

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

Carolina Guimarães Ayupe

**O confisco alargado de bens na Lei nº 13.964/2019: reflexos no combate à
macrocriminalidade e nas garantias fundamentais do Processo Penal**

**Juiz de Fora
2020**

Carolina Guimarães Ayupe

O confisco alargado de bens na Lei nº 13.964/2019: reflexos no combate à macrocriminalidade e nas garantias fundamentais do Processo Penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Área de concentração: Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

**Juiz de Fora
2020**

Imprimir na parte inferior, no verso da folha de rosto a ficha disponível em:
<http://www.ufjf.br/biblioteca/servicos/usando-a-ficha-catalografica/>

Carolina Guimarães Ayupe

O confisco alargado de bens na Lei nº 13.964/2019: reflexos no combate à macrocriminalidade e nas garantias fundamentais do Processo Penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Área de concentração: Direito.

Aprovada em (dia) de (mês) de (ano)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho à minha família, por todo o apoio e carinho ao longo da minha trajetória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, namorado, colegas e professores por todos esses anos de dedicação.

“A lei é como uma teia de aranha; é boa para as moscas e para os pequenos insetos, por assim dizer, mas podem ser perfuradas por grandes vespas.”

Cristina de Maglie

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar o instituto do confisco alargado de bens, tal como inserido no art. 91-A do Código Penal, por intermédio de uma análise de direito comparado e revisão de literatura, a fim de verificar a adequação da redação legal às garantias penais e processuais, bem como a eficiência do instituto no combate à macrocriminalidade. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e de revisão de literatura doutrinária especializada sobre o tema. Adotou-se como marco teórico a obra “*Eficiencia y Derecho Penal*” de Jesús-María Silva Sánchez, que cuida da possível integração entre o princípio da eficiência e garantias penais. Conclui-se que a redação do art. 91-A do Código Penal, quando contrastada com a redação do art. 63-F da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que também previu o confisco alargado, ou com a redação proposta pelo Projeto de Lei 3855/2019, é lacunosa e pode abrir margem a certa insegurança jurídica. Desse modo, são sugeridas propostas de aprimoramento do texto legal, com base na experiência legislativa estrangeira.

Palavras-chave: 1. Confisco alargado. 2. Eficiência. 3. Garantias. 4. Direito Penal. 6. Direito Processual.

ABSTRACT

The present work aimed to analyze the institute of the extended confiscation of assets, as inserted in art. 91-A of the Penal Code, through an analysis of comparative law and literature review, in order to verify the adequacy of such article to the criminal and procedural guarantees, as well as the efficiency of the institute in curbing macro-crime. For such purpose, the deductive method and the review of specialized doctrinal literature on the topic were adopted. Jesús-María Silva Sánchez's work "Eficiencia y Derecho Penal" was adopted as a theoretical framework, which addresses the integration between the principle of efficiency and criminal guarantees. It is concluded that article 91-A of the Penal Code, when contrasted with article 63-F of Law 11.343 / 2006 (Drug Law), which also provided for extended confiscation, or with the redaction proposed by Bill 3855/2019, is vague and may contribute to a certain amount of legal uncertainty. In this way, proposals for improving the legal text are suggested, based on foreign legislative experience.

Keywords: 1. Extended confiscation. 2. Efficiency. 3. Guarantees. 4. Criminal Law. 6. Procedural Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 MACROCRIMINALIDADE E DIREITO PENAL ECONÔMICO	12
3 A PERDA DAS VANTAGENS DO DELITO: “O CRIME NÃO COMPENSA”?	16
4 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: CONFISCO CLÁSSICO X CONFISCO ALARGADO	19
5 O CONFISCO ALARGADO NAS CONVENÇÕES DE VIENA, MÉRIDA E PALERMO	25
6 ADOÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO: DA LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA À DIRETIVA 2014/42/EU	27
7 AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	31
7.1 O CONFISCO DO CÓDIGO PENAL EM CONTRASTE COM O PREVISTO PELA LEI DE DROGAS	35
8 CONFISCO E PACOTE ANTICRIME: ENTRE O GARANTISMO E A EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL	37
9 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, trouxe significativas alterações em diversos aspectos do Direito Penal e do Processo Penal brasileiros. No tocante aos efeitos da condenação, o Pacote inseriu o art. 91-A ao Código Penal, prevendo o chamado confisco alargado de bens, instituto que havia, pouco tempo antes, sido previsto também na Lei 11.343/2006.

Nos termos do art. 91-A do Código Penal, na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 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.

Trata-se de instituto já aplicado em diversos ordenamentos jurídicos, e que implica o perdimento de bens, ainda que não possuam relação comprovada com o delito apurado. A medida, é certo, recebeu tanto elogios quanto críticas por parte da doutrina, de um lado, por propiciar um combate mais incisivo à criminalidade organizada, e, de outro, por representar uma possível inversão do ônus probatório no âmbito do Processo Penal.

Diante do cenário exposto, a presente monografia tem como objetivo investigar e ponderar os argumentos favoráveis e contrários à perda alargada de bens, de forma a que se permita uma análise crítica do instituto, bem como verificar como se dará a operacionalização deste no ordenamento jurídico brasileiro. Sob uma vertente, busca-se verificar a adequação da referida medida, e sua compatibilidade com as garantias fundamentais do processo penal e do devido processo legal; sob outra vertente, busca-se aferir o potencial do instituto no combate a delitos como o de lavagem de dinheiro, organizações criminosas, crimes contra o mercado financeiro, entre outros, conhecidos por seu elevado grau de sofisticação e alta capacidade de seus agentes em ocultar o proveito dos delitos.

Para tanto, adota-se como marco teórico a perspectiva adotada por Jesús María Silva Sánchez, no artigo “Eficiencia y Derecho Penal”, no qual discorre acerca da possibilidade de integração entre o princípio da eficiência (e as análises de custo-benefício) e garantias do Direito Penal.

Empreende-se, ademais, uma análise comparativa entre o instituto, tal como previsto no Código Penal, com o que foi previsto na Lei de Drogas, na medida em que ambos os diplomas apresentam requisitos diferenciados para sua caracterização. Busca-se analisar posições doutrinárias divergentes e convergentes, tanto na doutrina pátria quanto na

estrangeira (sobretudo a europeia e norte-americana), a fim de contrastá-las com o texto legal brasileiro que regula o confisco alargado de bens. Analisar-se-á, pontualmente, o conteúdo do Projeto de Lei 3855/2019 (antigo projeto 4.850/2016), em tramitação no Congresso Nacional, que também disciplina, porém de forma mais aprofundada, e tão somente aplicável a determinados delitos, o confisco alargado de bens, a fim de verificar os pontos mais fortes e fracos de ambos os diplomas.

Assim, formula-se a presente questão problema: à luz das experiências estrangeiras e de institutos já consagrados pelo direito pátrio (devido processo legal, ônus probatório, submissão de terceiros aos efeitos do processo), a disciplina conferida pelo Pacote Anticrime ao confisco alargado de bens é suficiente e adequada para, de um lado, incrementar o combate à alta criminalidade, e de outro, respeitar o devido processo legal e as garantias a ele inerentes?

Parte-se da hipótese de que o confisco alargado de bens é reflexo da necessidade de a persecução penal contemporânea se adequar aos novos parâmetros da macrocriminalidade, em muitos aspectos, voltada para a lucratividade proporcionalizada pela prática de delitos graves, cujos agentes muitas vezes se beneficiam da ineficiência estatal na recuperação de ativos ilícitos. Por outro lado, entende-se que a desarticulação da criminalidade econômica não pode ser obtida por meio do sacrifício de garantias fundamentais do processo penal.

Para efetuar a presente pesquisa, será utilizado o método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica, bem como estudos comparativos de diplomas nacionais, de Direito Internacional e estrangeiros relativos à perda alargada de bens. Defende-se que o marco teórico adotado cumpre um papel fundamental na reflexão crítica sobre o instituto.

Em um primeiro momento, será feita uma contextualização a respeito da macrocriminalidade e dos delitos econômicos, que explicam, em grande medida, o porquê da adoção do confisco alargado. Em seguida, serão traçadas as premissas que nortearão o presente trabalho, quando da análise da eficiência do instituto e compatibilidade com os direitos fundamentais, tomando-se por base o marco teórico adotado. Logo após, serão revisados os conceitos fundamentais da temática, para que, em um momento subsequente, possam ser esses conceitos doutrinários confrontados com o que dispõe o texto legal do Pacote Anticrime, no intuito de se verificar se o texto da lei atende aos requisitos que a doutrina aponta como relevantes para que o instituto do confisco atinja seus objetivos.

2 MACROCRIMINALIDADE E DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito e o Processo Penal contemporâneos devem lidar com uma conjuntura consideravelmente complexa. Seja pela consolidação de uma macrocriminalidade econômica, seja em razão do fortalecimento e transnacionalização das organizações criminosas, o aparato estatal de investigação e persecução criminal deve buscar novas alternativas para fazer frente aos desafios que se apresentam.

SÁNCHEZ (2001), ao referir-se à chamada criminalidade da globalização, aponta que, do ponto de vista estrutural, suas características mais significativas são duas: sob uma vertente, trata-se de uma criminalidade organizada, seja por intermédio de empresas ou mesmo organizações criminosas; sob outra vertente, seu resultado lesivo pode ser significativamente postergado no tempo e espaço.

Nesse cenário, diante da necessidade de serem criados mecanismos eficientes de controle, proteção, vigilância e tutela do desenvolvimento econômico-financeiro experimentado pela pós-modernidade, surge, como um desdobramento do Direito Penal Clássico, o Direito Penal Econômico. (BITENCOURT, 2016).

O Direito Penal Econômico se diferencia do Direito Penal Clássico em uma série de aspectos. Conforme VIEIRA (2019), situam-se nesse ramo delitos classicamente lucrativos ou que envolvem somas altas de recursos. Seus efeitos são socializados, são objeto de tutela bens jurídicos supra individuais, e o criminoso age na maioria das vezes com intuito de lucro, “disfarçado ou abusivo no mercado dominado por expedientes nebulosos ou pouco identificados” (FARAH, 2012, p.4).

Pode-se afirmar, inclusive, que as propostas da Criminologia têm precedido ao tratamento normativo dado pelo próprio Direito Penal à criminalidade econômica, sobretudo com o estudo dos crimes de colarinho branco, por Edwin Sutherland¹ (SÁNCHEZ RIOS, 2011). Desde Sutherland, conforme GOMES (2011), a macro delinquência econômica é chamada de criminalidade do colarinho branco. De acordo com Flavia Goulart PEREIRA (2010), observa-se, ainda, o fenômeno da expansão do penal justamente no ramo da criminalidade econômica.

¹ Nas palavras do autor: “A criminalidade de colarinho branco nos negócios manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências.” (SUTHERLAND, 2014).

(...) os criminólogos, em vez de apontar as falhas do conceito de Sutherland, estão preocupados em examinar o verdadeiro significado social que o conceito representa. As críticas devem gravitar em torno dos males oriundos da criminalidade econômica; avaliar as condições em que são cometidas e sancionadas as ações ilícitas sob a rubrica de "colarinho branco"; criticar as complexidades legais criadas propositadamente para proteger os criminosos; apontar as dificuldades de provas contra estes infratores; a pressão que sofre os denunciadores; avaliar o controle penal que é realizado pela polícia, Ministério Público e Justiça (no caso de crimes contra o sistema financeiro e crimes de lavagem de dinheiro, estes são controlados pelo Banco Central); finalmente, os danos produzidos na sociedade que são infinitamente maiores do que os causados pela criminalidade convencional. (DUARTE, MCA., 2011, p.16).

Sob outra vertente, enfrenta-se também o fenômeno da transnacionalização do crime organizado, cuja função é obter lucro por intermédio de uma estrutura organizacional bem definida (GONÇALVES AB., 2020). Embora a organização de grupos para a prática de crimes não seja fenômeno da atualidade, é certo que o crime organizado prosperou consideravelmente nas últimas décadas, sobretudo diante da adoção de estruturas empresariais, em razão da globalização e do desenvolvimento tecnológico (FERNANDES, 2011).

A hierarquia também é bem definida, com clara divisão de funções a fim de potencializar o lucro. Baseia-se na estrutura de uma empresa convencional, com planejamento de custos das atividades, recrutamento de pessoas e pagamento com despesas de pessoal e ordenados. Para tanto, podem ou não ter empresas reais devidamente constituídas a fim de minorar os riscos das operações. (GONÇALVES AB., 2020, p. 3).

Na medida em que ainda passa por uma fase de amadurecimento, a estrutura funcional do Direito Penal Econômico ainda não consegue dar conta da complexidade da delinquência econômica. É importante ressaltar que uma das marcantes características da criminalidade econômica é justamente o fato de que, para praticar o delito, muitas vezes o criminoso não precisa se expor, bastando abusar de sua posição privilegiada (FIGUEIREDO, 2011).

Nas palavras de GOMES (2011), trata-se de formas bem-sucedidas de delinquência, que oferecem ganhos duráveis. Ademais, tais infrações muitas das vezes se prolongam no tempo e no espaço, sendo que seus resultados se concretizam de forma fragmentada (PEREIRA, FG., 2010).

