meios, facilitando a produção da prova"[1577]; e serviu como prestígio institucional, no sentido de obstar na seara cível, por fator estranho ao mérito, decisão conflitante, incoerente ou incongruente com a decisão condenatória transitada em julgado. No ponto, houve o adendo de que a tramitação conjunta e concomitante das ações penal e cível resguarda a ordem jurídica, "à qual importa eficaz realização da prevenção especial e geral, positiva e negativa, de crimes por meio não só da aplicação de penas ou medidas de segurança mas também da oportunidade de retirar vantagens dos crimes"[1578] – com outros termos, essa tramitação única presta-se a que o crime não compense. E insistiu o acórdão que a decisão atacada, na parte da condenação do arguido ao pagamento ao Estado de uma quantia pecuniária, não pode ser confundida com uma decisão de perda de bens, o que somente ocorrerá num eventual despacho ulterior no caso de inadimplemento daquele pagamento.

Com essa moldura, a interpretação dada à perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, pelo acórdão, evidencia que a ferramenta legal almeja um valor, obtido da operação aritmética "patrimônio incongruente do arguido" menos "rendimento lícito do arguido", valor este a ser considerado como uma condenação civil, atingida via processamento da liquidação. A perda de bens não decorre nem da decisão condenatória, nem na decisão da ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa, mas somente do eventual inadimplemento do condenado em efetuar esse pagamento, com decisão objeto de um despacho ulterior ao trânsito em julgado daquelas ações penal e cível, que tramitam conjuntamente. Aduziu o acórdão que, ao efeito disso, não existe inversão do ônus da prova em desfavor do arguido por não haver uma repartição formal de ônus de prova. Na incidental ação cível declarativa de condenação no

[1576] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.
[1577] Idem.
[1578] Idem.

pagamento de uma quantia pecuniária certa, cumpre ao Ministério Público, como dever processual, provar os fatos que dão base à presunção legal do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ao passo que o arguido pode ilidi-la – isto é, não um dever processual penal de provar o contrário, e sim o ônus de prova de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos que surgem da base da presunção legal e dela própria, risco da constituição de uma responsabilidade civil patrimonial.

Na conclusão do acórdão, como todas essas questões têm espaço no âmbito do incidente cível, e, principalmente, porque a condenação civil desse incidente "não constitui ablação direta e imediata de seu patrimônio como 'confisco' hoc sensu inculca, nem um decretamento de perda de bens ex vi os institutos clássicos"[1579], a perda alargada e a liquidação são compatíveis com o princípio da culpa, a presunção de inocência, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o princípio *in dubio pro reo*, o princípio do acusatório e a garantia da propriedade privada.

O entendimento vazado no acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto, já dito, até é defensável, tendo como maior virtude prevenir uma série de objeções quanto ao suposto ferimento de garantias e princípios estruturantes do processo penal pelo confisco ampliado[1580]. Ao refutar por completo o caráter processual penal do procedimento de liquidação, o acórdão rechaça discussões em que se apontam máculas variadas a garantias e princípios de cariz processual penal. Na mesma toada, ao atribuir à perda alargada ares de sanção civil, retira dela, por óbvio, a pecha de reação penal. E, não sendo pena nem dela efeito, afasta-se o debate processual penal e do direito material criminal. Por fim, o bosquejo da liquidação como uma ação cível enxertada no processo penal, mesmo que numa inovadora "ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa" – enfim, uma ação de natureza cível –, é de todo aceitável, como adrede visto, a despeito de a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, por vezes, indicar em sentido diverso, como no artigo 9.º, n.º 2 (para o arguido ilidir a presunção da origem ilícita do patrimônio incongruente, é "admissível qualquer meio de prova válido em processo penal").

Porém, pensa-se, o entendimento traz equívocos. O primeiro reside na aparente confusão entre o procedimento de liquidação e a ferramenta legal que dele se utiliza o tribunal para sua aplicação. Não é concebível, mesmo que superficialmente, tratar como

[1579] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.
[1580] Na fundamentação, inclusive, invoca-se a decisão do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 101/2015, em respaldo à constitucionalidade da perda alargada.

iguais ou similares as definições de "liquidação do ativo incongruente/liquidação do patrimônio incongruente" e "perda alargada de bens/perda ampliada de bens", como se servissem de sinônimos ao incidente do processo penal denominado liquidação pelo artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Aliás, essa lei é bastante clara ao intitular, ao artigo 7.º, a "perda de bens", e, ao artigo 8.º, a "promoção da perda de bens", dissipando qualquer possibilidade de que o procedimento da liquidação e a perda alargada possam ser confundidos.

Mas a principal falha do entendimento refletido no acórdão do Tribunal da Relação de Porto está no apontamento de fundo, a saber, de que os artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, cuidam precipuamente da condenação ao arguido ao pagamento de uma quantia pecuniária certa (uma sanção civil), com a ousada negação de que regulam a aplicação de uma ferramenta legal agressiva de perda de bens. Essa negação cai por terra, *ab initio*, com a literal menção do título "perda de bens a favor do Estado" do Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. O artigo 7.º, exaustivamente aludido, tem como *nomen juris* "perda de bens"; o subtipo do n.º 1 explicita que "em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.°, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito"; já o sequente artigo 8.°, n.º 1, entabula que "o Ministério Público liquida o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado". Ou seja, no ponto, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, trata do que, à época de seu advento, passou a ser um novo regime especial, introduzido no ordenamento jurídico português, para o fim da aplicação da perda de bens lastreada na presunção legal da origem ilícita de certos bens identificados como de propriedade do arguido no procedimento de liquidação. No caso *sub examine* do acórdão, o Ministério Público calculou o valor do patrimônio do arguido B e de sua companheira, elencou os bens adquiridos pelo casal e seus rendimentos lícitos, resultando daí parte patrimonial, valorada, incongruente; a presunção legal do artigo 7º, n.º 1, da lei especial, fez atribuir ao arguido B o ônus da prova da origem lícita do patrimônio liquidado, do que não se desincumbiu, não apresentando meio de prova válido em processo penal (artigo 9.º, n.º 2); restou assentado que o arguido B não desenvolveu qualquer tipo de atividade, muito menos alguma que lhe permitisse comprar automóveis de grande valor, como comprou, pagos em numerário; com efeito, o arguido B, condenado pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, sofreu os efeitos da perda alargada, consistentes na condenação ao pagamento de 401.722,22€, valor do patrimônio incongruente com seu rendimento lícito.

Diante disso, recorreu, com a base da irresignação na suposta inconstitucionalidade do artigo 7º, por atentar contra vários princípios constitucionais, sobretudo a presunção de inocência do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa, ao alegadamente presumir os pressupostos de que depende a sua aplicação, distribuir o ônus da prova ao arguido, suprimir o direito ao silêncio e resolver o *non liquet* contra o arguido. Dessa síntese, é possível, sem maior esforço, depreender que a condenação do arguido B ao pagamento de 401.722,22€ decorreu da incidência do instrumento legal de perda de bens que a doutrina portuguesa rotula perda alargada.

Porém, o acórdão seguiu outro caminho. O Tribunal da Relação do Porto relembrou que a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, estabelece um regime especial de perda de bens a favor do Estado, aplicável ao crime de tráfico de estupefacientes, pelo catálogo do artigo 1.º, alínea a), regime este não exclusivo da ordem jurídica portuguesa, e que almeja impedir que o crime compense, evitando que o criminoso faça circular como "dinheiro bom" o que foi obtido da atividade criminosa. Isto é, claramente, o acórdão vinculou a decisão que afetou o patrimônio do arguido B, condenando-o ao pagamento de quase meio milhão de euros, à aplicação de uma ferramenta de perda de bens tidos como vantagem da atividade criminosa de tráfico de estupefacientes. Na sequência, o acórdão refutou que, nas fases que se sucederam até a condenação do arguido B ao pagamento de 401.722,22€ como valor de patrimônio incongruente com seu rendimento lícito, tenha se verificado qualquer lesão às garantias de defesa, notadamente as de quilate constitucional, até porque a perda teve amparo na prova produzida em audiência de julgamento, incluindo a apresentada pelo arguido B em contestação, tendo ele a chance plena de ilidir a presunção legal do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

E, então, o Tribunal da Relação do Porto avançou ao ponto que soa de difícil compreensão: após alegar que aquela perda de bens oriunda do regime especial da lei especial é "uma consequência da condenação pela prática do crime e decorrente de liquidação efetuada pelo Ministério Público, nos termos do art. 8.º da citada Lei"[1581], e citar alguma divergência doutrinária a respeito da matéria substantiva e processual da "perda de bens", havendo definições tanto restritivas quanto ampliativas[1582], o acórdão

[1581] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.

[1582] Nominando-se, especificamente, GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1315-1363; CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, pp. 7-54; CONDE CORRÊIA, João. *Da*

enveredou ao cotejo de que o objeto daquele incidente (tratado como "liquidação do ativo incongruente" ou **"**liquidação do patrimônio incongruente" ou **"**perda alargada de bens" ou **"**perda ampliada de bens", como se tudo pudesse significar um mesmo sentido) do processo penal, tendo em vista "as categorias ou figuras não só penais processuais penais mas também civis processuais civis existentes na Ordem Jurídica nacional"[1583], nada mais é do que uma "singela ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa", prevista no artigo 10.º, n.º 2 inciso II, n.º 3, alínea b), do Código de Processo Civil português.

O sumo dessa conclusão pode ser extraído da percepção exarada no acórdão de que, como no artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, há referência expressa à "sentença condenatória" em que **"**o tribunal declara o valor que deve ser perdido, nos termos do artigo 7º", isto é, "o valor", e não "os bens", a declaração não estaria vincada (como, equivocadamente, insistiria o enfoque doutrinal) a uma "perda alargada ou ampliada de bens", e sim ao valor do patrimônio incongruente suscitado pelo nº 1 do artigo 7º, combinado com o artigo 10.º, n.º 1, e com o artigo 12.º, n.sº 1.º 4º, todos da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Com outras palavras, pelo entendimento criado, tudo gira em torno do "valor" do patrimônio incongruente: o artigo 7º, n.º 1, alude à "diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito"; o artigo 10.º, n.º 1, explicita que o arresto de bens é decretado para "garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º; e o artigo 12.º, em seu n.º 1, apregoa que "na sentença condenatória, o tribunal declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado", ao passo que o n.º 4, residual, estipula que apenas não havendo o pagamento daquele valor é que "são perdidos a favor do Estado os bens arrestados". Com essa arquitetura, o acórdão suscitou o entendimento de que a "perda de bens" declarada no caso concreto e fulcrada na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em verdade é uma medida meramente suplementar, residual, aplicável no caso de não adimplemento, no prazo de 10 dias após o trânsito em julgado da decisão que condenou o arguido criminalmente pela prática da infração penal do catálogo (no caso, tráfico de estupefacientes) e, no incidente enxertado no processo penal, ao pagamento de um valor, alcançado pela operação aritmética patrimônio do arguido menos patrimônio demonstrado por seu rendimento

---

proibição do confisco à perda alargada, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Junho de 2012; e RODRIGUES, Hélio Rigor. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, pp. 189-244.

[1583] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.

lícito. Daí que a liquidação seria uma "ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa", e a perda de bens propriamente dita seria objeto de posterior despacho avulso**,** com o comando **"**são perdidos a favor do Estado os bens arrestados", se existentes, na hipótese de não pagamento daquele valor (artigo 12.º, n.º 4).

Pode-se notar que, neste trecho de fundamentação, o acórdão passou a distinguir a liquidação da perda alargada, outrora tratadas à semelhança. A liquidação, então, seria essa "ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa", incidente ao processo penal e por ele definida com a condenação criminal do arguido a uma pena ou medida de segurança**,** em similar ao **"**pedido de indenização civil fundado na prática de um crime [que] é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei"[1584], conforme artigos 71 e 72, n.º 1, alíneas a) a i) do Código de Processo Penal.

Ainda segundo o acórdão, essa ação cível, a despeito de enxertada no processo penal, é um processo próprio, mas que, tal qual a ação por adesão de pedido de indenização civil fundado na prática de um crime, recebe alguma distorção ou adaptação das regras de processo civil em função do processo penal. Daí porque a ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa que é a liquidação guardaria relação com pressupostos formais e requisitos materiais do processo penal**.**

Pela exposição do acórdão, a liquidação não sofreria de inconstitucionalidade por ser uma ação cível própria, com regras substantivas e processuais específicas vincadas ao processo penal e dependente da ação penal (da condenação dela resultante), mas em tudo o mais distintas, sobremodo no que se refere ao objeto de cada uma delas. A tramitação uníssona teria por escopo a economia processual e o prestígio institucional – obstando, com a duplicação de processos, eventual decisão cível contraditória ou dissonante com a decisão condenatória criminal transitada em julgado. Além disso, chancelaria a prevenção especial e geral, positiva e negativa, no âmbito criminal, ao lograr a retirada das vantagens dos crimes. Corolário de tudo, invocando Damião da Cunha, o acórdão acabou por considerar à perda alargada prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, natureza patrimonial civil, isto é, uma "sanção civil".

Há pontos com os quais se concorda. É plausível defender que a perda alargada é uma sanção civil. A ilustração pinçada por Damião da Cunha (de que "no modelo

[1584] Trecho literal do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto.

originário de onde é derivada, ela é considerada uma 'sanção civil'[1585]), o caso citado por Vervaele, apresentado à CEDH (*Welch vs. Royaume Uni*, 1955, em que uma *confiscation order* é definida como sanção civil[1586]), e a constatação de que há sanções punitivas de caráter civil por todo lado não podem ser descartados de plano. Outrossim, a natureza não penal, já observado, evita uma série de complicações ao nível das garantias constitucionais de defesa.

Contudo, embora não penal, ter a perda alargada como uma sanção implica uma gama de dificuldades, quer em relação à sua conformação constitucional e com a CEDH, quer no que tange à sua aplicação, quer em conta da política criminal que a respalda, hodiernamente. Uma sanção atrela-se ao caráter punitivo da ferramenta legal. Centrando-se na perda alargada do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, surgem questionamentos que levam a bretes: sendo uma sanção civil, como pode gerar efeitos sobre bens ou patrimônio adquiridos ou titulados pelo condenado nos cinco anos antes de sua constituição como arguido? Como justificar o efeito retroativo, para antes da prática do ilícito típico, da sanção? Noutro tanto, teria de haver, necessariamente, uma proporcionalidade entre a gravidade da infração penal e o patrimônio ou os bens atingidos pela perda alargada, o que, já visto, não tem nenhuma previsão na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e não é suscitada na jurisprudência sobre o tema. Por isso, não soa como melhor resposta definir a natureza jurídica da perda alargada como uma sanção.

Todavia, não é na atribuição da perda alargada como uma sanção civil que reside o maior equívoco do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto. Para além de em alguns momentos no corpo do acórdão a ferramenta legal ter sido tratada como equivalente à liquidação (certamente por descuido na articulação), todo o seu enfoque acabou deslocado ao valor do patrimônio incongruente, culminando com a afirmação de que o artigo 7.º, n.º 1.º, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, não versa precipuamente sobre uma perda ou um confisco ampliado de bens, e sim à condenação do arguido ao pagamento ao Estado de uma quantia pecuniária – e também daí por que a intitulação como uma sanção civil. Sem dúvida, tal qual ocorreu no caso concreto objeto do acórdão, quando um tribunal, após a tramitação da liquidação, conclui pela aplicação da perda alargada, faz constar, na decisão penal condenatória, a declaração do valor a ser perdido a favor do

[1585] CUNHA, João Manoel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In AA. VV. In *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, p. 20, nota 6.
[1586] VERVAELE, John A. E. Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal? *Revista Penal*, Espanha, nº 2 (semestral), 1998, pp. 67-80.

Estado, na inteligência do artigo 12.º, n.º 1. Porém, esse valor nada mais é do que o resultado da diferença entre o montante do patrimônio do arguido menos o que seja congruente com seu rendimento lícito, conforme o artigo 7.º, n.º 1, que explicitamente alude à expressão "para efeitos de perda de bens a favor do Estado", repetindo o *nomen juris* dado pelo legislador ao Capítulo IV ("perda de bens a favor do Estado") e ao próprio artigo 7.º (perda de bens).

Não há – ou não deve haver – palavras desnecessárias em uma lei. A menção, logo ao início e por três vezes em sequência, de que o Capítulo IV da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, abrangendo os artigos 7.º a 12.º-A, cuida da perda de bens, já é sinal inequívoco de que ali não se está a cotejar meramente uma condenação do arguido ao pagamento ao Estado de uma quantia pecuniária. Igual recado brota do n.º 2 do artigo 7.º, que, nas alíneas a), b) e c), estipula como patrimônio do arguido o conjunto de bens, respectivamente, **"**que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente", "transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido", e "recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino". Enfim, ao contrário da linha optada pelo acórdão, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em seu capítulo IV, assenta como mote a perda de bens com efeito ampliado.

O valor, então, explorado equivocadamente pelo Tribunal da Relação de Porto como o fim precípuo, tão só tem por finalidade mensurar a dimensão da perda de bens (artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), decorrente do patrimônio incongruente do arguido. O valor, assim, é a quantificação da perda de bens, e não a perda de bens é um resíduo do valor impago, como elaborado no acórdão. E é dessa quantificação da perda de bens que a lei especial, em seus artigos 10.º e 11.º, estabelece o arresto de bens como garantia de um futuro pagamento – insiste-se, sempre vincado à perda dos bens representados pelo patrimônio injustificado. Enfim, o valor que o tribunal declara como perdido a favor do Estado na sentença condenatória (artigo 12.º, n.º 1) traduz a quantificação da perda alargada de bens, perda esta concretizada ou pelo eventual pagamento do valor dessa quantificação (em espécie ou via caução econômica) ou pelo confisco dos bens arrestados (artigo 12.º, n.º 4). Logo, discorda-se da base que justifica(ria) reputar à liquidação o conceito de uma ação cível calcada em presunção legal que constitui uma responsabilidade civil patrimonial ao arguido.

Essa discordância acaba por afetar, ainda, trecho outro do acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1, em que refutado o argumento da "garantia da propriedade privada", invocado pelo arguido B contra o perdimento de bens por ele experimentado em virtude da aplicação dos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2012, de 11 de janeiro. O Tribunal da Relação do Porto centrou-se na construção de que a perda alargada é uma sanção civil incidente por intermédio de uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa; com essa conformação, não teria acontecido ablação direta e imediata de patrimônio do arguido B, como um confisco, tampouco um decreto de perda de bens – estes apenas alcançados pelo inadimplemento do pagamento do valor (quantia pecuniária certa) ao qual condenado pela aludida ação cível enxertada (liquidação) no processo penal. Com outras palavras, a "propriedade privada" do condenado foi alcançada por espécie de efeito da conversão da sanção.

De modo que, *a contrario sensu*, em se optando por aderir a entendimento diverso, a saber, de que a liquidação não é uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa, e, sobremodo, de que a perda alargada não é o que resulta da condenação ao pagamento de um valor, mas sim, como o próprio nome sugere, uma ferramenta legal que conduz à perda de bens, o acórdão fatalmente conduziria à assertiva de que o confisco ampliado da Lei n.º 5/2012, de 11 de janeiro, nalguma medida, fere a garantia da propriedade privada. Pois, para o Tribunal da Relação do Porto, o patrimônio incongruente do arguido parece não deixar de ser, juridicamente, patrimônio passível de proteção pela garantia da propriedade privada.

Absorvido do teor do acórdão 63/10.0P6PRT.P1, proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, os fundamentos sensíveis ao tema aqui estudado, e com escudo nos argumentos acima expostos, pode-se concluir que a liquidação em que se opera a "promoção da perda de bens" (artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) é um procedimento não penal enxertado no processo penal, mas que não se confunde com uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa. A perda alargada, por seu turno, não é uma sanção cível correspondente à condenação ao pagamento de uma quantia pecuniária certa, ou a um valor, e sim uma verdadeira declaração de perda de bens com alçada ampliada, como explicita o Capítulo IV da lei especial.

7.7 A perda alargada é uma medida (de natureza civil ou administrativa) aplicada por ocasião de um processo penal?

Rechaçadas as definições do confisco ampliado como reação penal (porquanto descolado do juízo da culpa) ou, mesmo, sanção de qualquer natureza (por não ter componente repressivo ou retributivo em relação ao crime ou a outra atividade criminosa), avança-se ao seu cotejo como uma medida, seja de natureza civil, seja de natureza administrativa.

O trato da perda alargada como medida guarda semelhança com o que ocorre na Alemanha, onde não é sanção penal ou algo análogo, e sim uma medida. Tanto que, já mencionado, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão), em decisão de 14 de janeiro de 2004, relativa ao confisco ampliado, aduziu que não está em causa infligir um mal ao arguido, e sim privá-lo da vantagem obtida ilegitimamente[1587]. Daí ter sido atribuída ao §73d do *Strafgesetzbuch* a natureza jurídica de uma medida com objetivos de prevenção geral e para a estabilização normativa no campo do regramento do direito à propriedade privada pelo Estado[1588].

Na Itália, o confisco, dependendo de diferentes razões e finalidades, já recebeu natureza jurídica de punição, medida de segurança e medida de natureza civil ou administrativa, de acordo não com sua abstrata e genérica consideração, e sim de como ele resulta de determinada lei[1589]. Lá, decisões do Supremo Tribunal de Cassação e do Tribunal Constitucional refletem parte da jurisprudência que capitula o confisco ampliado do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 como uma medida de segurança patrimonial atípica[1590], já que não é uma pena ou seu efeito, e sim uma medida patrimonial apegada a uma potencial perigosidade dos bens injustificados do condenado. O confisco preventivo do *Codice Antimafia* de 2011 foi delineado pelo Tribunal Constitucional italiano como algo que compreende mas excede a medida de prevenção, retirando determinado bem de uma esfera econômica para colocá-lo na do Estado, com a motivação na suspeita da origem

[1587] Disponível em www.bundesverfassungsgericht.de.
[1588] Vide item 5.6.4 desta tese.
[1589] Entendimento sustentado pelo Tribunal Constitucional italiano desde o acórdão de 25 de maio de 1961, n.º 29, e repetido no acórdão de 4 de Junho de 2010, n.º 196, cf. PIVA, Daniele. La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milão, a. 2013, nº 1, 2013, pp. 201 e ss.
[1590] Cf. AULETTA, Alessandro; SERPICO, Antonio. La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU. In: *Innovazione e Diritto* - Rivista OnLine di Diritto Tributario e del Lavoro, Ano 2010, nº 6, p. 216. Disponível em: <http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/1006/aulettaserpico.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

ilícita[1591]. Ou seja, mesmo com variações (de ser medida de segurança ou medida preventiva), pode-se inferir um cotejo majoritário, na Itália, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, do confisco ampliado como uma medida – de natureza não penal[1592].

A perda alargada como medida também pode ser recortada de posicionamento do TEDH. Para ilustrar, no acórdão Butler contra o Reino Unido, o TEDH decidiu que a *confiscation order*, então prevista na legislação britânica de 1994 (DTOA), era uma medida preventiva, não se equiparando a uma sanção penal, porquanto tinha por objeto retirar de circulação dinheiro supostamente atrelado ao tráfico de drogas. No caso, o TEDH negou o recurso de Butler (com a alegação de violação ao artigo 6.º, n. 2, da CEDH) por conta do confisco de dinheiro considerado por *Crown Court* como *drug trafficking cash*, fundamentando que, por ser uma "medida preventiva", a *confiscation order* não implicava uma acusação em matéria penal[1593].

Esse conceito, em solo português, consta no acórdão n.º 392/2015, em que o Tribunal Constitucional concluiu que a perda alargada do artigo 7.º, n.º 1.º, da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, não é pena ou seu efeito, tampouco reação ou sanção de nenhuma espécie, e sim uma "medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens"[1594].

De fato, à saciedade, a perda alargada não guarda relação qualquer com a gravidade do crime ou a culpa e a perigosidade do condenado[1595], tampouco exige alguma

---

[1591] Vide, e. g., acórdão do Tribunal Constitucional italiano de 09 de fevereiro de 2012, n.º 21, disponível em www.cortecostituzionale.it..

[1592] O sistema italiano, no que tange às figuras de confisco ampliado, foi estutado no item 5.3 deste trabalho.

[1593] TEDH, Butler contra Reino Unido, 26 de junho de 2002, n. 41661/98, disponível em http://www.rm.coe.int.

[1594] Transcrição literal de trecho final da fundamentação do acórdão n.º 392/2015, que consta no Diário da República n.º 186/2015, 2.ª Série, de 23 de setembro de 2015, p. 27.444.

[1595] Nesse sentido, dentre outros, CUNHA, José Damião Manuel da. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 150; RODRIGUES, Helio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 188; e BRAVO, Jorge dos Reis. Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. *Polícia e Justiça*, Coimbra, Série III, n.º 8, semestral (Jul.-Dez. 2006), p. 130; CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 311; e COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Econômico. In:

proporcionalidade com o *quantum* dos produtos ou das vantagens diretamente decorrentes da infração penal e confiscados por intermédio dos instrumentos clássicos positivados no Código Penal. Não tem, assim, componente sancionatório, pela ausência de pretensão estatal de cominar ao condenado mal de qualquer espécie, mas sim de restabelecer a ordem jurídica violada mediante a regulação patrimonial e a ordenação dos bens adequada ao direito, o que implicará na recolocação do condenado na sua posição patrimonial pretérita à infração penal.

Há, então, base para que se dê o emblema de medida ao confisco ampliado: contudo é preciso delimitar que tipo de medida é essa, se de natureza civil (ou cível) ou materialmente administrativa.

7.7.1 A perda alargada é uma medida de natureza civil?

A conformação de uma medida de natureza materialmente civil, aplicada por ocasião de um processo penal, é sustentada por Conde Correia, para quem a perda alargada "é apenas um mecanismo civil, inserido no processo penal, de reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito"[1596]. Esse autor vai além, aduzindo que, "apesar de enxertada no processo penal, a perda alargada não tem caráter sancionatório, sendo, em bom rigor, uma *non conviction based confiscation*"[1597]. Embora esta última afirmação mereça alguma ressalva[1598], notadamente frente a modalidades de confisco ampliado como o previsto em Portugal, assiste plena razão a Conde Correia ao apontar que o instrumento de recuperação de ativos não é uma reação penal, tampouco uma sanção, sendo, portanto, uma medida.

Lourenço Martins tem visão próxima, ao conceber a perda alargada como um procedimento ou processo civil enxertado num processo penal, mas sem natureza jurídica

---

RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 95-111.

[1596] CORREIA, João Conde. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), p. 213.

[1597] CORREIA, op. cit, p. 213.

[1598] Pelos dispositivos dos artigos 7.º a 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, ao menos formalmente, não se infere a perda alargada como uma *non conviction based confiscation.* Porém, como já assentado neste trabalho, pensa-se que Conde Correia não pretendeu negar a obviedade de que a perda alargada tem como requisito a condenação do arguido por crime do catálogo, e sim que se trata de uma medida independente do juízo da culpa e da condenação e si, tendo por foco o patrimônio injustificado. Na sua síntese, "o valor da incongruência não tem qualquer relação direta ou indireta com um determinado crime concreto, sendo apenas uma situação patrimonial inexplicável, que, por ocasião daquele crime pressuposto, se presume também proveniente de atividade criminosa, e, por isso, desencadeia o seu confisco" (CORREIA, op. cit, p. 213).

penal[1599], com o fim único de determinar se a origem dos bens que integram o patrimônio de alguém (desde que condenado por determinados crimes graves) é lícita: portanto, sequer é uma sanção civil. Se evidenciada a fonte ilícita, pela presunção legal (na hipótese por ele abordada, do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), tem espaço o confisco, que é determinado pelo juízo criminal e na sentença condenatória apenas porque o procedimento civil está enxertado no processo penal.

Já Raul Brito Coelho, após longa compilação dos autores de língua portuguesa que se debruçaram sobre a natureza jurídica em tela, assevera que a "perda das vantagens no âmbito da Lei 5/2002 deverá vir a ser entendida como tendo natureza civil fundando-se a obrigação de indemnizar numa responsabilidade tipo objetiva"[1600].

Numa variação mais distante, Solon Linhares reconhece que o confisco ampliado tem efeitos meramente civis, mas ainda sendo uma medida penal. Na sua concepção, após a condenação criminal do arguido por uma infração penal de alto poder econômico, confirmada por um Tribunal em segunda instância, o Ministério Público pode dar início ao procedimento de perda alargada, com a pretensão de ablação do patrimônio (calcada na presunção de que tudo procede da atividade criminosa) do réu, incumbindo a ele, num sistema civilístico de prova, demonstrar a origem lícita e elidir a presunção. Com esse desenho[1601], para o autor, a perda alargada é uma medida penal com efeitos civis[1602].

[1599] MARTINS, Lourenço. Luta contra o tráfico de drogas, necessidades da investigação e sistema garantístico. Revista do Ministério Público, ano 28, Jul-Set, 2007, n.º 111, pp. 50 e ss.

[1600] COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 118.

[1601] Para o qual valem as objeções adrede feitas, no sentido de rechaçar da perda alargada qualquer traço, em sua natureza jurídica, que a identifique como uma medida penal.

[1602] LINHARES, Solon Cícero. *Confisco de bens:* Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 165-173. O mesmo autor trata especificamente da natureza jurídica da perda alargada em LINHARES, Sólon Cícero. Recuperação de ativos. Confisco alargado de bens. Natureza Jurídica. *Escola Superior de Direito Público*, vol. 1, 2016, pp. 18-25. Em momento pretérito, ao fazer interessante abordagem do confisco ampliado pelo viés da denominada "Análise Econômica do Direito", o autor entabula a ferramenta de recuperação de ativos como uma medida *sui generis*, com traços penal e administrativo: "preferimos a posição intermediária, ou seja, o confisco estendido como medida *sui generis* que não guarda relação direta com o processo penal, apesar de ter de respeitar alguns de seus princípios básicos, como o contratitório e a ampla defesa. Por outro lado, aproxima-se da posição administrativa pela concepção do impulso inicial, ou seja, uma vez condenado o arguido por um dos crimes previamente previstos em rol taxativo constante de lei ordinária, há possibilidade de impulso, pelo Ministério Público, de liquidação dos bens incongruentes do sujeito, abrindo para este a possibilidade de provar durante o processo que tais bens foram adquiridos de forma lícita". LINHARES, Sólon Cícero. Confisco de bens em matéria penal – Perspectiva pautada na Análise Econômica do Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, a. 2014, v. 8, nº 2, 2014, p. 160.

O lastro que leva Conde Correia, Lourenço Martins e Raul Brito Coelho a apontarem à perda alargada a natureza de medida civil[1603] tem hoje eco em jurisprudência de Portugal. Como adrede visto, no acórdão n.º 63/10.0P6PRT.P1, proferido pelo Tribunal da Relação do Porto em 17 de julho de 2015[1604], o confisco ampliado restou considerado uma "sanção cível objeto de uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa". Abstraindo-se o fato de não ser uma sanção, pelas razões expostas ao fim do tópico 7.6 deste trabalho, é possível inferir da fundamentação daquele acórdão a base para afirmar a perda alargada como uma ferramenta de natureza civil.

No espectro transnacional, o *decomiso ampliado* espanhol, tipificado em três configurações no artigo 127, *bis* a *octies*, do Código Penal, segundo a exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015, é uma "instituição" que coloca fim à situação patrimonial ilícita derivada da atividade criminosa[1605]: isto é, uma medida de natureza civil e patrimonial. De recordar que a ferramenta de recuperação de ativos espanhola, em suas três espécies, não se funda num juízo de culpa e pode gerar consequências patrimoniais ao condenado, ao terceiro (que estabeleceu ligações ou negócios com o condenado) e até mesmo ao mero indiciado ou arguido (que, por razões excepcionais, acaba não processado e nem condenado), por intermédio do *comiso sin condena*[1606].

Enfim, em Portugal e alhures, acompanhando a disseminação da tônica de que o confisco ampliado não é uma reação penal ou uma sanção civil, colhe-se o estofo teórico que a considera uma medida de natureza civil.

Contudo, não se perfilha dessa linhagem por uma razão singela, bem apontada por Manuel Minas: "com o Direito Civil não encontramos qualquer conexão. Na verdade o confisco alargado é uma figura que tem pressupostos totalmente diferentes dos mecanismos que existem no Direito Civil, tais como a responsabilidade contratual ou extracontratual"[1607]. Diferentemente do que se vê, por exemplo, na infração penal de enriquecimento ilícito ou injustificado, na perda alargada, o fato de o condenado possuir patrimônio incongruente com seu rendimento lícito não lhe conduz a uma

[1603] Também parecem ir por esse caminho VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de Direito Comparado do Confisco Alargado*: aportes da Perda Alargada para o Brasil. 2017. 135p. Dissertação (Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017, p. 53 e p. 102; e ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 12.
[1604] Disponível em http://www.pt/d.
[1605] Item VIII da exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015.
[1606] O *comiso ampliado* espanhol foi detalhado no item 5.1 desta tese.
[1607] MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 33.

responsabilização de qualquer natureza, muito menos contratual, extracontratual ou objetiva[1608], tampouco enseja cogitar tenha cometido ilícito não penal passível de indenização ao Estado. O confisco ampliado não se caracteriza como uma reparação ao Estado, e sim com a premissa de colocação do condenado na posição patrimonial por ele detida antes de uma presumida atividade criminosa da qual auferiu ganho ilícito, consubstanciado pelo patrimônio injustificado.

Num perfil assim, soa mais adequado reputar ao confisco ampliado a natureza ainda de uma medida, mas de natureza administrativa. E não faltam vozes nesse sentido.

7.7.2 A perda alargada é uma medida materialmente administrativa?

Pedro Caeiro resume a vertente que alude à perda alargada uma "medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal"; e segue: "conjugação, sem dúvida, peculiar, que se deve à também incomum circunstância de o confisco ter por objecto bens e direitos que, por definição, não são provenientes do crime *sub judice* e, consequentemente, não exibir uma ligação directa com o facto criminoso (e com a responsabilidade por ele gerada) que permita concebê-lo como uma reacção *criminal* "[1609]. Também parece ser a linha acatada por Duarte Nunes, ao definir o confisco alargado português como "uma medida de *jus imperii* que instaura o domínio do Estado sobre uma parte ou a totalidade do patrimônio do condenado pela prática de um crime do catálogo que se mostre incongruente com os seus rendimentos lícitos, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objeto"[1610].

Transcendendo o direito português, no Reino Unido, na linha do que estudado no tópico 5.4, a *civil recovery* é concebida como uma medida de natureza administrativa,

---

[1608] Pensa-se, em definitivo, não se infere da perda alargada obrigação de indenizar por uma responsabilidade tipo objetiva, como defende Raul Brito Coelho, porque não há uma responsabilização subjacente à declaração de efeitos de confisco ampliado. A existência de um patrimônio incongruente do condenado não lhe gera uma responsabilização, e menos ainda objetiva: a perda alargada ataca uma presumível vantagem de atividade criminosa, tendo por finalidade a recolocação do agente na posição patrimonial anterior, o que se dá mediante atuação estatal de verificação de uma situação patrimonial injustificada e provavelmente ilícita.

[1609] Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 311.

[1610] NUNES. Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos nºs 392/2015 e 476/2015 do TC). *Julgar Online*, fevereiro 2017, p. 10. Disponível em http://www.julgar.pt/wp-content/upload.

decidida à revelia do direito penal, *on the balance of probabilities*, a partir da presumida ligação de determinado bem com suposta atividade criminosa[1611].

À semelhança, nos Estados Unidos da América, também como um *non conviction based confiscation*, o *civil forfeiture* é considerado um instrumento de recuperação de ativos com natureza tanto civil quanto administrativa. Conforme examinado no item 5.5.3 deste trabalho, a despeito de adjetivado como um procedimento civil, o *civil forfeiture*, que é objeto de demanda contra o próprio bem, muitas vezes[1612] sequer é apreciado por uma corte judicial, sendo processado e decidido inteiramente no âmbito administrativo. Desde as *Supplemental Rules for Admiralty and Maritime Cases and Asset Forfeiture Actions of the Federal Rules of Civil Procedure*, diante da suspeita da procedência ilícita de determinado bem ou propriedade, o Estado, em procedimento exclusivamente administrativo, impõe sua apreensão ou arresto, notificando o proprietário conhecido ou terceiro interessado sobre a providência; não havendo manifestação (ou desconhecido o proprietário), opera-se o confisco sem qualquer reflexo judicial em relação ao bem ou ao indivíduo que com ele tem relação. Existindo oposição à pretensão de *civil forfeiture*, o procedimento ainda pode permanecer adstrito ao âmbito administrativo, percorrendo várias fases em que é permitido ao *claimant* e ao Estado a produção de provas, até ser proferida decisão administrativa de procedência ou não. Na sequência de uma decisão administrativa procedente de *civil forfeiture*, ou, em alguns casos, logo que tornada pública essa pretensão, o procedimento pode ser levado ao apreço de um tribunal. Somente então, judicializado o procedimento com standard probatório de natureza civil, cumpre ao Estado o ônus de provar, *on a balance of probabilities*, que a propriedade tem origem em infração penal ocorrida ou foi utilizada no seu cometimento ou com ela tem alguma relação. Se o Estado faz tal prova, cumpre ao *claimant* o ônus de evidenciar que é um *innocent owner* ou

[1611] O TEDH também sinalizou ter natureza administrativa a *actio in rem* prevista no Estado da Georgia, no acórdão *Gogitidze and othes versus Georgia*, de 12 de maio de 2015, embora a tratando como procedimento civil no corpo da decisão: "a perda de bens tem um objetivo de retribuição, consistente na obrigação de restaurar a situação do agente ao momento anterior ao enriquecimento injusto, com o regresso dos bens ilicitamente obtidos ao seu legítimo proprietário ou, no caso, ao Estado (...) representando antes uma medida de controlo do uso dos bens no sentido do art. 1 do Protocolo n.º 1 (...)"; cf. SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A actio in rem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016, p. 4. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.

[1612] Pelos dados de 2011 do Departamento de Justiça americano, 80% dos casos de *civil forfeiture* que ingressam administrativamente não são contestados, totalizando mais de 30% do valor total revertido ao Estado como efeito da aplicação das modalidades de confisco ampliado. Sobre o assunto, vide CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 104.

que o confisco da propriedade seria grosseiramente desproporcional à gravidade do crime que lhe dá suporte"[1613].

Não se ignora que o *civil forfeiture*, diferentemente de figuras de confisco ampliado como o previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é uma *actio in rem*, totalmente independente de uma condenação criminal (mesmo como requisito) e inserido num sistema de *common law*. Contudo, pode ser manejado por promotores criminais e tem como fundamento do sucesso da pretensão de confisco a prova (*on a balance of probabilities*, e não *beyond a reasonable doubt*, como se dá no processo penal) de que o bem tem origem numa infração penal ou nela foi utilizado ou com ela tem ligação, características que o aproximam do confisco ampliado. De lembrar, ademais, que há modalidades de perda alargada, como as atualmente vigentes na Espanha e na Itália, que prescindem por completo do requisito da condenação criminal. Ou seja, não é nenhuma heresia inferir parecença entre traços do *civil forfeiture* e do confisco ampliado, notadamente no que se atém à essência da natureza jurídica administrativa de ambos.

Outrossim, na trilha de que a perda alargada é uma medida administrativa, pode-se colacionar a própria fundamentação elaborada pelo Tribunal Constitucional português no acórdão n.º 392/2015. Da interpretação do asserto de aparência literalmente neutra (a perda alargada é uma "medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens"), soa bastante mais plausível emblemar essa "medida" com a natureza materialmente administrativa. Porque se o mote da medida é o Estado verificar uma situação patrimonial injustificada e averiguar uma aquisição ilícita de bens, mais se presta o confisco ampliado à regulação do direito da propriedade privada e a evitar o enriquecimento ilícito[1614]. Logo, é possível inferir do liame jurídico que subjaz à aplicação da perda alargada uma relação jurídica – de regulação da propriedade – entre a Administração Pública (Estado) e o particular (*in casu*, o condenado por crime do catálogo)[1615].

[1613] Vide CASSELLA, Stefan D. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, p. 102.

[1614] Nesse sentido, NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus 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. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017, p. 11. 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: 08 Dez. 2018.