Ademais, conforme já apontado por SÁNCHEZ (2001), a própria globalização da economia tem facilitado a internacionalização dos métodos modernos de prática delituosa² (SOUZA, 2011; LINHARES, 2019; GONÇALVES AB., 2020). Processualmente, a efetivação da *persecutio criminis* nos delitos econômicos esbarra em diversas dificuldades:

² LEMOS JÚNIOR (2007) aponta três fatores que revelam uma forte conexão entre delitos de lavagem de capitais e a globalização: a democratização da tecnologia, do acesso ao mercado de capitais e à informação.

Dificuldades processuais para o julgamento são que o bem jurídico afetado não é individual, mas bens coletivos, incontroláveis. Envolvem amiúde grupos complexos e de problemática percepção social. Os “crimes de colarinho branco”, com suas variações, têm a sua potencialidade lesiva sempre bem organizada e cercada de proteção estratégica de bom gerenciamento, de difícil identificação. (FARAH, 2012, p.6)

Em suma, o próprio objeto da investigação criminal é extremamente complexo, envolvendo diversos conteúdos extrajurídicos, há ainda pouca especialização dos órgãos judiciais para lidar com a matéria, e ainda uma insuficiente assistência judicial no campo internacional (SÁNCHEZ RIOS, 2011; GONÇALVES AB., 2020), que pode dificultar, por exemplo, a recuperação de ativos.

Conforme DIAS (2016), quando existem estruturas e redes organizadas, muitas vezes com atuação internacional e ligadas às próprias estruturas de poder, incrementam-se consideravelmente as dificuldades das investigações criminais.

Como vimos, as dificuldades transcendem a questão normativa do ordenamento jurídico brasileiro, pois, perpassa pela ausência de uma integração sistêmica, falta de investimentos em tecnologia e em infraestrutura, além de aportar erário para contratação de mais profissionais para as polícias e para o setor de inteligência, a fim de poder rastrear o caminho econômico das atividades ilícitas das organizações criminosas. (GONÇALVES AB., 2020, p. 10).

Pode-se identificar, sobretudo, uma desatualização tanto da estrutura estatal de combate ao crime, mas também da tecnologia e pessoal. (GONÇALVES AB., 2020).

Em contraposição à modernização do crime organizado que se transnacionalizou, temos o Estado Democrático de Direito Brasileiro que ainda segue uma visão ultrapassada no seu processo legislativo, pouco ou nada se importa com o cerne de uma legislação, isto é, o procedimento da mesma com sua aplicabilidade. E segue como mote essencial, ainda que com vários remendos, um Código da década de 1940, o que mostra o descompasso das normas penais, não com a realidade, mas sim com o mundo moderno transnacional e globalizado. (GONÇALVES AB., 2020, p. 4)

O poder punitivo tem, portanto, dado uma resposta insatisfatória e um tratamento meramente simbólico a esse tipo de criminalidade, seja pelos questionamentos da própria legitimidade do Direito Penal em intervir nesse setor, seja pela complexidade das questões econômicas envolvidas (SÁNCHEZ RIOS, 2011). Por certo:

Os denominados delitos macroeconômicos, normalmente e reiteradamente cometidos por organizações criminosas, devem ser analisados além de uma perspectiva atomística, ou seja, devem ser observados num amplo espectro, focando-se toda atenção para sua conjuntura, ampliando a visão para todos os fatores que possam contribuir para realizações de operações à margem da legalidade. (SOUZA, 2011, p.3).

Nesse cenário, os Estados vêm buscando combater com eficiência a criminalidade econômica, por meio da perda dos bens resultantes de práticas ilícitas, “já que o lucro constitui o principal propulsor a alimentar o aparato das organizações criminosas”

(LINHARES, 2019, p. 1732). Conforme o autor, a pedra angular que norteia as discussões sobre combate à criminalidade econômica é a elaboração de normas que permitam neutralizar o “rendimento ou a ganância do delito - o seu lucro (...)” (LINHARES, 2019, p. 1734).

O trabalho do policial em relação ao crime organizado é difícil, arriscado e exige conhecimento especializado e treinamento adequado. Embora a lei não refira a especialização do Ministério Público, ela é importante, a fim de que possam os seus membros, juntamente com a polícia, conhecer a organização e os seus métodos de ação. Com isso, saberá o promotor como melhor propor a denúncia e conduzir o processo. Além do mais, deve ele, sempre que possível, requerer ao juiz a adoção de medidas de natureza patrimonial, como o sequestro de bens ou valores, retirando das organizações o dinheiro obtido com as práticas criminais. (FERNANDES, 2011, p. 8).

A situação se torna ainda mais complexa ao considerar-se o recurso da macrocriminalidade a práticas de lavagem de dinheiro, no intuito de fornecer uma roupagem legal para recursos financeiros e outros bens obtidos de forma criminosa (GONÇALVES AB. AB., 2020; FERNANDES, 2011). “Essas operações fazem uso de recursos complexos em cadeia e com o auxílio da tecnologia e de mecanismos financeiros a fim de realocar os recursos e, ainda, ocultá-los para, posteriormente, integrá-los ao ciclo da cadeia econômica (...)” (GONÇALVES AB., 2020, p. 12).

LIMA (2012) esclarece que, no contexto das organizações criminosas, o ânimo de lucro fomenta as atividades ilícitas, e, sob a influência da lógica capitalista, os criminosos admitem determinada margem de risco às suas finalidades, do mesmo modo que uma sociedade empresária. Dessa forma, o circuito criminal somente se completa com a inserção dos ativos auferidos no sistema econômico financeiro, por intermédio da lavagem de capitais.

Em síntese, a lavagem de capitais compreende operações tanto de colocação do dinheiro no sistema econômico; de dificultar o rastreamento contábil de tais recursos; e, por fim, de incorporação formal dos ativos ao sistema econômico. Para tanto, os criminosos se valem tanto de instituições financeiras, operações em bolsas de valores, moedas virtuais, paraísos fiscais, companhias seguradoras, operações no mercado imobiliário, entre outros. (GONÇALVES AB., 2020).

O sistema financeiro livre de controle, ou seja, entregue a uma fiscalização ineficaz, se transforma em lugar seguro para aplicação de quantias altíssimas. Assim, é o próprio sistema financeiro o grande caminho, o melhor artifício, para transformar os ativos ilícitos em lícitos. (DUARTE, MCA., 2011, p. 11).

Devem-se reconhecer, ainda, os elevados números de cifras negras, relacionados aos delitos de lavagem de dinheiro. Soma-se a isso o fato, a dificuldade em se detectar propriamente a lavagem de capitais, em razão de não haver uma vítima pontual, e tampouco um único infrator (LEMONS JÚNIOR, 2007).

No entanto, ao mesmo tempo em que se busca uma maior eficiência na persecução dos crimes de colarinho branco, por certo, “isso não significa dizer que o garantismo dos direitos fundamentais dos cidadãos não deva também ser observado no processo penal que tenha por objeto esse tipo de infração penal” (SOUZA, 2011, p. 4). Assim, não pode o sistema penal, em nome de uma luta contra a criminalidade, sobrepor-se a valores irrenunciáveis, como a liberdade e a dignidade humana (FIGUEIREDO, 2011; CASTILHOLI, 2014).

Uma vez delineadas as premissas a respeito da macrocriminalidade e da criminalidade econômica, passa-se à análise crítica do famoso adágio de que “o crime não compensa”, geralmente invocado quando da defesa do confisco alargado de bens, bem como do referencial teórico utilizado na presente pesquisa.

3 A PERDA DAS VANTAGENS DO DELITO: “O CRIME NÃO COMPENSA”?

Diversos autores, nas últimas décadas, buscaram compreender a rede de custos e benefícios envolvidos em práticas delitivas e os mecanismos adequados para preveni-las.

Para BECKER (1974), os agentes criminosos agem racionalmente, equacionando os benefícios decorrentes da prática delituosa³. De acordo com o autor, entre as variáveis que influenciam a escolha do agente em praticar um crime estão a probabilidade de o delito ser detectado e a severidade da sanção a ele imposta, em contraste com os lucros por ele auferidos. Em síntese, para o autor, as atividades ilegais não compensariam se sua lucratividade fosse menor do que aquela esperada em atividades lícitas.

Conforme a Teoria da Dissuasão, desenvolvida por Isaac Ehrlich, na década de 70, seria possível evitar o cometimento de delitos por meio de sanções eficientes, as quais operariam como incentivos negativos à prática de delitos. Assim, haveria dois tipos de incentivos adequados para preveni-los: a elevação dos custos de oportunidade de sua prática, ou o incentivo à prática alternativa de atividades lícitas (CASTILHOLI, 2014).

Com efeito, em relação ao confisco alargado de bens, costuma-se invocar o adágio de que “o crime não compensa”, e que há hipóteses em que a sujeição à pena por determinado fato não anula o sentimento de compensação material trazida pelo crime. Em tais hipóteses, a pena funcionaria como um custo eventual de um benefício econômico. Nessas situações, de

³ VIEIRA (2019) destaca que, para Becker, o crime não difere de qualquer outra atividade econômica, em razão da racionalidade insita ao agente.

acordo com o autor, o brocardo de que o crime não deve compensar se relaciona com a perda das vantagens associadas à prática delituosa. (CAEIRO, 2017).

O referido mecanismo se sustenta, segundo seus defensores, diante das dificuldades probatórias em se demonstrar umnexo de causalidade direto entre determinados delitos e os bens obtidos em razão de sua prática, argumento que será mais bem explorado nos tópicos subsequentes.

Porém, antes de adentrar propriamente nas peculiaridades da medida em tela, e eventuais críticas que possam ser feitas, cumpre fazer antes uma reflexão acerca da própria eficiência do Direito Penal, temática abordada de modo bastante aprofundado por SÁNCHEZ (1996), de modo que as premissas a seguir delineadas servirão de norte para toda a análise proposta no presente trabalho.

SÁNCHEZ (1996), na obra “Eficiencia y Derecho Penal”, eleita como marco teórico para o presente trabalho, sustenta que os indivíduos não agem de modo completamente racional, dada sua limitação de obtenção e processamento de informações. Porém, entende que não é possível afirmar que não ajam totalmente alheios ao cálculo racional, pois, nesse caso, a dissuasão por meio de normas, que é justamente uma das características do Direito Penal liberal, perderia todo o sentido. O autor, em síntese, não reduz a racionalidade dos agentes a uma mera racionalidade instrumental, mas entende que ela deva ser valorativa⁴.

O autor compreende o delito como ato ineficiente, que deve ser impedido, e aponta a prevenção geral como via menos custosa para tanto, devendo ser implementada por meio da introdução de custos adicionais à sua prática, a fim de que estes superem os benefícios do crime, para que, ao fim e ao cabo, este não compense. Por outro lado, o autor destaca que o Direito Penal também possui muitos custos, e que para seja legitimado a atuar, depende de que sejam ineficazes as respostas extrapenais, e ele próprio não imponha custos maiores que os do próprio cometimento do delito.

Portanto, dentre os mais diversos mecanismos de que dispõe o Direito Penal, deve ser eleito aquele que, sendo eficiente, imponha menos custos sociais. Para tanto, SÁNCHEZ (1996) propõe como parâmetros norteadores dessa análise a necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade das medidas a serem adotadas.

⁴ De modo que o efeito dissuasório da pena também decorresse da comunicação de valores quanto à gravidade do fato.

Elabora a fórmula que entende adequada para o direito penal eficaz na eficiência: imposição de custos adicionais, de modo que o custo do delito seja superior aos seus benefícios; e, ao mesmo tempo, garantia de que tais custos sejam inferiores ao custo de tolerância do delito.

SÁNCHEZ (1996) também aponta que os custos do delito para o delinquente não dependem somente da gravidade das penas, mas também da probabilidade de que ela seja efetiva, fator este que depende do sistema policial e processual. Aponta, igualmente, que as sanções pecuniárias são menos custosas, na medida em que permitem uma transferência patrimonial sem gastos adicionais de recursos.

SÁNCHEZ (1996) alerta, porém, que em que pese a tendência moderna de recorrer crescentemente a mecanismos jurídico-penais, não deve o Direito Penal se converter em instrumento meramente simbólico, sob pena de falhar em sua tarefa de lograr a confiança da sociedade no funcionamento do ordenamento jurídico (prevenção geral de integração).

Ao que mais interessa ao presente trabalho, SÁNCHEZ (1996) aborda a problemática da integração entre eficiência e garantias, a qual, segundo ele, se desdobra em dois níveis: por um lado é imperioso determinar se e em que medida a eficiência tem a capacidade de incorporar em seu seio as garantias do Direito Penal; e, sob uma segunda vertente, caso isso não seja possível, ou não de modo pleno, se é possível limitar a eficiência por outros princípios externos.

SÁNCHEZ (1996) aponta que há uma tendência da análise econômica do direito em dar predomínio à eficiência frente a outros fins jurídico-políticos. No entanto, o autor reconhece que ela possui limitações como critério ético, e aponta também sua relativa incapacidade de incorporar valores.

Propõe, portanto, que seria equivocada a postura de rejeitar completamente a relevância político-criminal da análise de custos e benefícios. Por outro, o autor reconhece que a legitimação alcançável pela eficiência é componente necessário para todo intento de justificação do Direito Penal, fundado em conceitos como a subsidiariedade e caráter *ultima ratio*.