[1615] Ou seja, não parece assistir razão a Manuel Minas ao asseverar que "no caso do confisco alargado, não nos encontramos dentro de qualquer relação entre o confiscado e a Administração. Apenas no caso de ser

Como efeito, a perda alargada pode ser sintetizada como uma medida administrativa *sui generis*[1616], com peculiaridades atinentes aos seus requisitos (como depender de uma condenação criminal, nalguns casos) e à seara em que sua pretensão é tramitada e julgada (em Portugal, num procedimento enxertado no processo penal e decidido por um tribunal criminal, juntamente com a sentença condenatória). É uma medida que tende a restabelecer a ordem jurídica violada, com a retirada da esfera patrimonial do condenado das presumidas vantagens de atividade criminosa e que não deveriam ter sido angariadas, naquilo que Jorge Godinho aponta ser uma promoção de ordenação dos bens adequada ao direito[1617].

Importante mencionar que o trato da perda alargada como uma medida administrativa não se insere no aspecto crítico da administrativação do direito penal. Rememorando, Alessandro Baratta é um dos principais críticos do fenômeno moderno identificado como a administrativação do direito penal, definido, numa enxuta síntese, como a proliferação de deveres administrativos reguladores que, cada vez mais, têm acompanhado determinados padrões de intervenção penal, notadamente nas áreas ambientais, de consumo e de trânsito: a pena, nesse contexto, mais tem o condão de reforço do cumprimento de deveres administrativos e menos como resposta ao desvalor de um conduta merecedora da normatização penal; de modo que a administrativação do direito penal acaba se prestando como meio de governo de uma sociedade[1618]. Até se poderia invocar a pertinência dessa crítica porque, como visto, alguns procedimentos de confisco ampliado (como o português) são enxertados num processo penal e têm como um dos

---

uma entidade administrativa a providenciar o confisco alargado se poderia situar esta figura no âmbito do Direito Administrativo, o que não acontece no regime consagrado na ordem jurídica portuguesa"; cf. MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 32.

[1616] Duarte Nunes sintetiza de forma apropriada a adjetivação *sui generis* à medida administrativa da perda alargada: "por força da utilização da expressão liquidação (que é comum ao ato administrativo de liquidação do imposto e que é próprio do procedimento tributário), da semelhança entre o processo relativo ao confisco 'alargado' e a impugnação contenciosa do ato de liquidação em processo tributário (com a diferença de que aqui não se depende do impulso processual do interesado) e de, por isso, a liquidação do MP constituir um verdadeiro ato definitivo 'dependente da maior ou menor capacidade de resistência do arguido', para além de não ser uma sanção nem ter cariz penal, trata-se de uma medida administrativa *sui generis*" (NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ónus 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. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 2017, p. 11. 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: 08 Dez. 2018).

[1617] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1351.

[1618] BARATTA, Alessandro. La teoria della prevenzione-integrazione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistêmica. *Dei delitti e delle pene*, Ano II, n.º 1. Bari: 1984, pp. 5-30.

requisitos essenciais – para a geração de efeitos – a condenação do titular/possuidor do patrimônio injustificado; isto é, a perda alargada, com esse perfil, a despeito de medida administrativa, tem sua sua pretensão iniciada, processada e decidida num ambiente em que, senão puramente processual penal, nele está imerso. Porém, pode-se refutar tal argumento por dois pontos cruciais: primeiro, a incidência de remédios fortes como a perda alargada passa longe de uma neutralidade ética ou a ausência de danosidade social tangível das infrações[1619], já que tem por finalidade não só dar efetividade ao aforisma de que "o crime não compensa", descapitalizando e enfraquecendo estruturas de criminalidade organizada, com um forte componente preventivo, mas, ao lado disso, propiciar ao Estado o incremento da fiscalização do exercício regular da propriedade privada. Segundo – e talvez mais importante –, como adrede estudado, a perda alargada não é uma reação penal (e nem uma sanção de natureza diversa); logo, inexiste, em verdade, uma administrativação do direito penal no sentido de cominar como pena uma consequência administrativa, pois há meramente a aplicação de uma medida administrativa que, nalguns modelos (e noutros não), tem como um de seus requisitos a condenação criminal.

Retomando, não se nega que a perda alargada tenha finalidades de prevenção especial e geral[1620], e não raro extremamente poderosas[1621], mas são elas meramente reflexas (e não precípuas, como na reação penal), não influenciando a que se aluda à ferramenta de recuperação de ativos a natureza jurídica de medida administrativa.

[1619] FIANDACA, Giovanni. *Il diritto penale tra legge e giudice.* Padova: Cedam, 2002, pp. 89 e ss.

[1620] Características citadas, dentre outros, por GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1351; DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 39; CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, pp. 63-64; CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), pp. 309-310; SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)". *Julgar Online*, 2009, pp. 1-2. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013; e RODRIGUES, Helio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira.* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p 172.

[1621] Como assinalado ao início deste trabalho, notadamente no âmbito das grandes organizações criminosas, em que muitas vezes a pena aplicada a algum integrante é considerada um "risco do negócio", o confisco ampliado tende a gerar efeitos destrutivos bem mais eficazes à manutenção da estrututa e à continuidade das atividades ilícitas. Nesse tom, SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação na recuperação de activos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 105 (Jan.-Mar. 2006), p. 117.

Por outro lado, a definição da natureza jurídica da perda alargada como uma medida administrativa pode afetar o momento (independente, em concomitância ou depois de uma ação penal) e o ambiente (processo penal, civil ou administrativo) adequados ao manejo do procedimento legal que regra sua aplicação.

7.8 A perda alargada como medida administrativa objeto de procedimento enxertado no processo penal e decidida na sentença condenatória (modelo português)

Tendo por base o sistema português, está assentado que a liquidação prevista no artigo 8.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, embora enxertada no processo penal, é dele distinta; mas, mesmo distinta, acaba "contaminada" pelo meio em que inserida, absorvendo, de alguma forma, a natureza – também – de processo penal. Isso se depreende pelas claras menções de coincidências de fases de uma e outro. Para exemplificar, como regra, a acusação e o início da liquidação verificam-se num mesmo momento (artigo 8.º, n.º 1,), assim como as defesas no processo penal e no procedimento do confisco ampliado (artigo 9.º, n.º 4); o tribunal pode considerar, ao julgar a liquidação, toda a prova produzida no processo (artigo 9.º, n.º 4); e, foco deste tópico, é na mesma sentença condenatória que o tribunal declara o valor a ser perdido em favor do Estado (artigo 12.º, n.º 1). Ou seja, infere-se da liquidação essência de natureza processual penal, e também por isso se decide a perda alargada na sentença condenatória, a despeito de, é cediço, esta ser apenas um requisito daquela.

A tramitação da liquidação inserta no processo penal, inaugurada com a propositura da acusação, favorece o investigado e detentor de um patrimônio injustificado, que tem o vasto colete das garantias processuais penais para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar a pretensão de perda alargada. Também, é o mesmo juízo que julga a imputação ao arguido da infração penal do catálogo e o cabimento do confisco ampliado, prevenindo decisões dissonantes ou contraditórias que, nalgum aspecto, podem ter substratos probatórios próximos ou coincidentes.

Mas o modelo português, em que o procedimento da perda alargada é acoplado ao processo penal, com o momento de decisão na sentença condenatória, tem recebido contundentes críticas. Blanco Cordero reputa-o obsoleto, tanto pelo sistema em si (de o confisco depender da declaração de culpa objeto de uma sentença condenatória criminal), quanto por comumente estar ligado a ferramentas de confisco ampliado em que a doutrina identifica natureza jurídica de uma pena – de efeito ou natureza patrimonial. Para esse

autor, tal sistema não serve para lutar contra o fenômeno do crime organizado[1622]. Na mesma toada, Maugeri, há muito, vem propondo ser mais acertado que as questões relativas à aplicação dos instrumentos de confisco ampliado tenham palco em procedimento separado do processo penal, dele acessório ou, mesmo, independente[1623].

Não se ignora, no entanto, que, uma vez consolidado que a perda alargada da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não possui natureza jurídica de pena, efeito de pena ou consequência acessória da condenação criminal, tampouco de sanção, e sim de uma medida administrativa, aquele viés crítico perde força. É que, afastadas aquelas definições, resultam equacionados, ao menos em tese, os potenciais riscos de violação aos princípios da presunção de inocência e da culpa, bem como à garantia do *nemo tenetur se detegere*, com a aplicação da perda alargada.

Porém, a relativização de riscos não significa, peremptoriamente, que se repute como mais adequado manter, como momento de decisão do mérito da perda alargada, a sentença condenatória proferida no processo penal. Ao contrário, admitindo-se que o confisco ampliado não tem nenhuma natureza penal ou sancionatória, e sim uma medida administrativa, entende-se recomendável seu descolamento do processo penal.

7.9 A perda alargada como medida administrativa com admissibilidade decidida na sentença condenatória e apuração e liquidação posteriores

Cogitar a decisão sobre o cabimento da perda alargada na sentença condenatória, com apuração e liquidação posteriores, implica a adoção de sistema similar – mas não idêntico – ao existente no Reino Unido (relativo ao *criminal confiscation*, recordando que lá também existe um procedimento *in rem*, a *civil recovery*) ou nos Países Baixos[1624].

Numa adaptação hipotética ao sistema procedimental português da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a liquidação não prosseguiria enxertada no processo penal, e, por conseguinte, nenhuma fase de discussão e produção de prova acerca de o patrimônio do arguido – identificado como incongruente com seus rendimentos lícitos – ser ou não

[1622] BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 105.
[1623] MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo.* Milão: Giuffrè, 2001, pp. 883 e ss.
[1624] As ferramentas legais de recuperação de ativos desse dois Estados foram estudadas, respectivamente, nos itens 5.4 e 5.7 deste trabalho.

vantagem da atividade criminosa (na esteira da presunção do artigo 7.º, n.º 1)[1625]. O momento da decisão efetiva da aplicação dos efeitos da perda alargada seria adiante, numa liquidação instaurada a partir da sentença condenatória do processo penal. No protótipo, entretanto, ainda no processo penal, o Ministério Público, seja em concomitância com a acusação, seja em excepcional data posterior (a exemplo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º), suscitaria ao juiz ou ao tribunal a admissibilidade, em tese, da aplicação da perda alargada, bem assim a adoção de medidas acautelatórias de arresto ou caução econômica, nos moldes dos artigos 10.º e 11.º. Ao arguido, acerca da pretensão em tese, seria facultado aproveitar a fase de contestação ou momento à frente, nos moldes do artigo 9.º, n.º 4, para, querendo, trazer argumentos de refuto, mas sem que o silêncio ou a inação probatória surtissem efeito concernente à presunção do artigo 7.º, n.º 1 ou a alguma tendência de aplicação da perda alargada; outrossim, poderia contestar a ordem de arresto ou prestar caução econômica. E, na fase da sentença, em o tribunal reconhecendo a culpa e condenando o arguido por crime do catálogo, também se manifestaria sobre a admissibilidade – ou não – da instauração do procedimento de liquidação, mantendo, sendo o caso, a ordem de arresto ou a caução econômica feita pelo arguido. Com efeito, todos os atos de investigação patrimonial (cumprindo ao Ministério Público fazer prova não apenas de que o condenado possui patrimônio, mas, sobretudo, de que todo ou parte é incongruente com seus eventuais rendimentos lícitos), a fase de prova (seja pelo Ministério Público, no sentido de reforçar o resultado da investigação patrimonial, seja pelo condenado, almejando refutar esse resultado e ilidir os efeitos da presunção do artigo 7.º, n.º 1) e a decisão sobre a perda alargada (hoje alocada na sentença condenatória do processo penal por força do artigo 12.º, n.º 1) seriam deslocados para a frente, tendo por objeto procedimento totalmente separado e autônomo do processo penal, em que reconhecida a culpa.

O cenário idealizado da medida administrativa de confisco ampliado preveniria a suscitação de uma série de problemas atinentes a ferimentos de princípios e garantias do processo penal. A liquidação posterior e autônoma estaria isenta do apontamento de mácula aos princípios da presunção de inocência e da culpa, adstritos e assegurados no processo penal pretérito – e, portanto, não mais passíveis de ressuscitação. A garantia do *nemo tenetur se detegere* remanesceria intacta, sendo plenamente viável ao arguido o

[1625] Por exemplo, como defende BRAVO, Jorge dos Reis. Investigação Financeira ou Patrimonial Postecipada: Um Lugar Estranho no Sistema de Recuperação de Ativos. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 331-332.

direito ao silêncio e a total omissão quanto à produção de prova no processo penal, sem que isso lhe gerasse qualquer consequência ao nível da culpa. O ônus da prova residiria integralmente à acusação durante todo o processo penal. Enfim, como sói acontecer, o processo penal continuaria sendo o palco à acusação, com o ônus da prova quanto ao ilícito típico e à culpa ao Ministério Público, mantendo-se o respeito intransigível à presunção da inocência e ao direito ao silêncio, até o julgamento do mérito e da culpa. Mas, com um adendo, somente de um perfunctório juízo de admissibilidade da instauração da liquidação, para processamento e eventual futura aplicação da perda alargada, além de um posicionamento acerca das medidas de cautela do arresto ou da caução econômica.

Na liquidação, então, sobrariam ao Ministério Público, com suporte em investigação patrimonial[1626], a prova de que o condenado possui patrimônio de fonte inexplicada e a busca dos efeitos da presunção de que – esse patrimônio – é vantagem da atividade criminosa; e, ao condenado, também a feitura de prova, mas no afã de ilidir aquela presunção, nos caminhos indicados pelo artigo 9.º, n.º 3, alíneas a) a c); a carga probatória atribuída ao condenado teria por escopo a defesa de um alegado direito sobre o patrimônio apontado incongruente, mas nada vincado à culpa objeto do processo penal ou a uma nova responsabilização criminal. No desfecho da liquidação, o tribunal, ainda podendo considerar a prova produzida no pretérito processo penal (adequação ao artigo 9.º, n.º 1), decidiria pela eventual declaração do valor a ser perdido em favor do Estado, cujos efeitos concretos dependeriam do trânsito em julgado da condenação imposta no processo penal.

O desenho inovador do sistema processual de aplicação da perda alargada teria outros significativos benefícios, para além da "não contaminação" da liquidação pelo processo penal em que enxertada, como é hoje em Portugal. A distinção, com clareza de objetos, possibilitaria que discussões ou percalços correspondentes ao patrimônio do arguido ou sua titulação (que podem demandar diligências ou perícias complexas e duradouras) não afetassem a produção da prova vincada à culpa, e vice-versa – como a existência de terceiros envolvidos de alguma forma com o patrimônio ou os bens do arguido que se reputam incongruentes com seus rendimentos lícitos. O foco do juiz e do tribunal, durante o processo penal, afora no que toca a eventual análise de pedido de arresto, seria exclusivamente na prova da culpa. Depois, decidida – positivamente – a culpa em sentença condenatória, o juiz e o tribunal poderiam voltar os olhos ao debate patrimonial, para o fim de decidirem se o condenado possuía patrimônio, se era no todo ou

[1626] Como a estudada no item 6.4 deste trabalho.

em parte incongruente com seus rendimentos lícitos, se havia causa de ilisão da presunção da vantagem patrimonial decorrer da atividade criminosa, e se essas contingências conduziriam à declaração de perda alargada. E tudo isso com a viabilidade do cotejo da prova produzida no – passado – processo penal para auxílio na formação da convicção respeitante à perda alargada.

No aspecto da natureza jurídica, embora o idealizado procedimento posterior ao processo penal pudesse ser adaptável às possíveis diferentes definições da perda alargada, parece certo que melhor se amoldaria a uma medida administrativa desprovida de caráter sancionador. Sabe-se que no Reino Unido e nos Países Baixos as ferramentas de confisco ampliado criminal são instrumentalizadas dessa forma, sendo que tanto o *criminal confiscation* quanto seu congênere holandês foram considerados uma pena. Mas, nesses dois países, assim como nos Estados Unidos da América, é ordinária a separação das etapas do juízo da culpa (condenação criminal) e da fixação da pena: justificável, quiçá, que se cogite a perda alargada como algo similar à pena[1627], porquanto dependente da condenação criminal e aplicada em fase posterior ao julgamento da culpa, quando definido o quantum da sanção penal. No entanto, em sistemas legais como o português, o espanhol, o italiano e o brasileiro, em que a pena é aplicada na sentença condenatória, a liquidação posterior ao processo penal tende a melhor adaptar a perda alargada não como uma pena, seu efeito ou consequência acessória da condenação criminal, tampouco uma sanção outra ou uma decorrência civil, e sim uma medida administrativa que tem como um dos requisitos a afirmação da culpa por determinadas infrações penais.

A liquidação, ilustrada na forma de um procedimento acessório mas dependente (ou melhor, decorrente) do processo penal, ao qual permaneceria, no que tange à perda alargada, apenas a decisão do tribunal sobre o juízo de admissibilidade, além da adoção de eventuais medidas de cautela ou garantia do patrimônio com suspeita de origem na atividade criminosa, melhor comporta ter por objeto uma medida administrativa, e não uma pena.

Noutro rumo, ainda há a possibilidade de variações à dinâmica idealizada acima: a liquidação da perda alargada sendo instaurada com independência em relação à sentença condenatória, tramitando em concomitância ou após o processo penal.

[1627] Com o que não se concorda.

7.10 A perda alargada como medida administrativa com apuração e liquidação independente do processo penal (concomitante ou posterior)

Conforme estudado, alguns Estados como o Reino Unido e a Holanda contam com procedimentos que decorrem do processo penal – onde afirmado o juízo da culpa e proferida a condenação – e, uma vez em trâmite, possibilitam a investigação patrimonial, tendo por foco a pessoa condenada. Nesses procedimentos, uma vez formada a convicção do juiz ou tribunal de que o condenado, *on the balance of probabilities*, provavelmente obteve vantagens provenientes de outras atividades criminosas, sofre ele os efeitos de confisco ampliado, representado pela condenação ao pagamento de valor, até mesmo passível de ser convertido em tempo de prisão na hipótese de inadimplemento, salvo o condenado provar não possuir condições econômicas. Também visto, nesse arquétipo, a perda alargada é decidida em procedimento posterior ao processo penal, sendo deste acessório e decorrente, ao passo que a sentença condenatória criminal tem *status* de requisito.

Porém, numa outra variação, é plausível conceber o procedimento de aplicação da perda alargada sem relação – nem mesmo para um mero juízo de admissibilidade – com o processo penal, com decisão independente da sentença condenatória. A perda alargada, assim, como um *non-conviction based forfeiture*, surge como objeto de um processo não penal (civil ou administrativo), autônomo e independente de um processo penal[1628]. Abandonando a liquidação qualquer espectro de processo penal, a decisão acerca da perda alargada deve ter lastro em *standard* civilístico de prova, em similar ao que ocorre com os procedimentos *in rem*. Com outras palavras, não atribuída natureza de pena, efeito de pena ou consequência acessória ao confisco ampliado, e nem mantendo sua aplicação condicionada à pré-existência de uma condenação criminal (como requisito imprescindível), sua incidência remete a um procedimento semelhante ao de uma *actio in rem* (como a *civil recovery* do Reino Unido[1629]) ou, ainda, a de alguma modalidade de ação de extinção de domínio, mas com o diferencial óbvio de manter o foco na pessoa

[1628] Embora trilhando caminho que se reputa errôneo (por considerar que a perda alargada portuguesa padece de inconstitucionalidade por violar os princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio), Manuel Minas chega na mesma conclusão: "consideramos que o confisco alargado deve ser configurado num procedimento autónomo, de carácter não penal, já que os procedimentos penais comportam sempre princípios incompatíveis com o regime de perda alargada. Desta forma, autonomizando estes dois procedimentos, será possível manter intacta a presunção da inocência e o direito ao silêncio no procedimento penal sem deixar de combater o património ilícito de forma eficaz" (MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português.* 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, p. 43).

[1629] Sintetizada no item 5.4.3.1 deste trabalho.

(possuidora/proprietária de patrimônio injustificado) e não na coisa com suspeita de origem ilícita.

Há muitos defensores do entendimento de que os instrumentos de confisco ampliado devem ser postulados, analisados em decididos em procedimentos separados, de caráter acessório ou independente do processo penal[1630]. Esses procedimentos, já visto, têm a flagrante vantagem de passarem ao largo das discussões sobre possíveis violações de princípios e garantias do processo penal, notadamente da presunção de inocência, do princípio da culpa e do *nemo tenetur se detegere*; embora, por outro lado, retirem do arguido-demandado essas e outras garantias do processo penal[1631], inclusive a inexistência de carga de prova. Inegavelmente, uma liquidação com tal feição tende a ser mais profícua na solução de problemas envolvendo a pluralidade de pessoas com possíveis direitos sobre o patrimônio cuja fonte é colocada em xeque, ou eventuais direitos de terceiros. E a perda alargada daí proveniente tem a vantagem de poder acomodar numa mesma natureza jurídica as formas que preveem a condenação criminal-requisito (como a da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro) e aquelas que a dispensam, como as positivadas mais recentemente na Espanha.

Aliás, especificamente quanto ao sistema de Portugal, pode-se afirmar que, tendo por escopo a efetividade no enfrentamento da criminalidade organizada, deveria avançar o debate sobre a autonomização do procedimento da perda alargada (em concomitância ou posterior ao processo penal), até mesmo totalmente independente da sentença condenatória em alguns casos, à semelhança do que já está positivado na Espanha.

Mas o que importa asseverar é que, em todas as conformações possíveis do procedimento do confisco ampliado, sua natureza jurídica de "medida *sui generis* de natureza materialmente administrativa", não necessariamente aplicada por ocasião de um processo penal[1632], é a que melhor se amolda também para fins operacionais, prevenindo série de objeções ao nível de potenciais ferimentos de direitos ou garantias.

[1630] MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo.* Milão: Giuffrè, 2001, pp. 883 e ss; e BLANCO CORDERO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, p. 105.

[1631] Sobre o tema, tratando da *civil recovery* britânica, vide SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, p. 237.

[1632] Numa variação ao conceito de CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (Abril-Junho de 2011), p. 311.

O panorama jurídico-legal a ser buscado por todos os Estados (e, quiçá, por todo o ambiente da União Europeia, notadamente com o advento do Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda) que pretendem atingir níveis de excelência na seara de recuperação de ativos da criminalidade organizada, passa por contemplar na legislação instrumento de confisco ampliado, definido como medida de natureza materialmente administrativa (e apto a ser aplicável, em algumas hipóteses, à revelia do requisito da condenação criminal), e, em paralelo, um procedimento *in rem* (ou de extinção de domínio), voltado diretamente a coisas sob suspeita, e totalmente descolado de um processo penal.

CONCLUSÃO

A definição da natureza jurídica da perda alargada não é aspecto acessório ou de importância relativizada; bem diferente disso, é crucial na meta de os Estados valerem-se dessa ferramenta de recuperação de ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira do século XXI – de modelo empresarial, com divisão de hierarquias e tarefas, mobilidade, atuação em ramos e espaços diversos e que tem no lucro, direta ou indiretamente, finalidade essencial.

Numa síntese, dependendo da natureza jurídica que se atribua ao confisco ampliado, mormente pelas contingências de ter seu procedimento não raro enxertado num processo penal, admitir presunção legal contra os interesses do arguido (em processo penal) e distribuir o ônus da prova no que toca à demonstração da procedência patrimonial do condenado (ou, por vezes, meramente do arguido), estarão em xeque ou, diversamente, preservados, princípios estruturantes do processo penal como a presunção de inocência, da culpa e do *nemo tenetur se detegere*, e também o direito à propriedade privada. Outrossim, numa variação, estará em xeque ou preservada a conformação das leis dos Estados que preveem instrumentos de confisco ampliado com suas Constituições e, no ambiente da União Europeia, com a CEDH. Não bastasse, a precisão da natureza jurídica do confisco ampliado tende a sinalizar o melhor momento de sua aplicação (independente, em concomitância ou depois de uma ação penal) e o ambiente mais adequado à tramitação de seu procedimento (no processo penal, no processo civil ou na seara administrativa), até mesmo de modo absolutamente desconectado de uma condenação criminal.

Essas contingências orbitam o instrumento legal cuja finalidade precípua pode ser resumida na tentativa de atacar o lucro e descapitalizar as novas formas da criminalidade organizada e econômico-financeira do século XXI (incluindo os modernos esquemas de corrupção e as novas estruturas de organizações terroristas), e suas atividades danosas de

patamares exorbitantes em nível mundial, na trilha pavimentada como política criminal transnacional de que "o crime não deve compensar" pela via do *follow the money*. Pensa-se que, quanto a essa finalidade e a posição das ferramentas de confisco ampliado nos ordenamentos legais, não há mais espaço a ilações preconcebidas, fruto dos olhares ao passado remoto e às injustiças realizadas por distorções em momentos históricos totalmente distintos, quando o confisco geral figurava como uma pena sem culpa, desproporcional e arbitrária. Retirar a vantagem patrimonial apaga a recompensa e demove da ação criminosa, atingindo, conjuntamente, propósitos preventivos (especial e geral) e sancionatórios. Sobretudo no ambiente das organizações criminosas, a perda das vantagens da atividade delituosa tende ser mais desastrosa à manutenção da estrutura do crime do que a prisão de determinado(s) integrante(s). Além disso, ilustra à sociedade a defesa de seus interesses pelo Estado, reforçando a confiança nas instituições públicas, o *law enforcement* e o *compliance*, e fomenta o trabalho proativo dos órgãos estatais de persecução penal.

Com esse panorama, tem-se que a sedimentação da perda alargada – e de outras formas musculosas de recuperação de ativos – nos direitos dos Estados, em paralelo à manutenção e à modernização das ferramentas de confisco clássico (provadamente ineficientes no ataque ao lucro da criminalidade organizada e econômico-financeira), tudo indica, é caminho irreversível. Sinal claro disso é a presença cada vez mais disseminada dos instrumentos de perda alargada (inclusive sem a condenação criminal como requisito) em diplomas internacionais e comunitários ao nível de *soft law* e *hard law* – sendo o mais enfático deles a 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, já transposta para vários ordenamentos dos Estados –, além de ser objeto de estudos funcionais específicos de âmbito transnacional (como ocorreu no Projecto Fenix, dele brotando lista com boas práticas e recomendações concernentes à perda alargada) e de trabalhos acadêmicos por todo lado. Em paralelo, na União Europeia, tanto o TEDH (ainda com alguma instabilidade, é verdade) quanto os Tribunais Constitucionais dos Estados Membros têm respaldado o entendimento de que a perda alargada é consonante com princípios estruturantes do processo penal e garantias fundamentais insculpidas na CEDH e nos textos das leis maiores desses Estados. Para além de tudo, agora surge o Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, que poderá padronizar e multiplicar a efetividade das ferramentas de confisco ampliado.

Consequência desse contexto, países como Portugal, Espanha, França, Itália, Reino Unido, Estados Unidos da América, Alemanha e Holanda não apenas possuem em seus ordenamentos, já há muitos anos, diferentes modalidades de ferramentas modernas de recuperação de ativos, mas, na mesma medida, têm-nas conduzido a atualizações (como nas recentes na Espanha e na Itália, e, mesmo, em Portugal, mediante a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, embora com menor intensidade) com o indisfarçável incremento do espectro musculado ao alcance de patrimônio e bens de origem injustificada de pessoas envolvidas (e não necessariamente condenadas criminalmente) com infrações penais ligadas à criminalidade organizada e econômico-financeira. Ademais, a presença mais longeva de instrumentos agressivos de recuperação de ativos nos direitos internos fez surgir nesses Estados maior debate doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, notadamente quanto aos reflexos de consonância constitucional e, no sítio comunitário, em relação à CEDH.

E, fruto desse debate, bem assim da observação do que tem passado nos ordenamentos jurídicos e seus reflexos em termos de efetividade, pode-se conjecturar que, padecendo de sintoma similar aquele que afeta as ferramentas clássicas de perda dos produtos e das vantagens das infrações penais, o ilícito típico de branqueamento de capitais, dos mais importantes e que vem recebendo altas apostas na moderna estratégia de política criminal para que "o crime não compense", não tem alcançado os resultados esperados. Nem mesmo a ampliação dos catálogos de *predicate offences* (ou até sua supressão, como no Brasil) ou a flexibilização da sua prova (sendo suficiente a suspeita da origem criminosa das vantagens) tem se prestado aos Estados como arma eficaz tanto ao nível de responsabilizações criminais quanto na seara da recuperação de ativos. De modo que, talvez, mereça maior energia como ferramenta antilavagem o investimento e a expansão – num viés eminentemente preventivo – nos controles das operações com riscos de branqueamento, mormente nos circuitos econômicos e financeiros legais. E preferindo-se, em concomitância, o foco em instrumentos de recuperação de ativos fora do nível da ilicitude material. Neste foco estão a perda alargada e os procedimentos *in rem*, mas não a criminalização do enriquecimento ilícito.

Com outras palavras, o raciocínio acima infere-se da criminalização do enriquecimento ilícito, a despeito de seguir explicitada como sugestão de positivação aos Estados (e realmente já previsto em muitos) em diplomas internacionais e comunitários. Menos pela análise num espectro de efetividade, e mais pelas dúvidas que traz em termos de consonância com princípios estruturantes do processo penal como o da presunção de inocência e do direito ao silêncio. Os exemplos de declaração de inconstitucionalidade de

modalidades de tipos penais de enriquecimento ilícito e injustificado, verificados na Itália e em Portugal (por duas vezes), sempre com o fundamento comum da violação da presunção de inocência (e, pontualmente, de outros, como do *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, ou da mácula da inversão do ônus da prova em processo penal), servem de alerta ao risco da opção por uma infração penal de mera suspeita, mediante incriminação indireta e sem um bem jurídico perfeitamente identificado, parecendo preferível a escolha pela positivação de instrumento de recuperação de ativos de perda alargada e/ou de uma ação *in rem*.

Quanto a esta, aliás, nas configurações quer de procedimentos em que se demanda diretamente contra a coisa (como no *civil forfeiture* norte-americano ou na *civil recovery* britânica), quer nas denominadas ações de extinção de domínio, mas tendo em comum a natureza extrapenal, sobrevela a utilidade ao alcance de bens e patrimônio de origem provavelmente ilícita em hipóteses variadas, p. ex., quando o investigado ou arguido está foragido, morre antes de ser condenado, tem algum tipo de imunidade legal ou prerrogativa de foro, ou é desconhecido, e nos casos de bens detidos por terceiros ligados a arguidos ou condenados por ilícitos típicos afeitos à criminalidade organizada. Pela pertinência na seara de recuperação de ativos, a criação de algum procedimento *in rem* em Portugal (e, também, no Brasil) deveria ser seriamente cogitada, quem sabe em lugar da insistência na criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, mantendo – e talvez ampliando – a figura da perda alargada.

Essa combinação no ordenamento legal, de contar simultaneamente com uma ferramenta legal de confisco ampliado, na formatação daquela preconizada pelo artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro, de Portugal, ou do artigo 5.º da Diretiva nº 2014/42/UE, e uma outra, *non conviction based*, como um procedimento *in rem* ou, mesmo, alguma figura de confisco ampliado cuja aplicação independe de condenação criminal, tem se alastrado. Rememorando, para exemplificar, na Espanha, com o advento da *Ley Orgánica* 1/2015, de 30 de março, que teve origem na Diretiva 2014/42/UE, o artigo 127 do Código Penal passou a contemplar modalidades de *comisso* ampliado tendo como requisito a condenação por crime do catálogo e, também, um *decomiso sin condena*, divorciado de uma sentença penal condenatória, além de um *decomiso de bienes de tercero*. A Itália prevê, como *non conviction based*, a *misure di prevenzione patrimoniali* do Decreto Legislativo n.º 159/2011 (*Codice Antimafia*), ao lado de uma *confisca allargata*, calcada na condenação (por determinados crimes graves) e na prova de que o condenado tem a propriedade ou a disponibilidade de dinheiro, bens ou patrimônio

incongruentes com seus rendimentos declarados para efeito de impostos ou relativos à sua atividade econômica. Não bastasse, numa inovação trazida pela Lei n.º 161/2017, o atual n.º 4-*septies* do artigo 12-*sexies* da Lei n.º 356/1992 passou a capitular outra espécie de *non conviction based confiscation*, autorizando o confisco ampliado quando, proferida decisão condenatória contra o arguido em um grau de jurisdição, o Tribunal de Apelação ou a Suprema Corte declararem extinta a punibilidade do crime por prescrição ou concessão de anistia. Tanto o Reino Unido quanto os Estados Unidos da América preveem procedimentos de confisco em relação à coisa, desconectados totalmente de um processo penal, e, em paralelo, figuras de *criminal confiscation*, vincados à condenação criminal por determinadas infrações penais. E mesmo no Brasil, onde os instrumentos agressivos de recuperação de ativos ainda são mera cogitação, há chance da positivação tanto de ferramenta de confisco ampliado e como de ação de extinção de domínio. É, pois, algo a ter o debate aprofundado.

E, nesse debate, também é imprescindível inserir a definição da natureza jurídica do confisco ampliado. Como visto, não há um consenso nem mesmo quanto à definição da natureza jurídica de ferramentas clássicas de perda de produtos e vantagens de bens (como do artigo 110.º do Código Penal português); quando o foco passa a ser a perda alargada, as possibilidades se multiplicam. Na Espanha, o confisco ampliado, segundo o legislador, tem natureza civil e patrimonial: de fato, o *decomiso* ampliado, nas três configurações no artigo 127, *bis* a *octies*, do Código Penal espanhol, não é uma sanção penal, um efeito de pena, reação penal ou sanção de natureza diversa, e sim uma medida ou instituição que põe fim a uma situação patrimonial ilícita supostamente derivada de atividade criminosa. Na França, a *confiscation* é uma pena complementar ou acessória, que, em hipóteses extremas, pode ensejar o confisco geral do patrimônio do condenado. Na Itália, a *misure di prevenzione patrimoniali* é considerada por parte da doutrina como verdadeira medida preventiva, assemelhada à medida de segurança patrimonial, mas há quem a intitule com viés objetivamente sancionatório. Já o confisco ampliado italiano, pelo entendimento predominante, não é uma pena ou efeito, e sim uma medida patrimonial apegada na presumida perigosidade dos bens incongruentes com os rendimentos do condenado; porém, numa posição antagônica, a perda alargada italiana ainda tem sido rotulada como uma pena por parcela significativa da doutrina. Na Inglaterra, enquanto a *civil recovery* é definida como uma medida de natureza eminentemente administrativa, o *criminal confiscation*, sobremodo pelos fundamentos colhidos dos julgamentos do TEDH, oscilou do conceito de

uma verdadeira sanção penal para uma penalidade, não necessariamente com natureza de pena, ligada ao controle da propriedade pelo Estado.

Delimitando a análise ao modelo de perda alargada tal qual a regrada nos artigos 7.º a 12.º-A da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal, ou a esboçada para eventual positivação no Brasil, que guardam similitude com a preconizada pela Diretiva 2014/42/UE, seu artigo 5.º, n.º 1 ("caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso"), a pesquisa conduziu às conclusões que seguem.

Como requisito, esse tipo de perda alargada exige uma condenação criminal (com trânsito em julgado ou após confirmação por um tribunal de apelação ou de segunda instância) pela prática de infração penal normalmente geradora de lucro e afeita à criminalidade organizada ou econômico-financeira, listada num catálogo explicitado em lei. De modo que o cotejo de hipótese de incidência sem a condenação criminal necessita de positivação expressa. Por outro lado, não há exigência, para aplicação da perda alargada, de condenação em sanção privativa de liberdade ou outra específica medida concreta; assim, penas como multa e até mesmo a suspensão e a dispensa de pena não são impeditivos à perda alargada.

Outro pressuposto é a existência de um patrimônio de propriedade ou posse (domínio jurídico ou fático) do condenado por crime do catálogo, com limitação temporal, na linha, por exemplo, do que define o artigo 7.º, n.º 2, letras a), b) e c), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, de Portugal. É necessário que todo o patrimônio do condenado seja avaliado, com critérios técnicos e de forma fundamentada, preferencialmente mediante investigação financeira ou patrimonial, para o sequente cotejo do que se trata de patrimônio ao alcance do confisco ampliado. Cumpre à acusação a prova do patrimônio do condenado.

E um terceiro requisito remete à existência de um patrimônio (do condenado por crime do catálogo) incongruente com seu rendimento lícito, que é o resultado aritmético do valor do patrimônio do arguido menos o valor do patrimônio do arguido congruente com seu rendimento lícito. O patrimônio incongruente poderá ser presumido vantagem de atividade criminosa e alcançado pelos efeitos da perda alargada. Não há espaço à aplicação do princípio da proporcionalidade na relação entre o crime objeto da condenação e a dimensão patrimonial afetada pelo confisco ampliado. Incumbe ao Ministério Público

apurar a totalidade do patrimônio do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência – ou não – de rendimentos/fontes lícitos, demonstrando (em Portugal, na liquidação) como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente, é vantagem da atividade criminosa.

Noutro sentido, é descabido considerar como requisito o ônus de a acusação provar ou demonstrar indícios de que o patrimônio incongruente proveio de similar crime pelo qual o arguido sobrou condenado no processo penal ou de atividade criminosa diversa. Tal mister, extralegal em Portugal e nos esboços de perda alargada no Brasil, é prescindível.

A presunção que instrumentaliza a perda alargada é de natureza civil, sendo-lhe aplicadas as regras correlatas do direito civil. É uma presunção legal e *juris tantum* (passível de ser ilidida). A inversão do ônus da prova ocasionada pela presunção reside, em essência, no aspecto do cabimento e do *quantum* da perda alargada – e nunca relativamente à culpa do arguido. Caso o Ministério Público desincumba-se de sua carga probatória, como antes descrito, restará ao arguido ilidir a presunção – em Portugal, numa das hipóteses elencadas nas letras a) a c) do n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro –, e não apenas criar dúvida a respeito: restando dúvida, deve aproveitar ao Estado, dando azo à perda alargada. Entretanto, o juiz e/ou o tribunal poderão examinar o contexto probatório como um todo, inclusive com prerrogativa de produção ou complementação da prova, para chegar à decisão da perda alargada. E, conforme citado na fundamentação do acórdão n.º 392/2015, do Tribunal Constitucional português, a presunção legal não impõe ônus excessivo para o condenado, pois a ilisão da presunção é efetuada pela demonstração de fatos de seu conhecimento.

A investigação do que consiste o patrimônio do arguido, para o fim de mensurar eventual patrimônio incongruente, deve, preferencialmente, ser feita por gabinete especializado (em Portugal, o Gabinete de Recuperação de Activos), mas não exclusivamente. Nada impede que tal investigação seja feita diretamente pela Polícia ou pelo Ministério Público. O decreto do arresto de bens de condenado, já ao início ou até mesmo antes do procedimento tendente à aplicação da perda alargada, para garantia do pagamento, é providência essencial à efetividade da ferramenta de recuperação de ativos.

A perda alargada não viola o direito à propriedade privada. O confisco intenta repor o condenado à situação patrimonial anterior a uma suposta atividade criminosa, que nunca é título legítimo de aquisição de propriedade. O patrimônio posto em xeque pela pretensão de perda alargada não se confunde com a propriedade lícita cujo exercício, em Portugal e por todo lado, é garantia constitucional. Ou, noutros termos, o patrimônio incongruente e

de fonte presumivelmente de atividade criminosa, de quem foi condenado por crime adstrito à criminalidade organizada ou econômico-financeira, não se alberga naquela proteção constitucional.

O confisco ampliado não gera a inversão do ônus da prova em processo penal. A inversão do ônus da prova reside tão somente no procedimento de aplicação da perda alargada, vincando-se ao seu cabimento e montante, e após provado que o arguido por infração penal do catálogo, num processo penal, tem patrimônio incongruente com seu rendimento lícito. Ou seja, a inversão do ônus da prova não ocorre no processo penal e nem tem relação alguma com a culpa ou qualquer outra circunstância da acusação.

A perda alargada não macula o princípio da culpa. O exame e o juízo da culpa prosseguem exclusivos ao processo penal, onde apenas o Ministério Público tem carga probatória. Caso provada a culpa do arguido no processo penal, sendo prolatada a sentença condenatória, ter-se-á um dos requisitos (e ainda pendentes outros) para a potencial incidência do instrumento musculado de recuperação de ativos.