SÁNCHEZ (1996) propõe um Direito Penal que vise a, por um lado, reduzir a violência estatal, e por outro, maximize a prevenção e garantias, ainda que albergue elementos de tensão em seu seio, frutos de sua própria evolução dialética, ao refletir uma argumentação em termos de custos e benefícios.

Alerta, porém, que é necessário perquirir o que se entende por custos e benefícios, e em que medida o respeito a direitos pode ser estimado como benefício, e a sua vulneração, custos.

Entende que a eficiência sim possui alguma capacidade de integrar princípio político-criminais de garantia dos cidadãos. Entretanto, sustenta que o Direito Penal não pode fundar-se tão somente em considerações sobre a eficiência, devendo, em realidade, primar pela construção de modelos dialéticos ou ecléticos. Porém, sustenta que, ainda que se adote a análise econômica, a dignidade humana e autonomia individual são bens jurídicos que escapam à análise de utilidade individual ou coletiva. Sugere, pois, que se abandone uma ideia estrita de eficiência, a fim de se permitir que a ela sejam integrados os princípios de garantia.

Conclui, pois, que a eficiência, assim como qualquer outro princípio jurídico-normativo, não é um fim em si mesma, e, portanto, o grande desafio está em saber encontrar quais são seus limites.

Diante de tais premissas, passa-se, agora, a abordar os conceitos fundamentais relativos ao objeto do presente trabalho, a fim de que, estabelecidos os conceitos fundamentais, bem como feita a contextualização do referido instituto, possam ser feitas as derradeiras considerações acerca de sua eficiência e da integração desta com as garantias fundamentais individuais.

4 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: CONFISCO CLÁSSICO X CONFISCO ALARGADO

Alguns delitos, como aponta DIAS (2016), tem aptidão de gerar lucros mais facilmente que outros, e, quando são executados de forma minimamente organizada, parte desses lucros é revertida em favor da própria atividade criminosa em curso. Conseqüentemente, para que o Estado melhor possa, não só evitar ilegítimos acréscimos patrimoniais, mas também coibir tal criminalidade, deverá valer-se de mecanismos para privar o agente das vantagens de origem criminosa.

Diversas foram as medidas tomadas pelo Estado a fim de combater o lucro ilícito. Algumas passam pela incriminação direta (criação do tipo penal de enriquecimento injustificado) ou indireta (dispensa de comprovação de aspectos do ilícito antecedente ao crime de lavagem de dinheiro) do enriquecimento injustificado, e outras se concentram no plano das conseqüências jurídicas. (MARQUES, 2012).

Um dos institutos, que se concentra no plano das consequências jurídicas, e que busca lidar com essa nova realidade e ultrapassar as dificuldades probatórias apresentadas, é a perda alargada de bens, que representa um regime mais amplo do que a perda clássica. (DIAS, 2016).

De acordo com CAEIRO (2017, p. 365), por perda ou confisco, entende-se uma medida de *jus imperii* que instaura o domínio do Estado sobre bens ou valores, “fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fáticas que os tivessem por objeto”.

Em relação aos bens e valores que podem ser objeto de confisco, pode haver (1) confisco geral de bens, na qual não se verifica a ligação entre os bens e o crime praticado⁵; (2) confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos; (3) confisco de bens suspeitos de origem ilícita, presumindo-se que tais bens foram obtidos por intermédio de outros delitos, em razão de incongruência patrimonial; e, por fim (4) confisco baseado em ação de índole civil ou administrativa⁶ (PEREIRA, JS., 2017).

VIEIRA (2019) destaca que, apesar de os quatro modelos acima mencionados fazerem alusão ao confisco alargado, apenas o terceiro modelo é o conceituado pela Diretiva 2014/42/UE, que consolidou o instituto no âmbito europeu.

Júlia Dittrich GONÇALVES (2018) explica que, no confisco tradicional, haverá a perda de instrumentos, produtos e vantagens resultantes da prática de um ilícito-típico, e possui como escopo colocar o agente na situação em que se encontraria caso não tivesse praticado o delito. Na referida modalidade, dever-se-á demonstrar, mediante prova, a ligação entre o bem e o crime objeto da condenação.

Por sua vez, o confisco alargado possui como pressuposto a origem ilícita de bens, “ficcionalizando-se uma conduta criminosa para o agente possuir tais bens incongruentes com o seu patrimônio e rendimentos declarados e lícitos” (GONÇALVES, JD., 2018, p. 52).

A mesma autora aponta para a existência de diversos modelos de confisco ampliado.

Em relação ao critério amplitude temporal, o confisco (1) pode levar em conta todo o patrimônio do condenado, ou (2) fixar determinado limite temporal para a análise da

⁵ VIEIRA (2019) esclarece que a França adota tal modelo para alguns crimes, a exemplo do tráfico de drogas.

⁶ Júlia Dittrich GONÇALVES (2018) destaca que alguns ordenamentos jurídicos adotam a *actio in rem*, que consiste em procedimento separado daquele que apurou a responsabilidade criminal, de índole administrativa ou civil, dirigido contra o patrimônio em si. Entretanto, ela destaca que foram tecidas fortes críticas ao instituto, uma vez que impõe medida demasiadamente severa, sem as garantias inerentes ao processo criminal.

incongruência patrimonial. Em relação à questão probatória, pode determinar (1) verdadeira inversão do ônus probatório, ou (2) basear-se em alguma espécie de ônus probatório a cargo da acusação (por exemplo, exigir a demonstração de indícios de que os bens a serem confiscados foram adquiridos por meio da mesma atividade criminosa pela qual o indivíduo foi condenado). (GONÇALVES, JD, 2018).

Conforme BITENCOURT (2020), o confisco foi largamente utilizado na Antiguidade, entretanto, a partir do século XVIII, veio a sofrer inúmeras críticas ao argumento de ferir o princípio da personalidade da pena. RIOS e PUJOL (2016) observam, nos últimos tempos, o ressurgimento do confisco, indissociavelmente vinculado a políticas criminais voltadas ao combate à criminalidade organizada.

Uma vez traçados os conceitos iniciais elencados pela doutrina, a respeito do confisco clássico e alargado, é importante ser feita uma análise quanto à existência de fundamento constitucional, no ordenamento brasileiro, para o confisco.

Com efeito, na Constituição Federal de 1988, a perda de bens, conforme RIOS e PUJOL (2016), foi legitimada. Nos termos do art. 5º, XLV e XLVI da Constituição Federal:

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;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

A interpretação dos dispositivos acima (sobretudo o inciso XLV) traz consideráveis divergências doutrinárias, sobretudo no que tange ao argumento de que se podem ferir, com a perda de bens, os princípios da individualização e personalidade da pena (sob o fundamento de que a pena poderia alcançar até mesmo os sucessores, em caso de morte do condenado, como dispõe o inciso XLV)⁷. No entanto, ressaltam RIOS e PUJOL (2016), que o texto constitucional não deixou de assegurar a garantia do devido processo legal, bem como que os efeitos patrimoniais do confisco não ultrapassassem a pessoa do condenado.

⁷ Quanto a esse aspecto, VIEIRA (2019) aponta que aqueles que defendem a natureza penal do confisco possuem dificuldades em explicar a validade da norma insculpida no art. 5º, XLV da Constituição, na medida em que, se o confisco fosse de natureza penal, os bens retornariam para a posse do condenado com a prescrição da pretensão executória.

Em solução intermediária, pois, dos dispositivos constitucionais que tratam da perda de bens, pode-se interpretar que o inciso XLV, ao aludir ao perdimento de bens, o faz referindo-se a ele como efeito da condenação, ao passo que o inciso XLVI, ao aludir à perda de bens, o faz como pena, que poderá, em tese, abranger também bens adquiridos de forma lícita⁸ (PANZERI, 2011).

Confisco, enfim, como efeito da condenação penal, é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Declarada procedente a ação penal, surge a perda em favor da União dos instrumenta et producta sceleris, como efeito automático da condenação, que se aplica também aos crimes culposos, pois nosso Código não faz qualquer restrição nesse sentido. (BITENCOURT, 2020, p. 939).

De acordo com PANZERI (2011), a sanção de perda de bens ou valores foi, em um primeiro momento, introduzida na legislação brasileira por intermédio da Lei 9.714/98, como medida aplicável em substituição à pena privativa de liberdade (art. 43, II, CP). Aponta o autor que tal medida não se deu com o intuito de combate a uma determinada categoria de delitos, mas sim, como medida descarcerizadora.

Ademais, o legislador estabeleceu como limite máximo da perda o proveito obtido ou o prejuízo causado com o delito (art. 45, § 3º) - limite este que não encontra semelhante na recente alteração introduzida pela Lei Anticrime. Além disso, como esclarecem RIOS e PUJOL (2016), o referido confisco, que é espécie de sanção penal, visa ao patrimônio lícito do condenado.

Por sua vez, destacam os autores, o confisco insculpido no art. 91, II, do Código Penal, possui incontroversa natureza jurídica de efeito extrapenal da condenação, estando vinculado a uma sentença condenatória e à demonstração da natureza ilícita dos bens a que se refere.

A finalidade do confisco se funda em impedir que o produto do crime enriqueça o criminoso, não podendo, por certo, afetar terceiros de boa-fé, para os quais a lei assegura o uso de embargos de terceiros, nos termos do art. 129, CPP (BITENCOURT, 2020).

Após a exposição da divergência acima mencionada, cabe verificar como se insere o confisco alargado, face ao próprio texto constitucional, diante das discussões relativas a sua natureza jurídica, questão esta que é bastante controversa, tanto na doutrina pátria quanto estrangeira.

⁸Recorda-se que antes mesmo da Lei Anticrime, a Lei n. 12.694/2012 já havia previsto a perda de bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime, quando estes não fossem encontrados ou se localizassem no exterior (art. 91, II, b, CP).

Em análise às alterações inseridas pela Lei Anticrime⁹, BITENCOURT (2020) traz duras críticas ao instituto, o qual entende ser o “inconstitucional ‘confisco de bens e valores’, travestido, nesta hipótese, como se fora efeito da condenação’ ” (BITENCOURT, 2020, 941). Tais críticas serão retomadas em momento subsequente.

Em relação à natureza jurídica do confisco alargado, PANZERI (2011) esclarece, mencionando o pensamento do jurista português Figueiredo Dias, que a perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime é antiga; ora vinculada a uma ideia de prevenção geral (de reforçar a ideia de que o crime não compensa), ora vinculada à prevenção especial (confiscando do agente objetos que possibilitariam a prática de um novo delito).

Conforme esclarece VASCONCELOS (2017), não há consenso quanto a essa natureza jurídica, havendo autores que a consideram medida de caráter administrativo. Com efeito, esclarecem RIOS e PUJOL (2016), que a referida natureza jurídica depende do ordenamento jurídico no qual está inserida. Destacam que a perda alargada já foi considerada medida análoga à medida de segurança, sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação criminal¹⁰, ou mesmo medida de caráter não penal, mas sim administrativo ou civil. Por sua vez, entende Augusto Silva Dias, ser o confisco alargado um efeito da pena, de consequências patrimoniais, não automáticas (MARQUES, 2012).

Dessa forma, o caráter de pena acessória ou efeito da condenação se dará na medida em que seja privilegiada uma finalidade retributiva; por outro lado, em sendo privilegiada a finalidade de prevenção especial, a natureza terá um caráter de medida de segurança. “Como o legislador, em geral, acaba optando por perseguir não apenas uma finalidade, a pena adquire uma natureza mista, dificultando a identificação precisa de sua natureza jurídica.” (PANZERI, 2011, p. 5).

Nesse mesmo sentido, conforme entende LINHARES (2019, p. 1787), o confisco alargado “possui natureza híbrida, ligado a necessidades preventivo-gerais e preventivo-especiais negativas do caso concreto, qualificado, portanto, como medida semelhante à pena, notadamente no que diz respeito às suas finalidades”.

Por sua vez CAEIRO (2017), que vê a perda clássica como já uma sanção *sui generis*, entende que a perda alargada seria em realidade uma medida de natureza materialmente

⁹ É certo, porém, que a Constituição Federal, antes das recentes alterações promovidas na legislação infraconstitucional, previu em seu art. 243 que as propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas.

¹⁰ Conforme MARQUES (2012), trata-se do posicionamento do jurista Damião da Cunha.

administrativa aplicada por ocasião de um processo penal. Defende o autor que a perda alargada não pode ser vista como uma reação penal sancionadora da atividade criminosa extraprocessual, sob pena de violação à presunção de inocência.

Outrossim, VIEIRA (2019) defende que o confisco alargado não é sanção penal, na medida em que não é elaborado qualquer juízo sobre a tipicidade e culpabilidade, em relação ao período utilizado para acerto patrimonial.

Com efeito, verifica-se tratar de matéria controvertida, destacando-se que aqueles autores que afastam a natureza penal do instituto tendem a defender a flexibilização do ônus probatório para confisco, conforme será exposto mais à frente.