O confisco ampliado não fere a presunção de inocência. Como o juízo da culpa somente é discutido no processo penal, e tendo a perda alargada, nessa conformação, a condenação criminal como requisito, no momento de sua aplicação, já estará rechaçada a presunção de inocência do condenado. Absolutamente nada é alterado quanto à garantia constitucional pela tramitação do procedimento em que o Estado pretende a geração de efeitos de confisco ampliado.

A perda alargada não atinge o *nemo tenetur se detegere*. Conforme assinalado à exaustão, a existência do ilícito típico, sua autoria e a culpa são todos temas afeitos ao processo penal, ambiente em que o silêncio do arguido ou sua total inação probatória nenhum prejuízo lhe importará. No procedimento diverso (na liquidação, em Portugal), em que provada a existência de patrimônio não justificado licitamente do arguido, haverá espaço à presunção de esse patrimônio ser considerado vantagem de atividade criminosa, aí sim incumbindo ao réu a faculdade de provar a origem lícita ou outra causa elidente da suposição legal.

É preciso reconhecer, contudo, que a manutenção do sítio do procedimento de aplicação do confisco ampliado enxertado no processo penal, com debate paralelo à imputação pela infração penal e julgamento concomitante ou sequencial na sentença condenatória, potencializa o argumento de violação do princípio da culpa, da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

A positivação e a aplicação do confisco ampliado não são sintomas da "banalização dos remédios fortes", mas sim um dos resultados possíveis advindos da política criminal transnacional de recuperação de ativos, a que os Estados devem adotar para evitar que a criminalidade organizada e econômico-financeira compense. Há, hoje, consenso de que, ao lado e até mais importante do que a responsabilização criminal dos agentes do crime organizado, é preciso retirar-lhe o lucro ou qualquer proveito econômico. E, pelo o que se tem visto em vários Estados, nos quais os ordenamentos preveem ao menos duas ou mais ferramentas legais agressivas de recuperação de ativos (normalmente, uma delas na modalidade *non conviction based confiscation*), pode-se aduzir desmedida a insinuação de que contar com a perda alargada na legislação, com aplicação restrita a infrações penais usualmente vincadas à a criminalidade organizada e elencadas em catálogo, signifique algum tipo de banalização ou exagero por parte do Estado na seara de recuperação de ativos.

A finalidade econômica – ou superavitária – da aplicação da política criminal de recuperação de ativos, embora não seja primordial, deve ser buscada. Para tanto, cumpre aos Estados a criação e a estruturação de gabinetes especializados de investigação, administração e alienação rápida de bens, a qualificação permanente de todos os funcionários com atuação na área e a exigência, a eles, de utilização rápida e eficiente, preferencialmente ainda no curso das investigações patrimoniais, dos meios de apreensão de bens e de arresto, acautelando o concreto efeito jurídico do confisco ampliado. Enfim, é preciso tornar a política criminal de recuperação de ativos como um hábito.

Quanto à natureza jurídica, em si, pode-se afirmar que a perda alargada não é uma pena. Embora, tal qual a pena, o confisco ampliado agregue componente de prevenção negativa, geral e especial, bem assim se subsuma ao princípio da subsidiariedade, não tem vinculação direta com a condenação e nem guarda relação de proporcionalidade com o crime cometido; outrossim, não implica nova imputação penal ao arguido ou risco de sanção, restringindo-se a possibilitar o confisco pela suspeita da origem ilícita do patrimônio. A condenação criminal é mero requisito, e não há, para fins da incidência do confisco ampliado, juízo de censura ou de culpa em termos ético-jurídicos. Ademais, se concebida como uma pena, a perda alargada tende a contrariar o princípio da legalidade na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege,* além dos princípios da culpa, da presunção da inocência e do *nemo tenetur se detegere*.

A perda alargada não é um efeito da pena – nem qualquer de suas variações conceituais como pena acessória, ou algo "mais próximo das penas do que da medida de

segurança" ou um "efeito da condenação". Noutro aspecto, características aparentemente comuns com os instrumentos clássicos de confisco dos produtos e vantagens da infração penal, como ter finalidade semelhante, estar positivada em legislação penal e normalmente atrelada a uma condenação criminal, não atraem à perda alargada a natureza jurídica daqueles instrumentos legais. Não se depreende do confisco ampliado natureza eminentemente penal, pois sua aplicação não decorre, direta ou indiretamente, da responsabilização penal do arguido, tampouco se prende ao juízo de censura ou de culpa em termos ético-jurídicos.

O confisco ampliado não é uma reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança: em suma, porque, calcada na existência de ganhos patrimoniais apenas presumivelmente vindos de atividade criminosa, não tem liame com a culpa ou a pena (logo, não é uma reação penal), e nem se prende a um "juízo de concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes", o que rechaça a condição de análoga a uma medida de segurança.

A perda alargada não é uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal, pela razão primordial de não se adequar a uma sanção: não é uma resposta pelo cometimento da infração penal, consequência do juízo da culpa, pena, efeito de pena ou reação penal, e também não é uma sanção não penal, administrativa ou cível, sobremodo porque inexiste relação de causa e efeito com ilícito administrativo ou civil – refutando-se, inclusive, o cotejo do princípio da proporcionalidade.

Pelo mesmo raciocínio acima, verifica-se que o confisco ampliado não é uma sanção cível objeto de uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa – além de o procedimento não penal enxertado no processo penal (em Portugal, a liquidação) não ser uma ação cível declarativa de condenação no pagamento de uma quantia pecuniária certa. O trato da ferramenta de recuperação de ativos como uma sanção cível tornaria viável a geração de efeitos retroativos a uma sanção sem ilicitude cível determinada, além de necessariamente atrair a cogitação do princípio da proporcionalidade na relação do ilícito civil (que seria a incongruência do patrimônio com o rendimento lícito e poderia ser aplicado pelo silêncio do arguido) com sua consequência (o pagamento de uma quantia pecuniária, pelo entendimento).

A perda alargada é uma medida, mas não de natureza materialmente civil. Não se recorta do processamento e da aplicação do confisco ampliado vinculação com o direito civil, até porque os requisitos daquele são estranhos às medidas deste. O fato de o condenado possuir patrimônio incongruente com seu rendimento lícito não lhe gera

responsabilização de qualquer natureza, muito menos contratual ou extracontratual: também não se infere qualquer reparação ao Estado, e sim a meta de colocação do condenado na posição patrimonial por ele detida antes de uma presumida atividade criminosa, pela via da regulação da propriedade privada.

Enfim, a perda alargada é uma medida materialmente administrativa. Na esteira da fundamentação do Tribunal Constitucional português exarada no acórdão n.º 392/2015, é uma "medida associada à verificação de uma situação patrimonial incongruente, cuja origem lícita não foi determinada, e em que a condenação pela prática de um dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro tem apenas o efeito de servir de pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens". O núcleo duro da medida consiste em o Estado verificar situação patrimonial injustificada e averiguar uma aquisição ilícita de bens, em ação de regulação do direito da propriedade privada e tendente a evitar o enriquecimento ilícito. Há, no liame jurídico subjacente à aplicação da perda alargada, relação jurídica de regulação da propriedade entre a Administração Pública (Estado) e o particular condenado por crime do catálogo. É uma medida administrativa *sui generis*, peculiar no que toca aos seus requisitos (como o "gatilho" da condenação criminal, nalguns casos) e ao sítio em que sua pretensão é tramitada e julgada (não raro, enxertada num processo penal e decidida por tribunal criminal em meio a uma sentença condenatória).

Sendo o confisco ampliado uma medida materialmente administrativa, e inclusive, alhures, contando com espécimes que não exigem, peremptoriamente, a condenação criminal, não se reputa como mais adequado manter seu momento decisório acoplado a uma sentença condenatória criminal. É recomendável seu descolamento do processo penal.

O procedimento de aplicação da perda alagada (a liquidação) na forma de incidente acessório, mas dependente e decorrente do processo penal, ao qual permanece apenas a decisão do tribunal sobre o juízo de admissibilidade da ferramenta de recuperação de ativos (além, obviamente, do cabimento de medidas de cautela e garantia sobre o patrimônio suspeito de ter origem na atividade criminosa), parece melhor comportar ter por objeto uma medida administrativa.

Alternativa reside em conceber o procedimento de aplicação da perda alargada sem relação, nem mesmo para um mero juízo de admissibilidade, com o processo penal, com decisão independente da sentença condenatória. A medida materialmente administrativa, nesse cenário, no perfil de uma *non-conviction based forfeiture*, é objeto de um processo não penal (civil ou administrativo), autônomo e independente de um processo penal. Em

Portugal, quiçá devesse avançar o debate sobre a autonomização do procedimento da perda alargada (em concomitância ou posterior ao processo penal), até mesmo totalmente independente da sentença condenatória.

Em desfecho, concluiu-se que os Estados – e a própria União Europeia – que ambicionam níveis de excelência na seara de recuperação de ativos da criminalidade organizada e econômico-financeira devem ter positivados ao menos um instrumento de confisco ampliado, definido como uma medida de natureza materialmente administrativa (aplicável, em algumas hipóteses, sem a necessidade da condenação criminal), e um procedimento *in rem* ou de extinção de domínio, tendo por alvo diretamente o patrimônio suspeito e sem conexão com o processo penal. Ao lado disso, é imprescindível avançar concretamente no reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda e na cooperação, já contando, a União Europeia, a partir do Regulamento UE 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, com instrumento para tanto.

BIBLIOGRAFIA

ABRIL, Gilmar Giovanny Santander. *La emancipación del comiso del proceso penal*: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado. Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT), Secretaría de Seguridad Multidimensional (SMS), Organización de los Estados Americanos (OEA), 2017. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/COMISO%20&%20EXTINCION%20DE%20DOMINIO_GGSA_FINAL.pdf>. Acesso em: 30 Mar. 2019.

_____. *Naturaleza Jurídica de la extinción de dominio*: fundamentos de las causales extintivas. 2018. 494p. Tese para obter o título de "Magíster en Derecho Penal", Universidade Santo Tomás em convênio com a Universidade de Salamanca, Bogotá, 2018.

AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea. In: VARGAS, Álvaro; LOZANO, Renato Vargas (Compil.). *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2017, pp. 125-168.

_____. Normas mínimas sobre decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia organizada en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE) y su incorporación al derecho español. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coord.); BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio (Dir.). *Criminalidad organizada trasnacional*: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 551-590.

_____. La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, 2015, pp. 1-34.

_____. Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 1 (Jan. 2014), pp. 12-57.

_____. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 05-04, 2003. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2014.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

_____. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALESSANDRI, Alberto. Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. In: D'ARGENTINE, Camilla Beria (Coord.). *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, n. 25. Milão: Giuffrè Editore, 2009, pp. 11-58.

_____. Confisca nel diritto penale. In: AA. VV. *Digesto delle Discipline Penalistiche*, III. Torino: Utet, 1989.

ALFONSO, Roberto. Italia: Instrumentos para contrarrestar la criminalidad organizada: la confiscatión de los patrimonios ilícitos en el procedimiento penal y en el procedimiento preventivo. Apuntes de derecho comparado. *Revista General de Derecho Penal*, n. 3. Semestral, Mai.-Nov. 2005.

ALLDRIDGE, Peter. Tax, Money Laudering and Offshore: The HSBC Suisse Affair. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 157-173.

_____. *What Went Wrong With Money Laudering Law?* Londres: Palgrave Macmillan, 2016.

_____. *Money Laudering Law:* Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

ALMEIDA, Cândido Mendes. *Auxiliar Jurídico:* Apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 146, nº 4005 (Jul.-Ago. 2017), pp. 360-370.

ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. Da natureza processual penal do arresto preventivo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 27, nº 1 (Jan.-Abr. 2017), pp. 135-155.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. Contributo para o conceito de contra-ordenação. In: CORREIA, Eduardo. et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 75-107.

ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. 2.ed.. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. Direito Processual Penal - "Direito Constitucional Aplicado". In: MONTE, Mário Ferreira; et al. *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, pp. 745-754.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Branqueamento de capitais: reação criminal. In: AA. VV., *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 337-358.

AULETTA, Alessandro; SERPICO, Antonio. La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU. In: *Innovazione e Diritto* - Rivista OnLine di Diritto Tributario e del Lavoro, Ano 2010, nº 6, pp. 207-240. Disponível em: <http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/1006/aulettaserpico.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

BALSAMO, Antonio. Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzioni. In: *Il Libro dell'anno del Diritto 2014*. Treccani, 2014. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-dell-ue-e-della-cedu-e-confisca-di-prevenzione_(Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto)/> Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Il sistema delle misure patrimoniali antimafia tra dimensione internazionale e normatine interna. In: BALSAMO, Antonio; CONTRAFATTO, Vania; NICASTRO, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata.* Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 1-31.

_____. Le misure di prevenzione patrimonial, gli orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo e gli strumenti della collaborazione giudiziaria internacionale. In: BALSAMO, Antonio; CONTRAFATTO, Vania; NICASTRO, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizatta.* Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 270-301.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e proibição de insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARATTA, Alessandro. La teoria della prevenzione-integrazione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistêmica. *Dei delitti e delle pene*, Bari, a. II, n.º 1, 1984, pp. 5-30.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mani Pulite:* La vera storia, 20 anni dopo. Milão: Chiarelettere Editore, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, a. IV, n.º 16, Trimestral (Out.-Dez. 2013), pp. 53-95.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. (Org). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASILE, Fabio, Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), a. 2015, nº 6 (Jun. 2015), pp. 1520-1528.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft*. Moskau: Duma Rede, 2001.

_____. *Die Erfindung des Politischen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.

_____. *Politik in der Risikogesellschaft.* Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

_____. *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

BEERNAERT. M. A., La loi Du 19 décembre 2002 portant extension des possibilites de saisie et de confiscation en matière pénale. *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelas, a. 2003, nº 5, pp. 565-589.

BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society:* a venture in social forecasting. Londres: Heinemann, 1973.

BEZIZ-AYACHE, Annie. *Confiscation.* In: AA. VV. Dalloz Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale, Vol. II. Paris: Dalloz, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral, V. 1. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Modern forms of confiscation and protection of third parties. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing criminal money*: challenges and perspectives on asset recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 139-154.

_____. El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea. In: ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta; BARRANCO, Norberto Javier de la Mata; BLANCO CORDERO, Isidoro (Coord.). *Adaptación del Derecho Penal español a la política criminal de la Unión Europea*. Madri: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 429-510.

_____. Estrategia penal contra las ganancias de la corrupción. Blanqueo de capitales, delito fiscal y enriquecimiento ilícito. In: GARCIA, Francisco Jiménez (Dir.); CARRASCO, Julia Ropero (Dir.); PALOMAR, Antonio Pastor (Coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción:* interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Madri: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 27-48.

_____. El decomiso sin condena en la Unión Europea: Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.); CALATAYUD, Manuel Maroto (Coord.). *Crisis*

financiera y derecho penal económico. Madri: Edisofer, Buenos Aires: B de F, 2014, pp. 149-210.

_____. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; ALONSO, Miguel Ontiveros; GARCÍA, Nicolás Rodríguez (Dir.). *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción.* Del. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012, pp. 337-371.

_____. El comiso de ganancias: brutas o netas? In: *Diario La Ley*, Espanha, nº 7569, 2011.

_____. *Sistemas de administración de bienes de América Latina y Guía para la administración de bienes incautados y decomisados del crimen organizado.* Washington: OEA Documentos Oficiales, 2011.

_____. Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea em materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimento ilícito. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Madri: Lex Nova, 2010, pp. 349-378.

_____. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos Contemporáneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2008, pp. 69-106.

BODNAR, Andrew. Criminal confiscation. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery. Criminal Confiscation and Civil Recovery*. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 176-235.

BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGERS, Matthias. Confiscation of the Proceeds of Crime: The European Union Framework. In: KING, Colin; WALKER, Clive. *Dirty Assets Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*. Surrey: Ashgate, 2014, pp. 27-45.

BOUCHT, Johan. *The Limits of Asset Confiscation:* On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds. Oxford: Hart Publishing, 2017.

_____. Extended confiscation: criminal assets or criminal owners? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing criminal money*: challenges and perspectives on asset recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 117-137.

BRASIELLO, Ugo. Confisca, Diritto Romano. In: AA. VV. *Novíssimo Digesto Italiano, IV*. Torino: Utet, 1974.

BRAVO, Jorge dos Reis. Investigação Financeira ou Patrimonial Postecipada: Um Lugar Estranho no Sistema de Recuperação de Ativos. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 305-331.

_____. Titularidade da ação penal e direção do inquérito no âmbito da criminalidade económico-financeira. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *IV Congresso de Processo Penal, I Congresso Luso-brasileiro de Criminalidade Económico-financeira*: memórias. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 77 e ss.

_____. Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário. In: *Working Papers* n.º 18/2013, 1.ed. (Jan. 2013). Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF): Edições Húmus. Disponível em: <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

_____. Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. *Polícia e Justiça*, Coimbra, Série III, n.º 8, semestral (Jul.-Dez. 2006), pp. 73-147.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional*. Tese de Doutoramento (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - Direito Constitucional), Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006.

BRUN, Jean-Pierre. et al. *Asset Recovery Handbook:* A guide for Practitioners. Washington: The World Bank, 2011.

BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz. A Transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio (Aspetos Processuais Penais). In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 185-264.

CAEIRO, Pedro. O confisco numa perspetiva de política criminal Europeia. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 21-38.

_____. 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 Ciências Criminais*. Coimbra, ano 21, nº 2 (Abr.-Jun. 2011), pp. 267-321.

_____. *Quem cabritos vende e cabras não tem...* Série Escritos Breves. Instituto Iuridico. Projecto desafios sociais, incerteza e direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/escritosbreves/escritos_breves_n1.pdf> Acesso em: 12 nov. 2016.

CAMPOS, Carlos da Silva. *Apreensão e propriedade:* Considerações sobre as medidas de apreensão em processo penal. Lisboa: Verbo jurídico, 2006.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento:* regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa:* anotada, artigos 1.º ao 107.º. Volume I, 4.ed. rev. (reimpressão) Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

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

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Perda alargada: mudança de paradigma no Direito Penal brasileiro. In AVILA, Gustavo Noronha de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de. *Processo Penal e Constituição.* XXV Encontro Nacional do Conpedi – Brasília/DF. Florianópolis: Conpedi, 2016, pp. 153-171.

CASSELLA, Stefan D. The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 255-268.

_____. *Asset Forfeiture Law in the United Sates*. 2.ed. Nova Iorque: Juris Publishing, Inc, 2013.

_____. Civil Asset Recovery: The American Experience. *Eucrim*: the European Criminal Law Associations' Forum, nº 3 (Financial crime), 2013, pp. 98-104.

_____. An Overview of Asset Forfeiture in the United Sates. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 23-51.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação:* Economia, Sociedade e Cultura. Vol. II. O Poder da Identidade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CENTONZE, Alessandro. *Contiguità mafiose e contiguità criminali.* Milão: Giuffrè Editore, 2013.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso.* Granada: Editoral Comares, 2004.

CHAIKIN, David; SHARMAN, J. C. *Corruption and Money Laundering:* A Symbiotic Relationship. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2009.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas. In: ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial*, nº 28 (Prevención y represión del blanqueo de capitales). Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 329-370.

COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. *A Recuperação de Ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio*. 2018. 194p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

CONTRAFATTO, Vania. La Confisca "Estesa" *Ex* Art. 12 *Sexies* D.L.N. 306/92: Presupposti, Effetti, Profili Processuali. In: BALSAMO, Antonio; CONTRAFATTO, Vania; NICASTRO, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizatta.* Milão: Giuffrè Editore, 2010, pp. 301-336.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco Penal*: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2006.

CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal.* Parte Geral. Tomo I. Lisboa: AAFDL, 1965.

CORREIA, João Conde. Que Futuro para a Recuperação de Ativos na União Europeia? In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 333-357.

_____. O confisco e a «fixação» do enriquecimento ilícito. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 249-274.

_____. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do Crime* - Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, nº 7 (Jan.-Jun. 2018), pp. 227-250.

_____. Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco. *Revista Investigação Criminal*, Lisboa, nº 1 (Out. 2017), pp. 46-65.

_____. A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública: Decreto-lei nº 28/84, 20 de janeiro. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 37, nº146 (Abr.-Jun. 2016), pp.47-76.

_____. Presunção de proveniência ilícita de bens para a perda alargada: Anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 145, trimestral (Jan.-Mar. 2016), pp. 207-221.

_____. Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 25, nº. 1-4 (Jan.-Dez. 2015), pp. 505-543.

_____. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Outubro de 2014. O arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime. *Julgar Online*. 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/10/Arresto-instrumentos-e-produto-da-atividade-criminosa-Julgar1.pdf>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

_____. Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (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) no Direito Português vigente. *Revista do CEJ* (Centro de Estudos Judiciários), Lisboa, nº II (2.º Sem. 2014), pp. 83-112.

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

_____. Balanço do projeto e perspetivas de futuro. In: AA.VV. *Recuperação de Activos*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2012, pp. 401-403.

_____; RODRIGUES, Hélio Rigor. O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online.* Jan. 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170123-ARTIGO-JULGAR-Confisco-e-pretens%C3%A3o-da-Autoridade-Tribut%C3%A1ria-J-Conde-Correia-e-H%C3%A9lio-R-Rodrigues.pdf> Acesso em: 13 Ago. 2017.

COSTA, Jorge. Recuperação de ativos: questões gerais e modelo legal português. In: AMARAL, Maria Lúcia (Org.); BETTENCOURT, Selma Pedroso (Colab.). *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 1251-1261.

_____. O Branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Algumas notas sobre a experiência portuguesa. *Polícia e Justiça,* Coimbra, Série III, n.º 6, semestral (Jul.-Dez. 2005), pp. 189-205.

COSTA, José de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plädoyer por um Direito Penal não iliberal e ético-socialmente fundado. In: TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alaor (Orgs.). *Crime e Política:* corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 317-345.

_____. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um Direito Penal não securitário. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 113-123.

_____. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Econômico. In: RODRIGUES, Anabela Miranda, et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 95-111.

CUNHA, José M. Damião. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económica-financeira*: a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002. Porto: Universidade Católica Editora, 2017.

_____. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira). In: RODRIGUES, Anabela Miranda; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 125-156.

_____. Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7º-12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In: AA. VV. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Coimbra: Centro Estudos Judiciários, 2004, pp. 7-54.

_____. *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1999.

CURIONE, Silvia. *Confische penali e tutela dei terzi.* Aggiornato alla legge 31 marzo 2010, n. 50 e alla legge 29 luglio 2010, n. 120. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2011.

CUSSON, Maurice. *Criminologia.* 2.ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2007.

CUSTÓDIO, Eduardo Vicente da Silva. *A perda de bens na Lei nº 5/2002 enquanto medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.* 2014. 57p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

DAYMAN. Sara. Is the patient expected to live? UK civil forfeiture in operation. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 228-249.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro:* ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DIAS, Augusto Silva. O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a. 1, n.º 1 (Jan.-Mar. 2010), pp. 242-243.

_____. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal*. Lisboa: Almedina, 2010, pp. 23-47.

_____. *"Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita"*: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. Protecção jurídico-criminal de interesses dos consumidores. Lições policopiadas da FDUC. *Cursos de pós-graduação em Direito do Consumo e em Direito Penal Económico e Europeu*, 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Têm os deveres de cooperação do art. 7.º e ss. do DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais? In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro*: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 433-451.

_____; PEREIRA, Rui Soares. *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas* - Preliminares no Processo Penal. Lisboa: Almedina, 2018.

_____; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal.* Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Direito Penal Português.* Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. O Processo Penal Português: problemas e prospectivas. In: MONTE, Mário Ferreira; et al. *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, pp. 805-819.

_____. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, V. 16, nº 71, Mar.-Abr. 2008, pp. 11-30.

_____. *Direito Processual Penal* (Clássicos Jurídicos). 1.ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Comentário Conimbricense do Código Penal.* Tomo II. Parte Especial – Artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 19-33.

_____. Para uma dogmática do Direito Penal secundário. In: CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Problemas Gerais. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 35-74.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: CORREIA, Eduardo; et al. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 319-346.

_____; _____; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, Direito ao silêncio e Legalidade da Prova.* Lisboa: Almedina, 2009.

DIAS, Maria do Carmo Silva. "Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º) e "Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º). In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 85-117.

_____. Enriquecimento ilícito/injustificado. *Revista Julgar*. Coimbra, n.º 28 (Jan.-Abr. 2016), pp. 281-313.

DOYLE, Charles. Crime and forfeiture. *Congressional Research Service*, January 22, 2015. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>.Acesso em 28 Jan. 2016.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei n. 5/2002 de 11 de Janeiro*. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações. 2013. 53p. Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito Criminal, Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.

DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. *Branqueamento de Capitais:* O Regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2002.

_____. Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 23, nº 89, Trimestral (Jan.-Mar. 2002), pp. 141-154.

EDGEWORTH, Dee. R., *Asset Forfeiture:* Practice and Procedure in State and Federal Courts. 3. ed. Chicago, Washington: American Bar Association, 2014.

EPELBAUM, Michel. Corrupção brasileira: sistêmica, endêmica ou sindrômica? *Linkedin*, 13 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.pt.linkedin.com>. Acesso em: 24 Nov. 2017.

EPIDENDIO, Tomaso Emílio. *La Confisca nel Diritto Penale e nel Sistema delle Responsabilità degli Enti*. Padova: Cedam, 2011.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. Perda de bens: sistematização e perspectivas críticas. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, a. 1, nº 2 (Jul.-Dez. 2014), pp.43-62.

FARRELL QC, Simon. The powers of investigation in POCA 2002, Pt 8. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 47-110.

FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no Processo Criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, 'sociedade de risco' e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos. *Revista de Derecho Penal*. Madri, a. 2011, n.º 34, 2011, pp. 91-116.

FERNANDEZ-BERTIER, Michaël. The History of Confiscation Laws: from the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 53-75.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidade e globalização. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 24, n.º 96 (Out.-Dez. 2003), pp. 7-20.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português.* Parte Geral. Vol. II. Lisboa: Editorial Verbo, 1982.

FIANDACA, Giovanni. *Il diritto penale tra legge e giudice*. Padova: Cedam, 2002.

FILIPPETO, Rogério. *Lavagem de dinheiro:* crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILIPPI, Leonardo. Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado. *Giurisprudenza Italiana (1965)*, Torino, a. 2015, v. 167, fascículo 6, 2015, pp. 1539-1545.

FINOCCHIARO, Stefano. *La confisca e il sequestro di prevenzione*. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8302- finocchiaro.confisca.sequestrodpc. 2019.pdf> Acesso em: 19 Abr. 2019.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de B. Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico:* contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e techniche sanzionatorie:* Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno". Padova: Cedam, 1997.

FORNASARI, Gabriele. L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12-sexies della legge n. 356 del 1992. *Critica del Diritto,* Ancona, a. 1994, fasc. 3, 1994, pp. 11-20.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

FRIEDMAN, Danny. Asset recovery: an overview. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 1-32.

GARCIA, M. Miguez; CASTELA RIO, J. M. *Código Penal Anotad*o. Parte geral e especial, com notas e comentários. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3. ed. Cambridge: Polity Press: 1997.

GILBERT, Mark. *The italian revolution:* the end of politics, Italian style? Colorado: Westview Press, 1995.

GLOVER, Jonathan. *Humanidad e inhumanidad.* Una historia moral del siglo XX. Tradução de Marco Aurelio Galmarini. Madri: Cátedra, 2001.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Para uma reforma do tipo de crime de "branqueamento" de capitais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; et al. (Org.). *Direito*

Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 995-1012.

_____. Civil confiscation of proceeds of crime: a view from Macau. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 321-334.

_____. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1315-1363.

_____. *Do Crime de Branqueamento de Capitais.* Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação:* questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Decomiso y embargo de bienes. *Boletín del Ministerio de Justicia,* Madri, a. 60, nº Extraordinário 2015 (Ejemplar dedicado a: la armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa), 2006, pp. 13-19.

GORDON, Flávio. *A corrupção da inteligência:* Intelectuais e Poder no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; PRANVERA, Recica-Kirkbride; MIILS, Linnea. *Few and Far:* The Hard Facts on Stolen Asset Recovery. Washington: The World Bank, 2014.
GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCrim* (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), São Paulo, a. 23, nº 277, 2015, pp. 7-8.

GREENBERG, Theodore S.; et al. *Stolen Asset Recovery:* A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture. Washington: The World Bank, 2009.

GUARNIERI, Giuseppe. Confisca, Diritto Penale. In: AA. VV. *Novíssimo Digesto Italiano, IV*. Torino: Utet, 1974.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HAVA GARCÍA, Esther. La nueva regulación del comiso. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015, pp. 213-223.

HOMEM, António Pedro Barbas. *História das Relações Internacionais.* O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Judex Perfectus*. Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval. *Revista Legislação*, Lisboa, n.º 25 (Abr.-Jun. 1999), pp. 9-123.

_____. A 'Ciência da Legislação': conceptualização de um modelo jurídico no final do Ancien Régime. *Revista Legislação*, Lisboa, n.º 16 (Abr.-Jun. 1996), pp. 15-66.

HUBER, Barbara. El comiso de las ganancias en el derecho penal con especial referencia a la Legislación sobre drogas. *Actualidad Penal*, Madri, a. 1, n.º 17, 1990, pp. 163-176.

INIESTA, Diego J. Gómez. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La Recuperación de Activos Frente a La Corrupción:* La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Madri: Dykinson, S. L., 2016.

KEANE, Adrian; McKEOWN, Paul. *The Modern Law of Evidence*. 11.ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KEMPF, Eberhard; SCHILLING, Hellen. *Vermögensabschöpfung Strategien bei (drohendem) Verfall Von Grunderechten*. Bonn: Deutscher Anwalt Verlag, 2007.

LAUREANO, Abel. Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, nº 7 (Jan.-Jun. 2010), pp. 283-308.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas. *Código Penal Anotado:* Parte Geral. 3.ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão.* As contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

LEONG. Angela V.M. Assets recovery under The Proceeds Crime Act 2002: the UK experience. In: YOUNG, Simon N. M. (Edit.). *Civil Forfeiture of Criminal Property:* Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime. Chelteham: Edward Elgard Publishing Limited, 2009, pp. 187-227.

LINHARES, Solon Cícero. *Confisco de bens:* Uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Recuperação de ativos. Confisco alargado de bens. Natureza Jurídica. *Escola Superior de Direito Público*, v. 1, 2016, pp. 18-25.

_____. Confisco de bens em matéria penal – Perspectiva pautada na Análise Econômica do Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, a. 2014, v. 8, nº 2, 2014, pp. 147-166.

_____; CARDELLI, Luiz Henrique. O confisco alargado de bens como instrumento frente à criminalidade transnacional. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 41, n.º 2 (Jul.-Dez. 2016), 2016, pp. 121-142.

LOPES, Nilza Teixeira Rodrigues. *Medida de combate ao crime organizado*: ação civil de extinção de domínio, uma análise do Direito Comparado. 2012. 111p. Dissertação de Mestrado (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Comparado - Internacional Econômico), Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

LOUREIRO, Flávia Noversa. *A recuperação de ativos na política de prevenção e repressão da criminalidade económico-financeira*: linhas essenciais do modelo português no atual quadro de cooperação internacional. Disponível em: <http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/Ebook_CEDU_2016.pdf> Acesso em: 26 fev. 2019.

LLUCH, Marina Sanz-Díez de Ulzurrun. El decomiso ampliado y la recuperación y gestión de activos como instrumentos para la persecución de la delincuencia económica y la corrupción. In: GARCIA, Francisco Jiménez (Dir.); CARRASCO, Julia Ropero (Dir.); PALOMAR, Antonio Pastor (Coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción:* interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Madri: Thomson Reuters Arandazi, 2017, pp. 253-276.

MACHADO, Maria Rocha. *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos:* Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MAIELLO, Vincenzo. Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali. *Giurisprudenza Italiana (1965)*, Torino, v. 167, fascículo 6, 2015, pp. 1523-1528.

MAJUMDAR, Soumya; SMITH, Ian. Agencies responsible for recovering the proceeds of crime and the exchange of information. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 33-46.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal:* Parte General (Artículos 1 a 137) - *Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio - Comentarios y jurisprudencia,* Vol. I. Granada: Editorial Colmares, 2010.

MARIANO, João Cura. Os bens de terceiro no regime da «perda alargada». In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 331-367.

_____. A Perda de Bens de Terceiro Relacionados com o Crime. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 137-184.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do Direito (e sua conformidade com os princípios inspiradores do Processo Civil e com os primados constitucionais). *Julgar Online*. Set. 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-sistema-civil-de-

recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-como-instrumento-de-efetivida de-da-realiza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-Karla-Padilha-Rebelo-Marques.pdf> Acesso em: 26 Out. 2016.

MARQUES, Paulo Jorge da Silva. O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. *Revista Lusíada*. Direito, Lisboa, Série II, n.º 10, 2012, pp. 293-317.

_____. *A perda de bens a favor do Estado como forma de combate à criminalidade organizada.* Dissertação de Mestrado, Universidade Lusíada de Lisboa, 2011.

MARTINS, A. J. Lourenço. Luta contra o tráfico de drogas. Necessidades da investigação e sistema garantístico. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 2007, nº 111, 2007, pp. 37-55.

MASCARENHAS, Orlando. Recuperação de Ativos: Novas Tendências e Desafios. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 293-296.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades:* desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011.

MATOS, Maria José dos Santos. *Perda de bens na Lei nº 5/2002:* requiem pelo Estado de Direito. Porto: Edições Esgotadas, 2017.

_____. *A perda de bens na Lei n.º 5/2002, a sua problemática natureza jurídica*. 2014. 60p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito), Escola de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014.

MAUGERI, Anna Maria. Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/2944-maugeri2019a-converted.pdf> Acesso em: 20 Abr. 2019.

_____. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), pp. 1534-1539.

_____. 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". *Diritto Penale Contemporaneo:* Rivista Trimestrale, Milão, nº 1, 2015, pp. 300-336.

_____. Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Catania,* fasc. 2, nº 1, 2015, pp. 942-974.

_____. La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all`evasione fiscale? *Diritto Penale Contemporaneo:* Rivista Trimestrale, Milão, nº 2, 2014, pp. 196-217.

_____. La confisca misura di prevenzione ha natura ‘oggettivamente sanzionatoria’ e si applica il principio di irretroattività: una sentenza ‘storica’? *Rivista Diritto Penale Contemporaneo:* Rivista Trimestrale, Milão, nº 4, 2013, pp. 352-385.

_____. (A cura di). I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato. In *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Catania: Giuffrè, 2008, pp. 3-127.

_____. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo.* Milão: Giuffrè, 2001.

_____. La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell´Economia*. Milão, a. IX, nº 3 (Jul.-Set. 1996), pp. 817-904.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal:* Parte General 2 - Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Tradução da 7.ed. alemã por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

MAZZACUVA, Francesco. The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscatio. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 101-137.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada.* Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MENDES, Carlos Sousa (Gest.); SIMÕES, Euclides Dâmaso (Coord.). *Projecto Fenix*: recuperação de activos. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2012.

MENDES, Paulo de Sousa. Law enforcement & compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal.* Lisboa: Almedina, 2018, pp. 11-20.

_____. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. *Católica Law Review* - Direito Penal, Lisboa, v. I, n.º 3 (Nov. 2017), pp. 127-156.

_____. Investigação, prevenção e informação de segurança. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *IV Congresso de Processo Penal - I Congresso Luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira*: memórias. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 67-76.

_____. *O Crime Não Compensa! Da Criminalização da Lavagem de Dinheiro à Perda Alargada*. 2016. Conferência apresentada no XIII Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul: O Papel do Ministério Público na Defesa da Democracia Brasileira, Gramado, 2016.

_____. O processo penal entre a eficácia e as garantias: em especial a questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao

julgamento. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 55, nº 1-2, 2014, pp. 405-423.

_____. A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. In: GUEDES, Armando Marques; et al (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.* Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1363-1388.

_____. O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro*: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 329-340.

_____. Os direitos e deveres do arguido. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da (Orgs). *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches.* Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 819-828.

_____. A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, pp. 201-213.

_____. A prova penal e as regras da experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1012.

_____. O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência. *Julgar Online*, n.º 9, 2009. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/11/011-028-O-dever-de- colabora %C3 %A7%C3%A3o-e-as-garantias-de-defesa.pdf> Acesso em: 24 Jan. 2013.

_____. Estatuto do arguido e posição processual da vítima. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 17, n.º 4 (Out.-Dez. 2007), pp. 601-612.

_____. *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154.

_____. *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

_____; REIS, Sónia; MIRANDA, António. A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata, Lisboa, a. 68, nº II/III (Set./Dez. 2008), pp. 795-810.

MENDITTO, Francesco. *Le confische di prevenzione e penali:* La tutela dei terzi. Milão: Giuffrè Editore, 2015.

_____. Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali. Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. *Rivista Giurisprudenza Italiana:* dal 1849, Roma (Utet Giuridica, Wolters Kluwer), nº 6 (Jun. 2015), pp. 1529-1534.

_____. Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a *prevenzione* della criminalità da profitto. Testo della relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", 29-30 Out. 2015. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463736128MENDITTO _2016a.pdf> Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. Misure di prevenzione patrimoniali e CEDU. *Rivista Questione Giustizia*, Milão, a. 2014, fasc. 2, 2014, pp. 41-54.

_____. *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado:* aspectos gerais e mecanismos legais. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MESQUITA, Paulo Dá. *A Prova do Crime e o Que se Disse antes do Julgamento.* Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MINAS, Manuel Picão. *O confisco alargado no ordenamento jurídico português*. 2017. 50p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Forense), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal:* Parte General, 10.ed. Barcelona: Reppertor, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal:* Parte Geral, Arts. 1º a 120 do Código Penal. Volume I. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTERREY, Marcelo A. Castillo. Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos de la corrupción. In: DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coord.). *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 403-417.

MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. El decomiso: regulación em la Unión Europea y estado de su aplicación en España. In: FANEGO, Coral Arangüena (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Madri: Lex Nova, 2010, pp. 379-410.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas). *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Brasília, v. 8, nº 26 (Jul.-Set. 2004), pp. 56-62.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal:* Parte General. 9.ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015.

MUZILA, Lindy; et al. *On the Take:* Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption. Washington: The World Bank, 2012.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato* – o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense, 2019.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Reflexões acerca da Transposição da Diretiva 2014/42/UE em Matéria de Confisco "Alargado" de Vantagens Provenientes da Prática de Crimes. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 119-135.

_____. Admissibilidade da inversão do ónus 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. *Revista Julgar OnLine*, Lisboa, 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: 08 Dez. 2018.

_____. *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*: Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. Relatório de Direito Processual Penal do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas.

NUNZIATA, Massimo. *La Confisca nel Códice Penale Italiano:* Un'analisi critica per la riforma. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal.* Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. 4.ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

_____. *Direito Penal:* Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 4.ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

_____. O reconhecimento mútuo de decisões judiciais como princípio jurídico. *Anatomia do Crime* - Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, nº 7 (Jan.-Jun. 2018), pp. 17-18.

_____. Introdução ao direito da investigação criminal e da prova. In: PALMA, Maria Fernanda; et al. (Coords.). Direito da investigação criminal e da prova. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 7-18.

_____. A teoria do crime como teoria da decisão penal e o direito da investigação criminal. In: PALMA, Maria Fernanda; et al. (Coords.). Direito da investigação criminal e da prova. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. O problema do dolo na investigação criminal. In: PALMA, Maria Fernanda; et al. (Coords.). Direito da investigação criminal e da prova. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 11-22.

_____. *Direito Constitucional Penal.* Reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2005.

PANZAVOLTA, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation without a Conviction? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (Edits.). *Chasing Criminal Money*: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 25-52.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico: análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, nº 52 (Jan.-Fev. 2005), pp. 9-52.

PEREIRA, Merval. *Mensalão:* O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil. 3.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2013.

PICKARD, Daniel B. When does crime become a threat to international peace and security? *Florida Journal of International Law,* Florida, a. 1998, v. 12, nº 1, 1998, pp. 1-22.

PINTO, Ana Luísa Pinto. As restrições ao Direito de propriedade não expressamente previstas na Constituição. In: AMARAL, Maria Lúcia (Org.); BETTENCOURT, Selma Pedroso (Colab.). *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 13-58.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 18.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIVA, Daniele. La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milão, a. 2013, nº 1, 2013, pp. 201-217.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* Parte Geral. Vol. I. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PRADEL, Jean. *Droit Pénal Général.* Paris: Cujas, 1994.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal. In: ZAPARETO, Luis Alberto Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto; NEUMANN, Ulfrid (Coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo:* El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

_____. Strafrecht und Risiko. In: BORA, Alfons (Edit.). *Rechtliches Risikomanagement:* Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft. Berlim: Duncker & Humblot, 1999.