De um modo ou de outro, há de se reconhecer que o confisco de bens é medida que visa justamente a “alcançar aqueles montantes de valores que o Estado não tem possibilidade de rastrear, sejam porque são resultantes de delitos complexos, seja porque revestidos de artimanhas dos próprios criminosos” (LINHARES, 2019, p. 1738). Nas palavras de GOMES (2011), trata-se de medida consideravelmente mais eficaz que uma pena privativa de liberdade.

Desde há muito tempo os agentes criminosos investem dinheiro oriundo do crime nessas atividades comerciais lícitas ou no mercado financeiro, sem que os órgãos de persecução penal tenham buscado resultado diferente da punição através da pena privativa de liberdade. Ou seja, apenas na virada do presente século é que a Polícia Judiciária e o Ministério Público brasileiro voltaram-se para a preocupação em combater, sistematicamente, o poder financeiro das organizações ou quadrilhas criminosas. (LEMOS JÚNIOR, 2007, pgs. 3 e 4).

Nesse mesmo sentido, destaca PANZERI (2011), que a perda de bens em favor do Estado permite com que se atue em uma esfera patrimonial mais ampla do que a multa, dificultando-se a contabilização do risco pelo criminoso de colarinho branco, na medida em que atinge bens acumulados ao longo do tempo da prática delituosa.

Conforme anteriormente exposto, a natureza do confisco alargado reflete diretamente nas discussões relativas à possibilidade de ele implicar inversão do ônus probatório. Sem pretender esgotar o tema no presente tópico, adianta-se que a inversão do ônus da prova funda-se no estabelecimento de presunções legais.

Nas palavras de MARQUES (2012), a presunção legal é o mecanismo pelo qual, por meio de um fato conhecido, se aceita como válido outro, desconhecido, com o qual ele tenha

relação lógico-causal, sem que se recorra a qualquer meio de prova. Admite-se, entretanto, uma vez considerada a falibilidade inerente às presunções, seja feita prova em contrário¹¹.

Acrescenta Ana Patrícia DUARTE (2013), que a presunção facilita a prova, uma vez que em vez de necessitar-se provar o fato presumido, basta provar o fato que serve de base à presunção. No caso do confisco, o fato base consiste na prática de delito para o qual cabe a medida, bem como a incongruência patrimonial. Entretanto, adianta-se, conforme será mais bem aprofundado em tópico subsequente, que a utilização de presunções encontra resistência por alguns autores.

Na medida em que o uso de presunções envolve certos riscos, o autor propõe que a exigência de demonstração de atividade criminosa anterior é essencial para fins de confisco, sob pena de impor-se um ônus excessivo ao arguido, fazendo recair sobre ele prova negativa (MARQUES, 2012).

Conforme visto no presente tópico, a natureza jurídica e a utilização de presunções são temas bastante controversos relativamente ao confisco. Porém, antes de passar à análise da inversão do ônus da prova, passa-se a discorrer acerca do confisco alargado no âmbito do Direito Internacional Público.

5 O CONFISCO ALARGADO NAS CONVENÇÕES DE VIENA, MÉRIDA E PALERMO

De acordo com Antonio Baptista GONÇALVES (2020), a comunidade internacional está consciente da gravidade da ameaça que o crime organizado transnacional representa. Conforme Ana Patrícia Cruz DUARTE (2013), surgiu a necessidade de criação de mecanismos que favorecessem o regime probatório em matéria de confisco de bens, sobretudo mediante a consagração da presunção de origem ilícita de bens.

Nesse cenário, destacam-se três convenções internacionais, as quais recomendaram a adoção do confisco alargado de bens. Trata-se das convenções de Viena, Mérida e Palermo.

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena) estabeleceu que seus Estados Membro se comprometeriam a adotar as medidas necessárias para permitir a perda dos produtos provenientes das infrações penais estabelecidas em seu Artigo 3, n. 1. No Artigo 5, n. 7, estabeleceu que cada Parte considerará a possibilidade de “inverter o ônus da prova com

¹¹ O autor entende que tal poderá ser feito pela simples exibição de prova documental, ou mesmo por prova testemunhal.

respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos”.

De acordo com Júlia Dittrich GONÇALVES (2018), como ponto de partida da referida convenção, foi convencionado que seria imprescindível privar indivíduos relacionados ao tráfico de drogas, dos produtos obtidos pela prática de delitos, de forma que, retirando-se os benefícios do crime, seria possível eliminar a própria motivação para seu cometimento. Conforme a autora, em que pese não seja impositiva, a Convenção abriu caminho para a adoção do instituto da perda alargada no combate à criminalidade lucrativa.

Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), determinou, em seu Artigo 12, n. 7:

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

A referida convenção trouxe definição da perda alargada semelhante à da Convenção de Viena, visando a uma aproximação legislativa em matéria penal de seus Estados Parte, enfatizando, também, como o fez a Convenção anterior, a necessidade de existir verdadeira cooperação entre os Estados Parte para fim até mesmo de viabilizar a perda alargada (GONÇALVES, JD., 2018).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), por sua vez, focou, sobretudo, na conexão existente entre a corrupção e a criminalidade organizada e econômica. Em seu Capítulo III, Artigo 31, n. 8, dispôs que:

Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinquente que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco, na medida em que ele seja conforme com os princípios fundamentais de sua legislação interna e com a índole do processo judicial ou outros processos.

Verifica-se tratar-se de redação similar à do Artigo 12, n.7 da Convenção de Palermo, o que revela um alinhamento, no plano internacional, dos parâmetros esperados para o confisco de bens.

Deve-se ressaltar, ainda, que o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico interno todas essas Convenções, por intermédio, respectivamente, dos Decretos n. 154/1991 (Convenção de Viena), n. 5.015/2004 (Convenção de Palermo), e n. 5.687/2006 (Convenção de Mérida). Ademais, importa ressaltar que as referidas convenções se inserem no contexto

global de macrocriminalidade e criminalidade econômica, e demonstram uma preocupação com o combate a organizações criminosas.

Em que pese, porém, a tendência à adoção do confisco alargado, faz-se necessária análise crítica do instituto. Porém, antes de ser feita abordagem do confisco tal como previsto na legislação brasileira, passa-se a verificar o tratamento que foi dado ao instituto em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

6 ADOÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO: DA LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA À DIRETIVA 2014/42/EU

Nos Estados Unidos, conforme LUCCHESI (2017), o confisco é ferramenta relativamente recente no processamento de determinados delitos, remontando à década de 1970 seu uso como instrumento auxiliar da persecução penal.

Conforme o autor, no direito americano, há duas modalidades de confisco - o confisco *in personam* e o confisco *in rem*¹². O primeiro, que serve de base ao confisco penal, atinge apenas os bens e direitos adquiridos pela atividade criminosa ou utilizados em sua prática. O segundo, por sua vez, que serve como base ao confisco civil, se aplica diretamente aos bens sujeitos a confisco, independentemente de culpa do proprietário do bem.

No ano de 1984, o Congresso Americano promulgou a Lei Compreensiva de Confisco, a qual alterou a Lei Federal das Organizações Corruptas e Influenciadas pelo Crime Organizado (Lei Rico) e o Estatuto da Empresa Criminal Continuada, para permitirem o confisco penal como punição a quem adquirir, conduzir ou controlar empresas por meio de um padrão de atividade extorsiva ou operarem grupos envolvidos em padrões de graves delitos de drogas (LUCCHESI, 2017).

Na legislação federal americana são admitidas medidas cautelares, e, para garantir a disponibilidade dos bens nos casos em que ela não foi requerida, foi também prevista a ficção jurídica do *relation back*, segundo a qual o título da propriedade sobre os bens sujeitos a confisco considera-se transferido ao governo federal desde o cometimento do ato que originou o confisco, a fim de se evitar ocultação dos referidos bens (LUCCHESI, 2017).

¹² No Brasil, o Projeto de Lei 257/2015 propôs o modelo *in rem* de confisco de bens presumidamente oriundo de delitos, por intermédio de Ação Civil Pública (procedimento civil de extinção de domínio). De acordo com RIOS e PUJOL (2016), a proposta institui a concessão de quaisquer medidas de urgência necessárias para garantir a eficácia do provimento final.

Em suma, porém, o autor conclui que o confisco alargado não possui correspondência no sistema federal americano, mais se assemelhando ao confisco clássico já previsto no art. 91, II do Código Penal Brasileiro.

Na União Europeia, a perda do produto do crime já vem sendo amplamente debatida, seja academicamente, seja por meio de sua positivação nas leis de seus membros. O Parlamento Europeu, por intermédio da Diretiva 2014/42/UE¹³, dispôs acerca da perda dos instrumentos e produtos do crime, sob a premissa de que a efetiva luta contra o crime organizado demanda a imposição de severas consequências legais (LINHARES, 2019).

Já de início, porém, pode-se destacar que, diferentemente da legislação brasileira, na União Europeia “tal medida extraordinária não pode ser aplicada a todos os casos, devendo ter um limite fático-normativo restrito, consistente nos delitos praticados por meio de um aparato organizado” (LINHARES, 2019). Destaca VIEIRA (2019), que a Diretiva, para tanto, elaborou um rol de infrações penais sujeitas à medida¹⁴. Adianta-se, quanto à legislação brasileira, que não foi previsto um rol taxativo de delitos que dão ensejo ao confisco, temática que será aprofundada no tópico subsequente.

Além disso, ao abordar o cenário europeu, pontua VASCONCELOS (2017), que os requisitos apontados pela Diretiva, em síntese são a existência de uma condenação criminal que se refira a delitos previamente estabelecidos em lei, a não comprovação da origem lícita do acúmulo patrimonial e a desproporcionalidade do patrimônio com os rendimentos lícitos do condenado.

Em relação à legislação portuguesa¹⁵, há previsão de rol taxativo de delitos aos quais é aplicável a perda alargada¹⁶; são também excluídos do âmbito de sua aplicação os bens transferidos ou recebidos pelo agente nos cinco anos anteriores à sua constituição como “arguido”¹⁷ (CARDOSO, 2019a).

¹³ Conforme RIOS e PUJOL (2016), a diretiva expandiu substancialmente o que já havia sido disposto nas Decisões Quadro de 2001 e 2005 da União Europeia, esclarecendo conceitos e visando à adequada regulamentação em normativas de diversos países europeus.

¹⁴ Dentre tais delitos estão a corrupção, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, terrorismo, tráfico de drogas, organização criminosa, pornografia infantil, entre outras.

¹⁵ A Lei n. 30/2017 trouxe para a ordem jurídica portuguesa as diretrizes da Diretiva 2014/42/EU, visando a tornar mais efetiva a apreensão e declaração de perda de bens ou valores relacionados a atividades criminosas (LINHARES, 2019).

¹⁶ Trata-se, inclusive, de recomendação das normas convencionais, a vinculação da perda alargada ao combate à criminalidade econômica (CARDOSO, 2019a).

¹⁷ Conforme CARDOSO (2019a), em um país marcado pela informalidade, como o Brasil, a não inserção de um limite temporal à perda alargada pode representar um ônus muito grande para o acusado. Tal limite foi previsto pelas “Dez Medidas Anticorrupção”, no entanto, não foi incorporado na legislação em vigor.

Além disso, é importante ressaltar que na legislação portuguesa, antes mesmo da previsão da perda alargada, já havia uma clara separação entre a disciplina conferida à perda de instrumentos e produtos do crime (art. 109 do Código Penal Português), e a perda das vantagens do crime objeto do processo em andamento (art. 111 do Código Penal Português). O que a lei 5/2002 portuguesa fez foi prever a perda das vantagens presumidas de uma atividade criminosa.

No Reino Unido, a perda alargada (*extended forfeiture*), é prevista no Proceed of Crime Act¹⁸, e se aplica aos condenados que possuem um estilo de vida criminoso:

Nos termos de tal Act, considera-se que o agente leva um *criminal lifestyle* quando, alternativamente, a) a condenação disser respeito a crimes como tráfico de drogas, pessoas e armas e direção de grupos terroristas; ou b) em um período de até seis anos, o delito se inserir em uma sequência de pelo menos três atividades criminosas que tenham gerado, no mínimo, benefício de cinco mil libras; ou c) o crime houver sido praticado durante pelo menos seis meses, e o condenado obtiver um benefício não inferior a cinco mil libras. Presente um desses requisitos, presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos precedentes ao início do processo, e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento entre a prolação da sentença penal condenatória e o fim do processo, constituem resultado de atividade criminosa, motivo pelo qual serão alvo de confisco. (CARDOSO, 2019a, p. 3).

Uma vez presente o modo de vida criminoso, o tribunal poderá, por meio de presunções, determinar o benefício obtido pelo condenado para fins de confisco. Tais presunções, no entanto, podem ser elididas pelo acusado (pelo critério da preponderância de probabilidades) (CAEIRO, 2017). Verifica-se, portanto, que o sistema inglês está fundado em presunções de origem ilícita dos bens.

A medida também é prevista na legislação italiana (art. 240-bis do Código Penal Italiano), porém prevê sua aplicação diante do cometimento de um rol taxativo de delitos, de modo que também confere um tratamento diferente ao modelo adotado pelo Brasil. Em comentário à experiência italiana, no entanto, MANES (2016) alerta que a medida reflete uma tendência a um “estado de policiamento patrimonial” e de um direito penal preventivo.