PUIG PEÑA, Federico. Confiscation. In: AA. VV. *Nueva Enciclopedia Jurídica IV.* Barcelona: Editorial Francisco Seix, S.A., 1981, pp. 940-942.

RAMOS, Vânia Costa. "Freezing order*"* – um nado-morto? Primeira abordagem às decisões de congelamento para apreensão de elementos de prova com base na Decisão-Quadro 2003/577/JAI, e na Lei 25/2009, de 05.06. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 287-342.

REIS, Rachel Seoane. *Confisco Penal*: Uma Medida de Combate ao Lucro Ilícito Adquirido pelo Crime Organizado. Lisboa: FDUL, 2009. Relatório de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RÍOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim), São Paulo, v. 24, n.º 118 (Jan.-Fev. 2016), pp. 123-158.

ROCHA, Gonçalo José Almeida Marques. *O arresto e os terceiros na perda de bens a favor do Estado, na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.* 2015. 51p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Criminal), Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015.

RODRIGUES, José da Cunha. "Os Senhores do Crime". *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, a. 9, fasc. 1º, 1999, pp. 7-29.

RODRIGUES, Hélio Rigor. Quando dois mundos colidem: do (potencial) conflito entre o confisco das vantagens do crime e o processo de insolvência. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 427-478.

_____. O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde. *O Novo Regime de Recuperação de Ativos, à Luz da Diretiva 2014/42/UE, e da Lei que a Transpôs*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018, pp. 39-84.

_____. A acusação e a vertente patrimonial do crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes : uma proposta de solução. Revista do Ministério Público, Lisboa, a. 38, n.º 152 (Out. -Dez. 2017), pp. 187-206.

_____. Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como atua. *Revista do CEJ*, Lisboa, a. 2013, n.º 1, 2013, pp. 63-87.

_____. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 134, Abr.-Jun. 2013, pp. 189-244.

_____; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira:* Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda em Expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Decomisa que algo queda como estrategia dominante e influyente en los Sistemas Penales para poner freno a la Sociedad Incivil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, nº 1 (Jan.-Abr. 2019), pp. 42-91.

_____. El Decomiso de Activos Ilícitos. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução de Luís Greco. 2.ed. rev. São Paulo: Renovar, 2012.

_____. *Strafverfahrensrecht* – Ein Studienbuch. 27.ed. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2012.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, IV, V, VI, VII e VIII), Maria Fernanda Palma (texto IX) e Ana Isabel de Figueiredo (texto X). 3.ed. Lisboa: Vega, 2004.

RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (Orgs.). *Non-conviction-based confiscation in Europe:* possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction. Berlim: Duncker & Humblot, 2015.

RYDER, Nicholas. To Confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom. *Journal of Business Law*, Londres, nº 8, 2013, pp. 767-798.

SÁ, Domingos Silva Carvalho de. Objectos: Perdimento e Confisco. *Maia Jurídica:* Revista de Direito, a. III, n.º 2 (Jul.-Dez. 2005), pp. 27-50.

SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os Valores da Corrupção: administração de bens apreendidos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, nº 2 (Mai.-Ago. 2017), pp. 484-519.

SANTIAGO, Rodrigo. As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa, et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1521-1554.

SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"? *Scientia Iuridica*, Braga, t. 63, n.º 334 (Jan.-Abr. 2014), pp. 85-110.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. *Boletim IBCCrim*: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, a. 23, nº 277, 2015, pp. 23-24.

_____. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, 2003, pp. 214-235.

SARAIVA, António José. *Inquisição e Cristãos-Novos.* Lisboa: Editorial Estampa, 1985.

SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses Públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SARMENTO, Carlos. Operações de conversão ou transferência de vantagens e o financiamento do terrorismo. *Investigação criminal*, Lisboa, nº 3(Jun. 2012), pp.168-191.

SCALIA, Salvatore. Il contrasto al fenómeno del riciclaggio. Il sequestro e la confisca dei beni nella legislazione italiana e nella prassi. In: FERRE OLIVE, Juan Carlos; et al. *Blanqueo de Dinero e Corrupción en el Sistema Bancario:* Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 215-220.

SCHMIDT, Eberhard. *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht.* Tübingen: J. C. Mohr, 1950.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português.* Noções e Princípios Gerais. Sujeitos Processuais. Responsabilidade Civil conexa com a Criminal. Objeto do Processo. 2.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

_____. *Direito Processual Penal Português III.* Do Procedimento (Marcha do Processo). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

_____. Criminalidade Económica e Financeira: Processo e prova. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). IV Congresso de Processo Penal. Primeiro Congresso Luso-Brasileiro de Criminalidade Económico-Financeira – Memórias. Coimbra: Almedina, 2013 pp. 13-25.

_____. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 47-63.

_____. *Curso de Processo Penal I.* Noções gerais, elementos do processo penal. 6.ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2010.

_____. *Curso de Processo Penal III.* 3.ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

_____. “Artigo 32.º”. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada:* Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA, Sandra Oliveira e. O *arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. Coimbra: Almedina, 2018.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansíon del Derecho Penal:* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3.ed. Madri: Edisofer, 2011.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos. Confisco sem acção penal. A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar Online*, 2016. Disponível em: <http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR- Recuperacao-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Simoes-J-L-Trindade.pdf> Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. Contra a corrupção: As Leis de 2010. In: CARMO, Rui do; LEITÃO, Helena. *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 43-63.

_____. A Proposta de Lei Sobre o Gabinete de Recuperação de Ativos (Um Passo no Caminho Certo). *Revista do CEJ*, Lisboa, 2.º semestre, n.º 14, 2010, pp. 183 e ss.

_____. Cooperação na recuperação de activos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Ministério Público,* Lisboa, nº 105 (Jan.-Mar. 2006), pp. 117-126.

_____; TRINDADE, José Luís Ferreira. Recuperação de activos: da perda ampliada à “actio in rem” (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”. *Julgar Online*, 2009. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf> Acesso em: 19 Set. 2013.

SIMÕES, Rita. A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional. In: *Estudos Projeto ETHOS*: corrupção e criminalidade económico-financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 369-408.

SIMONATO, Michele. *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*. ERA Forum (2017) 18:365-379, Set. 2017, pp. 365-379. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-017-0485-0.pdf> Acesso em: 30 Mar. 2018

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 24, nº118 (Jan.-Fev. 2016), pp. .233-271.

SPINA, Marilia Pia. *L’orientamento teleologico della confisca tra forma preventiva e sostanza punitiva.* 2015. 264 p. Tese de “láurea” (“Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza”), Departamento de “Giurisprudenza”, Universidade de Pisa, Pisa, 2016.

SQUIRES, Daniel. Civil recovery. In: SMITH, Ian; OWEN QC, Tim. *Asset Recovery:* Criminal Confiscation and Civil Recovery. Londres: Nexis Nexis, 2003, pp. 235-267.

STEPHENSON, Kevin M.; et al. *Barriers to Asset Recovery*: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action. Washington: The World Bank, 2011.

STERN, Jessica; BERGER, J. M. *Isis, The State of Terror*. Nova York: Harper Collins Publishers, 2015.

STESSENS, Guy. *Money laundering:* A new international law enforcement model. Cambridge: University Press, 2002.

TANCREDI, Pasquale. *I Beni Confiscati alla Criminalità Organizzata*: aspetti giurudici e sociologici. 2008. 272 p. Tese de "láurea in Sociologia del diritto" ("Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza"), Faculdade de "Giurisprudenza", Universidade "Degli Studi di Firenze", Florença, 2009.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. El libro primero del Código Penal tras la LO 1/2015. *La Ley Penal:* Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário, Madri, a. 12, nº 114 (Mai.-Jun. 2015).

TORRES, Fernando. O confisco alargado e o seu conflito com a constituição. *Empório do Direito.com.br*, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-confisco-alargado-e-o-seu-conflito-com-a-constituicao>. Acesso em: 17 Nov. 2017.

TORRES, Margarita Roig. La regulación del comisión: El modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 36, 2016, pp. 199-279.

TRINCHERA, Tommaso. La sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al Fisco ai fini della confisca di prevenzione, 23 settembre 2014. *Diritto Penale Contemporaneo.* Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3265-la-sentenza-delle-sezioni-unite-sulla-rilevanza-dei-redditi-non-dichiarati-al-fisco-ai-fini-della-c>. Acesso em: 23 Jun. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010.

VANNUCCI, Alberto. The "Clean Hands" (Mani Pulite) Inquiry on Corruption and Its Effects on the Italian Political System. *Em Debate*, Belo Horizonte, v. 8, nº 2 (Abr. 2016), pp. 62-68.

_____. La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti. In: MATTARELLA, Bernando Giogio, PELISSERO, Marco (a cura di). *La legge anticorruzione:* Prevenzione e repressione della corruzione. Torino, Giappichelli, 2013.

VARELA, Lorena. La irrazonable expansión del blanqueo de capitales o ¿una expansión mal entendida? In: GARCIA, Francisco Jiménez (Dir.); CARRASCO, Julia Ropero (Dir.); PALOMAR, Antonio Pastor (Coord.). *Blanqueo de capitales y corrupción:* interacciones

para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales. Madri: Thomson Reuters Arandazi, 2017, pp. 121-149.

VASCONCELOS, Adna Leonor Deó. A Perda Alargada enquanto instrumento de combate às organizações criminosas: A Atuação do Ministério Público Frente ao Crime Organizado. *Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará*, Fortaleza, a. 1, n.º 2 (Jul.-Dez. 2017), p. 67-68.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal*: Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio. Madri: La Ley, 2010.

VERVAELE, John A. E. Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal? *Revista Penal*, Espanha, nº 2 (semestral), 1998, pp. 67-80.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de Direito Comparado do Confisco Alargado*: aportes da Perda Alargada para o Brasil. 2017. 135p. Dissertação (Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

VIGANÒ, Francesco. Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell' ordinamento italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v. 61, n.º 2 (trimestral), 2018, pp. 610-643.

VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2005.

VOGEL, Joachim. The Legal Construction that Property Can Do Harm: Reflections on the Rationality and Legitimacy of Civil Forfeiture. In RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (org.). *Non conviction based confiscation in Europe*. Freiburg, 2016, p. 232.

WILLIAMS, Marian; et al. *Policing for Profit:* The Abuse of Civil Asset Forfeiture. Institute for Justice. Mar.2010. Disponível em: <https://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf.> Acesso em: 08 Jul. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 13.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Crime Organizado:* uma categoria frustrada. Rio de Janeiro: Discursos Sediciosos, 1996.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en Derecho Comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madri, n.º 10 (Las últimas reformas penales II), 2006, pp. 14-61.

ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime*. As novas máfias contra a democracia. Lisboa: Terramar, 1999.

ANEXO I

Projeto de Lei n.º 4.850/2016, de 29 de março

JUSTIFICATIVA

O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que "o crime não compensa", ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos. O confisco clássico e o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), alcançam, além dos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, "a", do Código Penal), apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. Mas, conforme já se anotou, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas. Nesses casos, sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada. O confisco alargado ora proposto, na esteira da legislação de outros países, tem como pressuposto uma prévia condenação por crimes graves, listados no dispositivo, que geram presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos. Estabelece, nesses casos, um ônus probatório para a acusação acerca da diferença entre o patrimônio que esteja em nome do condenado, ou que seja por ele controlado de fato, e os seus rendimentos lícitos, ressalvando também a possibilidade de JUSTIFICATIVA por outras fontes legítimas que não decorram diretamente desses rendimentos. É garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens. Como se trata de medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos

efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens, o confisco alargado se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, conforme tem sido reconhecido em outros países e em organismos e fóruns internacionais. Compatibilizando o instituto proposto com a legislação processual penal atual, e na esteira do que estabelece o Código Penal a respeito do confisco por equivalente recentemente instituído (§ 2º do art. 91, incluído pela Lei nº 12.684/2012), a proposta ressalta a aplicação das medidas cautelares reais penais para a garantia do confisco alargado. Também prevê expressamente a possibilidade de alienação antecipada de coisas sujeitas a deterioração ou depreciação, evitando que o tempo necessário para a decisão acerca do confisco resulte em perdas econômicas ou em prejuízos para o acusado ou terceiro de boa-fé. Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil. A proposta, portanto, visa a atualizar e compatibilizar a legislação brasileira com o que vige no cenário internacional, conferindo ao Estado um instrumento de combate aos ganhos ilícitos decorrentes do crime em harmonia com os primados do Estado Democrático de Direito, fazendo valer a máxima de que o crime não deve compensar.

(...)

Art. 4º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 91- A e 327-A:

“Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2° As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita. § 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.”

ANEXO II:

Projeto de Lei do Senado nº 103/2016, de 15 de março.

JUSTIFICATIVA

O dispositivo introduz o confisco alargado na legislação brasileira, cumprindo diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e adequando o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado. O dispositivo proposto também harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos de outros países que já preveem medidas similares e com os quais o Brasil mantém relações e acordos de cooperação, permitindo a reciprocidade e o combate a crimes graves de efeitos transnacionais. O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que "o crime não compensa", ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos. O confisco clássico e o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), alcançam, além dos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, "a", do Código Penal), apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. Mas, conforme já se anotou, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas. Nesses casos, sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada. O confisco alargado ora proposto, na esteira da legislação de outros países, tem como pressuposto uma prévia condenação por crimes graves, listados no dispositivo, que geram presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos. Estabelece, nesses casos, um ônus probatório para a acusação acerca da diferença entre o patrimônio que esteja em nome do condenado, ou que

seja por ele controlado de fato, e os seus rendimentos lícitos, ressalvando também a possibilidade de JUSTIFICATIVA por outras fontes legítimas que não decorram diretamente desses rendimentos. É garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens. Como se trata de medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens, o confisco alargado se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, conforme tem sido reconhecido em outros países e em organismos e fóruns internacionais. Compatibilizando o instituto proposto com a legislação processual penal atual, e na esteira do que estabelece o Código Penal a respeito do confisco por equivalente recentemente instituído (§ 2º do art. 91, incluído pela Lei nº 12.684/2012), a proposta ressalta a aplicação das medidas cautelares reais penais para a garantia do confisco alargado. Também prevê expressamente a possibilidade de alienação antecipada de coisas sujeitas a deterioração ou depreciação, evitando que o tempo necessário para a decisão acerca do confisco resulte em perdas econômicas ou em prejuízos para o acusado ou terceiro de boa-fé. Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil. A proposta, portanto, visa a atualizar e compatibilizar a legislação brasileira com o que vige no cenário internacional, conferindo ao Estado um instrumento de combate aos ganhos ilícitos decorrentes do crime em harmonia com os primados do Estado Democrático de Direito, fazendo valer a máxima de que o crime não deve compensar.

Acrescenta o art. 91-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar possível o confisco alargado.

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 91-A:

"Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o

patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2° As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita. ”

ANEXO III

Esboço de Projeto de Lei para a inserção, no Código Penal brasileiro, da modalidade de perda de bens denominada “perda ampliada”

Justificativa

A moderna criminalidade organizada

O mundo moderno depara-se com o aumento e a diversificação da criminalidade organizada em modelo empresarial, em que um dos fins almejados (não necessariamente o principal) é o lucro. Essa forma de criminalidade conta com características como a organização hierárquica e empresarial, a “especialização” de seus integrantes e a dispersão das vantagens angariadas mediante dissimulação e ocultação da origem, localização e propriedade. No Brasil, ações de organizações criminosas com esse perfil são reveladas a cada novo dia.

Prejuízos gerados

O aspecto que melhor pode ilustrar o resultado nefasto das atividades inerentes a essa modalidade de criminalidade é uma possível estimativa dos valores angariados e movimentados criminosamente, não raro retornando aos mercados legais por intermédio da lavagem de dinheiro. Parte significativa de todo o dinheiro que existe no mundo atual acaba nas mãos de grupos que exploram as incontáveis modalidades de criminalidade organizada. Esse dinheiro, para além do enriquecimento ilegal dos membros dos grupos, fortalece a estrutura criminosa e possibilita sua expansão, multiplicando os resultados danosos aos países e aos seus habitantes – a estes, seja pela exposição direta às atividades exploradas pelos grupos criminosos (como o tráfico de drogas ou de pessoas, as ações terroristas ou de concorrência desleal), seja pela diminuição das receitas de impostos que poderiam ser utilizados ao alcance de direitos como saúde, educação ou segurança, apenas para exemplificar. Para tentar mensurar esses prejuízos, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem realizado estudos sistemáticos na seara do “follow the money”, visando dimensionar os fundos ilegais e a estimativa do que é “lavado”. Em recente resultado, tem-se que o somatório dos produtos de crimes, em escala mundial, atingiu cerca de 3,6 por cento do PIB de todos os países (numa margem entre 2,3% e 5,5%), ou cifras de US$ 2,1 trilhões (dois vírgula um trilhões de dólares), no ano de 2009. Outro apontamento importante feito pela ONU é de que os investimentos de “dinheiro sujo” em economias lícitas geram problemas tão ou mais graves do que os desvios propriamente ditos, como as distorções da alocação de recursos para o "crowding out" de setores lícitos, o prejuízo à reputação das instituições locais e as dificuldades no investimento e no crescimento

econômico. A ONU assinala que a consequência mais grave do financiamento criminoso é a perpetuação e a promoção das atividades criminosas, criando um ciclo parasitário às sociedades pelas ações da criminalidade organizada. Notoriamente, essa descrição corresponde ao que tem ocorrido no Brasil. Eis, portanto, uma das justificativas da pertinência da criação de ferramenta de recuperação de ativos na legislação brasileira.

Fomento à recuperação de ativos como meta de enfrentamento à criminalidade organizada e o atraso da legislação brasileira

No enfrentamento da criminalidade organizada, países pelo mundo todo, e em especial no continente europeu, têm evidenciado a ampliação de mecanismos penais e extrapenais visando ao que comumente se denomina recuperação de ativos. Isso não ocorre no Brasil, que, em essência, prossegue adstrito à visão principal da responsabilização criminal do agente. Ora, se é certo que o fim do Direito Penal não pode se divorciar da apuração do crime e da responsabilização de seu autor, para os integrantes da criminalidade organizada a pena de prisão não raro é tratada como um "risco do negócio". Logo, a sanção privativa de liberdade, isoladamente, não só desserve como instrumento de prevenção geral, mas, ainda, acaba chancelando a compensação do crime. Um paradoxo, considerando que "o crime não compensa" sempre foi aforismo sintético da prevenção geral, uma das finalidades do Direito Penal. Pois o Brasil ainda carece de ferramenta legal mais "agressiva" de recuperação de ativos da criminalidade organizada. Esse atraso em relação a tantos outros Estados Democráticos de Direito é de todo injustificável. Existe multiplicidade de exemplos de instrumentos de perda/confisco ampliado, procedimento in rem e outras formas de ataque aos ativos do crime organizado, espalhados e já utilizados, há um bom tempo, em todos os cantos do planeta. Ou seja, não há a escusa de ausência de parâmetros ou experiências noutros países. Ao contrário, há premência na utilização dessas ferramentas, em vista da notória e recorrente atuação de organizações criminosas, das mais variadas estirpes, em terras brasileiras. O cotidiano brasileiro é convivente em tempo integral com as ações de organizações criminosas como o Primeiro Comando da Capital (PCC), ou de grupos responsáveis por desvios de milhões de reais de verbas públicas, como os evidenciados na Ação Penal nº 470, tramitada no Supremo Tribunal Federal, ou na recente investigação denominada "Operação Lava-Jato". E esses são apenas exemplos de atividades criminosas e de corrupção em nível endêmico. Logo, o atual panorama exige a inserção legal e a utilização efetiva de mecanismo mais contundente de recuperação de ativos. Importante anotar que a legislação penal tem recebido especial atenção do Congresso Nacional, com o advento de diversas leis que, direta ou indiretamente, têm foco

no enfrentamento da criminalidade organizada e nas ações de seus integrantes; porém, sem a cogitação de instrumentos como a perda ampliada (ou perda alargada ou confisco ampliado). Ou seja, já há algum tempo, vêm sendo perdidas oportunidades para a inserção de ferramenta de recuperação de ativos em nossa legislação. Diversamente do que acontece aqui, sobretudo na Europa, muitos países, já há mais de uma década, perceberam a necessidade de aparelharem seus sistemas penais com instrumentos potencialmente capazes de evidenciarem que "a criminalidade organizada não compensa". Daí, na linha do follow the money, o incremento e o alargamento dos mecanismos de confisco ou perda.