Por sua vez, na Espanha, a *Ley Orgánica 5/2010*, alterou o art. 127 do Código Penal Espanhol, para prever o confisco alargado para atividades criminosas cometidas no contexto de uma organização criminosa ou terrorista. No país, exige-se para o confisco a desproporção entre o patrimônio do agente e aquele compatível com seus rendimentos lícitos (CAEIRO, 2017).

¹⁸ Conforme Joana da Silva PEREIRA (2017), o referido diploma prevê uma dupla via para a perda das vantagens do crime: o confisco penal e o confisco administrativo.

Na França, a Lei 2007-295 modificou o art. 131-21 do Código Penal Francês, estabelecendo, que, para penas não inferiores a cinco anos de prisão, em delitos que tenham proporcionado lucro direto ou indireto ao agente, a perda abrangerá os bens a ele pertencentes a respeito dos quais o agente não consiga justificar sua origem. (VASCONCELOS, 2017).

Adianta-se que o regime adotado pela França se assemelha ao adotado pelo Brasil, na medida em que prevê a aplicação do confisco com base na pena privativa de liberdade do delito praticado. Essa opção legislativa será analisada mais detidamente no tópico subsequente.

Na Alemanha, a perda alargada foi introduzida no § 73d do Código Penal Alemão, por meio da Lei de 15 de julho de 1992, e, no caso de cometimento de fato ilícito-típico, punido por norma que expressamente remeta ao confisco alargado, será cabível a perda de bens, sempre que as circunstâncias justifiquem a suposição de que eles foram obtidos por meio ou para o cometimento de outros fatos ilícito-típicos.

No entanto, cabe destacar que o Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), pronunciou-se no sentido da conformidade do confisco alargado com a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade, porém, desde que a medida seja decretada quando houver convencimento de que o agente adquiriu os bens mediante fatos típicos e ilícitos, os quais não necessitam ser individualmente provados. (CAEIRO, 2017).

Especificamente em relação à legislação portuguesa que cuida do confisco alargado de bens, a doutrina faz diversas considerações e questionamentos. Argumenta-se que, muita embora seja previsto um catálogo de delitos que podem dar ensejo à perda alargada, teria sido mais adequado que o legislador tivesse previsto a necessidade de demonstração plausível (mediante indícios) do desenvolvimento de atividade criminosa (PANZERI, 2011).

Ainda em relação à presunção de ilicitude entre o valor do patrimônio do arguido e aquele congruente com seus rendimentos lícitos, apontam-se diversas dificuldades operacionais. Em relação à avaliação patrimonial, PANZIERI (2011, p. 9), traz as seguintes reflexões:

É preciso a nomeação de um perito, a fim de documentá-la e fundamentá-la, ou pode ser feita com base em estimativas? Ao mesmo tempo, indaga-se se o levantamento desse conjunto de bens deve ser feito de forma exaustiva e minuciosa, abarcando inclusive objetos e direitos de pequena monta, ou se o Ministério Público deve se concentrar naqueles de maior relevo, cuja posse pareça desproporcionada à capacidade econômico-financeira do arguido.

Da breve análise de direito comparado realizada, é possível concluir que, na linha das convenções internacionais de Viena, Mérida e Palermo, e, sobretudo, da Diretiva 2014/42/EU, diversos ordenamentos jurídicos europeus incorporaram o confisco alargado de bens, cada qual prevendo requisitos diferenciados, que foram, aos poucos, sendo acolhidos jurisprudencialmente.

No entanto, é importante destacar que muitas discussões doutrinárias relativas ao tema não foram pacificadas, e merecem análise detida, na medida em que a aplicação do instituto, mesmo em países que já o adotaram a mais tempo, é alvo de diversas críticas.

7 AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme visto, o confisco é amplamente utilizado em diversos países, no entanto, muitos deles trazem requisitos mais robustos do que aqueles positivados na legislação brasileira, conforme se passa a expor.

Porém, antes de passar à análise do confisco prevista no Código Penal, cumpre destacar que o instituto representa medida incorporada ao ordenamento nacional no ano de 2019, por intermédio de duas leis: a Lei n. 13.886/2019 e a Lei 13.964/2019 (também conhecida como Lei Anticrime). A respeito da medida, tal como prevista na Lei de Drogas, será destinado subtópico específico, em seguida às considerações sobre o instituto do Código Penal.

A leitura, portanto, da redação inicial conferida pelo Projeto de Lei 882/2019, permite verificar que foi excluído do texto atual do dispositivo 91-A do Código Penal, o seu § 1 (atualmente substituído pelo § 2), que condicionava a perda alargada à existência de elementos probatórios a indicar conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa.

Essa exigência é particularmente relevante porque determina que, além da condenação criminal e da diferença patrimonial, o Ministério Público deve provar que o agente é criminoso habitual ou integrante de organização criminosa. Assim, com a exigência de prova quanto àqueles requisitos alternativos (habitualidade criminal ou participação em organização criminosa), impõe-se ao Ministério Público o ônus de demonstrar, segundo o standard civilístico da preponderância de provas, a presença dos requisitos necessários à imposição da perda alargada. (CARDOSO, 2019a, p.4).

De acordo com o autor, a ausência dos referidos requisitos seria temerária, e se resumiria exclusivamente em uma presunção de ilicitude quanto ao patrimônio de condenados. Cumpre destacar que, segundo CARDOSO (2019a), para fins de aplicação do

confisco, o *standard* probatório a ser utilizado seria o da preponderância de evidências, e não o da prova além da dúvida razoável, consagrado no processo penal brasileiro. Trata-se de verdadeira inovação no ordenamento jurídico brasileiro, e que traz consigo diversas controvérsias, sobretudo se se considerar a natureza penal do instituto. Desse modo, adianta-se que, para os autores que defendem a natureza extrapenal do instituto, não haveria qualquer violação à presunção de inocência do processo penal. Tal controvérsia será abordada no tópico subsequente.

É importante destacar que a redação do *caput* do art. 91-A do Código Penal, já recebeu fortes críticas doutrinárias, quando ainda a redação legal constava do Projeto das Dez Medidas Anticorrupção, na medida em que, conforme parcela da doutrina, estabeleceu a inversão do ônus da prova na seara criminal, onde a prova dos fatos pertence ao órgão acusador. Nas palavras de SANTOS e SANTOS (2019, p.4)

A perda para o Estado do produto ou de qualquer proveito do crime, prevista no art. 91, II, b do Código Penal, é legítima pela relação causal provada entre crime e lucro, demonstrada pela autoria e materialidade do fato punível. Mas a hipótese e perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pelo condenado, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*.

Por sua vez, VIEIRA (2019) ao comentar a proposta das Dez Medidas Anticorrupção, assinala que não haveria tecnicamente inversão do ônus probatório, na medida em que caberia à acusação demonstrar incongruência patrimonial, e, somente na presença desses elementos probatórios, é que a defesa teria de demonstrar a origem lícita do bem (ônus a seu ver adequado, pois entende que ninguém melhor que o proprietário para demonstrar a origem do bem).

Verifica-se, portanto, que não há mínima convergência doutrinária sobre a existência ou não de inversão do ônus da prova, controvérsia esta também recorrente na doutrina estrangeira. Deve-se reconhecer, porém, que, se reconhecida a natureza penal do instituto, a atribuição de ônus probatório ao acusado pode implicar violações à própria presunção de inocência no processo penal. No entanto, tal controvérsia será retomada mais à frente.

Outra questão relevante que pode ser trazida é a relativa ao respeito ao patrimônio jurídico de terceiros. De acordo com VIEIRA (2019), tal garantia compreende dois aspectos: a descrição taxativa das hipóteses em que bens poderão ser atingidos e o oferecimento de

garantias para que terceiro eventualmente atingido possa influenciar o juízo acerca da perda de seus bens. A atual redação do art. 91-A do Código Penal não foi suficientemente precisa, como o foi o Projeto de Lei 3855/2019, no que tange à exclusão da perda alargada dos valores e bens lícitos de terceiros. No entanto, pode-se inferir que, do mesmo modo que ocorre com as medidas cautelares patrimoniais no processo penal, o terceiro poderá oferecer embargos de terceiro a fim de proteger seu patrimônio, demonstrando que os bens não foram a ele oferecidos a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, após o início da atividade criminosa.

É certo que, muito embora a legislação brasileira atual preveja que o confisco alargado somente se dará em relação a crimes cuja pena máxima é superior a 6 anos de reclusão, tal opção legislativa acaba atingindo delitos cuja repressão patrimonial não é adequada, ou seja, delitos sem conteúdo financeiro, ao passo em que são excluídos crimes relevantes, como sonegação de contribuição previdenciária, delitos contra o sistema financeiro nacional, entre outros (CARDOSO, 2019a).

Defende VIEIRA (2019), que mais adequado seria prever um rol aberto de delitos que permitissem a perda alargada, exigindo-se, porém, um patamar pecuniário mínimo para que o instituto fosse acionado, de modo semelhante ao modelo inglês, no qual o referencial monetário são cinco mil libras.

Ademais, nas palavras de BITENCOURT (2020, p. 944):

(...) o “novo confisco” não tem nenhum parâmetro, seja da limitação do quanto confiscar, seja quanto à natureza do produto a ser confiscado, posto que todo ele não é vinculado à infração penal (natureza, espécie ou gênero) a que o cidadão tenha sido condenado. (...) Configura, a rigor, verdadeira expropriação abusiva, ilegítima e sem causa justa de alguém condenado, por qualquer crime, mesmo que não lhe tenha rendido qualquer proveito econômico ou produzido nenhum prejuízo a ninguém!

Outra lacuna considerável na legislação brasileira é a ausência de medidas cautelares patrimoniais capazes de efetivar a perda alargada de bens (CARDOSO, 2019). Do mesmo modo, aponta LIMA (2012), que o confisco somente adquire efetividade prática se conjugado com tais medidas, sob pena de dilapidação do patrimônio do agente.

De acordo com VIANA (2019), o processo penal brasileiro é muito pouco voltado para regras de accertamento patrimonial, sendo, muitas vezes, omissas quanto às regras probatórias atinentes ao perdimento de bens. Apesar de haver a previsão de medidas como o sequestro de bens e a hipoteca legal, não há um órgão encarregado de conduzir investigações patrimoniais ou administrar bens, o que contribui para uma baixa eficácia na recuperação de ativos.

Explica CORREA (2015), que o legislador português previu um complexo sistema de mecanismos adjetivos necessários à total exequibilidade das normas materiais relativas ao confisco (apreensão dos instrumentos, produtos, lucro, preço ou recompensa do delito; caução econômica¹⁹, arresto preventivo²⁰ e arresto para a perda alargada).

No tocante ao confisco alargado, foi prevista a figura do arresto para a perda alargada²¹ (arts. 7 e 10 da Lei n. 5/2002), o qual poderá ser requerido pelo Ministério Público no montante apurado da vantagem da atividade criminosa (diferença entre o patrimônio do arguido e o valor que seria congruente com seu rendimento lícito).

Cabe destacar que no referido ordenamento jurídico, o Ministério Público, quando da acusação, liquidará o montante a ser confiscado (art. 8 da Lei 5/2002), e eventual arresto requerido poderá ser ampliado ou reduzido, e cessará se for prestada caução econômica. De qualquer modo, caso seja proferida decisão absolutória, tanto o arresto quanto a caução econômica serão extintos.

Em comentários ao referido procedimento, MARQUES (2012) defende que o arresto somente poderia ocorrer após o despacho de acusação, a fim de se garantir que a liberdade patrimonial do indivíduo não seja afetada sem que exista real probabilidade de ser declarado o confisco alargado.

Conforme se verifica de uma análise mais superficial, o confisco alargado previsto no ordenamento jurídico brasileiro parece pouco alinhado com a experiência jurídica estrangeira, sobretudo no tocante às limitações da perda de bens e da existência de medidas patrimoniais acessórias.

¹⁹ Destinada a garantir o pagamento da pena pecuniária, custas do processo, qualquer dívida relacionada ao crime, para com o Estado e pagamento de obrigações civis derivadas do crime.

²⁰ Também destinado a garantir o cumprimento das obrigações pecuniárias decorrentes de eventual condenação.

²¹ Nos termos da Lei portuguesa 5/2002:

“Artigo 10 - Arresto

1 - Para garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, é decretado o arresto de bens do arguido.

2 - A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime, o Ministério Público pode requerer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa.

3 - O arresto é decretado pelo juiz, 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.

4 - Em tudo o que não contrariar o disposto na presente lei é aplicável ao arresto o regime do arresto preventivo previsto no Código de Processo Penal.”

7.1 O CONFISCO DO CÓDIGO PENAL EM CONTRASTE COM O PREVISTO PELA LEI DE DROGAS

Conforme mencionado anteriormente, o confisco alargado de bens representa medida incorporada ao ordenamento nacional no ano de 2019, por intermédio de duas leis: a Lei n. 13.886/2019 e a Lei 13.964/2019 (também conhecida como Lei Anticrime).

Nos termos do art. 63-F da Lei de Drogas:

Art. 63-F. Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no caput deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa.