Perda ampliada em si

Esse instrumento tem sido concebido na legislação estrangeira de duas formas. Numa modalidade, há uma simples inversão do ônus da prova, de maneira que a perda opera-se como consequência da condenação por determinada infração penal (por exemplo, como ocorre na França[1633]). Cumpre ao réu em processo penal (por determinados crimes), em paralelo à defesa, justificar a origem de todo ou parte de seu patrimônio. Isto é, há, ao menos em parte, inversão do ônus da prova no processo penal, pois apenas o réu tem carga probatória de demonstrar a licitude do patrimônio. Por essa característica, sofre pesadas críticas pela doutrina europeia. Na outra modalidade, também há o uso de presunção, mas embasada em pressupostos mais contundentes. Permanece ao Ministério Público o ônus de apontar e provar, para além do crime e sua autoria, a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional. Esse é o sistema adotado na Espanha[1634] (artigo 127 do Código Penal, modificado pela Ley Orgánica n.º 5/2010), na Itália (artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92[1635]) e em Portugal (Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro). Note-se que não há uma inversão do ônus da prova em processo penal, pois ao réu incumbe ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio dissonante dos rendimentos líquidos. Por isso essa ferramenta tem sido aceita pela doutrina, chancelada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e reiterada em Diretivas do Parlamento Europeu nas metas de combate à criminalidade organizada[1636]. Por essa segunda

[1633] Onde a Lei n.º 2007-297, de 5 de Março de 2007, alterou o artigo 131-21 do Código Penal francês, preconizando que, nas hipóteses de crime com pena não inferior a cinco anos e que tenha resultado lucro direto ou indireto ao agente, a perda alcança os bens do condenado que ele não logre esclarecer a origem lícita.

[1634] Sobre o confisco alargado espanhol, vide CORREA, Teresa Aguado. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 05-04, 2003. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf> Acesso em: 05 abr. 2014.

[1635] Com redação dada pela Lei n.º 501/94, de 8 de Outubro. O instrumento italiano assemelha-se ao português, e lá é frequente a afirmação pelos tribunais de que não ocorre uma inversão do ônus da prova, e sim um mero ônus de alegação quanto à origem do património. Vide MAUGERI. Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial tra funzionalità e garantismo.* Milão: Giuffrè, 2001, p. 329.

[1636] Por exemplo, a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de março de 2012, em seu artigo 4.º ("poderes de confisco

configuração, que melhor resguarda as garantias penais do réu, entende-se pertinente a inserção, na legislação brasileira, de modelo de perda ampliada similar (mas não idêntico) ao de Portugal.

Conste que a ferramenta, no exterior, tem recebido denominações variadas, que podem ser traduzidas como "perda ampliada", "perda alargada" (em Portugal), "confisco ampliado" ou "confisco alargado". Para o Brasil, sugere-se a adoção da expressão "perda ampliada", conjugando hipótese de "perda" do produto/proveito do crime como efeito da sentença condenatória (artigo 91, inciso II, letra "b" e §1º, do Código Penal), com a adjetivação "ampliada", pelos próprios requisitos e características especiais, abaixo detalhados.

Requisitos

Os requisitos da perda alargada de Portugal, conforme o artigo 7º da Lei nº 5/2002, consistem numa condenação com trânsito em julgado por crime previsto em catálogo, na existência de um patrimônio[1637] incompatível com os rendimentos lícitos do condenado e na presunção[1638] da ilicitude de sua origem, adstrita a determinado lapso temporal. Não ilidida a presunção, tem-se a assertiva jurídica da proveniência do patrimônio da atividade criminosa; e, com efeito, resulta descabida a alegação de violação do direito à propriedade privada. Como já dito, o TEDH tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso dos bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH)[1639]. Em suma, a perda alargada exige a condenação com trânsito em julgado por determinado crime e a existência de um patrimônio injustificado ou destoante dos

---

alargados"), n.º 1, reitera a (necessidade da) presunção, ao instituir que os Estados devem adotar medidas para permitir o confisco (total ou parcial) dos bens de pessoa condenada por uma infração penal quando "um tribunal considere, com base em fatos concretos, ser bastante mais provável que os bens em causa resultem de atividades criminosas semelhantes dessa pessoa do que de outro tipo de atividades". Na mesma linha, a recente a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia", de 3 de abril de 2014 (Diretiva 2014/42/UE), que, dentre outras medidas, impõe aos Estados a simplificação – para o fim de maior atuação– das medidas de recuperação de ativos, visando ao combate do crime organizado.

[1637] Que deverá ser avaliado e liquidado, e cuja definição está prevista no artigo 7.º, n.º 2, letras a) a c), da Lei nº 5/2002. Deve-se salientar que não se compreendem por patrimônio do condenado as vantagens do crime, que deverão ser alcançadas mediante o instrumento tradicional - com previsão no artigo 111º do CP de Portugal, e no artigo 91, inciso II, letra "b", do CP brasileiro.

[1638] Relativa e ilidível por qualquer meio de prova, conforme o artigo 9.º, nº.s 1 a 5, da Lei nº 5/2002 .

[1639] Entendimento sinalizado, por exemplo, nos Acórdãos Philips contra o Reino Unido, de 5 de Julho de 2001; Raimondo contra Itália, de 22 de Fevereiro de 1994; Prisco contra Itália, de 15 de Junho de 1999; Arcuri e outros contra Itália, de 5 de Julho de 2001; Riela e outros contra Itália, de 4 de Setembro de 2001; e Bongiorno e outros contra Itália, de 5 de Janeiro de 2010. Todos disponíveis em http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN.

rendimentos lícitos da pessoa condenada. É importante salientar que, embora se utilize uma presunção, ela não se presta ao reconhecimento da existência ou da autoria do crime, mas somente à afirmação da ilicitude do patrimônio (no todo ou em parte) e ao cálculo do quantum a ser confiscado. E o lastro dessa presunção é robusto, pois parte da condenação de alguém por crime que usualmente gera vantagem ilícita, aliada a um patrimônio não justificado. Ou seja, incumbe ao Ministério Público fazer prova do crime (a condenação deve ser conditio sine qua non – vide artigo 7.º, n.º 1, da Lei nº 5/2002 de Portugal) e liquidar o montante apurado a ser perdido a favor do Estado (artigo 8.º, idem), o que consiste em apresentar o cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto e aquele que é proveniente dos rendimentos lícitos do réu (artigo 7.º, n.º 1, parte final, idem). Diante desses elementos (que são consistentes), toca ao réu ilidir a presunção de que parte de – ou todo – seu patrimônio proveio de fonte ilícita[1640] (artigo 9.º, idem) ou, ao menos, demonstrar que o obteve há mais de cinco anos contados da data do recebimento da denúncia. Sustenta-se que, com tais características, perda alargada tem natureza jurídica de uma "medida administrativa" com aplicação decorrente de uma condenação criminal. Não é, pois, "pena", "multa", "prestação pecuniária", "efeito da pena" ou "sanção administrativa", e sim uma "medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal"[1641], à semelhança do que ocorre na Alemanha, onde o confisco alargado não é sanção penal ou algo análogo, e sim uma medida[1642]. Discute-se na União Europeia a conveniência de a perda alargada (e seu montante e liquidação) ser decidida no âmbito do processo penal (opção de Portugal, onde o alcance do confisco integrará a sentença condenatória pelo crime do catálogo[1643]), na sua sequência (como na Holanda[1644]) ou em seara distinta, civil ou

[1640] O que não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porquanto o réu nada tem de alegar quanto ao crime a que responde ou a qualquer outro, e sim apenas em relação ao patrimônio incongruente.

[1641] Pedro Caeiro reconhece que, com tais características, o instrumento muito bem poderia ser manejado nas searas civil ou administrativa, mas defende sua tramitação vinculada ao processo penal pela maior gama de garantias atribuídas ao réu. Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, nº 2 (abril-junho de 2011), pp. 311-312. Também no sentido de que a perda alargada é uma "medida, vide BARIN, Érico Fernando. Alargar a perda alargada: o projeto Fenix. In: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16. Trimestral (Out.-Dez. 2013). pp. 53-95.

[1642] Strafgesetzbuch (Código Penal alemão), § 11, n.º 8. Na sentença de 14 de Janeiro de 2004, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemão) decidiu que, atinente ao confisco alargado, não está em causa infligir um mal ao arguido, e sim privá-lo da vantagem obtida ilegitimamente. Disponível em www.bundesverfassungsgericht.de.

[1643] Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

[1644] Consoante o artigo 36e, n.º 3, do Código Penal holandês, se o agente restar condenado por crime punível com multa do 5.º grau e existir a suspeita de vantagem ilícita superior a 12.000 euros, é instaurada investigação financeira autônoma – e posterior – ao processo penal. Caso a investigação conclua ser

administrativa (em similar, por exemplo, a alguns procedimentos in rem). O trato da perda alargada no processo penal, já com a propositura da acusação e após investigação (preferencialmente especializada[1645]), por um lado, favorece o réu, que tem o amplo leque das garantias processuais penais para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar o montante e/ou a liquidação pretendida pelo Ministério Público. Além disso, um mesmo tribunal julga o crime do catálogo e a perda alargada, evitando possíveis decisões dissonantes proferidas acerca de substratos fático e probatório com pontos coincidentes. Por outro lado, traz à baila a discussão sobre inversão do ônus da prova em processo penal e possível mácula à presunção de inocência, já que o réu deve ilidir a presunção – de ilicitude de seu patrimônio – no mesmo momento em que se defende, com o risco de que a opção pelo silêncio confirme que parte ou todo o patrimônio é vantagem da atividade criminosa. Assim, reputa-se mais adequado, em variação à ferramenta portuguesa, que a perda ampliada brasileira "seja objecto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretada na sentença condenatória"[1646]. Aliás, não se pode ignorar haver uma tendência internacional de que os mecanismos de recuperação de ativos (mesmo os dependentes de uma condenação, como a perda alargada) sejam autonomizados[1647], o que, deve-se concordar, amplia o rol de ritos, formas e momentos, e, por conseguinte, pode propiciar maior eficiência.

Por todo o exposto, refletindo as mais atuais correntes e tendo por escopo a eficiência no enfrentamento da criminalidade organizada, justifica-se a inserção, no Brasil, de legislação específica a respeito da perda ampliada, com tramitação em incidente concomitante ao processo penal, de modo a manter ao juízo penal a decisão acerca da perda, a ser consignada na sentença ou no acórdão, após a fundamentação condenatória[1648].

No Brasil, a perda ampliada deve restringir-se a catálogo de crimes normalmente afeitos a atividades de organizações criminosas ou associações criminosas, bem assim a outros de maior gravidade e que tenham como fim (precípuo ou não) proveito econômico. Na

---

plausível, por não elucidar a origem lícita, que outras infrações penais geraram vantagens ilícitas ao condenado, é decretada a perda de bens.

[1645] É o que se tem atualmente em Portugal, com a existência de um Gabinete de Recuperação de Activos, criado e com atribuição investigatória financeira e patrimonial dada pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro. A mesma lei passou a prever o Gabinete de Administração de Bens (artigo 10.º e ss.), com competência não apenas de administrar, mas, ainda, avaliar e vender antecipadamente bens apreendidos ou recuperados.

[1646] Cf. DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *2º Congresso de Investigação Criminal.* Lisboa: Almedina, 2010, p. 41.

[1647] Vide, por exemplo, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro, artigos 1.º e 2.º.

[1648] Nessa hipotética formatação, em havendo condenação por crime do catálogo, cumpre ao juiz/tribunal declarar a perda ampliada, com base na prova e nas alegações colhidas no incidente – que, em caso de absolvição, deverá se julgado prejudicado.

sequência, o esboço de Projeto de Lei para instituição do instrumento legal da perda ampliada no Brasil.

Projeto de Lei nº

Estabelece o instituto da perda ampliada, como medida de enfrentamento às organizações criminosas e à criminalidade grave (organizada ou não) com fim de lucro, principalmente a que macula a administração pública como um todo, e procede à alteração do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 (Código Penal), acrescentando o artigo 91-A, caput, e parágrafos 1º a 15.

Artigo 1º. O artigo 91-A, caput, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 (Código Penal), passa a ter a seguinte redação:

Artigo 91-A: O juiz, após a fundamentação do mérito da ação penal, resultando decisão condenatória, como efeito especial da condenação, analisará as provas e alegações constantes no procedimento incidental de perda ampliada, para o fim de aplicá-la ao patrimônio do condenado pelas seguintes infrações penais:

a) artigo 2º, caput e § 1º, da Lei nº 12.850/2013, incluindo as hipóteses do artigo 1º, § 2º, incisos I e II, da mesma lei;

b) artigo 33, caput e § 1º, incisos I a III; artigo 34, caput; artigo 35, caput e § único; e artigo 36, caput, todos da Lei nº 11.343/2006;

c) artigo 1º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.613/98;

d) artigo 89, caput e § único; artigo 90; artigo 92; artigo 95, caput;e artigo 96, incisos I a V, da Lei nº 8.666/93;

e) artigo 1º, incisos I, II e III do Decreto-Lei nº 201/67; ,

f) artigo 1º, incisos I a V; artigo 3º, inciso II; artigo 4º, incisos I e II, todos da Lei nº 8.137/90;

g) artigo 312, caput e § 1º; artigo 313-A; artigo 316, caput, §§ 1º e 2º; artigo 317, caput; todos do Código Penal;

h) artigo 288, caput e § único, do Código Penal, desde que também condenado por d.1) crime contra o patrimônio (artigos 155 a 181 do Código Penal) com pena máxima cominada superior a quatro anos; d.2) crimes contra a fé pública (artigos 289 a 311-A do Código Penal) com pena máxima cominada superior a quatro anos; d.3) crimes contra a administração pública dos artigos 332, 333, 334-A, 337-A, 337-B, 337-C;

i) artigos 218-B, caput e § 1º; artigo 228, caput e §§ 1º a 3º; artigo 231, caput e §1º; artigo 231-A, caput e § 1º; do Código Penal;

j) artigo 244-A, caput e § 1º, da Lei nº 8.069/90.

§ 1º. Em caso de condenação pela prática de crime referido nas letras "a" a "f" do caput, e para efeitos de perda ampliada de bens em favor da União, do Estado da Federação ou do Distrito Federal, presume-se constituir produto ou proveito da infração penal a diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

§2º. Para efeitos desta lei, entende-se por patrimônio do réu o conjunto dos bens e valores em moeda nacional ou estrangeira:

a) que estejam na titularidade do réu, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício na data do recebimento da denúncia ou posteriormente;

b) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória ou desproporcional, nos cinco anos anteriores ao recebimento da denúncia;

c) recebidos pelo réu nos cinco anos anteriores ao recebimento da denúncia, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

§3º. Consideram-se como produto ou proveito da infração penal os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens ou valores pelo réu.

§4º. Para a promoção da perda ampliada, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, apresentará ao juiz competente para a ação penal petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada, na qual atribuirá o montante apurado do patrimônio do investigado ou acusado que deverá ser perdido em favor União, do Estado da Federação ou do Distrito Federal, e indicará as provas que pretende produzir. A petição inicial, instruída com cópia da denúncia, deverá trazer cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto do investigado ou acusado e aquele que é proveniente de seus rendimentos lícitos.

§5º. Se não for possível a atribuição do montante a ser perdido no momento do oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá apresentar ao juiz competente para a ação penal petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada até 30 dias depois do recebimento da denúncia. Ainda, se apresentada petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada com o oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá alterar a atribuição do montante a ser perdido no prazo antes referido, em havendo conhecimento superveniente de incorreção do valor.

§6º. Mesmo havendo pluralidade de acusados e de patrimônios, a pretensão de perda ampliada deverá ser deduzida num único procedimento incidental, com delimitação e separação, na petição inicial, dos acusados demandados e dos respectivos patrimônios pretendidos para declaração de perda.

§7º. O juiz, imediatamente após receber a denúncia, decidirá sobre o recebimento da petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada. Se receber a petição inicial e instaurar o procedimento incidental de perda ampliada, ordenará a citação do acusado para que, no prazo de 10 dias, manifeste-se sobre a pretensão de perda ampliada deduzida e indique as provas que pretende produzir.

§8º. No procedimento incidental de perda ampliada serão admitidos todos os meios de prova produzidos no processo, mas apenas com a finalidade de esclarecer o montante apurado do patrimônio do investigado ou acusado que deverá ser perdido e sua possível origem, lícita ou não.

§9º. Sem prejuízo da consideração, pelo juiz, de todos os meios de prova produzidos no procedimento, deverá o acusado provar a origem lícita dos bens pretendidos em perda ampliada, ou demonstrar que angariados no prazo superior a cinco anos antes do recebimento da denúncia.

§10º. A presunção estabelecida no §1º será ilidida se restar provado que os bens e valores:

a) resultaram de rendimentos de atividade lícita do acusado;

b) estavam na titularidade do acusado há mais de cinco anos da data do recebimento da denúncia;

c) foram adquiridos pelo acusado com rendimentos obtidos há mais de cinco anos da data do recebimento da denúncia.

§11º. Não ilidida a presunção estabelecida no §1º, o juiz, imediatamente após proferir a decisão condenatória nos autos da ação penal, julgará o procedimento incidental e declarará a perda ampliada do todo ou parte dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal, na forma do §2º.

§12º. Da decisão proferida no procedimento incidental, de declaração ou não da perda ampliada dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal, caberá recurso de apelação, exclusivo ou concomitante à inconformidade com o mérito da ação penal.

§13º. Havendo sentença absolutória ou de extinção da punibilidade na ação penal, não será declarada a perda ampliada dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal. Nessa hipótese, havendo apelação pelo Ministério Público

também com a finalidade de declaração da perda ampliada dos bens e valores atribuídos ao acusado como proveito ou produto da infração penal, deverá o Tribunal, após julgar o mérito da ação penal, decidir acerca do pleito de perda ampliada.

§14º. Para assegurar e garantir o futuro cumprimento da decisão de declaração da perda ampliada, o Ministério Público, em qualquer fase da investigação, ou como pedido específico da petição inicial de instauração de procedimento incidental de perda ampliada, postulará ao juízo competente para a ação penal o sequestro ou o arresto dos bens e valores atribuídos ao réu como proveito ou produto da infração penal (artigos 125 e seguintes do CPP).

§15 º. O sequestro ou arresto será decretado pelo juiz em havendo indícios da prática, pelo réu, de crime previsto no §º1º, e da indicação de patrimônio seu, na forma do §2º. Se postulado ainda na fase de investigação, deverá ser objeto de procedimento incidental assecuratório da perda ampliada, a ser anexado ao procedimento incidental de perda ampliada tão-logo este instaurado, na forma do §7º.

§16º. Se, em qualquer momento da investigação ou da tramitação do procedimento incidental de perda ampliada, for apurado que o valor suscetível de perda é menor ou maior do que o inicialmente apurado, o Ministério Público requererá, respectivamente, a redução do sequestro/arresto ou sua ampliação. Se, ao julgar o procedimento, o juiz declarar que devem ser perdidos bens ou valores inferiores ao que sequestrado ou arrestado, haverá a restituição do que excedido.

§17 º. Caso não tenha sido postulado ou deferido o sequestro ou arresto dos bens e valores atribuídos ao réu como proveito ou produto da infração penal, o juiz, ao proferir a decisão de declaração de perda ampliada no procedimento incidental correlato, determinará o sequestro ou arresto daqueles bens, mediante imediata busca e apreensão, se preciso.

§18º. Transitadas em julgado a sentença condenatória e a decisão de declaração de perda ampliada, o juiz, de ofício, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. O dinheiro apurado no leilão, juntamente com eventuais valores em dinheiro apreendidos durante a investigação ou no curso da ação penal ou do procedimento incidental, serão perdidos em favor do Estado-Federado ou do Distrito Federal, se a ação penal tramitou perante a Justiça Estadual correlata ou do Distrito Federal, ou da União, se ação penal de competência da Justiça Federal.

Artigo 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.