§ 2º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I – de sua titularidade, ou sobre os quais tenha domínio e benefício direto ou indireto, na data da infração penal, ou recebidos posteriormente; e

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

§ 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

Em uma análise inicial, verifica-se que para fins de confisco alargado na Lei de Drogas, é imprescindível a demonstração de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado, ou sua vinculação a organização criminosa.

Em comentários ao referido artigo, CARDOSO (2020) defende que, ao passo que a perda alargada prevista no Código Penal demanda inversão do ônus da prova, aquela prevista na Lei de Drogas não.

Esclarece o autor que, na redação original do Pacote Anticrime, havia disposição semelhante à da Lei de Drogas, no sentido de que deveria ser demonstrada a existência de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, ou a vinculação do acusado a organização criminosa. Entretanto:

Como se extrai do cotejo com a versão apresentada no Pacote Anticrime, as modificações operadas pelo Congresso Nacional dizem respeito à exclusão do anterior § 1º e à inclusão dos atuais §§ 3º, 4º e 5º. Vale notar, desde já, que a exclusão do § 1º, relativo a elementos probatórios condicionantes da decretação da perda alargada, representa modificação determinante para a aferição da dinâmica probatória subjacente aos dois regimes que agora presidem a perda alargada, constantes no Código Penal e na Lei de Drogas. (CARDOSO, 2020, p. 813).

CARDOSO (2020) defende, relativamente à Lei de Drogas, que seu regime não é o da inversão do ônus da prova, na medida em que, para além da condenação do agente e

demonstração de incongruência patrimonial, caberá ao Ministério Público a produção de provas adicionais relativas à pertinência a organização criminosa, conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional (requisitos que o autor chama de alternativos).

Por sua vez, o regime previsto no Código Penal traz como exigências tão somente a incongruência patrimonial e a condenação em delitos com pena máxima superior a seis anos de reclusão. Desse modo, está operacionalizada na inversão do ônus probatório.

Em relação ao ônus probatório imposto por ambos os regimes, CARDOSO (2020) esclarece que, no regime do Código Penal, o acusado carrega consigo tanto o ônus da prova (*burden of proof*), quanto o ônus de comprovar a licitude de seu patrimônio (*burden of producing evidence*). Por sua vez, no regime da Lei de Drogas, o condenado também possui o ônus de comprovar a licitude de seu patrimônio (*burden of producing evidence*), mas cabe à acusação a produção de provas relativa aos requisitos alternativos (*burden of proof*). Assim:

(...) enquanto no regime geral há uma cumulação do *burden of proof* e do *burden of producing evidence* sobre a defesa, na Lei de Drogas esses ônus são imputados ao Ministério Público, muito embora também se imponha ao condenado o ônus de produzir prova quanto à licitude de seu patrimônio. De todo modo, neste regime especial, ainda que o sujeito passivo não logre comprovar a procedência lícita de seus bens, isso não implicará em uma derrota processual, caso o Ministério Público também não se desincumba de seu ônus – aquele indicado no § 1º do artigo 63-F. (CARDOSO, 2020, p. 820).

O autor, quanto a esse aspecto, esclarece que, mesmo no processo penal, os juízos vinculados a temas exclusivamente patrimoniais geralmente são formulados com base na preponderância de evidências. O autor atribui tal exigência probatória inferior à dissociação entre juízo confiscatório e condenatório²².

E nesse ponto, ele identifica uma diferenciação entre a perda clássica e a alargada, na medida em que a segunda exige o *standard* probatório da prova além de qualquer dúvida razoável. Acrescenta, ainda, que para além da mitigação do *standard* probatório, o Código Penal estabelece também a inversão desse ônus, de modo que o acusado, com base na preponderância de evidências, deverá demonstrar a procedência lícita de seu patrimônio (CARDOSO, 2020).

Com esse argumento, retoma-se a discussão relativa à compatibilidade de inversão do ônus da prova e a presunção de inocência. A solução que vem sendo adotada, inclusive na jurisprudência estrangeira, é a de que não haveria violação ao princípio da presunção de inocência, na medida em que este estaria circunscrito à aferição da prática do delito, e não a

²² VIEIRA (2019) aponta para uma tendência de separação do processo voltado à responsabilização penal, para o processo destinado ao acerto patrimonial.

medidas puramente patrimoniais. No entanto, é importante destacar que o confisco alargado constitui medida, em que pese patrimonial, extremamente gravosa, de modo que os critérios para sua aplicação não podem abrir margem a arbitrariedades estatais. Essa crítica será aprofundada no tópico subsequente.

De todo modo, a partir do que já foi exposto, pode-se afirmar que, sem dúvidas, o confisco alargado de bens representa uma mudança de paradigmas no tocante ao processo penal brasileiro, o qual, até o momento, vinha lidando com o *standard* da prova além da dúvida razoável inclusive para medidas patrimoniais definitivas, tais como o confisco clássico.

Resta, portanto, refletir sobre a compatibilidade dessa mudança de paradigmas, tanto com as garantias do processo penal, quanto com os direitos fundamentais positivados constitucionalmente.

8 CONFISCO E PACOTE ANTICRIME: ENTRE O GARANTISMO E A EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Uma vez descritas as diversas considerações críticas que foram feitas à redação atual conferida ao confisco alargado de bens do Código Penal, cumpre, retomando as premissas do marco teórico adotado, perquirir se a medida é eficiente e, sobretudo, se se compatibiliza com os direitos fundamentais daqueles que por ela serão afetados.

De início, cumpre destacar que, de acordo com RIOS e PUJOL (2016), há atualmente uma tendência mundial que vem conduzindo a uma menor exigência probatória acerca dos pressupostos fáticos autorizadores do confisco, facilitando sua declaração em caso de aumento injustificado do patrimônio do demandado, sem que se tenha de produzir prova cabal da ilicitude do patrimônio. Tendência esta que, segundo os autores, permite uma relativização das garantias individuais e possibilita uma maior discricionariedade por parte do Poder Judiciário, na medida em que são adotadas expressões consideravelmente genéricas e abstratas.

Reitera-se que, em que pese seja medida patrimonial, o confisco alargado impõe restrição considerável ao direito fundamental de propriedade, e, nesse sentido, merece reflexão doutrinária acerca da proporcionalidade da medida face aos objetivos que visa a alcançar.

Ademais, destaca LIMA (2012) que, no tocante ao nível de prova exigido para as medidas de confisco, verifica-se uma tendência de separação entre a formação do juízo de culpa do agente, e o daquele referente ao confisco.

No entanto, aponta que a total reversão do ônus da prova implica nítida ofensa ao Estado Democrático de Direito. Tal crítica se torna bastante pertinente, na medida em que ordenamentos jurídicos como o inglês preveem um ônus maior àquele que propõe o confisco do que aquele conferido pelo legislador brasileiro. Deve-se ponderar, ainda, se se conferir ao acusado o ônus de comprovar a ilicitude de todo o patrimônio que o órgão acusador apontar como incongruente pode ferir a razoabilidade, na medida em que, muitas vezes, em economias marcadas pela informalidade, como a brasileira, comprovar a licitude de diversos valores pode se tornar tarefa árdua.

No tocante à eficiência do instituto, cabem, igualmente, algumas considerações.

CARDOSO (2019b, p. 67 e 68), ao aplicar a teoria de Becker ao confisco alargado de bens, a fim de aferir sua eficiência no combate à criminalidade, faz as seguintes observações:

(...) a imposição da perda alargada aos criminosos condenados aumentaria consideravelmente, para tais agentes, o custo do crime. Trata-se, em termos economicistas, de fazer com que o produto da multiplicação entre a variável P (probabilidade de detecção) e a variável S (sanção penal) sofra um incremento, sobretudo mediante um aumento em S, representado pela extensão do confisco que será imposto ao criminoso.

Atualmente, a variável S é limitada às penas legalmente cominadas – usualmente, a pena de prisão e a pena de multa – e ao confisco dos valores relacionados ao crime em razão do qual houve uma condenação (seja mediante a perda clássica, seja mediante a perda por equivalente, ambas ainda pouco aplicadas). Com a instituição da perda alargada, todavia, a variável S sofreria um considerável incremento, na medida em que, como se afiançou acima, seria possível o confisco não somente dos bens vinculados ao crime em razão do qual houve uma condenação, mas também de delitos preteritamente praticados pelo condenado, mas que não tenham sido objeto de decretação de perda.

A semelhante conclusão chegou VIEIRA (2019), apontando que o confisco alargado, ao mesmo tempo em que reduz os benefícios da atividade criminosa, aumenta seus custos, reduzindo, em um panorama geral, a atratividade da prática de delitos.

No entanto, defende-se que a eficiência do instituto também depende de sua operacionalização nos diversos ordenamentos jurídicos, e, sobretudo, a previsão de medidas patrimoniais adequadas.

Nesse sentido, destaca Júlia Dittrich GONÇALVES (2018) que, de modo a assegurar a execução do confisco alargado, é essencial salvaguardar os bens a serem futuramente confiscados, fixando limites ou retirando-os dos poderes do acusado, sob pena de este

dilapidar seu patrimônio ao tomar conhecimento da acusação. De acordo com a autora, a Lei 5/2002 de Portugal prevê regras para o arresto de bens, e a Lei 30/2017 determinou serem exigidos para tanto fundado receio de diminuição da garantia patrimonial e fortes indícios de prática delitiva.

No entanto, não foram previstas medidas semelhantes na legislação brasileira, com as modificações trazidas pela Lei Anticrime. Quanto a esse aspecto, parece superior, no tocante à eficiência, a redação do Projeto de Lei n. Projeto de Lei 3855/2019 (antigo PL n. 4.850/2016), que previa que as medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada poderiam ser aplicadas para fins de confisco alargado.

Além disso, faz-se essencial uma investigação financeira eficaz, a fim de se lograr rastrear os ativos ilícitos, a fim de posteriormente confiscá-los.

Em Portugal, foi criado, no ano de 2011, o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)²³, o qual possui justamente como objetivo a recuperação de ativos²⁴, que se revela na identificação, localização e apreensão de bens e produtos de crimes (GONÇALVES, JD., 2018). Ademais, é prevista expressamente a investigação financeira²⁵ no âmbito da Lei portuguesa 5/2002, que determina a perda alargada, para fins de identificação e rastreio do patrimônio incongruente (art. 12-A). Na Inglaterra, foi instituído o *Assets Recovery Agency*, posteriormente incorporado à *National Crime Agency*, também voltado para a investigação financeira (VIEIRA, 2019).

De acordo com DIAS (2016), há diversas medidas e políticas que podem ser desenvolvidas para se evitar o enriquecimento ilícito²⁶, dentre as quais: combate à criminalidade de forma coordenada (implementação de códigos de ética e conduta, combate à evasão fiscal, promoção de uma boa gestão pública e maior transparência da Administração Pública); fomento a um maior cruzamento de dados e informações entre diversas autoridades judiciárias, aprimorar o combate à lavagem de capitais, e, também incentivar a utilização de mecanismos de perda de bens em favor do Estado.

²³ Criado na dependência da Polícia Judiciária, com atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal (MARQUES, 2012).

²⁴ COELHO (2018) destaca que a recuperação de ativos, ferramenta essencial a serviço da política criminal, visa à remoção das vantagens obtidas com a prática de crimes, mas não se esgota no confisco, na medida em que se faz necessário que seja dado destino útil aos ativos declarados perdidos a favor do Estado.

²⁵ Na investigação financeira e patrimonial incluem-se diligências de investigação que visam a identificar, localizar e apreender os ativos a serem recuperados. (COELHO, 2018).

²⁶ Nesse cenário, é interessante destacar que se considera pela lei brasileira improbidade administrativa adquirir o agente público bem incompatível com sua evolução patrimonial (art. 9º, VII, Lei de Improbidade Administrativa).

Deve-se destacar, ainda, que na legislação brasileira não foram disciplinados aspectos procedimentais do confisco alargado, diferentemente do que foi proposto do Projeto de Lei 3855/2019, no qual se estabeleceu que após o trânsito em julgado da condenação, o cumprimento do capítulo da sentença relativo à perda de bens seria processado em até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil.

Sob a ética da eficiência, portanto, verificam-se várias fragilidades da legislação brasileira em operacionalizar o confisco alargado de bens, fragilidades estas que poderiam ser superadas, com a reflexão sobre a experiência de outros países, tais como anteriormente descritas.

Retoma-se, agora, a análise da compatibilidade do instituto com as garantias fundamentais.

Quanto a esse ponto, destaca-se que o patrimônio e a liberdade, para além de serem direitos fundamentais merecedores de proteção, possuem um núcleo duro não passível de violações (LINHARES, 2019). Além disso, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo XI, 1) consagra a presunção de inocência no âmbito do Processo Penal, bem como o direito de propriedade, do quando ninguém poderá ser arbitrariamente privado (Artigo XVII, 1 e 2). Para FERNANDES (2011), a liberdade e a segurança são os dois direitos que mais interessam ao processo penal.

Por sua vez, aponta LIMA (2012, p. 231), que, no confisco, é “perceptível uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental à propriedade privada e o interesse público na persecução estatal de crimes graves e descapitalização de agentes”, de forma que propõe que, “num juízo de ponderação, este sobrepõe-se àquele, aplicando-se o princípio do livre convencimento motivado”.

Defende-se, porém, que a ponderação entre os direitos fundamentais em jogo deve ser feita criteriosamente, a fim de que, em prol do interesse público, não se deixe de resguardar o núcleo mínimo do próprio direito de propriedade.

Conforme FERNANDES (2011), a busca pelo equilíbrio entre as garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior eficiência do sistema persecutório constitui uma das tendências contemporâneas do processo penal. Nas palavras do autor:

Com isso se almeja evitar os extremos do hipergarantismo ou de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou da Lei e da Ordem. Contudo, ante a impossibilidade de se definir com clareza o que seria esse justo equilíbrio e a imensa

dificuldade em traduzi-lo nos textos de lei ou na aplicação concreta do direito, essa tendência representa na realidade somente uma meta, uma diretriz, que deve nortear o processo penal, fazendo com que ele, no movimento pendular da história, não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade. (FERNANDES, 2011, p.2).

Ana Patrícia Cruz DUARTE (2013), por sua vez, defende que o confisco alargado não viola o princípio do *nulla poena sine culpa*, na medida em que entende que o mecanismo será desencadeado por uma condenação penal, mas possui caráter administrativo. Com esse mesmo raciocínio, afasta também ao princípio da não autoacusação do réu.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, porém, a autora defende que não deve haver o desenvolvimento simultâneo do processo penal (em que se apura a culpa do réu), e o processo relativo à perda de bens. Isto porque, se o cálculo da incongruência patrimonial é feito antes da condenação criminal, está-se indiretamente assumindo que há patrimônio decorrente da prática de ilícitos, “e com isto abala-se o direito do arguido a ser presumido inocente até que haja condenação, o seu direito ao silêncio e exercer-se-ão pressões inevitáveis sobre o processo principal”. (DUARTE, APC., 2013, p. 45).

Nesse mesmo sentido, ao mesmo tempo em que a macrocriminalidade deve ser combatida, isso não se deve se dar a qualquer custo. Conforme pode ser observado, há uma linha tênue, até mesmo para aqueles que defendem a natureza não penal do instituto, entre o juízo da condenação e o juízo da aplicação do confisco. Tal questão não foi tratada pelo legislador pátrio, e, em consequência, pode propiciar a violação ao princípio da presunção de inocência. Afinal, o legislador não disciplinou se o confisco seria aplicado simultaneamente ou não ao processo penal.

Em síntese, não se pode admitir que, como o confisco alargado, sejam erodidas as garantias do direito penal clássico, de cunho liberal (GOMES, 2011). Especificamente em relação confisco:

(...) para que seja juridicamente viável a aplicação do Confisco Alargado, a medida deve seguir fielmente as normas internacionais, de modo que não haja uma inversão dos princípios constitucionais dos ordenamentos jurídicos internos e a consequente violação das convenções que versam sobre direitos humanos. (LINHARES, 2019, p. 1740).

Nesse mesmo sentido, leciona LINHARES (2019) que a perda alargada de bens, se utilizada de forma irrestrita e sem critérios, pode impor, em longo prazo, um custo muito alto para o próprio Estado Democrático de Direito. Para o autor, o binômio eficiência e garantismo deve, por um lado, ratificar a ideia de que o crime não compensa, e por outro, resguardar em sua plenitude os direitos e garantias individuais.

Portanto, o problema que será enfrentado está no confronto entre, de um lado, o Estado, detentor de poderes, dentre eles o de privar de liberdade o suspeito e de determinar a perda de seus bens que se presumem de origem criminosa e, de outro, o cidadão, muitas vezes desprovido da amplitude do direito de defesa, mas detentor de garantias e direitos que não podem, em hipótese alguma, ser alijados, pelo contrário, devem ser tratados como prioridades absolutas. Aqui está o limite da perda ampliada - eis o dilema. (LINHARES, 2019, p. 1743).

Por sua vez, alerta CAEIRO (2017, p. 371), que se deve rejeitar o discurso que alerta para a necessidade de adotar mecanismos agressivos aos direitos individuais, em virtude da ineficácia dos mecanismos tradicionais de prevenção ao crime, para depois “civilizar” referidos instrumentos, “ordenando-os a *fins* não especificamente penais e arredando *logo por aí* as garantias que o direito penal e processual penal propiciam”.

Quanto a esse aspecto, merecem destaque as reflexões de LINHARES (2019, p. 1766):

A equação razoabilidade-e-proporcionalidade pode ser adequadamente resolvida, em nosso entendimento, a) pela exigência de que a prática do crime do catálogo sempre ocorra no marco de uma organização criminosa ou, b) como sugerido pela perda ampliada do direito francês, pela estipulação de uma quantidade de pena privativa de liberdade para a perda clássica e uma quantidade maior para a perda alargada ou, ainda, c) uma vinculação entre os bens/propriedades tidos como incongruentes, por ocasião da liquidação, através de uma prova indiciária com o ilícito penal.

Também de acordo com LIMA (2012), na persecução de formas graves de criminalidade, eventuais colisões entre direitos fundamentais podem ser solucionada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, no sentido de serem otimizados os bens jurídicos em conflito, considerando-se, portanto, que não há direitos absolutos, e que, portanto, devem ser ponderados em consonância com o caso concreto.

Por sua vez, exemplifica LINHARES (2019):

Quando há uma colisão entre, por exemplo, a aplicação da efetiva da norma processual penal de um lado e, de outro, o direito a propriedade privada, a questão deve ser solucionada através da análise das particularidades do caso concreto, por isso, a importância de se definir, de forma cada vez mais específica, elementos objetivos para a consecução da perda alargada, sob pena de gerar insegurança jurídica e eventuais injustiças aos jurisdicionados. (LINHARES, 2019, p. 1776).

No tocante à exigência probatória para o confisco de bens, defende LIMA (2012), que o princípio da presunção de inocência é aplicável, dada a natureza jurídica punitiva do instrumento, de modo que o Ministério Público deve demonstrar nexos entre o crime e atividade criminosa anterior do agente, por intermédio de um balanço de probabilidades, e não da inversão do ônus da prova. De modo semelhante, propõe LINHARES (2019):

Que a presunção de ilicitude dos bens desproporcionais com os rendimentos lícitos do arguido, visando que se preserve o direito fundamental da propriedade privada, funde-se em algum indício objetivo com a prática de outras atividades criminosas contíguas, ainda que tal ligação provenha de provas indiretas, mas jamais decorrentes de presunções, porque estas não são fundadas em fatos. Neste tópico, não é demais consignar que a prova indiciária, indireta, portanto, sempre decorre de

fatos, enquanto que a presunção provém de um exercício mental, sem ligação fática. (LINHARES, 2019, p. 1791).

Nesse sentido, parece adequada a exigência de que sejam apresentados indícios pela acusação de que a incongruência patrimonial decorre de práticas ilícitas anteriores, por meio de indícios, e não meras presunções. Entende-se que tal solução proporciona maior segurança jurídica em relação aos limites do confisco alargado.

No tocante ao princípio da presunção de inocência, sustenta MARQUES (2012), que a presunção estabelecida para fins de confisco não é a de que o réu é culpado da prática do delito pelo qual está sendo processado ou crimes praticados anteriormente, mas apenas que a incongruência patrimonial verificada tem origem no âmbito de atividade criminosa. No entanto, em prestígio ao próprio direito de propriedade, e seu núcleo fundamental, defende-se o balanço de probabilidades se funde em provas indiciárias, e não em meras presunções, na linha do que foi defendido por LINHARES (2019).

É certo, ainda, que o Direito Penal não pode ser o único instrumento de combate aos delitos econômicos - é preciso, como leciona LEMOS JÚNIOR (2007), que as autoridades administrativas tenham efetivo controle do mercado de capitais, punindo as instituições financeiras que deixarem de comunicar operações suspeitas. Nesse mesmo sentido:

(...) o direito penal não é o único instrumento que deve ser utilizado na busca de soluções para a criminalidade econômica. Entendemos que as mudanças não devem resumir-se simplesmente a alterações das leis. Devemos refletir sobre as dificuldades nas investigações, a pouca transparência da máquina pública, a cumplicidade dos bancos, a eficiência ou não do Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras); a fiscalização ineficaz realizada pelo Banco Central, a existência dos paraísos fiscais e bancários (enquanto existirem paraísos fiscais, os crimes de lavagem de dinheiro estarão livres de controle), a penalidade inadequada que é aplicada aos bancos e a falta de uma política criminal transnacional. Além disso, necessário se torna adotar uma política criminal de ação conjunta, por parte de outros órgãos que realizam o controle da criminalidade financeira: o Banco Central, o Coaf, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e o Judiciário. (DUARTE, MCA., 2011, p. 19).

Com efeito, apontam RIOS e PUJOL (2016), que a reflexão a respeito do instituto não pode ser encerrada de modo acrítico, pautada somente no recrudescimento dos instrumentos sancionatórios, em detrimento da adoção de medidas de prevenção técnica mais criteriosas.

Do mesmo modo, a “positivação deficiente e lacunosa dá margem a arbitrariedades e excessos por parte da esfera judicial, o que desvirtua o espírito dessa sanção e põe em risco princípios garantistas do Estado de Direito” (PANZERI, 2011).

Além disso, como bem aponta MANES (2016), na medida em que é possível a sobreposição das instâncias criminal, administrativa e cível, a medida do confisco de bens não deve, em nenhuma hipótese, representar um *bis in idem*, de forma que, se o indivíduo já

tiver sofrido constrições patrimoniais em outras esferas, por um mesmo fato, não será proporcional a aplicação do confisco.

Nas palavras de CAEIRO (2017), seria imprescindível para a perda alargada a existência de condenação anterior do condenado, a qual deve ser objeto de prova²⁷. Conforme o autor, em comentários ao Direito português, a *ratio* da perda alargada seria confiscar um bem porque se presume que ele provém de atividade criminosa, e não em função de sua origem desconhecida ou ilícita. “Por isso mesmo, tal atividade não é presumida, antes tem que ser provada, de maneira que a presunção de proveniência possa operar: trata-se de uma presunção *iuris tantum* e não de uma liberação total do ônus probatório.”

Conforme CAEIRO (2017), respeitados os critérios acima delineados, a perda alargada não violaria a presunção de inocência, uma vez que não trata da imputação de crimes, mas sim da privação daquilo que se adquiriu ilicitamente.

LUCCHESI (2017) adverte, ainda, que embora sejam louváveis os propósitos do confisco alargado, em se tratando de medidas em grande medida oriundas do direito estrangeiro, é necessário ter as devidas cautelas de ordem metodológica e jurídico-constitucional para transplantar referidos institutos. Há, ainda, uma preocupação de que a medida seja tomada com propósitos precipuamente arrecadatórios, voltado ao complemento do orçamento dos órgãos de persecução criminal.

Esclarece Júlia Dittrich GONÇALVES (2018) que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁸ já se posicionou no sentido de que a existência de uma presunção *iuris tantum*, na qual se declare a perda de bens, não colide com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A autora cita alguns precedentes, dentre os quais o caso *Philips v. The United Kingdom*²⁹, no qual foi estabelecido que não haveria lugar para a presunção de inocência na hipótese de o tribunal já ter declarado a culpa do arguido, momento após o qual terá lugar o

²⁷ O autor defende que não seria necessário provar, para além da dúvida razoável cada ilícito nos seus contornos precisos, mas sim um conjunto de circunstâncias que dão preponderância à probabilidade de o condenado ter cometido uma atividade criminosa de tal gênero.

²⁸ Conforme Joana da Silva PEREIRA (2017), o referido tribunal exerce papel fundamental na harmonização dos ordenamentos jurídicos europeus, também em matéria de confisco alargado, influenciando as legislações, doutrina e jurisprudência. Em suma, destaca a autora que o Tribunal Europeu de Direitos do Homem entende que o mecanismo do confisco não viola o direito de propriedade.

²⁹ Explica LIMA (2012), que, no referido caso, *Philips* havia sido condenado por contrabando de maconha. Ocorre que as investigações demonstraram que ele não havia declarado fonte de renda tributável, a despeito de possuir uma casa e diversos outros ativos, dentre os quais cinco automóveis. O réu alegou violação à presunção de inocência e quebra do direito de usufruir pacificamente de suas posses. O Tribunal, entretanto, entendeu que a presunção de inocência seria relevante até o momento em que ele foi condenado, não mais sendo aplicável durante a execução da sentença, salvo se fossem aduzidas novas acusações contra ele.

confisco de bens. Em outros termos, o confisco não acarreta nova acusação penal contra o arguido.

Complementa LIMA (2012), esclarecendo que o Tribunal não considerou desproporcional a interferência no direito do condenado de usufruir suas posses, invocando a razoabilidade entre o meio empregado e o fim visado (remoção dos lucros ilícitos de possível uso futuro no comércio de drogas). O mesmo autor, porém, aponta que, a seu ver, se tivesse havido a inversão do ônus da prova no curso do processo principal (que discutia a participação do acusado no evento criminoso), tal decisão violaria o princípio da presunção de inocência.

Por sua vez, o mesmo Tribunal entendeu que, na hipótese de o acusado ser absolvido do delito a ele imputado, não haveria justificativa para o confisco alargado (caso *Geerings v. Netherland*).

No que tange especificamente à legislação brasileira, e a duplicidade de regimes adotados, com *standards* probatórios diversos (disciplina do Código Penal e da Lei de Drogas), pode trazer uma série de incongruências, bem apontadas por CARDOSO (2020). O autor destaca que o Código Penal institui regime mais gravoso para o acusado, muito embora possa atingir delitos cuja gravidade em abstrato é inferior à daqueles delitos previstos na Lei de Drogas.

Ainda, o autor menciona que a redação atual do Código Penal destoa dos demais Projetos de Lei que propunham a adoção da perda alargada:

Em todas essas propostas legislativas, havia uma delimitação muito mais específica do âmbito de incidência da perda alargada. Nos aludidos pacotes legislativos anticorrupção há um rol de crimes aos quais aquela espécie de confisco é aplicável – delitos que, em geral, se adéquam à acepção da delinquência econômica. No PL n. 10.372/2018, por outro lado, a perda alargada é reservada tão somente aos delitos de organização criminosa. (CARDOSO, 2020, p 824).

CARDOSO (2020) destaca que no Projeto de Lei n. 10.372/2018, bem como nos pacotes das Dez Medidas Anticorrupção e das Novas Medidas, impôs-se um limite de cinco anos à perda alargada, contados retroativamente da data do oferecimento ou recebimento da denúncia ou da instauração da investigação. Trata-se de limitação temporal semelhante à da legislação portuguesa, porém, que não foi prevista nem na Lei de Drogas, nem no Código Penal.

Diante de todas essas considerações - algumas mais voltadas para a eficiência do instituto, e outras para as garantias fundamentais do processo penal, torna-se essencial

retomar ao marco teórico anteriormente descrito, e que pode servir de norte para que se busque a integração do princípio da eficiência, que remonta aos estudos sobre a análise econômica do direito, e sua compatibilização com o sistema de garantias.

Com efeito, parte-se da premissa de que é possível a conciliação entre eficiência e direitos fundamentais, tal como defende SÁNCHEZ (1996). No entanto, a legislação brasileira atinente ao confisco alargado, parece não ter dado o adequado tratamento a essa problemática, seja pela ótica da eficiência, seja pela ótica de assegurar as garantias fundamentais dos atingidos pela medida. Assim, no tópico subsequente, serão sintetizadas todas as observações extraídas ao longo deste trabalho, a fim de que possam ser feitas algumas sugestões de aprimoramento, tanto com base em críticas doutrinárias, quanto com base na análise que foi feita do direito comparado.

9 CONCLUSÃO

De todo o exposto, sobretudo da análise de direito comparado e do contraste entre a redação atual do Código Penal, com o confisco alargado, tal como previsto na legislação especial, ou mesmo em projetos de lei em tramitação, podem ser extraídas algumas conclusões:

1. O confisco previsto no art. 91-A do CP traz um ônus probatório menos exigente para o Ministério Público, se contrastado tanto com a redação do art. 63-F da Lei de Drogas, na medida em que não exige demonstração do requisito alternativo da existência de conduta criminosa habitual, reiterada, ou profissional, ou vinculação a organização criminosa, sendo esta última redação mais consentânea com a finalidade do instituto e sua adequação ao combate à lucratividade criminosa e ao estabelecimento de limites objetivos ao confisco.
2. O confisco do Código Penal é menos delimitado que aquele previsto no Projeto de Lei 3855/2019 (antigo projeto 4.850/2016), e que o confisco previsto legislação portuguesa, na medida em que não previu um rol taxativo de delitos, o que é passível de críticas, na medida em que o instituto não seria necessário para combate a todo tipo de criminalidade.
3. A ausência de referência de medidas processuais cautelares, tanto no confisco previsto no Código Penal, quanto na Lei de Drogas, diferentemente do que consta no Projeto de Lei 3855/2019 (antigo projeto 4.850/2016), que fez

expressa anuência a medidas assecuratórias e alienação antecipada, pode comprometer seriamente a eficiência na recuperação de ativos, contribuindo para uma dilapidação patrimonial.

4. Ao prever como parâmetro para aplicação do confisco a pena máxima aplicada ao delito, o confisco brasileiro se aproximou da solução adotada pela França; no entanto, podem ser feitas críticas à opção legislativa, na medida em que muitos dos delitos com penas máximas superiores a 6 anos não possuem qualquer conteúdo patrimonial.
5. A fim de se obter uma maior adequação do instituto ao combate à criminalidade organizada e econômica, poderia ter sido adotado modelo semelhante ao inglês, no qual o parâmetro adotado para o confisco é o fato de a expressão econômica do delito ser superior a cinco mil libras; outra alternativa seria a previsão de um rol taxativo de delitos passíveis de perda alargada, tal como é feito em Portugal.
6. Há lacunas no texto do Código Penal, na medida em que não foi previsto o procedimento para a perda alargada, o que poderia ter sido feito, a fim de contribuir para a segurança jurídica, tal como no Projeto de Lei 3855/2019, no qual foi estabelecido procedimento de cumprimento de sentença, adotados os parâmetros do Código de Processo Civil.
7. Diferentemente do modelo português, a legislação brasileira não fez qualquer menção à investigação financeira e patrimonial que possa viabilizar a localização de bens ilícitos, o que pode comprometer gravemente a recuperação de ativos; soma-se a isso o fato de as medidas cautelares patrimoniais terem, no Brasil, um histórico de subutilização.
8. A legislação brasileira, diferentemente do proposto no Projeto de Lei 3855/2019, e na lei portuguesa, deixou de limitar temporalmente os bens sujeitos a confisco, o que pode ferir a proporcionalidade da medida, na medida em que até mesmo para questões tributárias incide prazo prescricional, usualmente de 5 anos (mesmo prazo utilizado pela lei portuguesa).
9. Há lacuna na lei a respeito da aplicação retroativa do confisco alargado, no que tange aos delitos cometidos antes de sua entrada em vigor, o que contribui para a insegurança jurídica.

Em relação à perspectiva jurisprudencial e doutrinária do confisco alargado de bens, devem ser feitos os seguintes apontamentos:

1. Não há consenso, tanto na doutrina pátria quanto estrangeira, em relação à natureza jurídica do confisco alargado, porém, aqueles que defendem a natureza cível ou administrativa do instituto tendem a permitir maior flexibilização quanto ao ônus probatório exigido para o confisco.
2. Não há consenso acerca da existência ou não de inversão do ônus da prova pelo confisco, no entanto, há uma tendência doutrinária e jurisprudencial a que o *standard* probatório a ser adotado para o confisco seria o da preponderância de provas e não o da prova além da dúvida razoável.
3. Há tendência doutrinária e jurisprudencial, no direito comparado, de cisão do juízo de culpa do juízo do confisco, defendendo-se que as garantias processuais serão amplamente respeitadas no juízo de culpa, ao passo que podem ser flexibilizadas a partir do momento em que fossem discutidas questões tão somente patrimoniais.
4. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e de tribunais europeus, têm apontado para a compatibilidade da medida com as garantias fundamentais do processo penal.

Diante das conclusões acima apontadas, cabe retomar que o confisco alargado de bens surge em um cenário complexo, marcado pela criminalidade lucrativa e organizada, no qual a comunidade internacional, inicialmente por meio de instrumentos de direito internacional, que foram sendo incorporados nos ordenamentos jurídicos internos, buscou traçar novas estratégias para lidar com a criminalidade globalizada.

O Brasil, por fim, incorporou essa tendência. No entanto, a fim de que o instituto da perda alargada possa se compatibilizar com os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, devem ser previamente fixados parâmetros que delimitem a perda alargada.

Se por um lado não existam direitos fundamentais absolutos, há um núcleo mínimo que deve ser respeitado, que não pode ceder a análises de pura eficiência, sob pena de subversão do próprio Estado Democrático de Direito. A fim de lidar com tal problema, são bastante úteis as conclusões a que chegou SÁNCHEZ (1996), anteriormente expostas.

Desse modo, de todo o exposto, sem pretensão de esgotar o tema, sugere-se que a redação conferida ao art. 91-A do Código Penal, independentemente das discussões relativas à natureza jurídica do confisco e o ônus probatório exigido (que tampouco foram aclaradas pelo legislador), apresenta inconsistências, no tocante à (1) delimitação inadequada dos delitos que podem se submeter ao confisco; (2) não previsão de medidas cautelares patrimoniais e investigação financeira adequadas à recuperação de ativos; (3) lacunas quanto à adequada do patrimônio lícito de terceiros; (4) ausência de definição de critério temporal a delimitar os bens que podem se sujeitar ao confisco. A redação conferida ao art. 63-F da Lei de Drogas, por sua vez, se mostra mais adequada, embora padeça, conforme críticas da doutrina, de algumas das mesmas lacunas acima apontadas.

Em síntese, conclui-se com o presente trabalho que a aplicação do confisco alargado de bens traz consigo uma série de desafios, que se revelam não só na doutrina pátria, mas também estrangeira. Entende-se, porém, que a ponderação entre o interesse da sociedade no combate à criminalidade e os direitos individuais deve ser cuidadosamente aplicada, sob pena de subversão ao próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Gary S.. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. National Bureau of Economic Research. 1974. p. 1-54. Disponível em <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:nbr:nberch:3625>>. Acesso em 17. out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Tratado de direito penal econômico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

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. *In*: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. cap. Parte 5. Recuperação de ativos e confisco, p. 363-414. ISBN 978-85-225-1962-0.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **A perda alargada no “pacote anticrime”**: críticas e propostas de adequação. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 324, 2019a.

_____. **A perda alargada entre Gary Becker e Edwin Sutherland**. Orientador: Francisco Rocha Monteiro Junior. 2019. 76 p. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Academia Brasileira de Direito Constitucional, Florianópolis, 2019b.

_____. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 799-832, maio/ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.362>

CASTILHOLI, Carolina Assis. Análise Econômica Do Direito E Crimes Empresariais: a quantificação das penas e os novos instrumentos de análise do direito penal. **Revista da AMDE**. [s. l.], v. 12, p. 40-77, 2014.

COELHO, Raul de Campos e Lencastre Brito. **A recuperação de ativos à luz da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio**. Orientador: Paulo Manuel Melo de Sousa Mendes. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

CORREIA, João Conde. Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? **Revista Brasileira de Ciência Criminal**. [s. l.], n. 25, 2015.

DIAS, Maria do Carmo Silva. Enriquecimento ilícito/injustificado. **Revista Julgar**, Coimbra, v. 28, p. 281-313, 2016.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O combate aos lucros do crime - o mecanismo da “perda alargada” constante da Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro**. A inversão do ônus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações. Orientador: José Manuel Damião da Cunha. 2013.

Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) - Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2019.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de “lavagem de dinheiro”: a utilização do sistema financeiro como porto seguro. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**. [s. l.], v. 4, p. 763-796, julho 2011.

FARAH, Elias. Ação Penal Econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, [s. l.], v. 57, p. 281-300, setembro 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 6, p. 741-774, julho 2011

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 2, p. 111-152, julho 2011.

GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 1, p. 627-646, julho 2011.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Aspectos tributários da lavagem de dinheiro e o Projeto Anticrime. **Revista dos Tribunais**. [s. l.], v. 1011/2020, p. 229-271, janeiro 2020.

GONÇALVES, Júlia Dittrich. **Crime e confisco**: O confisco alargado como o mínimo necessário na luta contra o crime organizado. Orientador: Anabela Maria Pinto Miranda Rodrigues. 2018. 104 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Uma reflexão sobre as dificuldades da investigação criminal do crime de lavagem de dinheiro. **Revista dos Tribunais**. [s. l.], v. 864/2007, p. 446-459, outubro 2007.

LIMA, Vinicus de Melo. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 70, p. 201-234, jan-abr. 2012.

LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, [s. l.], ano 5, n. 2, p. 1731-1803, 2019.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. cap. Parte 5. Recuperação de ativos e confisco, p. 415-434. ISBN 978-85-225-1962-0.

MANES, Vittorio. L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione! **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 121/2016, p. 291-322, julho 2016.

MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no direito penal português. **Lusíada. Direito**, Lisboa, n. 10, p. 293-317, 2012.

PANZIERI, André de A. A sanção de perda de bens no direito penal econômico - análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 2, p. 43-79, julho 2011.

PEREIRA, Flavia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 8, p. 291-312, outubro 2010.

PEREIRA, Joana da Silva. **O confisco: a bem da justiça ou lucro do Estado?**. Orientador: António Pedro Nunes Caeiro. 2017. 61 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez. PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 118/2016, p. 123-158, jan-fev 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Eficiencia y Derecho Penal**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, [s. l.], Tomo 49, n. 1, 1996.

_____. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação. **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 2, p. 261-282, julho 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. **Reflexões sobre Confisco Alargado**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 23, n. 277, dezembro 2015.

SOUZA, Artur César de. **Nova hermenêutica para os crimes de colarinho branco: Crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira**, **Doutrinas Essenciais de Direito Econômico e da Empresa**, [s. l.], v. 2, p. 81-91, julho 2011.

SUTHERLAND, Edwin. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**, [s. l.], vol 2, n. 2, 2014.

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, Ano 1, n. 2, p. 11-72 jul-dez 2017.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco Alargado de Bens: Análise de Direito Comparado**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. 240 p.